

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HRefG)

A. Zielsetzung

Das geltende Handels- und Gesellschaftsrecht soll zugunsten einer größeren Handlungsfreiheit der Unternehmen einer Deregulierung und Vereinfachung unterzogen werden. Der Kaufmannsbegriff des Handelsgesetzbuchs (HGB) ist an die gewandelten Verhältnisse des modernen Wirtschaftslebens anzupassen und zu vereinfachen. Die strengen Vorschriften über die Firmenbildung sollen im Interesse einer größeren Wahlfreiheit der Unternehmen liberalisiert werden, um zugleich einen wichtigen Beitrag zur Deregulierung und Entbürokratisierung zu leisten und Nachteilen deutscher Unternehmen im europäischen Wettbewerb entgegenzuwirken. Das materielle Recht der Personenhandelsgesellschaften soll in Details an die geänderte Rechtswirklichkeit angepaßt und vereinfacht werden. Zudem ist das gerichtliche Handelsregisterverfahren einschließlich des Kostenrechts effizienter und für die Unternehmen kostengünstiger zu gestalten.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluß vom 7. Februar 1990 – 1 BvR 26/84 – die Vorschrift des § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB (Wegfall der Entschädigung des Handelsvertreters für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Falle der Kündigung durch den Unternehmer aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters) für mit Artikel 12 GG unvereinbar erklärt. Die Vorschrift muß an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angepaßt werden.

B. Lösung

Zur Neuregelung des Kaufmannsbegriffs werden der „Ist-“ bzw. „Mußkaufmann“ (§ 1 HGB) und der „Sollkaufmann“ (§ 2 HGB) zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefaßt, um künftig alle Gewerbetreibenden ohne Rücksicht auf die Branche zu erfassen. Die überkommene Differenzierung nach „Grundhandels-gewerbe“, Handwerk oder „sonstigem“ Gewerbe wird damit zu-

gunsten einer einheitlichen Anwendung des HGB beseitigt. Insbesondere wird der im geltenden § 1 Abs. 2 HGB unterrepräsentierte moderne Dienstleistungssektor von vornherein in den Kaufmannsbegriff einbezogen. Kaufmann ist dann grundsätzlich jeder Gewerbetreibende. Ausgenommen bleiben lediglich Kleingewerbetreibende, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Damit entfällt auch die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“. Diesem Personenkreis soll aber – wie auch anderen Kleingewerbetreibenden – die Möglichkeit zum freiwilligen Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister eingeräumt werden, und zwar sowohl als Einzelkaufleute als auch im Zusammenschluß zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Außerdem soll die heute nicht mehr zu rechtfertigende Privilegierung von gewerblichen Unternehmen der öffentlichen Hand nach § 36 HGB aufgehoben werden.

Das Firmenbildungsrecht wird entschärft und zugleich für alle Rechtsformen vereinheitlicht. Kapitalgesellschaften, Personenhandelsgesellschaften und Einzelkaufleute können künftig Personen-, Sach- oder Phantasienamen als aussagekräftige und werbewirksame Firmen wählen. Dem Informationsinteresse des Rechtsverkehrs und dem Transparenzgebot wird durch obligatorischen Hinweis in der Firma auf die Rechtsform und die Haftungsverhältnisse sowie durch Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen Rechnung getragen. Wegen Täuschungsgefahr ist eine Firma künftig nur dann von der Eintragung in das Handelsregister ausgeschlossen, wenn sie Angaben enthält, die ersichtlich geeignet sind, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse irrezuführen.

Im Recht der Personenhandelsgesellschaften wird der herkömmliche Grundsatz „Auflösung der Gesellschaft bei Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortbestand der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“ umgekehrt, um das dispositiven Gesetzesrecht insoweit an die heute weit überwiegende Kautelarpraxis anzupassen und zugleich eine entsprechende Empfehlung der Europäischen Union umzusetzen. Neben der Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende soll auch die Zulässigkeit dieser Rechtsform für Besitz- oder Vermögensverwaltungsgesellschaften klargestellt werden.

Die durch die Neuregelung des Kaufmannsbegriffs bedingte Änderung des Depotgesetzes soll genutzt werden, um zugleich den grenzüberschreitenden Effekten giroverkehr zu erleichtern.

Zur Vereinfachung und Effizienzsteigerung des registergerichtlichen Verfahrens sind vorgesehen: Verzicht auf die öffentlich beglaubigte handschriftliche Firmenzeichnung, Reduzierung des Bekanntmachungsaufwandes bei Zweigniederlassungen, Eintragung des Geburtsdatums anstelle des „Standes“ oder „Berufs“, Einreichung der Geschäftsadresse zum Handelsregister, Neuregelung der Sitzwahl bei der GmbH, Reduzierung und Vereinheitlichung der gerichtlichen Kontrolle von Gesellschaftsverträgen und Satzungen bei der Ersteintragung von GmbH und Ak-

tiengesellschaften, Verbesserung der Gesellschafterlisten nach § 40 GmbHG, Konzentration der Registerführung bei den Gerichten, Begrenzung der Notarkosten, vor allem bei Umwandlungen.

Zur Anpassung des § 90a Abs. 2 HGB über die nachvertragliche Wettbewerbsabrede in Handelsvertreterverträgen an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der bereits in der 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages eingebrachte, seinerzeit aber nicht mehr zu Ende beratene Vorschlag der Bundesregierung (Drucksache 12/3908) wieder aufgegriffen.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand

Der Haushalt des Bundes wird durch das Gesetz nicht belastet. Die Haushalte der Länder und Gemeinden können durch die künftige Handelsregisterpflicht unselbständiger kaufmännischer Unternehmen der öffentlichen Hand belastet werden. Belastungen einzelner Länderhaushalte durch die Registerkonzentration werden durch mittelfristige Effizienzgewinne wieder ausgeglichen.

2. Vollzugaufwand

Für die Registergerichte können sich durch den Vollzug einzelner Teile des Gesetzes Mehrbelastungen ergeben, denen aber erhebliche Erleichterungen und Beschleunigungseffekte im Eintragungsverfahren insgesamt gegenüberstehen.

E. Sonstige Kosten

Den Wirtschaftsunternehmen können Folgekosten entstehen, die aber auch nach Einschätzung der beteiligten Kreise als geringfügig einzustufen sind im Vergleich zu den mit der Liberalisierung und Deregulierung des Firmenrechts insgesamt gewonnenen Vorteilen für die Unternehmen. Im übrigen werden durch Änderungen des Registerverfahrens und im Kostenrecht die Unternehmen von Kosten entlastet.

Auswirkungen auf die Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
031 (121) – 410 00 – Ha 24/97

Bonn, den 29. August 1997

An die
Präsidentin des
Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts
und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften
(Handelsrechtsreformgesetz – HRefG)

mit Begründung (Anlage 1) und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 714. Sitzung am 4. Juli 1997 gemäß Artikel 76 Abs. 2
des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf, wie aus Anlage 2 ersicht-
lich, Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in
der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Dr. Helmut Kohl

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HRefG)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

§ 729 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefaßt:

„§ 729

Wird die Gesellschaft aufgelöst, so gilt die Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß. Das gleiche gilt bei Fortbestand der Gesellschaft für die Befugnis zur Geschäftsführung eines aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters oder für ihren Verlust in sonstiger Weise.“

Artikel 2

Änderung des AGB-Gesetzes

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 24 Satz 1 Nr. 1 wird wie folgt gefaßt:

„1. die gegenüber einer Person verwendet werden, die bei Abschluß des Vertrages in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer);“.

2. In § 24 a werden die Wörter „einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer)“ durch die Wörter „einem Unternehmer“ ersetzt.

Artikel 3

Änderung des Handelsgesetzbuchs

Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 1 Abs. 2 wird wie folgt gefaßt:

„(2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“

2. § 2 wird wie folgt gefaßt:

„§ 2

Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma auch auf Antrag des Unternehmers statt, sofern nicht die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 eingetreten ist.“

3. § 3 Abs. 2 wird wie folgt gefaßt:

„(2) Für ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt § 2 mit der Maßgabe, daß nach Eintragung in das Handelsregister eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.“

4. § 4 wird aufgehoben.

5. In § 5 werden die Wörter „oder daß es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre“ gestrichen.

6. In § 6 Abs. 2 werden die Wörter „werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt“ durch die Wörter „bleiben unberührt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen“ ersetzt.

7. § 13 c wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird aufgehoben.

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2 und wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefaßt:

„Das Gericht der Hauptniederlassung oder des Sitzes hat seine Eintragung unverzüglich mit einem Stück der Anmeldung von Amts wegen den Gerichten der Zweigniederlassungen mitzuteilen.“

bb) In Satz 3 werden die Wörter „und in welcher Nummer des Bundesanzeigers sie bekannt gemacht“ gestrichen.

cc) Folgender Satz wird angefügt:

„Sind für mehrere Zweigniederlassungen von demselben Gericht übereinstimmende Eintragungen bekanntzumachen, ist in

- der Bekanntmachung die Eintragung nur einmal wiederzugeben und anzugeben, für welche einzelnen Zweigniederlassungen sie vorgenommen worden ist."
- c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 3.
- d) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4. Dort wird die Angabe „Absätze 1, 3 und 4“ durch die Angabe „Absätze 1 bis 3“ ersetzt.
8. In der Überschrift des § 13 d wird das Wort „der“ durch das Wort „oder“ ersetzt.
9. In § 13 f Abs. 2 Satz 3 und Abs. 4 werden jeweils die Wörter „mit Ausnahme des Berufs der Gründer“ gestrichen.
10. In § 17 Abs. 1 werden die Wörter „im Handel“ gestrichen.
11. § 18 wird wie folgt gefaßt:
- „§ 18
- (1) Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen.
- (2) Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist.“
12. § 19 wird wie folgt gefaßt:
- „§ 19
- (1) Die Firma muß, auch wenn sie nach den §§ 21, 22, 24 oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, enthalten:
1. bei Einzelkaufleuten die Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“, „eingetragene Kauffrau“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, insbesondere „e. K.“, „e. Kfm.“ oder „e. Kfr.“;
 2. bei einer offenen Handelsgesellschaft die Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung;
 3. bei einer Kommanditgesellschaft die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung.
- (2) Wenn in einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muß die Firma, auch wenn sie nach den §§ 21, 22, 24 oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.
13. In § 21 werden die Wörter „der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters“ durch die Wörter „der in der Firma enthaltene Name des Geschäftsinhabers oder eines Gesellschafters“ ersetzt.
14. In § 22 Abs. 1 werden nach den Wörtern „die bisherige Firma“ die Wörter „, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers enthält,“ eingefügt.
15. In § 24 Abs. 1 werden nach den Wörtern „die bisherige Firma fortgeführt werden“ die Wörter „, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers oder Namen von Gesellschaftern enthält,“ eingefügt.
16. § 29 Halbsatz 2 wird wie folgt gefaßt:
- „er hat seine Namensunterschrift unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.“
17. In § 34 Abs. 1 und 2 wird jeweils die Angabe „§ 33 Abs. 3“ durch die Angabe „§ 33 Abs. 2 Satz 2 und 3“ ersetzt.
18. § 36 wird aufgehoben.
19. Nach § 37 wird folgender § 37 a eingefügt:
- „§ 37 a
- (1) Auf allen Geschäftsbriefen des Kaufmanns, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden, müssen seine Firma, die Bezeichnung nach § 19 Abs. 1 Nr. 1, der Ort seiner Handelsniederlassung, das Registergericht und die Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist, angegeben werden.
- (2) Der Angaben nach Absatz 1 bedarf es nicht bei Mitteilungen oder Berichten, die im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung ergehen und für die üblicherweise Vordrucke verwendet werden, in denen lediglich die im Einzelfall erforderlichen besonderen Angaben eingefügt zu werden brauchen.
- (3) Bestellscheine gelten als Geschäftsbriefe im Sinne des Absatzes 1. Absatz 2 ist auf sie nicht anzuwenden.
- (4) Wer seiner Pflicht nach Absatz 1 nicht nachkommt, ist hierzu von dem Registergericht durch Festsetzung von Zwangsgeld anzuhalten. § 14 Satz 2 gilt entsprechend.“
20. § 53 Abs. 2 wird wie folgt gefaßt:
- „(2) Der Prokurist hat seine Namensunterschrift unter Angabe der Firma und eines die Prokura andeutenden Zusatzes zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.“
21. Dem § 84 wird folgender Absatz 4 angefügt:
- „(4) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Handelsvertreters nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“
22. § 90 a wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 2 Satz 2 wird aufgehoben.
 - b) Absatz 3 wird wie folgt gefaßt:
- „(3) Kündigt ein Teil das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des anderen Teils, kann er sich durch schriftliche Erklärung binnen einem

- Monat nach der Kündigung von der Wettbewerbsabrede lossagen."
23. Dem § 93 wird folgender Absatz 3 angefügt:
- „(3) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Handelsmaklers nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“
24. § 105 wird wie folgt geändert:
- a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:
- „(2) Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“
- b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.
25. In § 106 Abs. 2 Nr. 1 wird das Wort „Stand“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.
26. § 108 Abs. 2 wird wie folgt gefaßt:
- „(2) Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben ihre Namensunterschrift unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.“
27. In § 123 Abs. 2 werden nach der Angabe „§ 2“ die Wörter „oder § 105 Abs. 2“ eingefügt.
28. § 125 a wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- aa) Die Sätze 1 und 2 werden wie folgt gefaßt:
- „Auf allen Geschäftsbriefen der Gesellschaft, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden, müssen die Rechtsform und der Sitz der Gesellschaft, das Registergericht und die Nummer, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, angegeben werden. Bei einer Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, sind auf den Geschäftsbriefen der Gesellschaft ferner die Firmen der Gesellschafter anzugeben sowie für die Gesellschafter die nach § 35 a des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder § 80 des Aktiengesetzes für Geschäftsbriefe vorgeschriebenen Angaben zu machen.“
- bb) In Satz 3 werden die Wörter „Diese Angaben“ durch die Wörter „Die Angaben nach Satz 2“ ersetzt.
- b) Absatz 2 wird wie folgt gefaßt:
- „(2) Für Vordrucke und Bestellscheine ist § 37 a Abs. 2 und 3, für Zwangsgelder gegen die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder deren organschaftliche Vertreter und die Liquidatoren ist § 37 a Abs. 4 entsprechend anzuwenden.“
29. § 131 wird wie folgt geändert:
- a) Der bisherige Text wird Absatz 1.
- b) Die Nummern 4 und 5 werden gestrichen.
- c) Nummer 6 wird Nummer 4. Dort werden die Wörter „durch Kündigung und“ gestrichen.
- d) Folgender Absatz 2 wird angefügt:
- „(2) Folgende Gründe führen mangels abweichender vertraglicher Bestimmung zum Ausscheiden eines Gesellschafters:
1. Tod des Gesellschafters,
 2. Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gesellschafters,
 3. Kündigung des Gesellschafters,
 4. Kündigung durch den Privatgläubiger des Gesellschafters,
 5. Eintritt von weiteren im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen,
 6. Beschluß der Gesellschafter.
- Der Gesellschafter scheidet mit dem Eintritt des ihn betreffenden Ereignisses aus, im Falle der Kündigung aber nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist.“
30. Die §§ 136 bis 138 werden aufgehoben.
31. Dem § 140 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:
- „Der Ausschließungsklage steht nicht entgegen, daß nach der Ausschließung nur ein Gesellschafter verbleibt.“
32. Die §§ 141 und 142 werden aufgehoben.
33. § 148 Abs. 3 wird wie folgt gefaßt:
- „(3) Die Liquidatoren haben ihre Namensunterschriften unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.“
34. In § 162 Abs. 2 Halbsatz 2 werden die Wörter „der Stand“ durch die Wörter „das Geburtsdatum“ ersetzt.
35. In § 176 Abs. 1 Satz 2 werden nach der Angabe „§ 2“ die Wörter „oder § 105 Abs. 2“ eingefügt.
36. § 177 wird aufgehoben.
37. In § 177 a Satz 2 wird die Angabe „§ 125 a“ durch die Angabe „§ 125 a Abs. 1 Satz 2“ ersetzt.
38. Die Überschrift des Vierten Unterabschnitts des Ersten Abschnitts des Dritten Buches wird wie folgt gefaßt:
- „Vierter Unterabschnitt. Landesrecht“.
39. § 262 wird aufgehoben.
40. § 343 Abs. 2 wird aufgehoben.
41. § 351 wird aufgehoben.
42. § 383 wird wie folgt geändert:
- a) Der bisherige Text wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:
- „(2) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Kommissionärs nach Art oder Umfang

- einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall finden in Ansehung des Kommissionsgeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung.“
43. In § 406 Abs. 1 Satz 2 werden das Wort „Kaufmann“ durch das Wort „Gewerbetreibender“ und das Wort „Handelsgewerbes“ durch das Wort „Gewerbes“ ersetzt.
44. § 407 wird wie folgt geändert:
- a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:
- „(2) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Spediteurs nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall finden in Ansehung des Speditionsgeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung.“
- b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.
45. In § 415 werden das Wort „Kaufmann“ durch das Wort „Gewerbetreibender“ und das Wort „Handelsgewerbes“ durch das Wort „Gewerbes“ ersetzt.
46. § 416 wird wie folgt geändert:
- a) Der bisherige Text wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:
- „(2) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Lagerhalters nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall finden in Ansehung des Lagergeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung.“
47. § 425 wird wie folgt geändert:
- a) Der bisherige Text wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:
- „(2) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Frachtführers nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall finden in Ansehung des Frachtgeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung.“
48. In § 451 werden das Wort „Kaufmann“ durch das Wort „Gewerbetreibender“ und das Wort „Handelsgewerbes“ durch das Wort „Gewerbes“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4101-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In Artikel 5 wird die Angabe „§ 2“ durch die Angabe „§ 1“ ersetzt.

2. Artikel 29 a wird wie folgt gefaßt:

„Artikel 29 a

§ 90 a Abs. 2 und 3 des Handelsgesetzbuchs in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung ist auch auf Ansprüche aus vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] begründeten Handelsvertretervertragsverhältnissen anzuwenden, über die noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist.“

3. Nach Artikel 37 wird folgender Achter Abschnitt angefügt:

„Achter Abschnitt.

Übergangsvorschriften zum Handelsrechtsreformgesetz

Artikel 38

(1) Die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] im Handelsregister eingetragenen Firmen dürfen bis zum 31. März ... [einsetzen: Jahreszahl des dritten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres] weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden dürfen.

(2) Hat die Änderung der Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Personenhandelsgesellschaft ausschließlich die Aufnahme der nach § 19 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung vorgeschriebenen Bezeichnung zum Gegenstand, bedarf diese Änderung nicht der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister.

(3) Für die erste Eintragung eines Unternehmens, das auf Grund des § 36 des Handelsgesetzbuchs in der vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 1 dieses Gesetzes] geltenden Fassung nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden brauchte, werden Gebühren nicht erhoben.

Artikel 39

Vordrucke von Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, die den Vorschriften der §§ 37 a und

125 a des Handelsgesetzbuchs, auch in Verbindung mit § 7 Abs. 4 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes, in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung nicht entsprechen, dürfen noch bis zum 31. Dezember ... [einsetzen: Jahreszahl des ersten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres] aufgebraucht werden, es sei denn, die Firma des Kaufmanns oder der Handelsgesellschaft oder der Name der Partnerschaft wird nach dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geändert.

Artikel 40

(1) Die in § 24 Abs. 1 der Handelsregisterverfügung in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung vorgesehene Pflicht, das Geburtsdatum zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, gilt auch für solche Kaufleute oder persönlich haftende Gesellschafter, die zu diesem Zeitpunkt bereits in das Register eingetragen und noch minderjährig sind. Das Geburtsdatum dieser Personen ist mit der ersten das eingetragene Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Handelsregister ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes], spätestens aber bis zum 31. März ... [einsetzen: Jahreszahl des zweiten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres], zur Eintragung anzumelden.

(2) Die Pflicht zur Einreichung der Geschäftsanschrift bei dem Gericht nach § 24 Abs. 2, 3 der Handelsregisterverfügung in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung gilt auch für diejenigen, die zu diesem Zeitpunkt bereits in das Handels-, Genossenschafts- oder Partnerschaftsregister eingetragen sind. In diesen Fällen ist die aktuelle Geschäftsanschrift mit der ersten das eingetragene Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Register ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes], spätestens aber bis zum 31. März ... [einsetzen: Jahreszahl des zweiten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres], bei dem Gericht einzureichen, soweit sie dem Gericht nicht bereits nach § 24 der Handelsregisterverfügung in der bis zum ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung mitgeteilt worden ist.

Artikel 41

Die §§ 131 bis 142 und 177 des Handelsgesetzbuchs in der vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes] geltenden Fassung sind mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung weiter anzuwenden, wenn ein Gesellschafter bis zum 31. Dezember ... [einsetzen: Jahreszahl des dritten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres] die Anwendung dieser Vorschriften gegenüber der Gesellschaft schriftlich verlangt, bevor innerhalb dieser Frist ein zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden eines Gesellschafters füh-

render Grund eintritt. Das Verlangen kann durch einen Gesellschafterbeschuß zurückgewiesen werden."

Artikel 5

Änderung des EWIV-Ausführungsgesetzes

Das Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14. April 1988 (BGBl. I S. 514), geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 2 Abs. 2 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 4 werden nach dem Wort „Namen“ ein Komma und die Wörter „das Geburtsdatum“ eingefügt.
- b) In Nummer 5 wird das Wort „Beruf“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.

2. § 3 Abs. 4 wird wie folgt gefaßt:

„(4) Die Geschäftsführer haben ihre Namensunterschriften unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.“

3. § 9 wird aufgehoben.

Artikel 6

Änderung der Verordnung über Orderlagerscheine

In § 2 Abs. 2 Nr. 2 der Verordnung über Orderlagerscheine in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung werden das Komma nach dem Wort „Stande“ und die Wörter „sofern nicht gemäß § 36 des Handelsgesetzbuchs die Eintragung des Unternehmens im Handelsregister unterblieben ist“ gestrichen.

Artikel 7

Änderung des Börsengesetzes

In § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Börsengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juli 1996 (BGBl. I S. 1030), das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden die Wörter „nach § 36 des Handelsgesetzbuchs,“ gestrichen.

Artikel 8

Änderung des Umwandlungsgesetzes

Das Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210, 1995 I S. 428) wird wie folgt geändert:

1. § 18 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Sätze 2 und 3 aufgehoben.
- b) Absatz 2 wird aufgehoben.
- c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2. Dort werden die Wörter „nach Absatz 2“ durch das Wort „neu“ ersetzt.

2. § 122 wird wie folgt geändert:
- a) Der bisherige Text wird Absatz 1. Dort wird Halbsatz 2 wie folgt gefaßt:
„§ 18 Abs. 1 bleibt unberührt.“
 - b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:
„(2) Kommt eine Eintragung nicht in Betracht, treten die in § 20 genannten Wirkungen durch die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes der übertragenden Kapitalgesellschaft ein.“
3. § 200 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.
 - b) Absatz 2 wird wie folgt gefaßt:
„(2) Auf eine nach dem Formwechsel beibehaltene Firma ist § 19 des Handelsgesetzbuchs, § 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, §§ 4, 279 des Aktiengesetzes oder § 3 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften entsprechend anzuwenden.“
 - c) Absatz 3 wird aufgehoben.
 - d) Die bisherigen Absätze 4 und 5 werden Absätze 3 und 4.
4. In § 228 Abs. 1 wird die Angabe „(§ 105 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs)“ durch die Angabe „(§ 105 Abs. 1 und 2 des Handelsgesetzbuchs)“ ersetzt.

Artikel 9

Änderung des Aktiengesetzes

Das Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt gefaßt:

„§ 4
Firma

Die Firma der Aktiengesellschaft muß, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.’

2. Dem § 38 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung der Satzung darf das Gericht die Eintragung nach Absatz 1 nur ablehnen, soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit

1. Tatsachen oder Rechtsverhältnisse betrifft, die nach § 23 Abs. 3 oder auf Grund anderer zwingender gesetzlicher Vorschriften in der Satzung bestimmt sein müssen oder die in das Handelsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind,

2. Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder

3. die Nichtigkeit der Satzung zur Folge hat.“

3. In § 40 Abs. 1 Nr. 3 werden das Komma nach dem Wort „Name“ und das Wort „Beruf“ gestrichen.
4. In § 42 werden die Wörter „ist dies sowie der Name, Vorname, Beruf und Wohnort des alleinigen Aktionärs unverzüglich bei dem Gericht anzumelden“ durch die Wörter „ist eine entsprechende Mitteilung unter Angabe von Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort des alleinigen Aktionärs zum Handelsregister einzureichen“ ersetzt.
5. § 279 wird wie folgt gefaßt:

„§ 279
Firma

Die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien muß, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.’

6. In § 281 werden das Komma nach dem Wort „Vornamen“ und das Wort „Beruf“ gestrichen.

Artikel 10

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt gefaßt:

„§ 4

Die Firma der Gesellschaft muß, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.’

2. Nach § 4 wird folgender § 4 a eingefügt:

„§ 4 a

(1) Sitz der Gesellschaft ist der Ort, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.

(2) Als Sitz der Gesellschaft hat der Gesellschaftsvertrag in der Regel den Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird.“

3. In § 8 Abs. 1 Nr. 3 wird das Wort „Stand“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.

4. § 9 c wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages darf das Gericht die Eintragung nach Absatz 1 nur ablehnen, soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit

1. Tatsachen oder Rechtsverhältnisse betrifft, die nach § 3 Abs. 1 oder auf Grund anderer zwingender gesetzlicher Vorschriften in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt sein müssen oder die in das Handelsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind,

2. Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder

3. die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hat.“

5. § 40 wird wie folgt gefaßt:

„§ 40

(1) Die Geschäftsführer haben nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, zum Handelsregister einzureichen. Hat ein Notar einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 beurkundet, so hat er diese Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen.

(2) Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.“

6. In § 57 a wird die Angabe „§ 9 c“ durch die Angabe „§ 9 c Abs. 1“ ersetzt.

Artikel 11**Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften**

Das Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2202), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 3 wird wie folgt gefaßt:

„§ 3

(1) Die Firma der Genossenschaft muß, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ oder die Abkürzung „eG“ enthalten. § 30 des Handelsgesetzbuchs gilt entsprechend.

(2) Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der darauf hindeutet, ob und in welchem Umfang die Genossen zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet sind.“

2. Dem § 11 a wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung des Statuts darf das Gericht die Eintragung nach Absatz 1 nur ablehnen, soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit

1. Tatsachen oder Rechtsverhältnisse betrifft, die nach den §§ 6 und 7 oder auf Grund anderer zwingender gesetzlicher Vorschriften in dem Statut bestimmt sein müssen oder die in das Genossenschaftsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind,

2. Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Genossenschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder

3. die Nichtigkeit des Statuts zur Folge hat.“

3. In § 161 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Dabei kann auch vorgeschrieben werden, daß das Geburtsdatum von in das Genossenschaftsregister einzutragenden Personen zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden sowie die Anschrift der Genossenschaft und von Zweigniederlassungen bei dem Gericht einzureichen ist; soweit in der Rechtsverordnung solche Angaben vorgeschrieben werden, findet § 14 des Handelsgesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

Artikel 12**Änderung des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes**

Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 2 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich. Die Namen anderer Personen als der Partner dürfen nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden.“

b) In Absatz 2 wird die Angabe „§ 19 Abs. 3 und 4,“ gestrichen.

2. Dem § 7 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Für die Angaben auf Geschäftsbriefen der Partnerschaft ist § 125 a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs entsprechend anzuwenden.“

3. § 9 Abs. 2 wird aufgehoben.

Artikel 13**Änderung des Depotgesetzes**

Das Depotgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995 (BGBl. I S. 34) wird wie folgt geändert:

1. § 1 Abs. 2 wird wie folgt gefaßt:
„(2) Verwahrer im Sinne dieses Gesetzes ist, wem im Betrieb seines Gewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung anvertraut werden.“
2. § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 wird wie folgt gefaßt:
„4. die Wertpapiere vertretbar und zur Sammelverwahrung durch die Wertpapiersammelbank und den ausländischen Verwahrer im Rahmen ihrer gegenseitigen Kontoverbindung zugelassen sind.“
3. In § 15 Abs. 3 und § 17 werden jeweils die Wörter „einem Kaufmann“ durch das Wort „jemandem“ und das Wort „Handelsgewerbes“ durch das Wort „Gewerbes“ ersetzt.
4. In § 16 Nr. 2 werden die Wörter „nach § 36 des Handelsgesetzbuchs,“ gestrichen.
5. In § 31 werden das Wort „ein Kaufmann“ durch das Wort „jemand“ und das Wort „Handelsgewerbes“ durch das Wort „Gewerbes“ ersetzt.
6. In § 34 Abs. 1, §§ 35 und 37 werden jeweils die Wörter „Ein Kaufmann, der“ durch das Wort „Wer“ ersetzt.
7. § 41 wird aufgehoben.

Artikel 14

Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

§ 6c Satz 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 43-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird aufgehoben.

Artikel 15

Änderung der Gewerbeordnung

Die Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Januar 1987 (BGBl. I S. 425), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 15 a Abs. 2 Halbsatz 1 werden die Wörter „Kaufleute, die eine Firma führen,“ durch die Wörter „Gewerbetreibende, für die eine Firma im Handelsregister eingetragen ist,“ ersetzt.
2. Dem § 15 b Abs. 1 werden folgende Sätze angefügt:
„Der Angaben nach Satz 1 bedarf es nicht bei Mitteilungen oder Berichten, die im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung ergehen und für die üblicherweise Vordrucke verwendet werden, in denen lediglich die im Einzelfall erforderlichen besonderen Angaben eingefügt zu werden brauchen. Bestellscheine gelten als Geschäftsbriefe im Sinne des Satzes 1; Satz 2 ist nicht auf sie anzuwenden.“

Artikel 16

Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

Das Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 95 Abs. 1 Nr. 1 werden nach dem Wort „Handelsgesetzbuches“ ein Komma sowie der Halbsatz „sofern er in das Handelsregister oder Genossenschaftsregister eingetragen ist oder auf Grund einer gesetzlichen Sonderregelung für juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht eingetragen zu werden braucht,“ eingefügt.
2. In § 109 Abs. 1 Nr. 3 werden die Wörter „des § 36 des Handelsgesetzbuchs oder“ gestrichen.

Artikel 17

Änderung des Beurkundungsgesetzes

In den §§ 39 und 41 Satz 1 des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969 (BGBl. I S. 1513), das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden jeweils die Wörter „Firma oder“ gestrichen.

Artikel 18

Änderung der Zivilprozeßordnung

Die Zivilprozeßordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 29 Abs. 2 und § 38 Abs. 1 werden jeweils das Komma nach dem Wort „Kaufleute“ sowie die Wörter „die nicht zu den in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden gehören“ gestrichen.
2. In § 1027 Abs. 2 werden die Wörter „und keine der Parteien zu den in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden gehört“ gestrichen.

Artikel 19

Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung

Artikel 40 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nummer 3 wird wie folgt gefaßt:
„3. In § 34 Abs. 1 und 5 werden jeweils die Wörter „des Konkurses“ durch die Wörter „des Insolvenzverfahrens“ ersetzt.“
2. Nummer 6 wird wie folgt gefaßt:
„6. § 131 wird wie folgt geändert:
a) In Absatz 1 Nr. 3 sowie Absatz 2 Nr. 2 werden die Wörter „des Konkurses“ jeweils durch die Wörter „des Insolvenzverfahrens“ ersetzt.
b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:
„(2) Eine offene Handelsgesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wird ferner aufgelöst:“

1. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist;
2. durch die Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 141 a des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist."

c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.'

3. Die Nummern 7 bis 10 werden gestrichen.

Artikel 20

Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 125 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefaßt:

„(1) Für die Führung des Handelsregisters ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, für den Bezirk dieses Landgerichts zuständig.“

b) In Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 werden die Wörter „für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht zu übertragen“ durch die Wörter „anderen oder zusätzlichen Amtsgerichten zu übertragen und die Bezirke der Registergerichte abweichend von Absatz 1 festzulegen“ ersetzt.

c) In Absatz 3 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Dabei kann auch vorgeschrieben werden, daß das Geburtsdatum von in das Handelsregister einzutragenden Personen zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sowie die Anschrift der einzutragenden Unternehmen und Zweigniederlassungen bei dem Gericht einzureichen ist; soweit in der Rechtsverordnung solche Angaben vorgeschrieben werden, findet § 14 des Handelsgesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

2. In § 132 Abs. 1 Satz 1 wird die Angabe „125 a Abs. 2“ durch die Angabe „37 a Abs. 4, § 125 a Abs. 2“ ersetzt.

Artikel 21

Änderung der Partnerschaftsregisterverordnung

In § 5 Abs. 3 Satz 1 der Partnerschaftsregisterverordnung vom 16. Juni 1995 (BGBl. I S. 808) werden

jeweils nach dem Wort „Familiennamen“ ein Komma und das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.

Artikel 22

Änderung der Verordnung über das Genossenschaftsregister

§ 18 der Verordnung über das Genossenschaftsregister in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-16, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch die Verordnung vom 6. Juli 1995 (BGBl. I S. 911) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 1 Satz 3 wird das Wort „Beruf“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.
2. In Absatz 2 Satz 2 werden nach dem Wort „Vornamen“ ein Komma und das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.

Artikel 23

Änderung der Handelsregisterverordnung

Die Handelsregisterverordnung vom 12. August 1937 (Reichsministerialblatt S. 515), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 6. Juli 1995 (BGBl. I S. 911), wird wie folgt geändert:

1. In § 3 Abs. 2 wird die Angabe „§§ 33, 36“ durch die Angabe „§ 33“ ersetzt.
2. § 24 wird wie folgt gefaßt:

„§ 24

(1) Werden natürliche Personen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (insbesondere als Kaufleute, Gesellschafter, Prokuristen, Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Abwickler), so ist in der Anmeldung deren Geburtsdatum anzugeben.

(2) Bei der Anmeldung ist die Lage der Geschäftsräume anzugeben. Die Änderung der Geschäftsanschrift ist dem Registergericht unverzüglich mitzuteilen.

(3) Absatz 2 gilt für die Anmeldung einer Zweigniederlassung und die Änderung von deren Geschäftsanschrift entsprechend.

(4) Es ist darauf hinzuwirken, daß bei den Anmeldungen auch der Geschäftszweig, soweit er sich nicht aus der Firma ergibt, angegeben wird.“

3. § 40 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 3 wird jeweils das Wort „Beruf“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.

b) In Nummer 4 werden nach dem Wort „Familiennamen“ ein Komma sowie das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.

c) In Nummer 5 Abs. 2 Buchstabe e wird das Wort „Beruf“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.

d) In Nummer 5 Abs. 3 Buchstabe a werden vor dem Wort „Firma“ das Wort „Geburtsdatum“ sowie ein Komma eingefügt.

- e) In Nummer 5 Abs. 5 Buchstabe f und g werden jeweils nach dem Wort „Familiennamen“ ein Komma sowie das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.
4. § 43 wird wie folgt geändert:
- a) In Nummer 4 wird das Wort „Beruf“ durch das Wort „Geburtsdatum“ ersetzt.
- b) In Nummer 5 werden nach dem Wort „Familiennamen“ ein Komma sowie das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.
- c) In Nummer 6 Buchstaben m, n und o werden jeweils nach dem Wort „Familiennamen“ ein Komma sowie das Wort „Geburtsdatum“ eingefügt.

Artikel 24

Änderung der Kostenordnung

Die Kostenordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 361-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 26 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 3 Nr. 1 werden die Wörter „oder eines Unternehmens nach § 36 des Handelsgesetzbuchs“ gestrichen.
- b) In Absatz 4 Nr. 4 werden nach dem Wort „Einzelkaufmann“ das Komma und die Wörter „ein Unternehmen nach § 36 des Handelsgesetzbuchs“ gestrichen.
2. § 27 wird wie folgt geändert:
- a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:
- „(2) Beschlüsse nach dem Umwandlungsgesetz sind mit dem Wert des Aktivvermögens des übertragenden oder formwechselnden Rechtsträgers anzusetzen. Bei Abspaltungen oder Ausgliederungen ist der Wert des übergehenden Aktivvermögens maßgebend.“
- b) Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden Absätze 3 und 4.
3. § 38 Abs. 2 wird wie folgt geändert:
- a) In Nummer 5 Buchstabe a wird das Komma nach dem Wort „Schiffsregister“ durch das Wort „und“ ersetzt; die Wörter „und im Kabelbuch“ werden gestrichen.
- b) In Nummer 5 Buchstabe b wird das Komma nach dem Wort „Grundbuchordnung“ durch das Wort „und“ ersetzt; die Wörter „und nach § 22 Abs. 1 des Kabelpfandgesetzes vom 31. März 1925 (Reichsgesetzbl. I S. 37)“ werden gestrichen.
- c) In Nummer 7 werden die Wörter „Firma oder“ gestrichen.
4. § 39 Abs. 4 wird wie folgt gefaßt:
- „(4) Bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten sowie von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz ist

der Wert höchstens auf 10 Millionen Deutsche Mark, in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 7, auch wenn mehrere Anmeldungen in derselben Verhandlung beurkundet werden, auf höchstens 1 Million Deutsche Mark, anzunehmen.“

5. § 40 wird wie folgt gefaßt:

„§ 40

Geschäftswert bei zustimmenden Erklärungen

(1) Bei einer Zustimmungserklärung ist der Wert des Geschäfts maßgebend, auf das sich die Zustimmungserklärung bezieht.

(2) Bei Zustimmungserklärungen auf Grund einer gegenwärtigen oder künftigen Mitberechtigung ermäßigt sich der Geschäftswert nach Absatz 1 auf den Bruchteil, der dem Anteil der Mitberechtigung entspricht. Entsprechendes gilt für Zustimmungserklärungen von Anteilsinhabern (§ 2 des Umwandlungsgesetzes). Bei Gesamthandverhältnissen ist der Anteil entsprechend der Beteiligung an dem Gesamthandvermögen zu bemessen.“

6. § 41 Abs. 3 wird wie folgt gefaßt:

„(3) § 40 gilt entsprechend.“

7. In § 85 werden in Satz 1 die Wörter „und in das Kabelbuch“ und in Satz 2 die Wörter „und des Kabels“ gestrichen.

Artikel 25

Änderung des D-Markbilanzgesetzes

In § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 des D-Markbilanzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juli 1994 (BGBl. I S. 1842), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird jeweils der Halbsatz „soweit sie nicht zu den in § 4 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden gehören,“ gestrichen.

Artikel 26

Änderung der Unternehmensrückgabeverordnung

§ 11 Abs. 1 der Unternehmensrückgabeverordnung vom 13. Juli 1991 (BGBl. I S. 1542), die durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 werden nach der Angabe „§ 1 des Handelsgesetzbuchs“ das Komma und die Wörter „das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert,“ gestrichen.
2. Satz 2 wird wie folgt gefaßt:
- „§ 19 des Handelsgesetzbuchs, § 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und §§ 4, 279 des Aktiengesetzes sind zu beachten.“

Artikel 27

Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Die auf Artikel 6, 21, 22, 23 und 26 beruhenden Teile der Verordnung über Orderlagerscheine, der

Partnerschaftsregisterverordnung, der Verordnung über das Genossenschaftsregister, der Handelsregisterverordnung und der Unternehmensrückgabeverordnung können auf Grund der jeweils einschlägigen Ermächtigung durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 28
Inkrafttreten

(1) Artikel 2, 3 Nr. 1 bis 6, 10, 18, 21, 23, 24, 27, 35 und 38 bis 48, Artikel 4 Nr. 1 und 3, soweit dadurch Artikel 38 Abs. 3 in das Einführungsgesetz zum Han-

delsgesetzbuche eingefügt wird, Artikel 6, 7, 8 Nr. 4, Artikel 10 Nr. 2 und 5, Artikel 13 Nr. 1, 3 bis 7, Artikel 14, 16, 18, 23 Nr. 1, Artikel 24 Nr. 1, Artikel 25 und 26 Nr. 1 dieses Gesetzes treten am 1. Januar ... [einsetzen: Jahreszahl des zweiten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres] in Kraft.

(2) Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe a, b dieses Gesetzes tritt am 1. Januar ... [einsetzen: Jahreszahl des dritten auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres] in Kraft.

(3) Im übrigen tritt dieses Gesetz am ... [einsetzen: Datum des ersten Tages des vierten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] in Kraft.

Begründung

Übersicht

	Seite
I. Allgemeiner Teil	19
A. Anlaß und Vorgeschichte des Vorhabens	19
1. Auftrag der 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister von 1994	19
2. Umsetzung der Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“	19
3. Keine Präjudizierung in der Frage der Übertragung des Handels- und Genossenschaftsregisters auf die Industrie- und Handelskammern	19
B. Überblick über die vorgeschlagenen Neuregelungen	20
1. Kaufmannsbegriff des HGB	20
a) Grundzüge der Neudefinition	20
b) Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts	20
aa) Systematik des geltenden Rechts	21
bb) Rechtliche Relevanz des Kaufmannsbegriffs	21
cc) Mängel des geltenden Rechts	22
c) Verzicht auf eine grundlegende und umfassende HGB-Reform zugunsten einer punktuellen Vereinheitlichung und Vereinfachung	22
d) Wegfall des Katalogs der Grundhandelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB) und Zusammenfassung der bisherigen §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen Kaufmannsbegriff	23
e) Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“	24
f) Künftige Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden, insbesondere der bisherigen „Minderkaufleute“	27
aa) „Minderkaufmann“ nach geltendem Recht	27
bb) Konsequenzen der Zusammenfassung der §§ 1 und 2 HGB für nach geltendem Recht nicht-kaufmännische Kleingewerbetreibende	27
cc) Konsequenzen des Wegfalls der Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“	28
g) Einführung einer Eintragungsoption für Kleingewerbetreibende	31
h) Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister für die Kaufmannseigenschaft	32
i) Verzicht auf eine geschlechtsneutrale Formulierung an Stelle von „Kaufmann“ und „kaufmännisch“	33
k) Keine Auswirkung der Neuregelung auf land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie Freie Berufe	33
l) Abschaffung der Privilegierung gewerblicher Unternehmen der öffentlichen Hand nach § 36 HGB	34

	Seite
2. Neuregelung des Firmenrechts	35
a) Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts	35
aa) Firmenbildung	35
bb) Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB)	36
b) Grundzüge der Neuregelung	36
aa) Erleichterung der Firmenbildung durch größere Wahlfreiheit der Unternehmen	36
bb) Konsequenzen der Neuregelung für Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften	37
cc) Zwingender Rechtsformzusatz in der Firma von Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften	37
dd) Entschärfung des firmenrechtlichen Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB)	38
ee) Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen	38
3. Neuregelungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften	39
a) Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleinbetriebe	39
b) Absicherung der Personenhandelsgesellschaftsfähigkeit von Vermögensverwaltungsgesellschaften	40
c) Umkehrung des Grundsatzes „Auflösung der Gesellschaft durch Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortführung der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“	41
aa) Geltendes Recht	41
bb) Erforderlichkeit und Inhalt der Neuregelung	41
4. Vereinfachung und Effektivierung des Handelsregisterverfahrens einschließlich des Kostenrechts	42
5. Änderung des Handelsvertreterrechts	43
6. Zurückstellung der Überarbeitung des Rechts der „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“ (§§ 59 bis 83 HGB)	45
C. Haltung der am Handels- und Gesellschaftsrecht interessierten Kreise sowie der Landesjustizverwaltungen	45
D. Kosten und Preise	45
1. Kosten der öffentlichen Haushalte	45
a) Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand	45
b) Vollzugsaufwand	46
2. Sonstige Kosten	46
3. Preise	46
II. Zu den einzelnen Vorschriften	46
Zu Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	46
Zu Artikel 2 Änderung des AGB-Gesetzes	46
Zu Artikel 3 Änderung des Handelsgesetzbuchs	47
Zu Artikel 4 Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche	69

	Seite
Zu Artikel 5 Änderung des EWIV-Ausführungsgesetzes	72
Zu Artikel 6 Änderung der Verordnung über Orderlagerscheine	73
Zu Artikel 7 Änderung des Börsengesetzes	73
Zu Artikel 8 Änderung des Umwandlungsgesetzes	73
Zu Artikel 9 Änderung des Aktiengesetzes	73
Zu Artikel 10 Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit be- schränkter Haftung	74
Zu Artikel 11 Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirt- schaftsgenossenschaften	80
Zu Artikel 12 Änderung des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes	81
Zu Artikel 13 Änderung des Depotgesetzes	81
Zu Artikel 14 Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ..	82
Zu Artikel 15 Änderung der Gewerbeordnung	82
Zu Artikel 16 Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes	83
Zu Artikel 17 Änderung des Beurkundungsgesetzes	83
Zu Artikel 18 Änderung der Zivilprozeßordnung	83
Zu Artikel 19 Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung ...	83
Zu Artikel 20 Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der frei- willigen Gerichtsbarkeit	84
Zu Artikel 21 Änderung der Partnerschaftsregisterverordnung	87
Zu Artikel 22 Änderung der Verordnung über das Genossenschaftsregister	87
Zu Artikel 23 Änderung der Handelsregisterverordnung	87
Zu Artikel 24 Änderung der Kostenordnung	88
Zu Artikel 25 Änderung des D-Markbilanzgesetzes	89
Zu Artikel 26 Änderung der Unternehmensrückgabeverordnung	90
Zu Artikel 27 Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang	90
Zu Artikel 28 Inkrafttreten	90

I. Allgemeiner Teil

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll das geltende Handels- und Gesellschaftsrecht zugunsten einer größeren Handlungsfreiheit der betroffenen Wirtschaftsunternehmen einer Deregulierung und Vereinfachung unterzogen werden. Der überkommene Kaufmannsbegriff des Handelsgesetzbuchs (HGB), der den zentralen Anknüpfungspunkt des deutschen Handelsrechts darstellt, soll den Verhältnissen des modernen Wirtschaftslebens angepaßt und die Rechtsanwendung dadurch zugleich erheblich vereinfacht werden. Dabei soll auch die nicht mehr gerechtfertigte Privilegierung von gewerblichen Unternehmen der öffentlichen Hand im HGB aufgegeben werden. Das strenge Firmenrecht soll im Interesse einer größeren Wahlfreiheit der Unternehmen bei der Firmenbildung liberalisiert werden, womit zugleich ein wichtiger Beitrag zur Deregulierung und Entbürokratisierung geleistet wird. Auch das materielle Recht der Personenhandelsgesellschaften soll in Details an die geänderte Rechtswirklichkeit angepaßt und vereinfacht werden. Zudem sollen einige Einzelheiten des gerichtlichen Handelsregisterverfahrens einschließlich des Kostenrechts geändert werden, um es insgesamt effizienter und für die Unternehmen kostengünstiger zu gestalten.

Schließlich soll die mit dem Entwurf verbundene Änderung des HGB zum Anlaß genommen werden, das in der 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages nicht mehr zum Abschluß gebrachte Vorhaben, die Vorschrift des § 90a HGB über die nachvertragliche Wettbewerbsabrede in Handelsvertreterverträgen an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzupassen, wieder aufzugreifen.

A. Anlaß und Vorgeschichte des Vorhabens

1. Auftrag der 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister von 1994

Unmittelbarer Anlaß für den Gesetzentwurf ist die Umsetzung der Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ zur Modernisierung des Kaufmannsbegriffs, Liberalisierung des Firmenrechts und Vereinfachung und Beschleunigung des Handelsregisterverfahrens. Diese Arbeitsgruppe war im Auftrag der Konferenz der Justizministerinnen und -minister im September 1992 unter dem Vorsitz des Bundesministeriums der Justiz eingesetzt worden, um zu prüfen, „inwieweit das Handelsrecht vereinfacht werden kann, damit Wettbewerbsnachteile der deutschen Wirtschaft im europäischen Binnenmarkt vermieden und das Handelsregisterverfahren einfacher und effektiver gestaltet werden kann“ (Beschluß der 63. Konferenz der Justizministerinnen und -minister vom 18. bis 21. Mai 1992).

Diesen Auftrag hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe durch Vorlage ihres Zwischenberichts im Mai 1994 erfüllt, der umfangreiche Vorschläge zur Reform des

Handelsrechts und Handelsregisterrechts enthielt, die unter Beteiligung des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT) und der Bundesnotarkammer erarbeitet worden waren. Die Konferenz der Justizministerinnen und -minister hat diese Reformempfehlungen einhellig gebilligt und das Bundesministerium der Justiz gebeten, alsbald die Arbeiten zur Vorbereitung eines entsprechenden Gesetzentwurfs aufzunehmen (Beschluß der 65. Konferenz der Justizministerinnen und -minister vom 3. bis 5. Mai 1994).

Das Bundesministerium der Justiz hat die Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Sommer 1994 an die beteiligten Kreise versandt und zugleich als Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 148a vom 9. August 1994 veröffentlicht, um den Erörterungen in Wissenschaft und Praxis frühzeitig eine Diskussionsgrundlage zu geben.

2. Umsetzung der Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“

Ein Teil der Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat bereits seine Umsetzung durch den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber erfahren. So sind die Rechtsvorschriften für die Umstellung des Handels- und Genossenschaftsregisters auf maschinelle Führung als automatisierte Datei, die durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz (RegVVG) vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2182) als §§ 8a, 9a HGB und § 125 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) geschaffen und durch die Verordnung des Bundesministeriums der Justiz vom 6. Juli 1995 (BGBl. I S. 911) ergänzt worden sind, auf entsprechende Vorarbeiten und Empfehlungen der Arbeitsgruppe zurückzuführen. Das gleiche gilt von der Abschaffung der gerichtlich geführten Liste der Genossen nach § 10 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG) durch das RegVVG. Einzelne Empfehlungen der Arbeitsgruppe, wie z. B. der Verzicht auf die Hinterlegung des Prüfungsberichts der Gründungsprüfer von Aktiengesellschaften bei den Industrie- und Handelskammern, sind durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2. August 1994 (BGBl. I S. 1961) verwirklicht worden.

Der Umsetzung der übrigen, vorwiegend materiellrechtlichen Empfehlungen der Arbeitsgruppe, die das Kaufmanns- und Firmenrecht zum Gegenstand haben, dient der vorliegende Gesetzentwurf. Er enthält außerdem Anpassungen im Gesellschaftsrecht, die über den seinerzeitigen Beratungsgegenstand der Arbeitsgruppe hinausgehen.

3. Keine Präjudizierung in der Frage der Übertragung des Handels- und Genossenschaftsregisters auf die Industrie- und Handelskammern

Der Auftrag an die Bund-Länder-Arbeitsgruppe war vor dem Hintergrund erteilt worden, daß der

DIHT eine Reihe von Novellierungsvorschlägen zum geltenden Handelsrecht und Handelsregisterrecht unterbreitet hatte, die in der Anregung gipfelten, die Führung der Handels- und Genossenschaftsregister von den Amtsgerichten auf die Industrie- und Handelskammern zu übertragen. Gemeinsam mit dem DIHT war die Konferenz der Justizministerinnen und -minister aber der Auffassung, daß die Überprüfung des geltenden materiell- und formellrechtlichen Rahmens für das Handelsregister Vorrang hat vor der Entscheidung über die Verlagerung der Handelsregister in eine andere Zuständigkeit. Eine Übernahme des Handelsregisters durch die Industrie- und Handelskammern bei unveränderter Beibehaltung des handels- und gesellschaftsrechtlichen „Überbaus“ kam auch für den DIHT als Dachorganisation der Kammern erklärtermaßen nicht in Frage.

Die Justizministerinnen und -minister der Länder haben zwar die Übertragung der Handelsregister auf die Industrie- und Handelskammern auf der Grundlage eines Abschlußberichts der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ vom April 1995 abgelehnt (Beschluß der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und -minister vom 20./21. November 1995). Sie haben aber inzwischen auf Grund einer entsprechenden Bitte der Konferenz der Ministerpräsidenten der Länder vom März 1996 damit begonnen, im Rahmen der Diskussion zur Modernisierung der Verwaltung den gesamten Komplex des Registerwesens im Justizbereich auf Möglichkeiten zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit, Modernisierung und der Übertragung auf Dritte zu überprüfen. Die Bundesregierung sieht derzeit keinen Anlaß, dem Ergebnis dieser Untersuchung vorzugreifen; sie wird zu gegebener Zeit auf der Basis der dann abgeschlossenen Untersuchung über das Bestehen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs entscheiden.

Von dem Ausgang dieser politischen Diskussion um die zukünftige Neuregelung der Zuständigkeit für das Handelsregister ist der vorliegende Gesetzentwurf allerdings grundsätzlich unabhängig. Er präjudiziert auch nicht etwa die Entscheidung in der Übertragungsfrage zugunsten einer Beibehaltung der bisherigen gerichtlichen Zuständigkeit. Die hier vorgeschlagenen Änderungen des materiellen Rechts sind vielmehr nach Ansicht der Bundesregierung – der auch der DIHT insoweit zustimmt – zur Modernisierung und Vereinfachung des Handels- und Gesellschaftsrechts in jedem Fall notwendig und sollen deshalb losgelöst von der Frage der Übertragung des Handelsregisters auf die Industrie- und Handelskammern verwirklicht werden. Auch die hier vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Neuregelungen sollen in jedem Fall umgesetzt werden, weil sie schon jetzt zu einer Steigerung der Effizienz des Handelsregisterverfahrens bei den Gerichten beitragen können und sie auch bei einer Verlagerung der Zuständigkeit auf die Industrie- und Handelskammern – mutatis mutandis – für das dortige Verwaltungsverfahren in Registersachen gelten würden.

B. Überblick über die vorgeschlagenen Neuregelungen

1. Kaufmannsbegriff des HGB

a) Grundzüge der Neudefinition

Der überkommene und in seiner Abgrenzung nicht mehr zeitgemäße Kaufmannsbegriff des HGB soll reformiert und den gewandelten Verhältnissen des modernen Wirtschaftslebens angepaßt, dabei zugleich vereinfacht werden. Die von der Wirtschaft beklagten, vor allem historisch bedingten Ungeheimheiten und unnötig gewordenen Kompliziertheiten beim Kaufmannsbegriff sollen beseitigt werden. Insbesondere sollen der „Ist-“ bzw. „Mußkaufmann“ (§ 1 HGB) und der „Sollkaufmann“ (§ 2 HGB) zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefaßt werden, um künftig alle Gewerbetreibende ohne Rücksicht auf die Branche zu erfassen. Die nur historisch zu erklärende Unterscheidung zwischen typischen Waren-Handelsgeschäften (Katalog der „Grundhandelsgewerbe“ nach § 1 Abs. 2 HGB) und dem Dienstleistungsgewerbe sowie dem Handwerk wird damit zugunsten einer einheitlichen Anwendung des HGB beseitigt; insbesondere wird damit der moderne Dienstleistungsverkehr von vornherein (und nicht erst unter den Voraussetzungen des § 2 HGB) miteingefügt. Kaufmann i. S. des HGB ist dann grundsätzlich jeder Gewerbetreibende. Ausgenommen bleiben lediglich Kleingewerbetreibende, deren Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Damit wird zugleich die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ aufgegeben. Diesem Personenkreis soll aber – wie allen Kleingewerbetreibenden – die Möglichkeit zum freiwilligen Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister eingeräumt werden, und zwar sowohl als Einzelkaufleute als auch im Zusammenschluß zur Personenhandelsgesellschaft (oHG, KG).

b) Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts

Das Handelsrecht in seiner traditionellen Konzeption versteht sich als Sonderprivatrecht des Kaufmanns (Capelle/Canaris, Handelsrecht, § 1 III 1; Heymann/Horn, HGB, Einl. I RNr. 1; von Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, § 1 I 1; Staub/Brüggemann, HGB, Einl. RNr. 6). Im geltenden Recht ist der Begriff des Kaufmanns zentraler Anknüpfungspunkt für die Anwendung zahlreicher Sonderregelungen innerhalb und außerhalb des HGB. Der Begriff ist bereits seit langem Gegenstand kritischer Auseinandersetzung in der Rechtsliteratur [grundlegend: K. Schmidt, Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, § 9 I m.w.N.; s. auch DB 1994, S. 515 ff.; Staub/Brüggemann, HGB, Einl. RNr. 8; zuletzt außerdem Steding WR 1993, 242, 249; Neuner ZHR 157 (1993), S. 243 ff.]. Diese Kritik im juristischen Schrifttum korreliert mit Reformüberlegungen, die in der Praxis angestellt werden. So hat auch der DIHT bereits in seinen Reformvorschlägen zum Handelsrecht von 1987 einen Vorschlag zur Neuformulierung des Kaufmannsbegriffs präsentiert.

aa) Systematik des geltenden Rechts

Die Kritik am Kaufmannsbegriff setzt bereits an der komplizierten Systematik des geltenden Rechts an. Danach wird unterschieden zwischen dem „Mußkaufmann“ (§ 1 HGB) und dem „Sollkaufmann“ (§ 2 HGB). Damit verknüpft wird die weitere Differenzierung zwischen „Vollkaufmann“ und „Minderkaufmann“ (§ 4 HGB). Als Sonderformen existieren schließlich noch die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen als „Kann-Kaufleute“ (§ 3 HGB) und die Handelsgesellschaften als „Formkaufleute“ (§ 6 HGB).

„Mußkaufmann“ (oder „Ist-Kaufmann“) ist nach geltendem Recht nur derjenige, der ein sog. „Grundhandelsgewerbe“ betreibt; die betroffenen Branchen sind in § 1 Abs. 2 HGB enumerativ aufgelistet. Er ist verpflichtet, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Auch wenn er dies unterläßt, wird er gleichwohl den Regeln des Handelsrechts unterworfen.

Demgegenüber betreibt der „Sollkaufmann“ ein „sonstiges Gewerbe“, das zwar nicht dem Katalog der Grundhandelsgeschäfte in § 1 Abs. 2 HGB unterfällt, das aber einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Unter dieser Voraussetzung „gilt“ der Betrieb als Handelsgewerbe; der Inhaber ist zur Eintragung verpflichtet (§ 2 HGB). Unterläßt er dies, wird er jedoch grundsätzlich nicht den für die Kaufleute geltenden Regelungen unterworfen (Ausnahme: § 262 HGB); d. h. für seine Kaufmannseigenschaft ist die Handelsregistereintragung konstitutiv. Er kann allerdings im Einzelfall als sog. „Scheinkaufmann“ an kaufmännischen Regelungen festgehalten werden, wenn er sich im Rechtsverkehr als solcher geriert.

„Minderkaufmann“ ist derjenige, der wie ein Mußkaufmann ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB betreibt, dessen Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang jedoch keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert. Auf ihn ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute nur in beschränktem Umfang anwendbar (§ 4 HGB).

„Kann-Kaufleute“ sind Land- oder Forstwirte, die gemäß § 3 Abs. 2 HGB den Kaufmannsstatus nach freier Option wählen können, wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert; für ihre Kaufmannseigenschaft ist die Handelsregistereintragung konstitutiv.

Außerdem sind Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und eingetragene Genossenschaften nach § 6 Abs. 2 HGB als sog. „Formkaufmann“ in jedem Fall Vollkaufleute, auch wenn sie kein (Grund-)Handelsgewerbe betreiben (s. auch § 3 des Aktiengesetzes -AktG- und § 17 Abs. 2 GenG).

bb) Rechtliche Relevanz des Kaufmannsbegriffs

Die Kaufmannseigenschaft ist für die Anwendung der meisten Vorschriften des Ersten und Vierten Buchs des HGB entscheidend. Des weiteren finden sich Sondervorschriften für Kaufleute auch in zahlreichen anderen Gesetzen. Der Kaufmannsbegriff ist

damit der zentrale Anknüpfungspunkt für den Anwendungsbereich der unterschiedlichsten Sonderregelungen in unserer gesamten (Privat-)Rechtsordnung.

So ist die Kaufmannseigenschaft zunächst Voraussetzung für den Zugang zum Handelsregister (§ 29 HGB). Sie verschafft das Recht (und die Pflicht) zur Führung einer Firma (§§ 17 ff. HGB) sowie die Möglichkeit zur Erteilung von Prokura (§§ 48 ff. HGB). Arbeitsverhältnisse können nach den Sonderregeln für Handlungsgehilfen (§§ 59 ff. HGB) begründet werden. Außerdem besteht die Möglichkeit der Assoziation in der Rechtsform der oHG oder KG nur für kaufmännische Unternehmen (§§ 105 und 161 HGB). Die Buchführungspflicht nach § 238 HGB setzt ebenfalls grundsätzlich Kaufmannseigenschaft voraus, wobei gemäß § 262 HGB auch der „Sollkaufmann“ der Buchführungspflicht unterfällt, unabhängig davon, ob er in das Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Die Vorschriften über die Handelsgeschäfte (Viertes Buch des HGB) stellen Sondervorschriften im Verhältnis zum Allgemeinen Teil und zum Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) dar, deren Anwendung ebenfalls Kaufmannsstatus voraussetzt (vgl. §§ 343 bis 345 HGB); von Bedeutung in diesem Zusammenhang sind insbesondere die Formfreiheit von Bürgschaft, Schuldversprechen und Anerkenntnis gemäß § 350 HGB, der Sorgfaltsmaßstab des § 347 HGB, der Ausschluß der Herabsetzung von unangemessen hohen Vertragsstrafen gemäß § 348 HGB, die Zinsregelungen der §§ 352 ff. HGB, die Bestimmung der Gattungsschuld nach § 360 HGB, die Regelung über die Wirkung des Schweigens auf Geschäftsbesorgungsanträge gemäß § 362 HGB, der gutgläubige Erwerb nach §§ 366 ff. HGB und das Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 369 ff. HGB. Hinzutreten kaufmännische Spezialnormen für bestimmte Wertpapiere (§§ 363 bis 365 HGB), für den Handelskauf, insbesondere die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB, und bestimmte Arten von Handelsgeschäften wie das Kommissionsgeschäft nach §§ 383 ff. HGB sowie das Speditions-, Lager- und Frachtgeschäft (§§ 407 ff. HGB).

Bei den Vorschriften aus anderen Gesetzen als dem HGB handelt es sich in der Regel um besondere Schutzvorschriften, von deren Geltungsbereich Kaufleute wiederum wegen ihrer geringeren Schutzbedürftigkeit ausgenommen sind. Für Minderkaufleute gelten solche Schutznormen allerdings häufig fort, d. h. diese werden insoweit nicht stets den Kaufleuten gleichgestellt, sondern oft auch nur wie „normale BGB-Bürger“ behandelt. Als Beispiele sind die §§ 29, 38, 1027 Abs. 2 der Zivilprozeßordnung (ZPO), § 53 des Börsengesetzes, § 24 des AGB-Gesetzes, § 6 c des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und § 8 des früheren Abzahlungsgesetzes (AbzG) zu nennen.

Das AbzG ist allerdings durch das Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2840) abgelöst worden, dessen § 1 nicht mehr an den Kaufmannsbegriff anknüpft, sondern den Anwendungsbereich auf den (privaten) Verbraucher beschränkt. Damit werden solche Kredit- und Kreditvermittlungsverträge aus dem Anwendungsbereich ausgenom-

men, die im Rahmen einer ausgeübten gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abgeschlossen werden. Im Ergebnis sind damit – neben Freiberuflern – Kaufleute, jedenfalls für den Bereich ihrer kaufmännischen Tätigkeit, wiederum vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

cc) Mängel des geltenden Rechts

Die Regelung des geltenden Rechts hat dazu geführt, daß für die Anwendung des Kaufmannsrechts die Abgrenzung zwischen „Mußkaufmann“ und „Sollkaufmann“ entscheidend geworden ist. Es ist danach zu differenzieren, ob ein Handelsgewerbe gemäß § 1 Abs. 2 HGB oder ein sonstiges Gewerbe nach § 2 HGB betrieben wird. Diese Entscheidung ist von erheblicher praktischer Relevanz, wird aber angesichts der gewandelten Verhältnisse des Wirtschaftslebens heute nicht mehr als zeitgemäß empfunden. Das traditionelle Handelsrecht zum Ende des 19. Jahrhunderts ist vom vertriebsgeprägten Grundhandelsgewerbe als Regelfall eines kaufmännischen Unternehmens ausgegangen. Diese Prämisse trifft aber in der heutigen Wirtschaftsrealität nicht mehr zu: Wie der DIHT anhand der Mitgliederstruktur der Industrie- und Handelskammern ermittelt hat, überwiegen die Handelsregistereintragungen auf Grund des § 2 HGB heute bei weitem diejenigen nach § 1 HGB. Der DIHT geht sogar von einem aktuellen Anteil von Dienstleistungsunternehmen unter den Neueintragungen im Handelsregister von ca. 85 % aus. Die vom historischen Gesetzgeber des HGB seinerzeit vorausgesetzte Regel hat sich demnach faktisch in ihr Gegenteil verkehrt.

Hinzutritt, daß die Abgrenzungskriterien der beiden Bereiche in der Praxis kompliziert sind und oft zu Ergebnissen führen, die den Gewerbetreibenden selbst kaum zu vermitteln sind:

So werden bestimmte Handwerker, die Waren aus selbst eingekauften Rohstoffen herstellen (sog. „Warenhandwerker“, wie Bäcker oder Fleischer) als Kaufleute gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB angesehen (BGHZ 22, 234, 236; KG KGJ 27 A, 60). Das gleiche gilt für den Tischler und den Baustoffhändler (RGZ 58, 186, 190). Solange ein Umsatzgeschäft mit dem Gewerbe verbunden ist, kommt es – im Gegensatz zu § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 9 HGB – nicht darauf an, ob es handwerksmäßig betrieben wird oder nicht. Bei den sog. Bauhandwerkern hingegen, die zwar zum größten Teil ihr Material selbst einkaufen, bei der Arbeit aber verbrauchen und nicht wieder verarbeitet verkaufen, führt das geltende Recht dazu, daß sie grundsätzlich keine Kaufleute im Sinne von § 1 HGB sind. Sie können allerdings nach der Rechtsprechung des BGH dann Vollkaufleute sein, wenn überwiegendes Tätigkeitsmerkmal die „vorgefertigte oder katalogmäßige Lieferung von Waren“ ist (BGHZ 59, 179, 182). An solche Definitionen knüpft sich eine nur schwer überschaubare Kasuistik in der obergerichtlichen Rechtsprechung an. Das Ergebnis der Abgrenzung ist oft zufällig. Danach sind z. B. Handelsmakler Kaufleute, Grundstücksmakler hingegen nicht; Personenbeförderung fällt unter den Kaufmannsbegriff, nicht aber das Vermieten und Verleasen von PKW. Der größte Teil des Dienstleistungssektors, der einen

immer wichtigeren Anteil am Wirtschaftsleben hat, fällt ebensowenig unter den Kaufmannsbegriff wie die gesamte Urproduktion (Bergbau, Steinbrüche etc.).

Damit führt der Katalog der Grundhandelsgewerbe im Ergebnis zu sachlich kaum mehr zu rechtfertigenden Differenzierungen zwischen Gewerben, die an sich ähnliche Voraussetzungen aufweisen und an die im Geschäftsverkehr ähnliche Anforderungen gestellt werden. Die Kritik an dieser Differenzierung ist alt: Schon früh ist bemerkt worden, daß durch die Kombination der Aufzählung des § 1 Abs. 2 HGB mit der Generalklausel des § 2 HGB eine Auswahl unter Gewerbetreibenden getroffen werde, die keine sachliche Begründung in sich trage. Bereits 1938 wurde festgestellt, das Handelsrecht sei in seiner Entwicklung vom Recht der Händler zu einem Recht der Gewerbetreibenden steckengeblieben [Krause, ZHR 105 (1938), 69, 124]. Zu einer durchgreifenden Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung ist es in der Folgezeit aber nicht gekommen. Im Gegenteil hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich die Reform der §§ 1 ff. HGB dem Gesetzgeber zugewiesen (BGHZ 59, 179, 182). Diese Verpflichtung einzulösen und die aus der historisch bedingten Zufälligkeit resultierenden Unzuträglichkeiten zu beseitigen, ist das vordringliche Anliegen dieses Gesetzentwurfs.

c) Verzicht auf eine grundlegende und umfassende HGB-Reform zugunsten einer punktuellen Vereinheitlichung und Vereinfachung

Der Gesetzentwurf sieht allerdings davon ab, die oben konstatierten Mängel des geltenden Rechts durch eine grundlegende und umfassende Reform des Handelsrechts, welche die tradierte Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff überhaupt aufgibt, zu bereinigen. Er folgt damit den Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“.

Ein solcher Ansatz wird zwar teilweise in der Literatur verfochten [Capelle/Canaris, § 1 II 2; Staub/Brüggemann, HGB, Einl. RNr. 49 ff.; Herber, ZHR 144 (1980), 47, 70; Müller-Freienfels, FS von Caemmerer (1978), 583, 615]. Dort wird z. B. vorgeschlagen, das an den Kaufmannsbegriff anknüpfende Handelsrecht zugunsten einer objektiven Anknüpfung abzuschaffen, indem die Spezialregelungen des HGB über Verträge in das Schuldrecht des BGB eingegliedert, das Gesellschaftsrecht der Personenhandelsgesellschaften mit dem der Personengesellschaften des BGB und der Kapitalgesellschaften zusammengefaßt und die das Handelsregister betreffenden Regelungen aus dem HGB in eine Handelsregisterordnung ausgegliedert werden. Andere Stimmen plädieren wenigstens für eine Ersetzung des Kaufmannsbegriffs durch den des Unternehmens und damit für eine Umgestaltung des HGB zu einem „Unternehmensgesetzbuch“ [so Raisch, FS Stimpel, S. 29, 38, und K. Schmidt, Handelsrecht, § 3 und § 9 IV, zuletzt DB 1994, S. 515 ff.; ihnen folgend z. B. Herber, ZHR 144 (1980), 47, 71; Bydliński, Handels- oder Unternehmensrecht ..., (1990), S. 25].

Eine derart grundlegende Umgestaltung des Handelsrechts im Sinne einer Auflösung des HGB und einer Umstrukturierung in ein Recht der Unternehmen und des Wirtschaftsverkehrs sieht der Entwurf nicht vor. Eine solch weitreichende Neuregelung würde zwangsläufig zu einer vollständigen inhaltlichen Überarbeitung des gesamten HGB führen oder müßte dieses gar durch eine Neukodifikation ersetzen, ohne daß eine praktische Notwendigkeit hierfür dargetan scheint. In jedem Falle bleibt vor einer solch umfassenden Neuordnung des Handelsrechts im „nationalen Alleingang“ zunächst die europäische Rechtsentwicklung in diesem Bereich abzuwarten, aus der sich unter Umständen Reformen grundsätzlicher Art in eine bis jetzt unbekanntere Richtung ergeben könnten.

Was die Anknüpfung an den Begriff des „Unternehmens“ anbelangt, so sind auf das Unternehmen hin ausgerichtete handelsrechtliche Regelungen zwar denkbar, würden aber zumindest bei jeder einzelnen Norm des geltenden Handelsrechts die Überprüfung erfordern, ob sie sinnvollerweise auf das Unternehmen selbst oder den Unternehmensträger bezogen werden sollte. Insofern würde eine Umstrukturierung nicht unbedingt zu einer Vereinfachung des geltenden Rechts führen. Andererseits scheinen die Unterschiede in der praktischen Rechtsanwendung nicht groß, wenn man den Unternehmensträger mit dem Gewerbetreibenden vergleicht. Der wichtigste Unterschied zum Gewerbe- bzw. Kaufmannsbegriff liegt darin, daß sowohl Land- und Forstwirtschaft als auch Freie Berufe unter den Unternehmensbegriff fallen würden. Auch ist der Ansatz der Vertreter der Unternehmensrechtstheorie ein viel zu umfassender, als lediglich zu definieren, wer Kaufmann sei und wer nicht. Ob durch den Unternehmensbegriff ein Vorteil an Trennschärfe gegenüber dem Kaufmannsbegriff gewonnen würde, dürfte dabei – jedenfalls im derzeitigen Erkenntnisstadium – ohnehin zweifelhaft sein. Jedenfalls entfielen auch nach dem zuletzt von K. Schmidt (DB 1994, S. 515 ff.) vertretenen Lösungsansatz die tradierte Unterscheidung zwischen „Mußkaufmann“ und „Sollkaufmann“, und behielte die Handelsregistereintragung – wovon auch dieser Entwurf ausgeht – insoweit ihre deklaratorische Natur, begründete also nicht erst die Kaufmanns- bzw. Unternehmenseigenschaft, sondern setzte sie voraus. In der Sache dürften die Vorschläge K. Schmidts für ein „Unternehmensgesetzbuch“ deshalb – sieht man von der Behandlung der Land- und Forstwirtschaft und der Freien Berufe ab – wohl zu demselben praktischen Ergebnis führen wie die Empfehlungen der Arbeitsgruppe für eine Korrektur des Kaufmannsbegriffs.

Aus diesen Gründen beschränkt sich der Entwurf auf lediglich punktuelle Korrekturen, deren Ziel insbesondere sein soll, den subjektiven Anwendungsbereich des HGB von seinen historisch bedingten Zufälligkeiten zu befreien und zugleich zu einer erheblichen Vereinfachung des geltenden Rechts beizutragen. Die Neuregelung soll sich grundsätzlich innerhalb des bisherigen Systems des HGB halten und dieses nicht insgesamt in Frage stellen. Anknüpfungspunkt für den Anwendungsbereich des HGB

soll deshalb weiterhin der – wenn auch grundlegend überarbeitete – Kaufmannsbegriff bleiben. Bei der Ausgestaltung dieser „systemimmanenten“ Korrekturen hat sich der Entwurf allerdings von der Überlegung leiten lassen, daß durch eine solche „kleine“ HGB-Reform der Weg zu einer etwaigen späteren Gesamtreform nicht versperrt wird.

- d) Wegfall des Katalogs der Grundhandelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB) und Zusammenfassung der bisherigen §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen Kaufmannsbegriff

Zur Aktualisierung und Vereinfachung des Kaufmannsbegriffs schlägt der Entwurf vor, den Katalog der Grundhandelsgewerbe in § 1 Abs. 2 HGB zu streichen. Dieser Katalog ist nicht mehr zeitgemäß und schließt wichtige Teile des Geschäftsverkehrs unangemessen von der Kaufmannseigenschaft aus.

Mit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ geht der Entwurf davon aus, daß sich eine Überarbeitung des Katalogs der Grundhandelsgewerbe in § 1 Abs. 2 HGB als „weniger einschneidende“ Alternative dagegen nicht empfiehlt, weil dies nicht zu der wünschenswerten Flexibilität des Kaufmannsbegriffs und zu einer dauerhaft sachgerechten Lösung führen würde. Zwar mag es auf den ersten Blick naheliegen, den Katalog der Grundhandelsgewerbe durch Ergänzungen so aktualisieren, daß auch diejenigen Teilnehmer am Wirtschaftsleben einbezogen werden, von denen allgemein angenommen werden kann, daß sie einen vergleichbaren Geschäftsbetrieb, wie die im Katalog genannten, unterhalten und daher grundsätzlich dem Handelsrecht unterfallen sollten. Dies wären insbesondere Lohnhandwerker und bestimmte Dienstleistungsgewerbe, deren Einbeziehung teilweise in der Literatur vorgeschlagen wird (Bork JuS 1993, 106, 109; Heymann/Horn, Einl. I. RNR. 16; Wessel BB 1977, 1226, 1227).

Dagegen spricht jedoch letztlich, daß die abschließende Aufzählung von vermeintlich in das Bild des Kaufmanns passenden Tätigkeiten bereits in der Vergangenheit dazu geführt hat, daß in der Folgezeit erhebliche Lücken für die Anwendung des Handelsrechts entstanden sind. Durch eine enumerative Erweiterung des Katalogs des Grundhandelsgewerbes ließe sich dieser Tendenz nicht entgegenwirken. Eine solche Neuregelung liefe sehr bald Gefahr, daß sie von der Entwicklung des Wirtschaftslebens überholt und nach nicht allzu langer Zeit die gleichen Probleme aufwerfen würde wie das geltende Recht.

Statt also den Katalog des § 1 Abs. 2 HGB weiter zu entwickeln, soll er gestrichen werden. Die bisherigen Tatbestände des „Mußkaufmanns“ (§ 1 HGB) und des „Sollkaufmanns“ (§ 2 HGB) werden in § 1 HGB zu einem einheitlichen Tatbestand, der grundsätzlich alle Gewerbetreibende ohne Differenzierung nach der Branche umfaßt, zusammengefaßt (s. Artikel 3 Nr. 1). Der „Sollkaufmann“ des bisherigen § 2 HGB kann dann entfallen. Diese Grundentscheidung des Entwurfs, die §§ 1 und 2 HGB zusammenzufassen und auf eine Fortschreibung des Katalogs der „Grundhandelsgewerbe“ zu verzichten, wird auch

von den beteiligten Kreisen nahezu einhellig begrüßt.

e) Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ hatte empfohlen, für die Neuregelung der Kaufmannseigenschaft allein an den Begriff des „Gewerbes“ anzuknüpfen. Kaufmann sollte danach jeder sein, der ein Gewerbe betreibt. Der Begriff des „Handelsgewerbes“ würde damit entbehrlich.

Demgegenüber hält der Entwurf aber an der herkömmlichen Terminologie insoweit fest, als der Begriff des „Handelsgewerbes“ beibehalten werden soll und der Wortlaut von § 1 Abs. 1 HGB damit unverändert bleiben kann. Dieser Begriff soll allerdings in § 1 Abs. 2 HGB-E neu definiert werden: Handelsgewerbe ist künftig jedes gewerbliche Unternehmen, es sei denn, daß es nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (s. Artikel 3 Nr. 1).

Diese Neudefinition stellt zum einen die rechtstechnische Umsetzung der Entscheidung des Entwurfs dar, die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ abzuschaffen und alle Kleinbetriebe ohne Rücksicht auf die Branche, der sie angehören, grundsätzlich vom Handelsrecht auszunehmen [dazu s. nachfolgend unter f)]. Daneben kommt der Neudefinition des „Handelsgewerbes“ folgende Bedeutung zu:

aa) Auch für den neu definierten Begriff des „Handelsgewerbes“ und damit für die Begründung der Kaufmannseigenschaft ist maßgebliches Kriterium wie schon bisher der Umstand, daß überhaupt ein „Gewerbe“ betrieben wird. Mit der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ sieht der Entwurf aber davon ab, eine Legaldefinition des Gewerbebegriffes in das HGB aufzunehmen. Eine solche Definition im Gesetz wäre nur dann notwendig, wenn für das neue Recht von dem geltenden, durch die Rechtsprechung entwickelten Gewerbebegriff abgewichen werden sollte. Dies empfiehlt sich nach den eingehenden Überlegungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aber nicht.

So ist etwa erwogen worden, einen für die gesamte Rechtsordnung geltenden übergreifenden Gewerbebegriff für öffentliches Recht (Gewerberecht), Steuerrecht und Handelsrecht zu definieren. Eine solche Harmonisierung erscheint zwar wünschenswert, dürfte aber nur sehr schwierig zu erreichen sein (zu den verschiedenen Bedeutungen: BGHZ 33, 321, 327 ff.; zum Handelsrecht: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 1 Anm. 1 A; Heymann/Horn, Einl. I RNr. 13; K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 IV S. 246 ff.; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen ..., S. 123 ff.; Wessel BB 1977, 1226, 1227; von Gierke/Sandrock § 6 II; Staub/Brüggemann, § 1 HGB RNr. 5 ff.; Capelle/Canaris § 2 I 1; aus der Rechtsprechung: RG seit RGZ 66, 143, 148; BGHZ 83, 382, 386; weitere Rechtsprechungsnachweise bei K. Schmidt, Handelsrecht, S. 248

Fn. 4). Eine Definition des Gewerbebegriffes allein im HGB erscheint auch kaum dazu geeignet, eine Harmonisierung des Gewerbebegriffes in verschiedenen Rechtsgebieten zu erreichen, sondern würde im Gegenteil eine flexible Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung verstellen und so zur weiteren Zersplitterung zwischen den Gewerbebegriffen im öffentlichen Recht, Steuerrecht und Handelsrecht beitragen.

Es soll deshalb auch nach diesem Entwurf grundsätzlich bei der bisherigen Definition durch die Rechtsprechung verbleiben, wie sie schon zum Gewerbebegriff des geltenden § 2 HGB entwickelt worden ist. Danach erfordert der Betrieb eines Gewerbes jedenfalls eine Tätigkeit, die selbständig, auf Dauer angelegt und planmäßig betrieben wird, auf dem Markt erkennbar nach außen hervortritt und nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist.

Inwieweit auch die Gewinnerzielungsabsicht zu den notwendigen Begriffsmerkmalen eines Gewerbes gehört, ist im geltenden Recht allerdings umstritten [dafür: Baumann AcP 184 (1984) 45, 51; Staub/Brüggemann § 1 HGB, RNr. 9 ff.; herrschende Rspr. seit RGZ 66, 143, 148; zuletzt BGHZ 66, 48, 49; 83, 382, 386; dagegen: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 1 Anm. 1 B; von Gierke/Sandrock, § 6 II 5 d m.w.N.; Raisch JuS 1967, 533, 537; K. Schmidt § 9 IV S. 289 ff.; Hopt ZGR 1987, 145, 142 ff.; Capelle/Canaris § 2 I 2 b]. Ein dringender praktischer Grund dafür, daß der Gesetzgeber dieses Kriterium ausdrücklich als Voraussetzung eines Gewerbes ausschließen soll, ist aber bislang nicht geltend gemacht worden.

bb) Nach der Neudefinition in § 1 Abs. 2 HGB-E soll aber nicht jedes Gewerbe per se Kaufmannseigenschaft begründen, sondern nur dann, wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht wörtlich den bisher im Gesetz verwendeten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Voll- und Minderkaufleuten (bei Grundhandelsgewerben) in § 4 Abs. 1 HGB und zwischen Voll- und Nicht-Kaufleuten (bei sonstigem Gewerbe) in § 2 HGB. Damit kann künftig auch für die praktische Abgrenzung des (voll-)kaufmännischen Betriebes vom nicht-kaufmännischen Unternehmen auf die seit langem bewährten, in der Rechtsprechung gefundenen Kriterien des „nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes“ zurückgegriffen werden (s. dazu näher die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 1). Der „nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtete Geschäftsbetrieb“ wird damit zur einheitlichen Abgrenzungslinie zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten für alle Arten von Gewerbe.

Bei der Erörterung des Referentenentwurfs mit den Landesjustizverwaltungen ist, wie auch schon in der früheren rechtspolitischen Diskussion, vereinzelt vorgeschlagen worden, im Interesse einer rechtssicheren Abgrenzung zwischen

Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten das als „schillernd“ empfundene Erfordernis des „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes“ durch gesetzlich festgelegte Mindestgrößenanforderungen wie z. B. Bilanzsumme, Betriebsvermögen, Umsatzerlöse, Gewinn, Arbeitnehmerzahl o. ä. zu präzisieren. Bei der Anhörung der beteiligten Kreise hat diese Anregung keine Unterstützung gefunden. Der Entwurf greift sie auch nicht auf, und zwar aus folgenden Gründen:

Zwar sind solche Grenzziehungen grundsätzlich dem Gesetzgeber nicht fremd. Eine ähnliche Regelung war schon früher, nämlich bis 1953, in § 4 Abs. 3 HGB enthalten. Danach waren die Landesregierungen befugt, Bestimmungen zu erlassen, „durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird“. Von dieser Ermächtigung ist aber nie Gebrauch gemacht worden, weshalb sie durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31. März 1953 (BGBl. I S. 106) wieder gestrichen wurde. Im geltenden Recht enthalten § 267 HGB und § 141 der Abgabenordnung (AO) solche fixen Grenzziehungen und werden deshalb als Beispiele herangezogen. Diese Vorschriften eignen sich im vorliegenden Zusammenhang aber nicht als Vorbild:

§ 141 AO, der die steuerliche Buchführungspflicht von Gewerbebetrieben begründet, stellt ab auf einen Umsatz von mehr als 500 000 DM pro Kalenderjahr oder ein Betriebsvermögen von mehr als 125 000 DM oder einen Gewinn von mehr als 48 000 DM pro Wirtschaftsjahr. Die Vorschrift ist damit ausschließlich finanzorientiert und liefert daher zwar gewisse Vorgaben für den Umfang, nicht aber für die Art des Betriebes und seine Strukturen; der vollkaufmännische Geschäftsbetrieb soll aber gerade nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet sein müssen. Außerdem schließen die äußerst niedrigen Summen – die nicht kumulativ vorliegen müssen – wohl nur Kleinstbetriebe aus.

§ 267 HGB, der die kleinen, mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften voneinander abgrenzt, stellt auf die Bilanzsumme (5,31 Mio. bzw. 21,24 Mio. DM), die jährlichen Umsatzerlöse (10,62 Mio. bzw. 42,48 Mio. DM) und die jahresdurchschnittlichen Arbeitnehmerzahlen (50 bzw. 250) ab und verlangt die kumulative Kombination von jeweils zwei der drei Merkmale. Für die Abgrenzung vom Kaufmann zum Nicht-Kaufmann sind die Zahlen jedenfalls viel zu hoch. Als „Strukturelement“ für Art und Umfang des Betriebes enthalten sie außer Finanzzahlen nur die Beschäftigtenzahl.

Die Praxis zum geltenden Recht zeigt aber, daß es gerade nicht allein auf das Vorliegen von Merkmalen wie Umsatz, Vermögen, Gewinn oder Mitarbeiterzahlen ankommen kann, sondern nur auf das Gesamtbild des Betriebes an-

hand einer Kombination von Merkmalen: Hinsichtlich der Art der Geschäftstätigkeit kann es z. B. auf die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, die Teilnahme am Wechselverkehr, die aktive oder passive Teilnahme am Frachtverkehr, eine grenzüberschreitende Tätigkeit oder dergleichen ankommen; hinsichtlich des Umfangs der Geschäftstätigkeit sind außer Umsatzvolumen, Anlage- und Betriebskapital auch Zahl und Funktion der beschäftigten Mitarbeiter sowie die Größe, Zahl und Organisation der Betriebsstätten zu berücksichtigen. Das Herausgreifen einzelner Merkmale und ihre Fixierung in detaillierten Größenangaben wird den Anforderungen des kaufmännischen Geschäftsverkehrs nicht gerecht und erscheint willkürlich.

Hinzu würde folgende Schwierigkeit treten: Da diese Grenzen für die Kaufmannseigenschaft konstitutiv wären, müßte im Gesetz der Zeitpunkt, etwa ein fixes Kalenderdatum, festgelegt werden, ab dem im Einzelfall das Über- oder Unterschreiten der Größenmerkmale die Kaufmannseigenschaft eines Betriebes begründet bzw. beseitigt, denn die Zahlen können ihrer Natur nach zum Teil erst nachträglich festgestellt werden (Jahresdurchschnitts- bzw. Bilanzangaben); daß z. B. der Wechsel im Mitarbeiterbestand um plus/minus einen Arbeitnehmer jeweils die Kaufmannseigenschaft „automatisch“ herbeiführt und wieder beseitigt, kann wohl ernsthaft nicht erwogen werden. Umgekehrt würde aber auch eine Art „Rückwirkung“ fingiert werden müssen, denn sonst würden z. B. neu gegründete Betriebe gerade in ihrer Anfangs- und Aufbauphase – jedenfalls vor dem ersten Stichtag, zu dem die Zahlen festgestellt werden können – überhaupt nicht dem Kaufmannsrecht unterfallen, was im Interesse des Verkehrs nicht hinnehmbar wäre. Die bisherige Abgrenzung stellt deshalb ja auch gerade nicht darauf ab, ob ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb vorhanden ist, sondern ob er nach Art und Umfang erforderlich, d. h. bei Neugründungen nach deren Anlage also wenigstens prognostizierbar, ist.

Hinzutritt schließlich, daß eine gesetzliche Fixierung der Größenordnungen – die ohnehin erst nach umfänglichen empirischen Ermittlungen bestimmt werden könnten – im Ergebnis sehr unflexibel und der Gefahr ausgesetzt wäre, von der tatsächlichen Entwicklung überholt zu werden. Sie könnte dann wiederum nur durch ein aufwendiges Gesetzgebungsverfahren korrigiert und an sich verändernde Lebensbedingungen angepaßt werden.

- cc) Der Entwurf verkennt aber nicht die praktischen Abgrenzungsprobleme, die sich daraus ergeben können, daß § 1 Abs. 2 HGB-E eine rein materiell-rechtliche Grenzziehung zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten vorsieht. Denn die Kaufmannseigenschaft soll sich im Grundsatz allein nach dem Vorliegen der dort niedergelegten Tatbestandsmerkmale richten, ohne daß es insoweit auf die Eintragung des Gewerbetreibenden in das Handelsregister ankommt [s. dazu näher

nachfolgend unter h)]. Da das Erfordernis eines vollkaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes im Regelfall nicht von außen erkennbar ist, ist die Gefahr, daß sich Gewerbetreibende nachträglich darauf berufen, Nicht-Kaufmann zu sein, um sich von Gerichtsstandsvereinbarungen (vgl. § 38 ZPO), von auf den kaufmännischen Verkehr zugeschnittenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. § 24 AGB-Gesetz), von formlosen Bürgschaften (§ 350 HGB) oder von verschärften Untersuchungs- und Rügepflichten beim Handelskauf (§§ 377, 378 HGB) zu lösen, nicht von der Hand zu weisen.

Allerdings sieht der Entwurf diese Gefahr in der Praxis nicht als unzumutbar groß an. Denn es darf nicht übersehen werden, daß in allen Fällen, in denen der Kaufmann seiner gesetzlichen Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister nachgekommen ist, schon § 5 HGB die gewünschte Rechtssicherheit verschafft, wonach es einem eingetragenen Gewerbetreibenden verwehrt ist, sich darauf zu berufen, es handele sich bei seinem Betrieb nicht um ein Handelsgewerbe. Das gilt für einzelkaufmännische Betriebe genauso wie für Handelsgesellschaften. Alle Kapitalgesellschaften, insbesondere AG und GmbH, entstehen ohnehin mit Wirkung nach außen erst durch Eintragung in das Register, sind dann aber unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand und unabhängig vom Erfordernis eines vollkaufmännischen Geschäftsbetriebs als sog. Formkaufleute stets Kaufmann (§ 6 Abs. 2 HGB). Darüber hinaus sieht der vorliegende Entwurf – insoweit abweichend vom Referentenentwurf – im neuen § 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 2) und in § 105 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 24) die Möglichkeit für Kleingewerbetreibende vor, freiwillig durch (insoweit konstitutive) Eintragung als Einzelunternehmen oder Personenhandelsgesellschaft die Kaufmannseigenschaft zu erwerben [s. dazu näher nachfolgend unter g)]. Soweit die Kleinbetriebe von dieser Option Gebrauch machen, ist ihnen nach der Eintragung ebenfalls die Berufung darauf, kein Handelsgewerbe zu betreiben, verwehrt. Somit verbleiben als Objekt für Streitfälle um die Kaufmannseigenschaft letztlich nur nicht eingetragene Einzelunternehmen und nicht eingetragene Personengesellschaften.

Ungeachtet dessen ist im Interesse der Rechtssicherheit die Neudefinition des „Handelsgewerbes“ in § 1 Abs. 2 HGB-E – insoweit abweichend vom Referentenentwurf – als gesetzliche Beweislastregel ausgestaltet. Mit der Formulierung, daß Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb ist, „es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“, wird im Interesse des Rechtsverkehrs die ausdrückliche Vermutung eingeführt, daß bei Vorliegen eines Gewerbes grundsätzlich auch von der Eigenschaft als Handelsgewerbe – und damit vom Kaufmannsstatus – ausgegangen werden kann. Ein Gewerbetreibender, der sich im Geschäfts- und Rechtsverkehr darauf beruft, sein Gewerbebetrieb erfordere nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Ge-

schäftsbetrieb und sei deshalb nicht kaufmännisch, soll dann dafür auch die Darlegungs- und Beweislast tragen, da im laufenden Geschäftsverkehr in der Regel nicht von außen beurteilt werden kann, ob ein Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht (s. im einzelnen dazu die Begründung zu Artikel 3 Nr. 1).

Mit dieser Beweislastregel, die in der Anhörung zum Referentenentwurf auch von mehreren Seiten vorgeschlagen worden ist, wird den geschilderten Bedenken aus der Praxis Rechnung getragen. Flankiert wird diese Regelung durch Artikel 16 Nr. 1 des Entwurfs, der die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) künftig nur für Rechtsstreitigkeiten gegen einen eingetragenen Kaufmann begründet; damit wird zur Entlastung der Gerichte verhindert, daß in Zivilprozessen schon zur Prüfung der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen über Art und Umfang des Geschäftsbetriebs eines nicht in das Handelsregister eingetragenen Beklagten Beweis zu erheben wäre.

dd) Mit der Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“ kann schließlich der dem HGB vertraute Begriff an zahlreichen Stellen des Gesetzes beibehalten und muß nicht gegen den des „Gewerbes“ ausgetauscht werden; auch Begriffe wie „Handelsvertreter“, „Handelsmakler“, „Handelsgesellschaft“ und „Handelsgeschäfte“ können grundsätzlich beibehalten werden. Damit muß letztlich auch der Gesetzestitel „Handelsgesetzbuch“ nicht aufgegeben werden.

Zuzugeben ist allerdings, daß der Begriff damit nicht nur inhaltlich verändert wird, sondern auch sprachlich einen neuen Gehalt erlangt. Der Begriff „Handelsgewerbe“ stand für den historischen Gesetzgeber in unmittelbarer Verbindung mit dem klassischen Warenhandel. Aber schon die „Grundhandelsgewerbe“ nach § 1 Abs. 2 HGB sind bei weitem nicht alle als „Handel“ im engen sprachlichen Sinne zu verstehen, im Gegenteil sogar meist weit vom klassischen „Handel“ entfernt (etwa die Be- und Verarbeitung von Waren nach Nummer 2, das Versicherungsgewerbe nach Nummer 3, die Beförderungsgeschäfte nach Nummer 5 oder die Druckereien nach Nummer 9). Gänzlich aufgegeben ist der Bezug zum eigentlichen Warenhandel obendrein durch die §§ 2 und 3 HGB, unter deren Voraussetzungen eben auch alle sonstigen Gewerbe einschließlich der Land- und Forstwirtschaft schon im geltenden Recht als „Handelsgewerbe“ fingiert werden. Mit der hier vorgeschlagenen Neudefinition des „Handelsgewerbes“ wird also nicht etwa erstmals eine sprachlich inkorrekte Terminologie innerhalb des HGB eingeführt, sondern nur eine vorhandene rechtliche Fiktion („gilt als“) gegen eine gesetzliche Neudefinition ausgetauscht. Dies bietet aber immerhin den Vorteil, im Rahmen dieser nur punktuellen HGB-Reform die bisherige Systematik und Terminologie des HGB beibehalten zu können und eine vollständige Neubearbeitung des gesamten Gesetzes entbehrlich zu machen.

f) Künftige Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden, insbesondere der bisherigen „Minderkaufleute“

Mit der in § 1 Abs. 2 HGB-E eingestellten Neudefinition des „Handelsgewerbes“, die maßgeblich darauf abstellt, ob das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sollen alle Kleinbetriebe, die dieses Kriterium nicht erfüllen, grundsätzlich vom Handelsrecht ausgenommen bleiben (mit Ausnahme der sog. Formkaufleute, für die aufgrund ihrer Rechtsform – AG, KG a.A., GmbH, eG – wie bisher stets Handelsrecht gilt). Damit soll künftig insbesondere auf die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ verzichtet werden. Mit diesem Vorschlag zieht der Entwurf eine bedeutsame Konsequenz aus der Zusammenlegung der bisherigen §§ 1 und 2 HGB zu einem neuen kaufmännischen Grundtatbestand. Zugleich wird damit die zusätzliche Differenzierung in eine weitere Gruppe von Rechtsunterworfenen, die zwischen (Voll-)Kaufleuten einerseits und Nicht-Kaufleuten andererseits stehen und für die abweichende Rechtsfolgen gelten, abgeschafft, was grundsätzlich dazu geeignet ist, den komplizierten Kaufmannsbegriff weiter zu vereinfachen und übersichtlicher zu gestalten.

Insoweit geht der Entwurf über die Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ hinaus. Diese hatte sich für die Beibehaltung des „Minderkaufmanns“ ausgesprochen.

aa) „Minderkaufmann“ nach geltendem Recht

Nach geltendem Recht sind diejenigen, die zwar ein Grundhandelsgewerbe i.S. des § 1 Abs. 2 HGB betreiben, dies aber nicht in einer Art oder einem Umfang, der einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, als sog. „Minderkaufleute“ dem Handelsrecht nur teilweise unterstellt, s. vor allem § 4 HGB.

Das Institut des Minderkaufmanns wurde geschaffen, um Kleingewerbetreibenden den Schutz, der für Kaufleute in bestimmten Bereichen entfällt, zu erhalten, so bei der Firmierung und Prokuraerteilung (§ 4 Abs. 1 HGB), bei Vertragsstrafversprechen und Bürgschaftserklärungen (§ 351 HGB) und durch die prozessualen Regelungen in § 29 Abs. 2, § 38 Abs. 1, § 1027 Abs. 2 ZPO, §§ 98, 109 GVG. Außerdem sind dem Minderkaufmann die Kosten der Handelsregistereintragung und einer Buchführung gemäß §§ 238 ff. HGB erspart (§ 4 Abs. 1 HGB). Grund für diese Regelung war, den Personenkreis, der ein Gewerbe betreibt, ohne dazu einen nennenswerten geschäftlichen Aufwand betreiben zu müssen, und ohne geschäftliche Erfahrung und betriebswirtschaftliche Vorbildung am Rechtsverkehr teilnimmt, nicht dadurch zu behindern, daß ihm zusätzliche Pflichten auferlegt werden, und nicht dadurch zu gefährden, daß bestimmte als riskant eingestufte Vereinbarungen formlos getroffen werden können (K. Schmidt, Handelsrecht, § 10 VII 1). Auf der anderen Seite sollen bestimmte handelsrechtliche Regelungen auch für den Minderkaufmann gelten, weil er nach außen

jedenfalls ein Gewerbe betreibt und wie ein Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnimmt.

bb) Konsequenzen der Zusammenfassung der §§ 1 und 2 HGB für nach geltendem Recht nicht-kaufmännische Kleingewerbetreibende

Die Aufgabe der bisherigen Differenzierung zwischen „Muß-“ und „Sollkaufleuten“ nach der oben dargestellten Grundkonzeption des Entwurfs führt dazu, daß auch alle „sonstigen“ Gewerbebetriebe, die bislang dem § 2 HGB unterfallen, im Grundsatz von dem neuen einheitlichen Kaufmannsbegriff erfaßt werden. Nach den Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe sollte dies grundsätzlich auch für diejenigen Unternehmen gelten, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Diese „Kleingewerbetreibenden“, die kein Grundhandelsgewerbe betreiben, sind im geltenden Recht aber dem Handelsrecht nicht unterworfen, sondern werden als Nicht-Kaufleute wie „normale BGB-Bürger“ behandelt. Für die handelsrechtliche Rechtsstellung dieser „Kleingewerbe“ hat die Arbeitsgruppe empfohlen, daß sie künftig nicht mehr als Nicht-Kaufleute behandelt, sondern den Kleinbetrieben im bisherigen Anwendungsbereich des § 1 HGB, also den „Minderkaufleuten“ nach § 4 HGB, gleichgestellt werden sollten. Begründet hat die Arbeitsgruppe diese Empfehlung damit, daß die Erwägungen, die dem § 4 HGB zugrunde liegen, auch heute nach wie vor Gültigkeit hätten und nicht durch neuere Entwicklungen im Geschäftsverkehr überholt seien; die Regelung des § 4 HGB könne also grundsätzlich auf die „sonstigen“, kein Grundhandelsgewerbe betreibenden Kleinunternehmen übertragen werden.

Allerdings hat die Arbeitsgruppe in diesem Zusammenhang empfohlen, das Institut des „Minderkaufmanns“ in Konsequenz der Zusammenlegung der Tatbestände der §§ 1 und 2 HGB zu überarbeiten, weil es infolge der Einbeziehung der „sonstigen“ Kleinbetriebe möglicherweise im einzelnen anders als im geltenden Recht ausgestaltet werden müsse. Sie hat sich aber nicht in der Lage gesehen, hierzu konkrete Empfehlungen auszusprechen, sondern insoweit lediglich weiteren Prüfungsbedarf konstatiert. Nach Ansicht der Arbeitsgruppe sollten vor allem diejenigen der für den „Minderkaufmann“ geltenden Vorschriften des Handelsrechts, die sich in erster Linie auf den Warenverkehr beziehen, daraufhin überprüft werden, ob sie nach einer Erweiterung des Kaufmannsbegriffs bei einem erheblich vergrößerten Kreis von „Minderkaufleuten“ für alle Kleingewerbetreibenden oder nur für einen kleinen Teil dieser Gruppe anwendbar bleiben sollten oder ob auf sie ganz verzichtet werden könne.

Demgegenüber schlägt der Entwurf vor, die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden generell nach dem Vorbild des bisherigen § 2 HGB auszugestalten, d. h. sie grundsätzlich wie Nicht-Kaufleute zu behandeln und dem Bürgerlichen Recht, nicht dem Handelsrecht, zu unterstellen. Damit wird einerseits dem Schutzbedürfnis der Kleingewerbetreibenden, nicht in aller Strenge dem HGB und den kaufmännischen

Vorschriften unterworfen zu werden, Rechnung getragen. Andererseits kann damit zugleich die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ und damit das Sonderrecht für „Minderkaufleute“ entfallen und somit künftig auf die Definition einer eigenen Gruppe von Gewerbetreibenden verzichtet werden, die sozusagen zwischen dem Kaufmann und dem „normalen BGB-Bürger“ plaziert ist. Dies führt zu einer weiteren erheblichen Rechtsvereinfachung im Bereich des Kaufmannsrechts.

Bei den Anhörungen zum Referentenentwurf ist diese Konzeption auf geteiltes Echo gestoßen. Sie ist sowohl von den beteiligten Kreisen als auch von den Landesjustizverwaltungen etwa zu gleichen Teilen ausdrücklich begrüßt wie kritisiert worden. Dabei besteht Einigkeit darüber, daß die Zusammenlegung der §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen Kaufmannstatbestand zwingend erfordert, die Kleingewerbetreibenden – ohne Rücksicht darauf, welcher Branche sie angehören – hinsichtlich der Anwendung des Handelsrechts gleich zu behandeln. Entweder müssen die bisher nicht dem HGB unterfallenden „sonstigen“ Kleinbetriebe i. S. des geltenden § 2 HGB von vornherein dem Kaufmannsrecht als „Minderkaufleute“ unterstellt werden, oder aber die bisherigen, ein Grundhandelsgewerbe betreibenden „Minderkaufleute“ müssen aus dem Kaufmannsrecht herausgenommen und den „sonstigen“ Kleinbetrieben gleichgestellt werden. Jede branchenmäßige Differenzierung bei Kleinbetrieben würde im Ergebnis der Beibehaltung eines Katalogs von „Grundhandelsgewerben“ wie im geltenden § 1 Abs. 2 HGB gleichkommen und damit den zentralen Ansatz der Reform des Kaufmannsbegriffs, nämlich die von allen Seiten begrüßte Aufgabe dieses unzeitgemäßen und heute als willkürlich zu wertenden Katalogs, konterkarieren.

Mit der Lösung des Entwurfs soll vor allem vermieden werden, daß mit der Zusammenfassung der §§ 1 und 2 HGB zu einem neuen einheitlichen Kaufmannstatbestand künftig alle Kleinbetriebe, d. h. auch die ein „sonstiges“ Gewerbe i. S. des geltenden § 2 HGB betreibenden, die nach den rechtstatsächlichen Erfahrungen heute wohl die Mehrheit bilden, den ihnen ungewohnten Regeln des HGB unterworfen werden, von denen sie seit Bestehen des HGB in diesem Jahrhundert aber ausgenommen waren und auf die sie in der Regel nicht vorbereitet sind. Hinzutritt, daß die auf Minderkaufleute anwendbaren Vorschriften des HGB – insbesondere die über den Handelskauf – gerade auf warenaumsatzbetonte Grundhandelsgeschäfte, nicht aber auf den Gegenstand der geschäftlichen Tätigkeit von „Dienstleistern“ zugeschnitten sind. Die Kleinunternehmen aus dem Bereich des § 2 HGB würden, machte man sie zu Minderkaufleuten, für eine „Nebentätigkeit“ wie einen Kaufvertrag, der als Handelsgeschäft dem Betrieb zuzuordnen ist (§ 343 HGB), den strengen Vorschriften des HGB über den Handelskauf unterworfen, wohingegen ihnen aber das HGB sonst gerade keine besonderen Vorschriften für den eigentlichen Gegenstand ihrer gewerblichen Betätigung bietet. Gründe dafür, die große Zahl kleiner und kleinster Betriebe, die schon von jeher dem Kaufmannsbegriff nicht un-

terfallen, dem Handelsrecht wenigstens als „Minderkaufleute“ zu unterwerfen, sind nicht ersichtlich. Hinzutritt, daß in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit immer mehr Menschen ohne entsprechende kaufmännische Vorkenntnisse und geschäftliche Erfahrungen in die Selbständigkeit drängen und ihren Lebensunterhalt mit der Führung eines kleinen „Ein-Mann-Unternehmens“ zu verdienen versuchen, weshalb sich die Frage nach deren Schutz vor den vielfach strengen handelsrechtlichen Folgen ihrer Geschäftstätigkeit in verstärktem Maße stellt.

cc) Konsequenzen des Wegfalls der Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“

Demgegenüber hält der Entwurf die Konsequenzen, die aus der Zuweisung der bisherigen „Minderkaufleute“ zum Bereich der Nicht-Kaufleute resultieren, für weniger einschneidend, weshalb insoweit grundsätzlich an der Konzeption des Referentenentwurfs festgehalten wird. Diese wird allerdings ergänzt durch einige gesetzliche Maßnahmen, die dazu führen sollen, daß die berechtigten Belange des Geschäftsverkehrs durch die Folgen der Neuregelung nicht beeinträchtigt werden.

Schon jetzt gelten wichtige Teile des HGB nicht für „Minderkaufleute“: im Ersten Buch die Vorschriften über die Firma, das Handelsregister und die Prokura (§ 4 Abs. 1 HGB), im Zweiten Buch das Recht der oHG und KG (§ 4 Abs. 2 HGB), das Dritte Buch über die Handelsbücher mit allen Publizitätsvorschriften. Insoweit ändert sich die Rechtsstellung der „Minderkaufleute“ daher durch diese Neuregelung der Kaufmannseigenschaft grundsätzlich nicht.

Dies gilt auch für zahlreiche Sondertatbestände außerhalb des HGB. Hier sind „Minderkaufleute“ schon unter dem geltenden Recht in vielen Fällen den Nicht-Kaufleuten gleichgestellt, und zwar vor allem dort, wo sonst schärfere Vorschriften zu Lasten von Kaufleuten gelten:

So bestimmte schon § 8 des inzwischen durch das Verbraucherkreditgesetz abgelösten AbzG, daß die Schutzbestimmungen des AbzG keine Anwendung finden, „wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist“, galten also für „Minderkaufleute“ ebenso wie für „normale BGB-Bürger“. Das Verbraucherkreditgesetz knüpft in seinem § 1 nicht mehr an den Kaufmannsbegriff an, sondern beschränkt den Schutzbereich auf den (privaten) Verbraucher, indem solche Kredite aus dem Anwendungsbereich herausgenommen sind, die für eine „bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt“ sind. Hier wird also – ebenso wie auch in § 6 Nr. 2 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften – gar nicht mehr auf die Kaufmannseigenschaft, sondern auf die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Gewerbebetrieb abgestellt; dem Gewerbebegriff aber unterfallen die „Minderkaufleute“ auch künftig.

Auch die für Kaufleute geltenden prozessualen Sondervorschriften des § 29 Abs. 2 ZPO (Gerichtsstand am vereinbarten Erfüllungsort), § 38 Abs. 1 ZPO (Gerichtsstandsvereinbarung), § 1027 Abs. 2 ZPO (Form-

erleichterung bei Schiedsvereinbarungen), § 98 Abs. 1 GVG (Verweisung des Rechtsstreits an die Kammer für Handelssachen) und § 109 Abs. 1 Nr. 3 GVG (Qualifikation der Handelsrichter) gelten bereits heute ausdrücklich nicht für „Minderkaufleute“ oder nicht in das Handelsregister eingetragene Kaufleute.

Für die Formerleichterungen bei Schiedsvereinbarungen (bisher: § 1027 Abs. 2 ZPO) ist nach dem Entwurf eines Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes (Drucksache 13/5274) ohnehin vorgesehen, die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff zugunsten des Merkmals „gewerbliche Tätigkeit“ aufzugeben (§ 1031 Abs. 5 ZPO-E). Nach der Stellungnahme des Bundesrates, dem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugestimmt hat, soll statt dessen an den „Verbraucher“-Begriff angeknüpft werden, der aber seinerseits wiederum negativ durch eine Gegenüberstellung zu der „gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ definiert wird.

Auch das neue Insolvenzrecht behandelt die Kleingewerbetreibenden, auch die „Minderkaufleute“ des geltenden Rechts, in bezug auf das Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht wie Kaufleute, sondern stellt sie sogar ausdrücklich Verbrauchern gleich: So ist das im Neunten Teil der InsO geregelte sog. Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 304 Abs. 1 InsO einschlägig, wenn der Schuldner eine natürliche Person ist, die keine oder nur eine geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die liegt aber nach § 304 Abs. 2 InsO insbesondere vor, „wenn sie nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“.

Einschlägig auch für „Minderkaufleute“ sind lediglich die Vorschriften des Ersten Buchs des HGB über Handelsvertreter und Handelsmakler, des Vierten Buchs über Handelsgeschäfte, soweit Minderkaufleute nicht in § 351 HGB hiervon wiederum ausgenommen sind, und das Fünfte Buch (die Vorschriften über den Seehandel, soweit dieser zu den Grundhandelsgewerben nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 HGB zählt). Von den Verbraucherschutzgesetzen gilt das AGB-Gesetz in Teilbereichen allerdings nicht für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten (auch „Minderkaufleuten“); vgl. § 24 Satz 1 Nr. 1 AGB-Gesetz, der auch Minderkaufleute – nicht allerdings andere Kleingewerbetreibende – von dem vollen Schutz des AGB-Gesetzes (§§ 2, 10, 11) ausnimmt.

Für diese Bereiche sieht der Entwurf allerdings Sonderbestimmungen vor, um die mit dem Wegfall des „Minderkaufmanns“ verbundene Änderung der Rechtslage dort wieder aufzufangen, wo dies erforderlich erscheint.

Innerhalb des HGB gilt dies insbesondere für das Recht der Handelsvertreter und Handelsmakler im Ersten Buch und für die besonderen Vertragstypen des Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäfts im Vierten Buch.

So enthalten z. B. die Vorschriften des Handelsvertreterrechts unabdingbare Schutzbestimmungen zugunsten des Handelsvertreters, die unabhängig da-

von gelten müssen, ob das Unternehmen des Vertreters einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht. Jedenfalls würde die soziale Schutzwirkung dieser Vorschriften (z. B. über den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB) geradezu konterkariert, wenn gerade die Kleinbetriebe von ihrer Anwendung ausgeschlossen blieben. Außerdem verpflichtet schon die EU-Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter zur Anwendung der dort vorgesehenen Schutzbestimmungen grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes.

Auch die Regelungen des Vierten Buchs des HGB über die besonderen Vertragstypen des Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäfts sollten im Interesse des Geschäftsverkehrs und der Rechtssicherheit wie bisher für alle Gewerbetreibenden gelten, die solche Geschäfte betreiben, ohne daß es dabei auf die Erforderlichkeit der Einrichtung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes ankommt.

Diese besonderen, auch und gerade für „Minderkaufleute“ geltenden kaufmännischen Spezialregelungen sollen deshalb nach der Konzeption des Entwurfs weiterhin für alle Gewerbetreibenden ohne Rücksicht auf die Größe des Geschäftsbetriebs gelten. Diese Rechtsfolge wird deshalb bei den entsprechenden Abschnitten des HGB ausdrücklich angeordnet (s. Artikel 3 Nr. 21, 23, 42 bis 48). Dabei sind die in Artikel 3 Nr. 42 bis 48 vorgesehenen Sonderbestimmungen hinsichtlich des Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäfts nur in den Entwurf eingestellt worden, um die gegenwärtige Rechtslage insoweit bis zur bevorstehenden Reform des Transportrechts aufrechtzuerhalten.

Gegen diese Konzeption könnte eingewandt werden, daß damit nur eine Umkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses, das in der Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ angelegt ist, vorgenommen werde; also statt wie im geltenden Recht anzuordnen, das Handelsrecht erfasse auch Kleinbetriebe mit Ausnahme bestimmter Bereiche, werde nun umgekehrt die Anwendung des Handelsrechts im Grundsatz für Kleinbetriebe ausgeschlossen, im Spezialfall aber wieder angeordnet. Dann könne auch gleich die bisherige Systematik beibehalten werden.

Dieses Argument übersieht aber, daß mit der Zusammenfassung der Tatbestände der §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen Kaufmannsbegriff eine neue Ausgangslage in qualitativer wie quantitativer Hinsicht geschaffen wird: mit der Abschaffung des „Sollkaufmanns“ wird die Ist-Kaufmannseigenschaft auf alle Gewerbetreibenden ohne Rücksicht auf die Branche ausgeweitet. Diese neue Ausgangslage rechtfertigt es in der Tat, die bisherige Systematik in bezug auf die Erfassung der „Kleinbetriebe“ umzukehren. Denn die hier in Rede stehenden besonderen Geschäfte und Vertragstypen sind im geltenden Recht typischerweise gerade den Grundhandelsgewerben nach § 1 Abs. 2 Nr. 5, 6 und 7 HGB zugeordnet und für den erweiterten Kreis von Gewerbetreibenden, der mit diesem Entwurf in den Grundtatbe-

stand des Kaufmannsbegriffs einbezogen wird, im wesentlichen ohne Bedeutung (sieht man von den sog. „Gelegenheitskommissionären, -spediteuren und -frachtführern – §§ 406, 415, 451 HGB – ab). Außerdem ist der hier gewählte Weg rechtstechnisch erheblich weniger aufwendig, als umgekehrt der Situation der Kleinbetriebe durch eine vollständige Überarbeitung des Instituts des „Minderkaufmanns“ Rechnung zu tragen, wie dies die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgeschlagen hat.

Ähnliche Regelungen, die zu einer solchen „Wiederanordnung“ des Kaufmannsrechts für die bisherigen Minderkaufleute führen würden, sind in anderen Bereichen des Ersten Buches des HGB nicht erforderlich. Dies gilt vor allem auch mit Blick auf § 56 Abs. 2 sowie die §§ 59 ff. HGB. Daraus, daß diese Vorschriften für die bisherigen „Minderkaufleute“ nicht mehr unmittelbar anwendbar sind, ergeben sich keine Unzuträglichkeiten für den Verkehrs- und Vertrauensschutz:

§ 56 HGB bestimmt, daß derjenige, der „in einem Laden oder offenen Warenlager angestellt ist, als ermächtigt gilt zu Verkäufen oder Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen“. Unabhängig von dem Streit über die dogmatische Einordnung dieser Vorschrift (dazu: Lieb/Krebs, in: Münchener Kommentar, § 56 HGB RNr. 1–7) dürfte klar sein, daß ihre Anwendung letztlich nicht entscheidend voraussetzt, daß der Laden- oder Lagerinhaber Kaufmann ist. Zwar ist die Vorschrift unmittelbar nur bei Kaufmannseigenschaft des Vertretenen (wenigstens als „Minderkaufmann“) anwendbar, weil sie insoweit im Anwendungsbereich des § 54 HGB steht, der den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzt (h. M.). Die überwiegende Meinung geht aber von ihrer analogen Anwendung aus, wenn der Vertretene Inhaber eines nicht-kaufmännischen Unternehmens ist [Lieb/Krebs, a. a. O. RNr. 8; Schlegelberger/Schröder, § 56 HGB RNr. 2; wohl auch K. Schmidt, Handelsrecht, § 16 V 3; Hopt, AcP 183 (1983), 608/696]. Die Gegenmeinung (Staub/Joost, § 56 HGB RNr. 8; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, § 56 HGB RNr. 2) kommt in der Sache aber in den strittigen Fällen, in denen der Ladenangestellte keine gewillkürte Vertretungsmacht besitzt, durch Anwendung des Instituts der Duldungs- und Anscheinsvollmacht grundsätzlich zum gleichen Ergebnis. An diesem Ergebnis ändert die Herausnahme der „Minderkaufleute“ aus dem Kaufmannsbegriff nichts.

Die Vorschriften über die Handlungsgehilfen und -lehrlinge (§§ 59 ff. HGB) – die ebenfalls die Anstellung in einem (kaufmännischen) „Handelsgewerbe“ voraussetzen – mit ihrem im wesentlichen arbeitsrechtlichen Inhalt haben, ohne daß dies hier vertieft werden soll, durch die Entwicklung des Individualarbeitsrechts sowie des Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsrechts längst ihre Bedeutung verloren (s. nur v. Hoyningen-Huene, Münchener Kommentar, RNr. 1–5 vor § 59 HGB). Infolge der Überleitungsregelungen des Einigungsvertrages sind sie in wesentlichen Teilen in den neuen Ländern gar nicht erst anwendbar. Wo ihnen überhaupt noch eigenständige Bedeutung zukommt – wie namentlich bei den Vor-

schriften über das Wettbewerbsverbot (§§ 60, 61 HGB) –, entspricht ihre Ausdehnung durch analoge Anwendung auf andere Arbeitnehmer seit langem der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der absolut herrschenden Lehre (s. nur v. Hoyningen-Huene, Münchener Kommentar, § 60 HGB RNr. 8, § 61 HGB RNr. 4–6). Auch hier würde die Herausnahme der „Minderkaufleute“ aus dem Kaufmannsbegriff daher keine praktischen Folgen haben.

Von den übrigen Vorschriften des Vierten Buches über Handelsgeschäfte, insbesondere von den allgemeinen Bestimmungen und denjenigen über den Handelskauf (§§ 373 ff. HGB), hingegen sollen künftig alle Kleingewerbetreibenden ausgenommen bleiben. Die mit der Herausnahme der „Minderkaufleute“ aus dem Anwendungsbereich der §§ 343 bis 372, 373 bis 382 HGB verbundenen Konsequenzen hält der Entwurf für hinnehmbar.

Soweit den bisherigen „Minderkaufleuten“ damit für sie günstige Vorschriften vorenthalten werden, wie z. B. der gegenüber § 288 BGB um 1 % höhere Verzugszinssatz des § 352 HGB oder das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB, das im Gegensatz zu § 273 BGB keine Konnexität der Forderungen voraussetzt, darf zum einen die praktische Bedeutung dieser Vorschriften nicht überschätzt werden, denn in der Praxis werden z. B. als Verzugszinsen ohnehin meist höhere Bankzinsen als Verzugschaden nach § 286 BGB geltend gemacht. Zum anderen sieht der Entwurf mit der Einführung einer Eintragungsoption für alle Kleingewerbetreibende [dazu nachfolgend unter g)] die Möglichkeit vor, freiwillig die Kaufmannseigenschaft zu erwerben und damit selbst die Grundlage für die Geltendmachung dieser „Sonderrechte“ zu ihren Gunsten zu schaffen.

Auch der Anwendungsbereich der verschärften Untersuchungs- und Rügepflicht beim Handelskauf (§§ 377, 378 HGB) eröffnet sich künftig für alle Kleinbetriebe, soweit sie von der neuen Eintragungsoption nach § 2 HGB-E Gebrauch machen. Zugunsten des Verkehrsschutzes führt die in § 1 Abs. 2 HGB-E enthaltene gesetzliche Beweislastregel außerdem dazu, daß ein nicht in das Handelsregister eingetragener Kleingewerbetreibender auch in bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 377, 378 HGB die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, daß er kein Kaufmann ist, auf den diese Vorschriften anwendbar wären [s. dazu oben unter I. B. 1. e) cc)]. Damit ist dem Interesse an der Schnelligkeit und Verlässlichkeit des Handelsverkehrs gedient, ohne daß – wie zum Teil gefordert wird – diese Vorschriften unabhängig von Art und Umfang des Geschäftsbetriebes für anwendbar erklärt werden. Zudem können Rügefristen beim Kauf auch vertraglich vereinbart werden, und zwar – gegenüber Nicht-Kaufleuten (§ 24 AGB-Gesetz) – bis zur Grenze des § 11 Nr. 10 Buchstabe e AGB-Gesetz auch unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Zur weiteren Entschärfung des Problems der Herausnahme der „Minderkaufleute“ aus dem Anwendungsbereich der §§ 377, 378 HGB trägt insoweit auch die vom Entwurf in Artikel 2 vorgeschlagene Änderung des § 24 AGB-Gesetz bei, mit der die rechtlichen Grenzen der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber allen Gewer-

betreibenden ohne Rücksicht auf Art und Umfang des Geschäftsbetriebes des Vertragspartners vereinheitlicht werden.

g) Einführung einer Eintragungsoption für Kleingewerbetreibende

Den durch die Zusammenfassung der §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen „Ist“-Kaufmannstatbestand grundsätzlich aus dem Kaufmannsbegriff herausgenommenen Kleingewerbetreibenden soll die Möglichkeit eingeräumt werden, durch Eintragung ihres Unternehmens in das Handelsregister auf ihren Antrag hin die (Voll-)Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Dies ist in dem neuen § 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 1) für einzelkaufmännische Unternehmen geregelt. § 105 Abs. 2 HGB (Artikel 3 Nr. 24) enthält dazu eine Parallelregelung für den fakultativen Zugang zur Gründung einer oHG oder KG für solche Kleinbetriebe. Das geltende Recht (§ 4 HGB) verschließt den Kleingewerbetreibenden diese Möglichkeiten, was aber nach Einschätzung der Bundesregierung, die von den beteiligten Kreisen nahezu einhellig geteilt wird, nicht mehr zeitgemäß und sachgerecht ist.

Mit dieser Entscheidung weicht der Entwurf von der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ ab, die seinerzeit für einen vergleichbaren Vorschlag des DIHT noch kein Bedürfnis gesehen hatte. Demgegenüber war schon im Referentenentwurf wenigstens die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende vorgeschlagen worden [s. dazu unter I. B. 3. a)] und auf durchgängig positives Echo der beteiligten Kreise gestoßen. Soweit der vorliegende Gesetzentwurf nunmehr – über den Referentenentwurf hinausgehend – eine „Eintragungsoption“ auch für kleingewerbliche Einzelunternehmer vorsieht, folgt er dem nahezu einhelligen Vorschlag der beteiligten Kreise, die dies zur konsequenten Deckungsgleichheit der Rechtslage bei oHG/KG und Einzelunternehmen gefordert haben.

Gewerbliche Unternehmen, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, erhalten damit generell – unabhängig von der Organisation als Einzel- oder Gesellschaftsunternehmen – die Möglichkeit zum fakultativen Erwerb der Kaufmannseigenschaft. Erfasst von der Neuregelung wird der Personenkreis, der in der Systematik des geltenden Rechts entweder „Minderkaufmann“ ist oder aber – als Betreiber eines „sonstigen Gewerbes“ i. S. des § 2 HGB – als Kleingewerbetreibender unterhalb der Grenze des § 2 HGB bleibt. Insoweit folgt der Entwurf auch einer entsprechenden Anregung de lege ferenda aus der Rechtsliteratur (K. Schmidt, DB 1994, 515, 517). Die für die Öffnung des Zugangs dieses Personenkreises zu den Personenhandelsgesellschaften sprechenden Argumente [s. dazu unter I. B. 3. a)] gelten grundsätzlich auch für Einzelbetriebe. Denn es ist nicht anzunehmen, daß kleingewerbliche Einzelunternehmer „per se“ schutzwürdiger seien – und deshalb vor der freiwilligen Inkaufnahme der handelsrechtlichen Folgen einer Registereintragung geschützt werden müßten – als der ge-

sellschaftsrechtliche Zusammenschluß von zwei Personen zum Betrieb eines Kleinunternehmens.

Auch gewerbliche Einzelunternehmer, die über keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügen, können aus verschiedenen Gründen, z. B. um als Spediteur im internationalen Geschäftsverkehr oder zur Eröffnung eines Bankkontos eine Handelsregistereintragung nachzuweisen, ein legitimes Interesse an der Erlangung der Kaufmannseigenschaft haben. Das geltende Recht zwingt sie, dazu den Weg über die Gründung einer EinpersonengmbH beschreiten zu müssen. Die historische Motivation des Gesetzgebers, Kleinbetriebe vor für sie nachteiligen Folgen des für Vollkaufleute geltenden Handelsrechts zu schützen, rechtfertigt jedenfalls die Verschließung eines freiwillig zu erwerbenden Kaufmannsstatus für „Minderkaufleute“ und andere Kleingewerbetreibende nicht mehr, vor allem seitdem auch für sie die Möglichkeit besteht, in Form von Kapitalgesellschaften oder der Genossenschaft tätig zu werden, insbesondere als (Einpersonen-) GmbH mit allen ihren – Kleingewerbetreibenden oft nicht bewußten – nachteiligen Folgen. Vor diesem Hintergrund erhöht die Möglichkeit für Kleingewerbetreibende, nach ihrer freien Wahl (Voll-)Kaufleute zu werden, nicht ihre Risiken, sondern bietet ihnen eine weitere Option, die passende Unternehmensform zu wählen, und wirkt damit der für sie oftmals nachteiligeren „Flucht“ in die GmbH entgegen.

Hinzu tritt ein nicht gering zu veranschlagendes Interesse an Unternehmenskontinuität. Denn mit der hier vorgeschlagenen Lösung kann auch der Betrieb einer nach § 105 Abs. 2 HGB-E zulässigen kleingewerblichen oHG oder KG dann, wenn nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt, als einzelkaufmännisches Unternehmen fortgeführt werden. Die sonst zwangsläufige Löschung des Unternehmens im Handelsregister von Amts wegen gegen den Willen des verbleibenden Gesellschafters, der das Unternehmen als Einzelkaufmann fortführen möchte, wird auf diese Weise vermieden.

Darüber hinaus trägt diese Lösung dazu bei, die praktischen Probleme, die mit der Abgrenzung zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten anhand des materiellen Kriteriums des „kaufmännischen Geschäftsbetriebs“ und mit der Abschaffung des „Minderkaufmanns“ verbunden sind [s. dazu oben unter I. B. 1. e) cc), f) cc)], faktisch zu reduzieren. Denn je mehr Kleinbetriebe, insbesondere aus dem Bereich der bisherigen „Minderkaufleute“, die Eintragungsoption wählen und freiwillig mit der Eintragung in das Handelsregister Kaufmannseigenschaft erwerben, desto geringer ist der Anteil der nicht eingetragenen Unternehmen, bei denen für den Geschäftsverkehr von außen nur schwer zu erkennen ist, ob sie Kaufleute sind oder nicht, und der Anteil der Kleingewerbebetriebe, die als Nicht-Kaufleute von den Vorschriften des Vierten Buches des HGB ausgenommen bleiben. Insbesondere den Vorschriften der §§ 377, 378 HGB wird damit zugunsten der Sicherheit und Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs ein weiterer Anwendungsbereich eröffnet; einer Berufung auf die angeblich fehlende Kaufmannseigen-

schaft der betroffenen Kleinbetriebe stünde in diesen Fällen die Eintragungswirkung nach § 5 HGB entgegen.

Schließlich hat die hier vorgeschlagene Lösung eine ganz wesentliche Entlastung der Registergerichte zur Folge. Diese werden im Eintragungsverfahren generell von der Prüfung befreit, ob das angemeldete Einzelunternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht; auch entsprechende Gutachten der Industrie- und Handelskammern und der übrigen nach § 126 FGG am Registerverfahren beteiligten Organe anderer Berufsstände (s. § 23 Satz 2 der Handelsregisterverordnung) werden in dieser Frage im Eintragungsverfahren regelmäßig entbehrlich, was zu einer erheblichen Verkürzung des Registerverfahrens führt. Die Erforderlichkeit der Einrichtung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes spielt dann nur noch eine Rolle bei der Prüfung, ob gegen ein noch nicht angemeldetes Unternehmen ein Zwangsverfahren (§ 14 HGB) einzuleiten ist, sowie ggf. im Lösungsverfahren.

Für die Begründung der Kaufmannseigenschaft des Kleingewerbetreibenden nach § 2 HGB-E ist die Registereintragung, anders als beim „Ist-Kaufmann“ nach § 1 HGB-E, von konstitutiver Wirkung [s. dazu nachfolgend unter h)]. Systematisch wird mit der Wahlfreiheit für Einzelgewerbetreibende, den (Voll-) Kaufmannsstatus durch Eintragung zu erwerben, daher eine neue Variante des „Kann-Kaufmanns“ geschaffen.

Zur Vermeidung von ungerechtfertigten Nachteilen soll die Entscheidung des Kleingewerbetreibenden, fakultativ qua Registereintragung seine Kaufmannseigenschaft herbeizuführen, nicht in dem Sinne „endgültig“ sein, daß ein freiwilliges „Zurück“ in den Nicht-Kaufmannsstatus ausgeschlossen wäre. Zwar geht z. B. auch K. Schmidt in seinem in DB 1994, 515 veröffentlichten Gesetzgebungsmodell davon aus, daß nach erfolgter (freiwilliger) Eintragung eines Kleinbetriebes als kaufmännisches Unternehmen eine Löschung – wie bei § 3 Abs. 2 Satz 2 HGB – nur noch „nach den allgemeinen Vorschriften“ stattfindet. Das würde aber bedeuten, daß eine Löschung nur noch dann in Betracht kommt, wenn die Eintragung unzulässig wird, also vor allem mit der Vollbeendigung des Unternehmens (K. Schmidt, a. a. O., S. 517). Bereut der Kaufmann kraft Eintragung seine Entscheidung – etwa weil er sich den Anforderungen des Handelsrechts doch nicht gewachsen sieht –, bliebe ihm als Ausweg nur die Einstellung seines Gewerbes. Das erscheint aber nicht sachgerecht. Deshalb soll die Eintragungsmöglichkeit für Kleingewerbetreibende so ausgestaltet werden, daß sie mit einem Lösungsantragsrecht verbunden ist, das selbstverständlich nur dann nicht gegeben ist, wenn der Betrieb inzwischen „über der Schwelle“ des § 1 Abs. 2 HGB-E liegt und deshalb ohnehin zur Eintragung verpflichtet wäre (s. § 2 Satz 3, § 105 Abs. 2 Satz 2 HGB-E). Nachteile für die Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit im Geschäftsverkehr sind damit schon wegen der Publizitätswirkungen des Handelsregisters nach § 15 HGB nicht zu besorgen.

h) Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister für die Kaufmannseigenschaft

Wie schon von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ empfohlen, soll für den neuen Kaufmannsstatbestand in § 1 HGB-E die Eintragung im Handelsregister auch künftig nur deklaratorisch bleiben. Dies entspricht dem Vorbild des geltenden § 1 HGB. Die Anordnung von konstitutiver Wirkung der Registereintragung für den „Sollkaufmann“ des geltenden § 2 HGB entfällt mit der Abschaffung dieser Rechtsfigur.

Als Alternative ist erwogen worden, den neuen Grundtatbestand des Kaufmannsbegriffs in Anlehnung an den geltenden § 2 HGB auszugestalten, also zwar eine Eintragungspflicht für alle unter § 1 Abs. 2 HGB-E fallenden Gewerbetreibenden vorzusehen, gleichzeitig aber die Eintragung im Handelsregister zur konstitutiven Voraussetzung für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft zu machen. Dies ist in Reaktion auf den Referentenentwurf auch vereinzelt vorgeschlagen worden, um der praktischen Abgrenzung zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten anhand der allein materiell-rechtlichen Merkmale des neuen § 1 Abs. 2 HGB-E durch das formale Kriterium der Registereintragung zusätzliche Rechtssicherheit zu verschaffen. Dieser Vorschlag ist aber von den beteiligten Kreisen einhellig abgelehnt worden.

Der Entwurf greift diesen Vorschlag auch nicht auf. Dem einzigen Vorteil dieser Lösung (= für jedermann eindeutige Grenzziehung zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten anhand des Registereintrags) stünden mehr Nachteile gegenüber: zwar weniger, wie seinerzeit von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe befürchtet, eine Zunahme der Belastung für die Registergerichte (diese müssen Zwangsverfahren ohnehin gegen jeden Eintragungspflichtigen einleiten, unabhängig von der Wirkung der Registereintragung); dafür aber wird die Gefahr begründet, daß Eintragungspflichtige – selbst Großbetriebe – es (bis zur zwangsweisen Eintragung) in der Hand hätten, sich der Anwendung des handelsrechtlichen Sonderrechts auf ihren Betrieb zu entziehen. Dies wird im kaufmännischen Geschäfts- und Rechtsverkehr nicht hinzunehmen sein, so daß entweder schon der Gesetzgeber, mindestens aber die Rechtsprechung für Korrekturen würde sorgen müssen, um die Anwendung des Handelsrechts nicht allein der beliebigen Entscheidung der Gewerbetreibenden zu überlassen. So müßte das Gesetz neben den Sanktionen zur Durchsetzung der Eintragungspflicht (Zwangsgeldverfahren) auch Auffangvorschriften dergestalt schaffen, daß bestimmte Sonderregelungen des Handelsrechts, z. B. über die Handelsbücher, auch für nicht eingetragene Gewerbetreibende schon ab Bestehen der Eintragungspflicht Anwendung finden müßten (wie im geltenden Recht § 262 HGB). Unter Umständen müßte auch die konstitutive Eintragungswirkung – mit erheblichen Folgeproblemen – auf den Zeitpunkt der Eintragungspflicht zurückgestreckt werden. Ohne solche gesetzliche Flankierungen wäre zu erwarten, daß die Rechtsprechung im Interesse des Verkehrs- und Vertrauensschutzes die sog. Scheinkaufmannsstatbestände wird ausweiten müssen, damit sich derjenige, der sich im Geschäfts-

verkehr wie ein Kaufmann geriert, es aber pflichtwidrig unterlassen hat, die Registereintragung herbeizuführen, in bezug auf bestimmte kaufmännische Verkehrspflichten auch wie ein Kaufmann behandeln lassen müßte; dies wäre vor allem im Bereich des Handelskaufs zum Schutz der Vertragspartner/Warenlieferanten (z. B. §§ 377, 378 HGB) zu besorgen. Der vermeintliche Gewinn an Rechtssicherheit wäre dadurch wieder in Frage gestellt; auch würden diese Folgen nicht gerade zu einer Vereinfachung des Handelsrechts beitragen.

Von der rein deklaratorischen Wirkung der Registereintragung in dieser Grundfallgestaltung des neuen „Ist-Kaufmann“-Tatbestandes zu unterscheiden ist allerdings die in den neuen §§ 2 und 105 Abs. 2 HGB-E vorgesehene Option für Kleingewerbetreibende, die kein Handelsgewerbe i. S. des § 1 Abs. 2 HGB betreiben, freiwillig die Eintragung in das Handelsregister und damit die Kaufmannseigenschaft als Einzelkaufleute oder als Personenhandelsgesellschaft herbeizuführen. Für den Kaufmannsstatus dieses Personenkreises ist die Registereintragung – anders als für die „Ist-Kaufleute“ des § 1 HGB-E – zwangsläufig von konstitutiver Wirkung, weil er grundsätzlich vom Kaufmannsbegriff ausgenommen und lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet sein soll, sich qua Registereintragung dem Kaufmannsrecht zu unterstellen. Für diese Fallgruppe gilt insoweit nichts anderes als bisher schon für die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe, bei denen als sog. „Kannkaufleute“ nach § 3 HGB die Registereintragung ebenfalls konstitutiv ist (und bleibt).

- i) Verzicht auf eine geschlechtsneutrale Formulierung an Stelle von „Kaufmann“ und „kaufmännisch“

Der Entwurf sieht davon ab, den geschlechtsspezifischen Begriff „Kaufmann“ durch eine geschlechtsneutrale Bezeichnung zu ersetzen oder die einzelnen Vorschriften, die diesen Begriff verwenden, um eine korrespondierende feminine Bezeichnung zu ergänzen. Dabei hat sich der Entwurf an den Empfehlungen der interministeriellen Arbeitsgruppe Rechtsprache (Drucksache 12/1041, insbes. S. 21 ff.) orientiert.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ hat sich in ihrem Zwischenbericht außerstande gesehen, zu dieser Problematik eine Empfehlung abzugeben, und hat auf die Schwierigkeiten hingewiesen, ein terminologisches Äquivalent zu finden, das nicht gleichzeitig eine sachlich-inhaltliche Änderung bedeutet. Im allgemeinen Sprachgebrauch ist zwar die Bezeichnung „Kauffrau“ verankert. Zu dem häufig verwendeten „kaufmännisch“ (vgl. z. B. Artikel 3 Nr. 1 – § 1 Abs. 2 HGB-E; für das geltende Recht § 2, § 3 Abs. 2 Satz 2, § 4 Abs. 1 HGB) gibt es jedoch kein gebräuchliches geschlechtsneutrales Adjektiv.

Von diesem Befund geht auch ein von der Gesellschaft für deutsche Sprache im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstelltes Gutachten aus dem Jahr 1995 aus. Das Gutachten schlägt als Oberbegriff für „Kaufmann“ und „Kauffrau“ die Wortneuschöpfung

„Kaufperson“ vor und empfiehlt, im Vorschriftentext je nach dem Zusammenhang „Kaufmann und Kauffrau“, „Kaufleute“ oder „Kaufperson“ zu verwenden. Zu dem Adjektiv „kaufmännisch“ werden als Alternative die Wortneuschöpfung „kauffachlich“ und das Adjektiv „kommerzial“ empfohlen.

Unabhängig von der Frage ihrer fachlichen Eignung soll diesen Empfehlungen des Gutachtens jedenfalls nicht im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsvorhabens gefolgt werden, denn das Vorhaben zielt auf eine punktuelle HGB-Reform unter Beibehaltung der bisherigen Systematik [s. dazu oben unter I. B. 1 c)]. So wird vermieden, daß ein zentraler Begriff der Rechtsordnung wie der „Kaufmann“ zunächst durch eine neue und ungewöhnliche Terminologie ersetzt, dann aber bei einer möglichen umfassenden Neukodifikation des bisherigen „Handels“-Rechts, die anstelle des „Kaufmanns“ auch eine andere systematische Anknüpfung, z. B. an den Begriff des Unternehmens, wählen könnte, wieder überflüssig wird.

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Ausgangsposition sieht der Entwurf jedoch in bezug auf den künftig vorgeschriebenen Zusatz über die Kaufmannseigenschaft in der Firma von Einzelkaufleuten (s. dazu näher Artikel 3 Nr. 12 – § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E) auch eine Bezeichnung für Frauen vor. Da dieser Firmenzusatz eine konkrete Person bezeichnet, wird für weibliche Kaufleute eine eigene Bezeichnung („eingetragene Kauffrau“) vorgeschlagen.

- k) Keine Auswirkung der Neuregelung auf land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie Freie Berufe

An der bisherigen Rechtslage in bezug auf die Kaufmannseigenschaft von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft sowie der Freien Berufe soll durch den Entwurf nichts geändert werden. Diese Bereiche sind durch den hergebrachten Gewerbebegriff von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Handelsrechts ausgeschlossen, nämlich die Land- und Forstwirtschaft durch explizite Regelung im Gesetz (§ 3 HGB) und die Freien Berufe durch die „Gewerbe“-Definition der Rechtsprechung. Anlaß für eine Änderung des geltenden Rechts besteht insoweit aber nicht:

- aa) Es wird zwar häufig bezweifelt, ob der Ausschluß der Land- und Forstwirtschaft heute noch eine sachliche Begründung hat. Ursprünglich ist dieser Bereich ganz vom Handelsrecht ausgenommen gewesen (jedenfalls, soweit es nicht um Nebenerwerbsbetriebe ging, die unter bestimmten Umständen immer schon dem Handelsrecht unterfielen). Erst mit Einführung des § 3 Abs. 2 HGB durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaften von Land- und Forstwirten vom 13. Mai 1976 (BGBl. I S. 1197) ist den Land- und Forstwirten die Möglichkeit zur (fakultativen) Eintragung in das Handelsregister gegeben worden, vor allen Dingen, um ihnen den Zugang zu Personenhandelsgesellschaften zu ermöglichen (Drucksache 7/3918, S. 6). Von dieser Möglichkeit haben die Land- und Forstwirte anscheinend

aber nur in ganz geringem Umfang Gebrauch gemacht (Kornblum, Vom Bauern zum Kaufmann, in FS für Ekkehart Kaufmann, S. 193, 210), möglicherweise weil sie schon „von Standes wegen“ der Kaufmannschaft fernstehen. Zwar wäre die Abschaffung der Sonderregelung des § 3 HGB im Zuge einer Neudefinition des Kaufmannsbegriffs rechtssystematisch durchaus konsequent (so z. B. K. Schmidt, DB 1994, S. 515, 517). Da eine Rechtsänderung i. S. einer Einbeziehung der Land- und Forstwirte in den Kaufmannsbegriff insoweit aber auch von den betroffenen berufsständischen Vertretungen nicht gefordert wird, beläßt es der Entwurf bei der bisherigen Sonderregelung.

- bb) Auch für eine Einbeziehung der Freien Berufe in den Anwendungsbereich des HGB [dazu: Neuner ZHR 157 (1993), 243, 264; Capelle/Canaris § 1 III 2; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen ..., S. 212] dürfte jedenfalls seit dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), das den Freien Berufen eine neue eigene gesellschaftsrechtliche Organisationsform zur gemeinsamen Berufsausübung zur Option stellt, kein Bedürfnis mehr bestehen.

- l) Abschaffung der Privilegierung gewerblicher Unternehmen der öffentlichen Hand nach § 36 HGB

Im Zuge der mit diesem Gesetzentwurf verfolgten Modernisierung und Vereinfachung des Kaufmannsbegriffs ist auch vorgesehen, die in § 36 HGB enthaltene handels- und registerrechtliche Privilegierung von Unternehmen der öffentlichen Hand zu streichen (Artikel 3 Nr. 18). Nach dieser Vorschrift sind gewerbliche Unternehmen des Bundes, der Länder sowie der Kreise, Gemeinden und Kommunalverbände von der Handelsregisterpflicht ausgenommen, auch wenn sie einen vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb unterhalten. Nach der insoweit einhelligen Meinung in der Rechtsliteratur erfaßt die Vorschrift nur juristisch unselbständige Unternehmen dieser Gebietskörperschaften, insbesondere sog. Eigen- oder Regiebetriebe. Einer weit verbreiteten Praxis in den Ländern zufolge werden aber auch selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts, namentlich die Sparkassen und Landesbanken, unter Berufung auf § 36 HGB nicht bzw. nur auf deren – seltenen – freiwilligen Antrag hin in das Handelsregister eingetragen.

Mit der Streichung von § 36 HGB wird ein weiterer Beitrag zur Rechtsvereinfachung geleistet, indem das bereits im HGB selbst angelegte, rechtspolitisch zunehmend fragwürdiger gewordene Sonderrecht für Unternehmen der öffentlichen Hand zugunsten eines einheitlichen Kaufmannstatbestandes und einer einheitlichen Handelsregisterpflicht beseitigt wird.

Der ursprüngliche Gesetzeszweck allein, daß die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Unternehmen anderweitig als durch Registerpublizität transparent gemacht werden, legitimiert nach heutigem Verständ-

nis ohnehin eine registerrechtliche Privilegierung der öffentlichen Hand kaum mehr. Denn zum einen sollte die öffentliche Hand, wenn sie sich gewerblich betätigt und am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, grundsätzlich denselben handelsrechtlichen Pflichten unterliegen wie jedes andere Rechtssubjekt, und nicht diesen gegenüber Wettbewerbsvorteile durch das Unterlassen der Handelsregistereintragung gewinnen. Zum anderen ist die Eintragung dieser Unternehmen in das Handelsregister insoweit auch praktisch sehr sinnvoll, als damit dem Geschäftsverkehr die Möglichkeit eröffnet wird, sich auch über die Rechts- und Vertretungsverhältnisse von Unternehmen der öffentlichen Hand wie bei jedem anderen kaufmännischen Betrieb schnell und einfach zu informieren. Zwar ist es richtig, daß die Rechtsverhältnisse der betroffenen öffentlichen Unternehmen in der Regel auch auf andere Weise als durch Registereinsicht ermittelt werden können, nämlich durch Studium der einschlägigen Gesetzes- und Amtsblätter. Durch die Publizität des Handelsregisters werden die Rechtsverhältnisse in bezug auf diese Unternehmen, z. B. Kapitalausstattung, vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder und die Erteilung von Prokura, für den Rechtsverkehr aber einfacher und deutlicher erkennbar als bisher. Besonderer Vorkenntnisse über die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des jeweiligen Unternehmens, die einen Interessierten vom Blick ins Handelsregister abhalten und auf die einschlägigen amtlichen Bekanntmachungen in Gesetzes- oder Amtsblättern lenken müßten, bedarf es dann nicht mehr. Damit leistet die Eintragung dieser Unternehmen schließlich auch einen nicht unwesentlichen Beitrag dazu, das Handelsregister zu dem zentralen und einheitlichen Publizitäts- und Informationsinstrument auszubauen, das über alle kaufmännischen Betriebe und ihre vertretungsbefugten Organe und Personen unabhängig von ihrer jeweiligen Organisationsform Auskunft gibt.

In der Anhörung der Bundesregierung zum Referentenentwurf haben die Verbände der betroffenen Unternehmen, namentlich der Deutsche Sparkassen- und Giroverband, der Verband öffentlicher Banken, der Verband kommunaler Unternehmen und der Deutsche Städte- und Gemeindebund die Überlegungen zur Streichung des § 36 HGB einhellig abgelehnt, weil sie insoweit kein Bedürfnis für eine Handelsregisterpublizität sehen und einen unnötigen Verwaltungs- und Kostenaufwand befürchten. Diese Bedenken hält die Bundesregierung jedoch für nicht durchgreifend: Das Argument fehlenden Bedürfnisses für eine Registerpublizität scheint ihr schon nach dem oben Ausgeführten widerlegt, und die befürchtete Kostenbelastung der öffentlichen Hand, die durch die Anmeldung zum Handelsregister verursacht wird, dürfte zumutbar sein. Sie wird gemindert durch bereits im geltenden Recht vorhandene Kostenbefreiungstatbestände und kann durch eine Übergangsregelung (s. Artikel 4 Nr. 3 – Artikel 38 Abs. 3 EGHGB-E) weiter gesenkt werden.

Wegen der Einzelheiten zu den Gründen und Rechtsfolgen einer Streichung des § 36 HGB wird auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 18 verwiesen.

2. Neuregelung des Firmenrechts

Das zweite zentrale Anliegen dieses Entwurfs ist – neben der Modernisierung des Kaufmannsbegriffs – die Liberalisierung des Firmenrechts. Das Firmenrecht ist seit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs vor knapp 100 Jahren im wesentlichen unverändert geblieben, abgesehen von Folgeänderungen, die durch die Reformen des Aktien- und GmbH-Rechtes bedingt waren. Es ist anerkanntermaßen veraltet und entspricht mit seinen strengen und über Gebühr einschränkenden Anforderungen nicht mehr den Erfordernissen des modernen Wirtschaftslebens. Es soll deshalb grundlegend vereinfacht und liberalisiert werden, wobei aber auch dem berechtigten Interesse des Rechtsverkehrs an zuverlässigen Informationen über die Unternehmen und dem gebotenen Schutz der Verbraucher ausreichend Rechnung getragen wird.

Die Änderung des Firmenrechts betrifft zwei unterschiedliche Aspekte:

Zum einen soll das in Deutschland im europäischen Vergleich recht rigide Firmenbildungsrecht entschärft und zugleich vereinheitlicht werden. Kapitalgesellschaften, Personenhandelsgesellschaften und Einzelkaufleuten soll größere Wahlfreiheit bei der Bildung aussagekräftiger und werbewirksamer Firmen eingeräumt werden. Insbesondere sollen Sachfirmen, ggf. auch Phantasiefirmen, für alle Unternehmen grundsätzlich zugelassen werden. Dem Informationsinteresse des Rechtsverkehrs und dem Transparenzgebot soll dabei durch obligatorischen Hinweis auf die Rechtsform und die Haftungsverhältnisse sowie durch Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen Rechnung getragen werden.

Zum anderen soll das firmenrechtliche Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB) konkretisiert werden, um einer „Versteinerung“ der Irreführungsmaßstäbe angesichts sich wandelnder Verbrauchererwartungen entgegenzuwirken. Zwar soll die Prüfung der Firma auf Täuschungseignung im Handelsregister-Eintragungsverfahren im Interesse eines vorbeugenden Verkehrsschutzes beibehalten werden, weil die nachträgliche Kontrolle mit Mitteln des Wettbewerbsrechts (§ 3 UWG) allein unzureichend wäre. Eine Firma soll aber künftig nur dann von der Eintragung in das Handelsregister ausgeschlossen sein, wenn sie Angaben enthält, die ersichtlich geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen.

Beim Firmenrecht werden damit ebenfalls die Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ aufgegriffen, die sich für eine weitgehende Aufgabe der Beschränkungen des Firmenbildungsrechts ausgesprochen hatte. Auch die Wirtschaft, die Wettbewerbsnachteile im europäischen Binnenmarkt durch das geltende strenge Firmenbildungsrecht des Handelsgesetzbuchs befürchtet, hat – namentlich vermittelt durch den DIHT – eine solche Reform angemahnt.

a) Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts

aa) Firmenbildung

Nach geltendem Recht sind die Möglichkeiten zur Firmenbildung und -führung uneinheitlich und in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Die für Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften höchst unterschiedlichen Firmenbildungsvorschriften (z. B. §§ 17 ff. HGB, § 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG – und §§ 4, 279 AktG) stammen zum Teil noch aus der Vorläuferkodifikation des Handelsgesetzbuchs, dem ADHGB, und damit aus der Mitte des letzten Jahrhunderts. Sie verpflichten, dem Grundsatz der „Firmenklarheit“ folgend, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien dazu, die Firma in der Regel dem Unternehmensgegenstand zu entnehmen (§ 4 Abs. 1, § 279 Abs. 1 AktG, sog. „Sachfirma“). Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung muß die Firma entweder als „Sachfirma“ von dem Unternehmensgegenstand entlehnt sein oder als „Personenfirma“ den Namen wenigstens eines der Gesellschafter aufweisen (§ 4 Abs. 1 GmbHG). Personenhandelsgesellschaften müssen ebenfalls den Namen wenigstens eines der persönlich haftenden Gesellschafter enthalten (§ 19 Abs. 1, 2 HGB); die Sachfirma ist ihnen grundsätzlich verwehrt. Für den Einzelkaufmann läßt das Gesetz – unbeschadet der Zulässigkeit von Sach- oder Phantasiebezeichnungen als Zusätze – ausschließlich eine Personenfirma, bestehend aus Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen, zu (§ 18 Abs. 1 HGB).

Diese Vorgaben des geltenden Rechts bei der Firmenbildung werden von den betroffenen Unternehmen oft als zu streng empfunden. Gerade Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften, denen die Sachfirma grundsätzlich verwehrt ist, können dadurch oft nicht eine von ihnen gewünschte aussagekräftige oder werbewirksame Firma wählen. Sie sind darauf angewiesen, zu „Notlösungen“ zu greifen, indem sie entweder Zusätze in die Firma aufnehmen, die aber nicht zum Firmenkern gehören, auf Umgehungsstrukturen ausweichen oder aber auf den kennzeichenmäßigen Gebrauch der Firma zugunsten anderer geschäftlicher Bezeichnungen (Firmenschlagworte, Marken) überhaupt verzichten.

Die Umgehung der Firmenbildungsvorschriften wird im geltenden Recht durch die Möglichkeiten der Firmenfortführung erleichtert: Die Regelungen über die Firmenfortführung (§§ 21, 22, 24 HGB) weisen nämlich keine stringente Konsequenz aus den strengen rechtlichen Vorgaben bei der Erstbildung der Firma auf; so kann z. B. bei Namensänderung des Inhabers oder eines Gesellschafters die frühere Personenfirma beibehalten werden; auch nach einem Inhaber- oder Gesellschafterwechsel darf die bisherige Firma grundsätzlich unverändert weiter geführt werden; auch nach Umwandlungen kann unter bestimmten Voraussetzungen (§ 18 Abs. 2 des Umwandlungsgesetzes – UmwG) von den Vorgaben des § 19 HGB abgewichen werden. Die aktuelle Informationsfunktion, die die strengen Firmenbildungsvorschriften insbesondere durch den Zwang zur Personenfirma

gewährleisten wollen, wird also schon im geltenden Recht nicht konsequent beibehalten. Diese Inkonsistenz kann z. B. durch eine kurzfristige Gründungsmitgliedschaft eines Gesellschafters mit einem entsprechend klangvollen Familiennamen oder durch Auslandsgründungen ausgenutzt werden, weil die Grundsätze der Firmenfortführung solchen Firmen dann auch für die Zukunft Bestand gewähren. Allerdings können solche Umgehungsstrukturen nur mit einem besonderen Aufwand erreicht werden, den gerade kleinere Unternehmen scheuen, und die dadurch Wettbewerbsnachteile erleiden können.

Auch ein Vergleich mit der Rechtslage zum Firmenrecht in den europäischen Nachbarstaaten, den die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ angestellt hat, zeigt die besondere Strenge des geltenden deutschen Rechts. So ist in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Bildung der Firma des Einzelkaufmanns weitgehend frei. Nur selten muß sie aus dem Nachnamen des Einzelkaufmanns gebildet werden. Bei den Personengesellschaften besteht dagegen überwiegend die Pflicht zur Führung einer Personenfirma, mit Ausnahme des angelsächsischen Rechtskreises und der Niederlande. Die Firmenbildung der Kapitalgesellschaften ist ganz überwiegend frei; eine Entlehnungspflicht aus dem Unternehmensgegenstand ist nur teilweise vorgeschrieben. Rechtsformzusätze sind bei Kapitalgesellschaften durchgehend, bei Personengesellschaften teilweise erforderlich.

bb) Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB)

Zu Schwierigkeiten in der Praxis hat auch § 18 Abs. 2 HGB beigetragen, wonach der Firma kein Zusatz beigefügt werden darf, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Dieses Verbot täuschender Firmenzusätze wird in Rechtsprechung und Literatur als besondere Ausprägung des – im HGB zwar nicht umfassend ausdrücklich geregelten – generellen Irreführungsverbot verstanden, und damit als Bestandteil des Grundsatzes der „Firmenwahrheit“ angesehen (BGHZ 53, 65, 66; K. Schmidt, Handelsrecht, § 12 III 1 a). Es erstreckt sich auf die Firmen aller Unternehmensformen, sämtliche Bestandteile der Firma und neben der Neubildung auch nachträgliche Veränderungen. Ebenso wie die Firmenbildungsvorschriften wird seine Beachtung im registergerichtlichen Eintragungsverfahren überprüft. In seiner von der Rechtsprechung ausgeprägten Form verbietet es, ähnlich wie § 3 UWG, eine Firma schon dann, wenn sie bei einem „rechtlich nicht unbeachtlichen Teil“ der angesprochenen Verkehrskreise eine unzutreffende Vorstellung hervorrufen kann.

Die an diesen Grundsätzen orientierte Prüfung der Täuschungseignung im Handelsregister-Eintragungsverfahren unterliegt ebenfalls der Kritik. Die Schwierigkeiten der Praxis mit dem geltenden Recht zum Irreführungsverbot resultieren dabei aber nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext des geltenden § 18 Abs. 2 HGB, sondern eher aus der zum Irreführungs-

verbot ergangenen differenzierten und zum Teil in unübersichtliche Kasuistik mündenden Rechtsprechung der Obergerichte, von der die Vorschrift äußerst restriktiv, zum Teil für die betroffenen Verkehrskreise unverständlich streng ausgelegt wird. Die Gerichte führen zwar bei der Anmeldung der Firma eine „vorbeugende“ Kontrolle durch, die jedoch mitunter unberücksichtigt läßt, daß die abstrakt vielleicht täuschungsgünstige Firma im Geschäftsverkehr tatsächlich nicht mißverstanden wird. Dies wird namentlich von Angaben wie „Autohaus“, „Möbelcenter“, „Euro-“ usw. angenommen, denen täuschende Aussagen über die Größe oder überregionale Bedeutung des Unternehmens beigemessen werden, obwohl sich hier die Erwartungen der angesprochenen Verkehrskreise möglicherweise gewandelt haben. Der Praxis der Registergerichte wird in diesem Zusammenhang vorgeworfen, daß die Irreführungsprüfung bei Zugrundelegung teilweise minimaler Irreführungsquoten (z. B. 10 %) und einer abstrakt-schematischen Beurteilung anhand überholter Rechtsprechungsnachweise ohne Berücksichtigung der konkreten Verwendung dazu führe, daß die Eintragung einer Firma in das Handelsregister schon wegen einer nur entfernt liegenden Irreführungsgefahr zurückgewiesen werde, was dem Geschäftsverkehr in vielen Fällen unverständlich erscheine.

An dieser Rechtsprechung orientieren sich auch die Gutachten, die die Industrie- und Handelskammern zur Frage der Eintragungsfähigkeit einer Firma im Rahmen ihrer Gutachtertätigkeit nach § 126 FGG abgeben. Diese Gutachtertätigkeit der Kammern hat nach den Feststellungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe übrigens einen nicht unerheblichen Anteil an der beklagten „Versteinerung“ des Firmenrechts. Die firmenrechtliche Prüfung im Eintragungsverfahren zieht deshalb nicht nur bei den Gerichten einen erheblichen Prüfungsaufwand, sondern auch bei den Industrie- und Handelskammern einen erhöhten Beratungs- und Begutachtungsaufwand nach sich, von dem aber durchaus zweifelhaft erscheint, ob er stets notwendig ist.

b) Grundzüge der Neuregelung

aa) Erleichterung der Firmenbildung durch größere Wahlfreiheit der Unternehmen

Das neue Firmenbildungsrecht ist von dem Grundgedanken getragen, allen Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform mehr Möglichkeiten der Firmenbildung als bisher einzuräumen.

Im künftigen Recht soll sich die Firmenbildung nach den drei wesentlichen Funktionen der Firma ausrichten, nämlich

1. der Unterscheidungskraft und der damit einhergehenden Kennzeichnungswirkung,
2. der Ersichtlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses und
3. der Offenlegung der Haftungsverhältnisse.

Jede Firma, die diese drei Kriterien erfüllt, soll künftig grundsätzlich eintragungsfähig sein.

Dabei steht allen Einzutragenden künftig die Wahl offen, ob sie sich für eine Personen- oder eine Sachfirma entscheiden wollen. Auch die Wahl einer reinen „Phantasiefirma“, die nicht dem Unternehmensgegenstand entnommen ist, wird zulässig, soweit sie nur hinreichend unterscheidungskräftig ist, um Namensfunktion für das betroffene Unternehmen zu erfüllen. Die Unterscheidungskraft von Phantasiefirmen kann durchaus größer sein als die von Sachfirmen, die dem Unternehmensgegenstand entnommen sind. Sachfirmen sind nämlich wegen ihres von ihrer Natur her eher beschreibenden Charakters bei Unternehmen, die in dem gleichen Wirtschaftssektor tätig sind, zwangsläufig dem Risiko fehlender Unterscheidungskraft ausgesetzt. Phantasiefirmen können dagegen dem Unternehmen deshalb oft größere Sicherheit an Unterscheidungskraft bieten als Sachfirmen. Der Vorteil an Informationsgehalt, den eine Sachfirma bieten kann, dürfte demgegenüber nicht so entscheidend sein, daß deswegen die Wahl einer Phantasiefirma grundsätzlich verboten bleiben müßte. Soweit im übrigen bei einer Phantasiefirma Irreführungs- oder (über den örtlichen Bereich des § 30 HGB hinaus) Verwechslungsgefahr besteht, sind das firmenrechtliche Täuschungsverbot und das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium (insbesondere die Unterlassungsklage nach § 3 UWG und der Schutz von geschäftlichen Bezeichnungen nach § 15 i. V. m. § 5 des Markengesetzes) ausreichend und angemessen.

Mit dieser weitgehenden Aufgabe von Beschränkungen der Möglichkeiten der Firmenbildung kommt das neue Recht dem Unternehmer entgegen, in noch viel stärkerem Maße als bisher die Unterscheidungskraft und die damit verbundene Kennzeichnungswirkung der Firma ausnutzen zu können, um sich von anderen Wettbewerbern abzuheben.

bb) Konsequenzen der Neuregelung für Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften

Die erweiterten Firmenbildungsmöglichkeiten haben für die verschiedenen Gesellschaftsformen und für die Einzelkaufleute unterschiedlich weitreichende Änderungen zur Folge.

Die weitreichendste Änderung ergibt sich für den Einzelkaufmann und die Personenhandelsgesellschaften (s. Artikel 3 Nr. 11, 12). Sowohl oHG und KG als auch Einzelkaufleute dürfen nach geltendem Recht keine Sach- oder Phantasiefirma führen (vgl. § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 1 und 2 HGB); dies wird ihnen künftig gestattet sein.

Es wird nicht übersehen, daß damit die Firma eines Einzelkaufmanns tendenziell schwieriger abgrenzbar wird von anderen geschäftlichen Kennzeichen, wie z. B. Geschäfts- oder Etablissementsbezeichnungen von nicht vollkaufmännischen Gewerbetreibenden. Auch kann allein aus einer Sach- oder Phantasiefirma für den Rechtsverkehr nicht mehr klar erkennbar sein, wer hinter der Firma steht und persönlich haftet. Da jedoch den Handelsgesellschaften alle Möglichkeiten der Firmenbildung offenstehen sollen, ist es nicht einzusehen, warum der Einzelkaufmann

schlechter als z. B. die oHG gestellt werden sollte. Zudem wird durch die – von dem Entwurf zum Ausgleich der größeren Firmenbildungsfreiheit vorgesehene – Pflicht aller kaufmännischen Unternehmen – einschließlich des Einzelkaufmanns – zur Aufnahme eines Rechtsformzusatzes in die Firma und zu den Angaben auf Geschäftsbriefen (vgl. Artikel 3 Nr. 19 und 28 – §§ 37 a, 125 a HGB-E), im Ergebnis sichergestellt, daß die kaufmännischen Firmen im Geschäftsverkehr von anderen Kennzeichen, auch von Marken, abgegrenzt werden können.

Für Kapitalgesellschaften erweitern sich die Firmenbildungsmöglichkeiten auf Namens- und Phantasiefirmen. Das Entlehnungsgebot bei der Sachfirma (z. B. § 4 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 4 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) entfällt (s. Artikel 9 Nr. 1, Artikel 10 Nr. 1).

Soweit in besonderen Vorschriften außerhalb des Handels- und Gesellschaftsrechts aus Gründen eines erhöhten Schutzbedürfnisses des Rechtsverkehrs, insbesondere des Verbrauchers, oder wegen der besonderen Ausprägung des jeweiligen Berufsrechts strengere Anforderungen an die Bildung der Firmen oder die Verwendung bestimmter Bezeichnungen in der Firma (z. B. „Bank“, „Kapitalanlagegesellschaft“, „Steuerberatungsgesellschaft“ etc.) gestellt werden (vgl. §§ 39 ff. des Kreditwesengesetzes, § 7 Kapitalanlagegesetz, § 53 Steuerberatungsgesetz), sollen diese Vorschriften von der Novellierung unberührt bleiben.

cc) Zwingender Rechtsformzusatz in der Firma von Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften

Die hier vorgeschlagene weitgehende Zulassung von Phantasie- und Sachfirmen macht allerdings flankierende Maßnahmen im Interesse des Erhalts der Informationsfunktion der Firma erforderlich. Wollte man auch auf die Minimalfunktion der Firma als Informationsträger über Rechts- bzw. Gesellschaftsform und Haftungsverhältnisse verzichten, würde die eigenständige, handelsrechtlich begründete Funktion der Firma gegenüber anderen Unternehmenskennzeichen eingeebnet. Dem Anliegen des Rechtsverkehrs, insbesondere der Gläubiger und Verbraucher, daß die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse eines Unternehmens transparent sind, soll deshalb in Ergänzung des geltenden Rechts dadurch Rechnung getragen werden, daß ein Rechtsformzusatz für alle Handelsgesellschaften und eingetragene Genossenschaften obligatorisch wird (s. Artikel 3 Nr. 12, Artikel 9 Nr. 1 und 5, Artikel 10 Nr. 1, Artikel 11 Nr. 1). Auch Einzelkaufleute müssen künftig durch einen Zusatz in der Firma auf ihre Kaufmannseigenschaft hinweisen (s. Artikel 3 Nr. 12).

Soweit für Einzelkaufleute nunmehr auch ein Hinweis auf ihre Kaufmannseigenschaft in der Firma („eingetragener Kaufmann“ oder „eingetragene Kauffrau“) vorgeschrieben wird (s. § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E), bedeutet dies eine grundlegende Neuerung, da das geltende Recht eine solche Verpflichtung nicht kennt und sie auch im Geschäftsleben bislang nicht üblich ist. Insoweit weicht der Entwurf – anders als noch der Referentenentwurf – von der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Han-

delsrecht und Handelsregister“ ab und greift eine entsprechende Anregung aus den Reihen der beteiligten Wirtschaftsverbände und der Landesjustizverwaltungen auf, die ein erhebliches praktisches Bedürfnis für einen solchen Zusatz geltend gemacht haben. Insbesondere die Abgrenzung zu den Geschäfts- und Etablissementsbezeichnungen nicht-kaufmännischer Gewerbebetriebe wird dadurch erheblich erleichtert. Wenn auch die Bezeichnungen „eingetragener Kaufmann“ und „eingetragene Kauffrau“ im Geschäftsverkehr bislang nicht verwendet werden, so kann doch – auch nach den Stellungnahmen aus den Kreisen der Wirtschaft – davon ausgegangen werden, daß sich der Rechts- und Geschäftsverkehr schnell an diese Bezeichnungen gewöhnen und sie akzeptieren wird.

Während das geltende Recht für die oHG und KG nicht zwingend die Angabe der Gesellschaftsform, sondern nur einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz (bei der Personenfirma z. B. „& Co.“; vgl. § 19 Abs. 1 und 2 HGB) fordert, ist hier künftig stets auf die konkrete Rechtsform hinzuweisen (s. Artikel 4 Nr. 12 – § 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB-E). Für die Kapitalgesellschaften ist die Angabe der Rechtsform schon im geltenden Recht zwingend vorgesehen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AktG, § 4 Abs. 2 GmbHG), ebenso für eingetragene Genossenschaften (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 GenG).

dd) Entschärfung des firmenrechtlichen Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB)

Das in § 18 Abs. 2 HGB verankerte Irreführungsverbot soll im Interesse eines vorbeugenden Verkehrsschutzes beibehalten werden; jedoch sind die Anforderungen herabgesenkt worden, um den Prüfungsaufwand der Registergerichte im Eintragungsverfahren und damit auch den Beratungsaufwand bei den Industrie- und Handelskammern auf das notwendige Maß zurückzuschrauben.

In Übereinstimmung mit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ sieht der Entwurf davon ab, auf eine registerrechtliche Prüfung der Firma auf Täuschungseignung ganz zu verzichten, wie dies vereinzelt vorgeschlagen worden ist. Eine ersatzlose Streichung des § 18 Abs. 2 HGB würde zwar eine erhebliche Vereinfachung des Eintragungsverfahrens mit sich bringen. Die Abwehr irreführungsgerechter Firmen bliebe dann aber im wesentlichen nur noch dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfahren nach § 3 UWG überlassen, was aber sowohl im Interesse des Verbraucherschutzes als auch im Interesse des betroffenen Unternehmens selbst nicht ausreichend erscheint.

Eine solche Lösung würde insbesondere Belange des Verbraucherschutzes gefährden, da Abwehrklagen auf Grund der §§ 3, 13 UWG in der Praxis in erster Linie von betroffenen Konkurrenten oder von klagebefugten Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen erhoben werden. Verbraucherverbände hingegen machen aller Erfahrung nach schon aus Kapazitätsgründen nur in seltenen, besonders schwerwiegenden Irreführungsfällen von ihrer Klagebefugnis nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG Gebrauch, und einzel-

nen Verbrauchern steht nach h. M. ohnehin kein Abwehranspruch auf Grund des UWG zu.

Außerdem wäre bei einem Verzicht auf eine registergerichtliche Firmenprüfung möglicherweise eine deutliche Zunahme wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten unter Konkurrenten oder mit klagebefugten Verbänden um die Zulässigkeit von als irreführend angesehenen Firmen zu befürchten. Dies wiederum führte zu einer zusätzlichen Belastung der Prozeßgerichte (und der Prozeßparteien), die durch die erreichte Entlastung im registergerichtlichen Eintragungsverfahren wohl kaum aufgewogen würde.

Das neben der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle noch in Frage kommende registergerichtliche Firmenmißbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB i. V. m. § 140 FGG kann zwar von Amts wegen oder auf Antrag der zuständigen Industrie- und Handelskammer nach § 126 FGG gegen einen täuschenden Firmengebrauch eingeleitet werden, ist in der Praxis jedoch eher selten; es wäre auch wenig sinnvoll, wenn das Registergericht eine irreführende Firma „sehenden Auges“ eintragen müßte, um anschließend im Wege des Firmenmißbrauchsverfahrens gegen dieselbe Firma vorzugehen.

Darüber hinaus liegt eine „vorbeugende“ Irreführungskontrolle durch das Registergericht auch im wohlverstandenen Interesse der betroffenen Unternehmen selbst; immerhin wird damit das kostenträchtige Risiko minimiert, einem späteren wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfahren ausgesetzt zu werden und den Gebrauch eines Firmenbestandteils, für dessen Verkehrsbekanntheit unter Umständen bereits erhebliche Investitionen getätigt worden sein können, wieder einstellen zu müssen.

Aus diesen Gründen soll die registergerichtliche Prüfung der Firma auf Irreführungsgefahr zwar beibehalten, der Prüfungsmaßstab aber reduziert werden. Künftig soll eine Firma nur dann von der Eintragung in das Handelsregister ausgeschlossen sein, wenn sie Angaben enthält, die ersichtlich geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf die Ausführungen zu Artikel 3 Nr. 11 (§ 18 Abs. 2 HGB-E) verwiesen.

Die mit der Vereinfachung des Firmenrechts verbundene Entschärfung der Prüfung bei der Anmeldung durch das Registergericht bedeutet zudem eine Vereinfachung und Beschleunigung des Eintragungsverfahrens und leistet damit einen wichtigen Beitrag zu Deregulierung und Entbürokratisierung.

ee) Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen

Zum Schutz des Rechtsverkehrs werden die hier vorgeschlagenen Vereinfachungen des Firmenbildungsrechts durch eine zum Teil verschärfende Neuregelung der Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen flankiert. Schon im geltenden Recht gibt es für die Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung und für Personengesellschaften, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, eine solche Verpflichtung (vgl. § 80 AktG, § 35 a GmbHG,

§ 125 a HGB). Auch für Genossenschaften gibt es eine entsprechende Regelung (vgl. § 25 a GenG).

Aus Gründen der Einheitlichkeit des Firmenrechts und der Sicherheit des Geschäftsverkehrs werden künftig für sämtliche kaufmännischen Unternehmen, also auch für Personenhandelsgesellschaften und Einzelkaufleute, entsprechende Angaben auf Geschäftsbriefen verpflichtend vorgeschrieben werden (s. Artikel 3 Nr. 19 – § 37 a HGB-E, Artikel 3 Nr. 28 – § 125 a HGB-E).

3. Neuregelungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften

Neben der Umsetzung der Reformempfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ verfolgt dieser Entwurf drei grundlegende Änderungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften. Erstens soll auch den Kleingewerbetreibenden, die im geltenden Recht entweder nur den Status von „Minderkaufleuten“ haben oder, weil kein Grundhandelsgewerbe betreibend, Nicht-Kaufleute sind, der Zugang zur Rechtsform der Personenhandelsgesellschaften eröffnet werden. Zweitens sollen die Personenhandelsgesellschaften auch Vermögensverwaltungsgesellschaften wie Immobilienfonds, Objektgesellschaften, Besitzgesellschaften oder Holdings offenstehen, soweit die Verwaltung einem Gewerbe vergleichbar betrieben wird. Drittens soll der bisher im Gesellschaftsrecht geltende Grundsatz „Auflösung der Personenhandelsgesellschaft bei Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortführung der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“ umgewandelt werden.

Die dritte Änderung wird auch zum Anlaß genommen, die im weiteren Sinne mit der Auflösung der Gesellschaften und dem Ausscheiden von Gesellschaftern in Zusammenhang stehenden Vorschriften auf das Wesentliche zu konzentrieren.

a) Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleinbetriebe

Eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft liegt nach bisherigem Recht nur vor, wenn und solange die Gesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt. Erfordert der Betrieb einer Personengesellschaft nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, so kann sie nach § 4 Abs. 2 HGB weder oHG noch KG sein. Sie ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ist sie zu Unrecht im Handelsregister eingetragen, gilt § 5 HGB. Unabhängig von der Eintragung im Handelsregister wechselt die Gesellschaft automatisch die Rechtsform, wenn das minderkaufmännische Unternehmen zu einem vollkaufmännischen wird oder wenn umgekehrt das vollkaufmännische zu einem minderkaufmännischen schrumpft (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 44 II 3).

Die mit diesem Entwurf angestrebte Neuregelung des Kaufmannsbegriffs führt dazu, daß die Organisationsform der oHG und KG grundsätzlich allen Gewerbetreibenden ohne Rücksicht darauf, ob sie ein

Grundhandelsgewerbe betreiben oder nicht, zusteht. Im Zuge dieser Neuregelung soll nunmehr auch denjenigen Unternehmen, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, der Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften eröffnet werden. Erfaßt von der Neuregelung wird der Personenkreis, der in der Systematik des geltenden Rechts entweder „Minderkaufmann“ ist oder aber – als Betreiber eines „sonstigen Gewerbes“ i. S. des § 2 HGB – als Kleingewerbetreibender unterhalb der Grenze des § 2 HGB bleibt.

Diesem Personenkreis kann die GmbH als Ersatz für die fehlende oHG/KG nicht in jedem Fall empfohlen werden. Neben Unterschieden zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften im Steuer- und Rechnungslegungsrecht (Art, Umfang und Publizität des Jahresabschlusses) sind mit der GmbH in der Regel auch ein erhöhter Kostenaufwand (notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, erhöhter Rechtsberatungsbedarf) sowie – trotz erwarteter Haftungsfreistellung – nicht unerhebliche Haftungsrisiken (Differenzhaftung nach § 9 Abs. 1 GmbHG, Gründungshaftung nach § 9 a GmbHG, Handlungshaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG, Unterbilanzhaftung und Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG, Solidarhaftung nach § 31 GmbHG, Eigenkapitalersatzhaftung nach § 32 a GmbHG, Durchgriffshaftung [Vermögensvermischung, Unterkapitalisierung], Konzernhaftung [qualifiziert faktischer Konzern], Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG und eventuelle persönliche Haftung [Bürgschaft, Grundpfandbestellung]) verbunden. Auf der anderen Seite ist die BGB-Gesellschaft als Unternehmensträger wegen der fehlenden Rechts- und Parteifähigkeit als unzureichend anzusehen.

Diese Aspekte waren auch für die Einführung der für Freiberufler geschaffenen Gesellschaftsform „Partnerschaft“ maßgebend. Angehörige Freier Berufe können unabhängig vom Umfang ihrer Geschäftstätigkeit eine Partnerschaft gründen und unterliegen anschließend weitgehend dem oHG-Recht. Dementsprechend wurde mit der Schaffung der Partnerschaftsgesellschaft bereits der Grundsatz, daß rechtlich verselbständigte Personengesellschaften nur vollkaufmännisch betrieben werden können, aufgegeben.

Darüber hinaus würde die Zulassung von Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende auch Rechtssicherheit für die Gesellschafter und die Gläubiger bieten. Auf Grund des automatisch erfolgenden – identitätswahrenden – Rechtsformwandels zwischen BGB-Gesellschaft und oHG/KG einerseits und oHG/KG und BGB-Gesellschaft andererseits bei Erwerb bzw. Fortfall der vollkaufmännischen Unternehmensqualität ist bisher nicht ohne weiteres erkennbar, in welcher Gesellschaftsform das Unternehmen jeweils agiert, wenngleich beim Wechsel von der Handelsgesellschaft in die BGB-Gesellschaft bei fortbestehender Eintragung im Handelsregister Rechtsscheintatbestände eingreifen können.

Die ursprüngliche Motivation des Gesetzgebers rechtfertigt die Verschließung der Personenhan-

delsgesellschaften für Minderkaufleute nicht mehr. Ursprünglich wurden dem Minderkaufmann im Hinblick auf die unbeschränkte und unbeschränkbare persönliche Haftung (§ 128 HGB) die risikoreichen Rechtsformen verschlossen (Staub/Brüggemann, § 4 HGB, RNr. 18). Doch ist diese Restriktion in dieser Allgemeinheit heute nicht mehr zeitgemäß. Denn die Haftungsrisiken, die aus dem Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens hervorgehen können, sind in vielen Fällen nicht größer als die aus der Unternehmenstätigkeit in Form der BGB-Gesellschaft resultierenden Risiken. In beiden Gesellschaftsformen haften die Gesellschafter persönlich, es mag lediglich Unterschiede im Haftungsumfang geben. Außerdem sind Minderkaufleute durch § 4 Abs. 2 HGB nicht gehindert, Gesellschafter einer (vollkaufmännischen) oHG oder KG zu werden (Schlegelberger, HGB, § 4 RNr. 14), so daß sich zumindest für diese Personen die Frage stellt, warum sie nicht hinsichtlich des (minderkaufmännischen) Betriebes eine Personenhandelsgesellschaft gründen dürfen. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die von Vollkaufleuten zu erfüllenden Pflichten, z. B. die Führung von Handelsbüchern, von Minderkaufleuten oftmals freiwillig oder auf Grund steuerrechtlicher Erfordernisse (§§ 140 ff. AO) erfüllt werden.

Der ursprünglich bezweckte Schutz des Kleingewerbetreibenden ist erst recht in Frage zu stellen, seitdem auch für sie die Möglichkeit besteht, in Form von Kapitalgesellschaften oder der Genossenschaft, insbesondere in der GmbH mit allen ihren – Kleingewerbetreibenden oft nicht bewußten – nachteiligen Haftungsfolgen tätig zu werden. Vor diesem Hintergrund erhöht die Vermittlung des Zugangs für Minderkaufleute zu den Personenhandelsgesellschaften nicht die Risiken für Kleingewerbetreibende, sondern sie bietet für sie eine weitere Option, die passende Unternehmensrechtsform zu wählen.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ hatte sich nach kontroverser Erörterung des Themas zwar nicht dafür ausgesprochen, Kleingewerbetreibenden den Zugang zu Personenhandelsgesellschaften zu eröffnen, weil sie – insoweit gestützt von der damaligen Haltung des DIHT – hierfür kein Bedürfnis gesehen hat. Darüber hinaus ist es in der Arbeitsgruppe teilweise auch als rechtssystematisch wie in der Praxis problematisch angesehen worden, daß bei Verwirklichung dieser Anregung allein durch den Zusammenschluß zweier Minderkaufleute zwar eine – vollkaufmännische – Personenhandelsgesellschaft entstünde, daß aber bei Ausscheiden eines Gesellschafters der verbleibende Gesellschafter wieder in den Minderkaufmannsstatus „zurückfallen“ würde.

Diesem Einwand soll aber nicht gefolgt werden. Die von der Arbeitsgruppe angeführte Folge kann bereits nach der derzeit geltenden Rechtslage eintreten. So ist beispielsweise denkbar, daß bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personenhandelsgesellschaft nur ein minderkaufmännischer Geschäftsbetrieb übrig bleibt, etwa deshalb,

weil der Geschäftsbetrieb aus personellen Gründen oder infolge der Mitnahme von „Geschäftsverbindungen“ des ausscheidenden Gesellschafters reduziert wird. Davon abgesehen ist die sich – nach der derzeitigen Rechtslage – automatisch vollziehende Rechtsformwandlung zwischen einer oHG/KG und einer BGB-Gesellschaft für den Fall des Rückgangs der Geschäftstätigkeit noch gravierender als nur der Rückfall auf den Status eines Minderkaufmanns bzw. – im Anwendungsbereich des bisherigen § 2 HGB – eines Nicht-Kaufmanns.

Aus diesen Gründen sieht der Entwurf vor, daß künftig eine oHG oder KG grundsätzlich auch dann begründet werden kann, wenn der Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. In diesem Fall soll die Eintragung der Firma des Unternehmens in das Handelsregister aber, insoweit über § 123 Abs. 1 und 2 HGB hinausgehend, konstitutive Wirkung haben (s. Artikel 3 Nr. 24 – § 105 Abs. 2 HGB-E).

b) Absicherung der Personenhandelsgesellschaftsfähigkeit von Vermögensverwaltungsgesellschaften

Für Vermögensverwaltungsgesellschaften wie Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften nach Betriebsaufspaltung sowie Holdings sind Personenhandelsgesellschaften, insbesondere Kommanditgesellschaften, aus haftungsrechtlichen und steuerlichen Gründen sowie im Hinblick auf eine ausreichende Rechts- und Verkehrsfähigkeit von besonderem Interesse. Die Haftung kann auf die Einlage beschränkt werden, die steuerlichen Wirkungen treffen unmittelbar die Gesellschafter, und die Gesellschaft kann Trägerin von Rechten und Pflichten sein und im Geschäftsverkehr als Einheit auftreten. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist für diese Gesellschaften zwar steuerlich passend, aber haftungs-, register- sowie ggf. grundbuchrechtlich unzureichend – Aspekte, die insbesondere bei Publikums-gesellschaften mit großem und häufig wechselndem Gesellschafterbestand problematisch sind. Hinzu kommt, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Firma führen kann und weder passiv noch aktiv parteifähig ist.

Die Personenhandelsgesellschaft ist den vorgenannten Gesellschaften bislang aber nicht selten verschlossen. Vielfach ist der Hinderungsgrund in dem minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft (z. B. Objektgesellschaften) begründet. Insoweit ist Abhilfe bereits durch die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleinbetriebe geschaffen. Eine weitere Zugangssperre liegt aber darin begründet, daß die Verwaltung eigenen Vermögens nach überwiegendem Verständnis nicht unter den herkömmlichen Gewerbebegriff fällt.

Die Registerpraxis ist uneinheitlich. Oftmals werden Gesellschaften, bei denen die Gewerbeeigenschaft zumindest zweifelhaft ist, mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse eingetragen. Die regional unterschiedliche Eintragungspraxis der Registerge-

richte und die uneinheitliche Rechtsprechung und Literatur führen zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in diesem Bereich sowie zu einer selektiven Sitzwahl. Selbst wenn die Eintragung aber erfolgt ist, besteht die Gefahr, daß sie nachträglich – möglicherweise nach Jahren – wegen fehlender Gewerbeausübung bzw. minderkaufmännischen Geschäftsumfangs wieder gelöscht wird. Aber auch bei fortdauernder Eintragung besteht die Gefahr, daß diese Gesellschaften – oft unerkannt – in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig sind, und bei Nichterfüllung der gewerblichen Voraussetzungen nicht einmal als Kaufmann kraft Eintragung nach § 5 HGB gelten würden. Dies birgt erhebliche Haftungsrisiken, insbesondere für einen bei diesen Unternehmen (z. B. Immobilienfonds) oft anzutreffenden unerfahrenen „Kommanditisten“.

Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für diese Gesellschaften, die sehr verbreitet sind und ein Investitionsvolumen im mindestens dreistelligen Milliardenbereich haben, zwingt zu einer gesetzlichen Klarstellung. Auf Grund der wirtschaftlichen Bedeutung der Vermögensverwaltungsgesellschaften, ihrer in der Regel gewerblich orientierten Unternehmensstruktur und der berechtigten wirtschaftlichen, steuerlichen und haftungsrechtlichen Bedürfnisse soll ihnen ebenfalls der Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften eröffnet werden. Es ist nur schwer begründbar, daß ihnen zwar die Kapitalgesellschaften mit allen handelsrechtlichen Folgen offenstehen, nicht aber die Personenhandelsgesellschaften.

Zu diesem Zweck soll im neuen § 105 Abs. 2 HGB-E (s. Artikel 3 Nr. 24) klargestellt werden, daß die offene Handelsgesellschaft nicht nur von Kleingewerbetreibenden ohne vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb, sondern auch von Gesellschaften, deren Gegenstand die Verwaltung eigenen Vermögens ist, begründet werden kann. Unter „Verwaltung eigenen Vermögens“ i. S. dieser Vorschrift sind freilich völlig unbedeutende und wirtschaftlich nicht über den alltäglichen privaten Bereich hinausreichende Betätigungen nicht zu fassen. Allerdings ist auch kaum zu befürchten, daß es in diesem Bereich zu vermehrter Inanspruchnahme von Personenhandelsgesellschaften kommt, da dies wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.

In Übereinstimmung mit der Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende wird für Vermögensverwaltungsgesellschaften ein vollkaufmännischer Geschäftsbetrieb nicht gefordert. Geschaffen wird eine Eintragungsoption, soweit die vermögensverwaltende Gesellschaft als vollkaufmännischer Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB-E einzutragen ist.

Eine klarstellende Öffnung des Handelsrechts auch für Einzelpersonen, die eigenes Vermögen ohne eindeutig gewerbliches Gepräge verwalten, wird nicht für erforderlich gehalten. Die wirtschaftlich bedeutsame Vermögensverwaltung findet ganz überwiegend in gesellschaftlicher Form statt.

c) Umkehrung des Grundsatzes „Auflösung der Gesellschaft durch Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortführung der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“

Inoffizielle Schätzungen gehen davon aus, daß in den nächsten zehn Jahren in Deutschland ca. 700 000 mittelständische Unternehmen in der Gesamtwirtschaft zur Übertragung oder Vererbung anstehen. Trotz des ungebrochenen Trends zugunsten der Kapitalgesellschaften ist ein nicht unerheblicher Teil dieser Unternehmen in Form der Personengesellschaften organisiert. Um den Fortbestand dieser Unternehmen zu sichern, sollen die gesetzlichen Rahmenbedingungen, soweit möglich, verbessert werden.

aa) Geltendes Recht

Die Auflösungsgründe sind für die oHG und die KG in § 131 HGB aufgezählt. Weitere Auflösungsgründe können sich zwar für Sonderbereiche aus speziellen Gesetzen – z. B. aus dem Kreditwesengesetz (§ 38) oder dem Vereinsgesetz (§§ 3 ff.) – ergeben, nach der überwiegenden Ansicht aber nicht aus dem HGB oder BGB (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 52 II 1 a). Nicht geregelt sind in § 131 HGB die Gründe, die zur automatischen Vollbeendigung ohne Liquidation führen, z. B. das Zusammenfallen aller Mitgliedschaftsrechte in einer Person.

Der Gesellschaftsvertrag kann neben den in § 131 HGB enthaltenen Auflösungsgründen weitere vorsehen und gesetzliche einschränken. Zwingend ist lediglich die Auflösung durch den Konkurs der Gesellschaft (K. Schmidt, a. a. O., § 52 II 2).

Die Auflösung der Gesellschaft leitet nach § 145 Abs. 1 HGB die Liquidation der Gesellschaft ein, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Der Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, daß die oHG als höchstpersönliche Verbindung ihrer „Theilnehmer“ regelmäßig „mit dem Fortfall auch nur eines derselben ... rücksichtlich aller Gesellschafter aufgehoben wird; denn durch das Ausscheiden auch nur eines Mitglieds ist die ganze Gesellschaft zu einer wesentlich anderen geworden“ (Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, nebst Motiven, zweiter Theil: Motive, Berlin 1857, S. 64). Dieser Ansatz ist aber schon durch einige Normen im Handelsgesetzbuch, die die Fortführung des Unternehmens unterstützen, so insbesondere §§ 138 bis 142 HGB, aufgeweicht worden.

bb) Erforderlichkeit und Inhalt der Neuregelung

Nach heutigem Verständnis tritt die Personenkontinuität klar hinter die Unternehmenskontinuität zurück. Denn die Auflösung von Personenhandelsgesellschaften aus gesellschafterbezogenen Gründen, insbesondere wegen des Todes eines Gesellschafters, entspricht grundsätzlich nicht den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter und der Gläubiger, da ein möglicherweise florierendes Unternehmen zerschlagen wird. Die Liquidation des gemeinsamen

Vermögens hat im Vergleich zur Veräußerung eines Unternehmens als Ganzes erhebliche Wertverluste für die Beteiligten zur Folge. Darüber hinaus verlieren die Gesellschafter und die Arbeitnehmer des Unternehmens durch die Auflösung ihren Tätigkeitsbereich, wenn nicht sogar ihre Existenzgrundlage. Ein Gesellschafter, in dessen Person ein bisher zur Auflösung der Gesellschaft liegendes Ereignis begründet ist, hat in der Regel auch kein Interesse an der Auflösung der Gesellschaft, da sie ihm im Vergleich zum Ausscheiden keine Vorteile bringt. Die Werthaltigkeit des Auseinandersetzungsanspruchs nach Auflösung der Gesellschaft und des Abfindungsanspruchs nach Ausscheiden eines Gesellschafters entsprechen sich.

Diese Gründe haben dazu geführt, daß die Auflösung von mehrgliedrigen oHG in der Praxis durch gesellschaftsvertragliche Klauseln in den Fällen, in denen sich die Auflösungsgründe nur auf die Person eines Gesellschafters beziehen und die Fortführung des Unternehmens auch ohne ihn möglich ist, verhindert wird.

Die Normierung der Fortführung von Personenhandelsgesellschaften als gesetzliche Regel anstelle ihrer Auflösung wurde in der Vergangenheit bereits des öfteren angeregt, u. a. in den 70er Jahren von der Unternehmensrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz (Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Köln 1980, RNr. 804 ff.). Auch die Europäische Kommission hat im Rahmen der Empfehlungen vom 7. Dezember 1994 zur Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen den Fortbestand von Personengesellschaften als Rechtsgrundsatz gefordert [Dok. K (94) 3312, S. XI ff.].

Die vertragliche Abdingbarkeit der Auflösungsstatbestände erübrigt die vorgeschlagene Änderung nicht. Besonders in kleinen Unternehmen können die rechtsformspezifischen Eigenheiten unbekannt sein mit der Folge, daß unternehmererhaltende Vorsorgemaßnahmen nicht getroffen werden. Der Bundesverband Deutscher Banken schätzt, daß ca. 10 % der Konkursanträge deutscher Unternehmen auf fehlende oder mangelhafte Nachfolgeregelungen zurückzuführen sind. In diesen Fällen wird durch die gesetzliche Novellierung der Auflösungs- und Ausscheidensgründe weitestmöglich der Bestand des Unternehmens gesichert, ohne daß dieser vom einstimmigen Fortsetzungsbeschluß abhängig ist, der aus vielfältigen Gründen, u. a. aufgrund divergierender Interessen der Gesellschafter, oft nicht erreicht werden kann. Aber auch bei einem Fortsetzungswillen sämtlicher Gesellschafter bleibt ihnen vor allem erspart, zur Fortführung der Gesellschaft eine neue Gesellschaft zu gründen und auf diese die aufgelösten Aktiva übertragen zu müssen, falls der Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluß Hindernisse entgegenstehen (vgl. zu den Hinderungsgründen K. Schmidt, a.a.O., § 11 V 5).

Außerdem ist eine Anpassung des Handelsrechts in diesem Bereich rechtssoziologisch geboten. Es macht keinen Sinn, eine gesetzliche Regel aufrechtzuerhalten, die durch die Kautelarpraxis in ihr Gegenteil ver-

kehrt worden ist. Mit einer Anpassung an die Rechtswirklichkeit tritt zudem für die zukünftige Vertragsgestaltung eine Verringerung des vertraglichen Regelungsbedarfs ein. Der neue Rechtsgrundsatz wird schließlich auch als gesetzgeberischer Wertmaßstab auf das Gesellschaftsrecht ausstrahlen und als Auslegungshilfe dienen.

Im Hinblick auf das gewandelte Grundverständnis und zur Strukturverfestigung von unternehmerisch tätigen Gesellschaften wurde erstmals im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 für die wesensmäßig der oHG vergleichbare Partnerschaft bestimmt, daß der Tod eines Partners, die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Partners, die Kündigung eines Partners und die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Partners nur das Ausscheiden des Partners, nicht aber die Auflösung der Partnerschaft bewirken (§ 9 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes – PartGG). Diese im Vorgriff auf eine allgemeine Regelung erfolgte Bestimmung kann wieder aufgehoben werden, da § 9 Abs. 1 PartGG auf die §§ 131 bis 144 HGB verweist.

Auf die nicht rechtsfähige Personengesellschaft soll die Umwandlung von Auflösungsgründen in Ausscheidensgründe nicht erstreckt werden. Das Spektrum der BGB-Gesellschaft ist sehr breit. Es reicht vom Unternehmenskonsortium bis zur Lottogemeinschaft. Der Aspekt der Unternehmenskontinuität träfe hier nur für wenige Gesellschaften zu, für die übrigen – nichtunternehmerischen – ist die gesetzlich vorgesehene Auflösung bei Austritt eines Gesellschafters sachgerecht.

4. Vereinfachung und Effektivierung des Handelsregisterverfahrens einschließlich des Kostenrechts

Wiederum ausgehend von den entsprechenden Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ sollen eine Reihe von gesetzgeberischen Einzelmaßnahmen zur Vereinfachung des Handelsregisterverfahrens und zur Stärkung der Aussagekraft des Handelsregisters getroffen werden:

- Der Aufwand für die öffentlichen Bekanntmachungen von laufenden Registereintragungen, die Zweigniederlassungen betreffen, soll erheblich reduziert und den Unternehmen dadurch Kosten erspart werden (Artikel 3 Nr. 7 – § 13 c HGB-E).
- Auf die Hinterlegung der öffentlich beglaubigten handschriftlichen Firmenzeichnung (vgl. z. B. § 29 Halbsatz 2 HGB) soll als unnötig gewordener Formalismus zukünftig verzichtet werden (Artikel 3 Nr. 16, 20, 26 und 33, Artikel 5 Nr. 2).
- Für jedes eingetragene Unternehmen soll künftig die aktuelle Geschäftsanschrift zum Handels- und Genossenschaftsregister eingereicht werden und für jedermann einsehbar sein. Änderungen sollen dem Registergericht unverzüglich mitgeteilt werden müssen (Artikel 11 Nr. 3, Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c, Artikel 23 Nr. 2).
- Jede in das Handels- und Genossenschaftsregister einzutragende natürliche Person soll im Interesse

einer eindeutigen Identifizierung künftig mit dem Geburtsdatum anstatt, wie bisher, mit ihrem „Stand“ oder Beruf eingetragen werden (u. a. Artikel 11 Nr. 3, Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c und Artikel 23 Nr. 2).

- Die freie Sitzwahl der GmbH soll eingeschränkt und an die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 5 AktG) angeglichen werden, um im Interesse des Gläubigerschutzes mißbräuchlicher Sitzwahl entgegenzuwirken (Artikel 10 Nr. 2 – § 4 a GmbHG-E).
- Die gerichtliche Kontrolle von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten bei der Ersteintragung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften und Genossenschaften soll im Interesse eines beschleunigten Eintragsverfahrens angemessen reduziert und zugleich vereinheitlicht werden (Artikel 9 Nr. 2 – § 38 Abs. 3 AktG-E –, Artikel 10 Nr. 4 – § 9 c Abs. 2 GmbHG-E und Artikel 11 Nr. 2 – § 11 a Abs. 3 GenG-E).
- Die Gesellschafterpublizität bei der Führung von Gesellschafterlisten nach § 40 GmbHG soll künftig im Interesse des Geschäfts- und Rechtsverkehrs sowie zur Entlastung der Registergerichte verbessert werden. Die im geltenden Recht vorgesehene jährliche Einreichung einer aktuellen Liste bzw. einer Negativklärung bei unverändertem Gesellschafterbestand hat sich in der Praxis nicht bewährt. Statt dessen sollen die Geschäftsführer verpflichtet werden, die Gesellschafterliste unverzüglich nach jeder Änderung zum Handelsregister einzureichen, und den Gesellschaftsgläubigern für Verletzungen dieser Pflicht haften (Artikel 10 Nr. 5 – § 40 GmbHG-E).
- Die Registerführung soll stärker konzentriert werden (Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe a – § 125 Abs. 1 FGG-E).
- Im Kostenrecht sollen für bestimmte Beurkundungen, insbesondere im Zusammenhang mit Umwandlungen, die Gebühren für die Notare der Höhe nach begrenzt werden (Artikel 24 Nr. 2, 4 bis 6 – §§ 27, 39 bis 41 KostO-E).

5. Änderung des Handelsvertreterrechts

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluß vom 7. Februar 1990 (BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469) § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB nach der bis zum 31. Dezember 1989 geltenden Gesetzeslage als mit Artikel 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt.

Nach § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB entfällt der dem Handelsvertreter im Falle eines vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zustehende Entschädigungsanspruch, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters kündigt; der Handelsvertreter ist also zur Wettbewerbsunterlassung verpflichtet, ohne hierfür vom Unternehmer eine Entschädigung zu erhalten. Dieser Ausschluß des Entschädigungsanspruchs stellt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine un-

verhältnismäßige, für den Handelsvertreter nicht zumutbare Beschränkung seiner Berufsfreiheit dar.

Der Gesetzgeber hat daher – auch im Interesse der Rechtssicherheit – anstelle des verfassungswidrigen § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB eine Regelung zu treffen, die den vom Bundesverfassungsgericht aufgeführten Kriterien entspricht. Der Entwurf schlägt deshalb eine Neuregelung in § 90 a Abs. 3 HGB vor (s. Artikel 3 Nr. 22), wonach sich grundsätzlich jeder Vertragspartner, der das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des anderen Teils kündigt, durch schriftliche Erklärung binnen einem Monat von der Wettbewerbsabrede lossagen kann. Damit wird die bisherige, allein im Falle der fristlosen Kündigung des Handelsvertreters wegen schuldhaften Verhaltens des Unternehmers bestehende Bestimmung auch auf den umgekehrten Fall (Kündigung durch den Unternehmer wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters) ausgedehnt und beide Fallgestaltungen damit gleich behandelt.

Die hier vorgeschlagene Neuregelung war bereits in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Durchführung der Elften Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ... und zur Änderung des Handelsvertreterrechts aus dem Jahr 1992 (Drucksache 12/3908) enthalten. Sie ist jedoch seinerzeit vom 12. Deutschen Bundestag nicht mehr verabschiedet worden. Der Rechtsausschuß hatte vielmehr 1993 die Vorschrift aus dem Gesetzentwurf herausgenommen, weil vom Bundesverband der Deutschen Industrie noch kurzfristig Einwendungen gegen die Vorschrift vorgetragen worden waren, zu deren Ausräumung der Rechtsausschuß sich angesichts der Eilbedürftigkeit des Gesetzes im übrigen außerstande sah. Der Rechtsausschuß hat diese Frage daher zunächst wegen weiteren Beratungsbedarfs zurückgestellt (s. den Bericht des Rechtsausschusses in Drucksache 12/5170, S. 15), die Beratungen hierüber allerdings vor dem Ende der Wahlperiode nicht wieder aufgenommen.

Die gegen den damaligen Vorschlag, der mit diesem Entwurf wieder aufgegriffen wird, vorgebrachten Einwände vermögen aber nach Ansicht der Bundesregierung auch bei nochmaliger Überprüfung nicht zu überzeugen:

- a) So ist gegen die Neuregelung geltend gemacht worden, es solle auf sie verzichtet werden, da auf Grund der seit dem 1. Januar 1990 ohnehin geänderten Rechtslage die Voraussetzungen für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weggefallen seien.

Es trifft zwar zu, daß das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung ausdrücklich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Durchführung der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter vom 23. Oktober 1989 (BGBl. I S. 1910) am 1. Januar 1990 beschränkt hat. Durch dieses Gesetz war § 90 a Abs. 1 Satz 2 HGB zur Anpassung an das europäische Recht geändert worden; der vom Bundesverfassungsgericht entschiedene Fall unterfiel noch dem alten Recht. In der Entscheidung des Bundes-

verfassungsgerichts ist daher offengelassen worden, wie die Regelung des § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB unter Zugrundelegung des neugefaßten § 90 a Abs. 1 Satz 2 HGB verfassungsrechtlich zu beurteilen ist.

Eine Änderung des § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB erscheint aber auch bezüglich derjenigen Vertragsverhältnisse rechtlich notwendig und sachlich geboten, auf die § 90 a Abs. 1 Satz 2 HGB in der Fassung des EG-Durchführungsgesetzes anzuwenden ist. Auf Grund dieser Änderung dürfen Wettbewerbsabreden zwar nur auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenstamm und nur auf die Gegenstände erstreckt werden, auf die sich das Vertragsverhältnis bezieht. Es ist aber auch nach dem neuen Recht nicht ausgeschlossen, daß § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB zu einer mit Artikel 12 GG unvereinbaren Beeinträchtigung des Handelsvertreters führt. Die nach dem neuen Recht beschränkte Wirkung eines Wettbewerbsverbotes besteht nur in den Fällen, in denen dem Handelsvertreter vertraglich ein begrenzter Bezirk oder Kundenkreis zugewiesen ist. Der sog. Bezirksvertreter dürfte zwar in der Praxis überwiegen. In einer erheblichen Zahl von Fällen erstreckt sich aber der Tätigkeitsbereich des Handelsvertreters auf das Gesamtgebiet der Bundesrepublik Deutschland (so auch in dem Fall, der zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geführt hat); ferner sind die Fälle zu berücksichtigen, in denen dem Handelsvertreter zwar ein bestimmter Bezirk zugewiesen ist, es sich aber um einen sehr umfangreichen Bezirk handelt. In diesen Fällen kann ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot zu derselben existenzbedrohenden Situation für den Handelsvertreter führen, wie sie der Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht zugrunde lag. Dieser entscheidende Gesichtspunkt ist bereits bei der Vorbereitung des Regierungsentwurfs aus dem Jahre 1992 mit den beteiligten Verbänden eingehend erörtert und auch in der damaligen Gesetzesbegründung (Drucksache 12/3908, S. 13) ausführlich dargelegt worden.

Ein Verzicht auf eine Änderung des § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB erscheint daher nicht vertretbar.

- b) Zum zweiten wird die vorgeschlagene Regelung im Hinblick auf die Interessenlage des Unternehmers als nicht sachgerecht kritisiert, da sie den Unternehmer dazu zwingt, sich durch Zahlung der Karenzentschädigung gegen eine Konkurrenzfähigkeit des schuldhaft pflichtwidrig handelnden Vertreters zu schützen.

Diese Kritik läßt jedoch folgendes unberücksichtigt: Dem Unternehmer wird im Falle des § 90 a Abs. 3 HGB-E das Recht eingeräumt, sich kurzfristig von der Wettbewerbsabrede loszusagen und sich damit von der Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung zu befreien. Hält er an dem Wettbewerbsverbot fest, weil er von einer Konkurrenzfähigkeit des ausgeschiedenen Handelsvertreters erhebliche Einbußen zu erwarten hat, bleibt er zwar dem Grunde nach zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet. Da der Handelsvertre-

ter jedoch nach § 90 a Abs. 1 HGB nur Anspruch auf eine angemessene Entschädigung hat, ist die Tatsache, daß der Handelsvertreter durch schuldhaftes Verhalten Anlaß zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gegeben hat, unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung mit zu berücksichtigen. Der Unternehmer wird daher nur zu einer geringeren Entschädigung als im Normalfall verpflichtet sein. Zudem ist zu berücksichtigen, daß dem Unternehmer nach § 89 a Abs. 2 HGB gegen den Handelsvertreter ein Schadensersatzanspruch zusteht. Ein ausgleichspflichtiger Schaden des Unternehmers kann auch darin liegen, daß der Handelsvertreter wegen der fristlosen Kündigung durch den Unternehmer nicht mehr dem aus § 86 HGB folgenden Wettbewerbsverbot unterliegt; in diesem Falle kann der Schadensersatzanspruch eine entschädigungslose Wettbewerbsunterlassung für die Zeit der ordentlichen Kündigungsfrist beinhalten.

Im übrigen bleibt die Feststellung bestehen, daß das geltende Recht zu einer Benachteiligung des Handelsvertreters führt. Bei einer fristlosen Kündigung durch den Handelsvertreter wegen schuldhaften Verhaltens des Unternehmers kann sich der Handelsvertreter nach § 90 a Abs. 3 HGB von der Wettbewerbsabrede lossagen; damit werden beide Seiten von ihren Verpflichtungen befreit. Im umgekehrten Fall kann der Unternehmer dagegen die Unterlassung von Wettbewerb als unentgeltliche Leistung des Handelsvertreters verlangen. Auch wenn man berücksichtigt, daß das Wettbewerbsverbot für den Unternehmer im Einzelfall eine erhebliche Bedeutung haben kann, erscheint dieses Ergebnis nicht billig.

Anzumerken ist weiterhin, daß das Bundesarbeitsgericht die Parallelvorschrift des § 75 Abs. 3 HGB für Handlungsgehilfen, dem der § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB nachgebildet worden ist, wegen Verstosses gegen Artikel 3 GG für verfassungswidrig erklärt hat (Urteil vom 23. Februar 1977, NJW 1977, 1357); auf diesen Gesichtspunkt ist das Bundesverfassungsgericht allerdings in seiner Entscheidung nicht eingegangen.

- c) Eine Alternativregelung zu der hier vorgeschlagenen Lösung ist nicht ersichtlich und wird auch von den Kritikern der Regelung nicht vorgeschlagen. Die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß dem Gesetzgeber anheim gegebene Möglichkeit, bei einer Neuregelung zwischen bestimmten Fallgestaltungen oder bestimmten Gruppen von Handelsvertretern zu differenzieren, erscheint sehr problematisch, da eine sachgerechte, den jeweiligen Tatbeständen entsprechende Abgrenzung kaum möglich erscheint.

Da die seinerzeit bei den Beratungen des Regierungsentwurfs Drucksache 12/3908 vorgebrachten Einwendungen keine neuen Gesichtspunkte enthalten, auf die nicht bereits bei der Vorbereitung des Regierungsentwurfs intensiv eingegangen worden ist, soll daher an der damals vorgeschlagenen Neuregelung grundsätzlich festgehalten werden. Sie wird deshalb

mit diesem Gesetzentwurf wieder aufgegriffen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 22 (§ 90 a Abs. 3 HGB-E) und wegen der Anordnung der Rückwirkung auf bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begründete Handelsvertretervertragsverhältnisse (die notwendig ist, um dem Novellierungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts gerecht zu werden) wird auf Artikel 4 Nr. 2 (Artikel 29a EGHGB-E) und die Begründung dazu verwiesen.

6. Zurückstellung der Überarbeitung des Rechts der „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“ (§§ 59 bis 83 HGB)

Trotz der weitgehenden Überarbeitung der Vorschriften des Ersten Buches des HGB sieht der Gesetzentwurf davon ab, bei dieser Gelegenheit zugleich dessen Sechsten Abschnitt über „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“ (§§ 59 bis 83) zu novellieren.

Zwar sind diese Vorschriften mit überwiegend arbeitsrechtlichem Inhalt durchweg als reformbedürftig anzusehen: So ist neben einer altertümlichen Sprache (z. B. „Handlungsgehilfe“ anstelle von „kaufmännischer Angestellter“ und „Prinzipal“ anstelle von „Arbeitgeber“) und veralteten Regelungen (vgl. nur § 62 HGB) auch eine Rechtszersplitterung festzustellen: Nach Kapitel III Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 1 und Kapitel VIII Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 2 der Anlage I zum Einigungsvertrag sind eine Reihe von Vorschriften im Beitrittsgebiet nicht anzuwenden (§ 62 Abs. 2 bis 4, §§ 63, 64, 73, § 75 Abs. 3, § 75 b Satz 2, §§ 82 a und § 83 HGB), weil es sich dabei teils um nicht notwendige Doppelbestimmungen und teils um verfassungswidrige Vorschriften handelt.

Die Herausnahme der Vorschriften über „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“, die zum Arbeitsrecht zählen, aus dem HGB, in dem sie sich zu einem Fremdkörper entwickelt haben, und ihre Überarbeitung läßt sich aber sinnvollerweise nur im Rahmen der umfassenden Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, wie der Einigungsvertrag sie dem gesamtdeutschen Gesetzgeber aufgegeben hat, bewerkstelligen und soll dieser daher vorbehalten bleiben.

C. Haltung der am Handels- und Gesellschaftsrecht interessierten Kreise sowie der Landesjustizverwaltungen

Zur Vorbereitung des Gesetzentwurfs hat das Bundesministerium der Justiz den am Handels- und Gesellschaftsrecht interessierten Kreisen und auch den Landesjustizverwaltungen sowie dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs im August 1996 einen ausgearbeiteten Referentenentwurf mit Begründung zugeleitet. Im Oktober 1996 ist dazu eine Anhörung durchgeführt sowie der Entwurf mit den Landesjustizverwaltungen besprochen worden. Außerdem sind zahlreiche Stellungnahmen der beteiligten Kreise sowie von den Vorsitzenden der zuständigen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs eingegangen und für den Gesetzentwurf ausgewertet worden.

Insgesamt hat sich dabei ein breiter Konsens über die Notwendigkeit des Vorhabens und auch über dessen grundsätzliche Konzeption, nämlich beim Kaufmannsbegriff die geltenden §§ 1 und 2 HGB unter Aufgabe des Katalogs der „Grundhandelsgewerbe“ zusammenzufassen und die Firmenbildung für alle Kaufleute und Handelsgesellschaften weitestgehend freizugeben, ergeben. Diese Konzeption ist daher auch für den jetzt vorgelegten Gesetzentwurf beibehalten worden. Auch die Ausgestaltung der registerrechtlichen Einzelheiten des Entwurfs ist auf grundsätzliche Zustimmung gestoßen.

Eine Reihe weiterer, über den Referentenentwurf hinausgehender Verbesserungen, wie z. B. die Einführung einer Option für Kleingewerbetreibende, durch freiwillige Registereintragung Kaufmannseigenschaft zu erwerben, der „Rechtsformzusatz“ in der Firma von Einzelkaufleuten, die Klarstellung der oHG/KG-Fähigkeit von Besitz- und Vermögensverwaltungsgesellschaften, die Reduzierung des Bekanntmachungsaufwandes im Zusammenhang mit Zweigniederlassungen und der Verzicht auf die Eintragung des „Standes“ oder Berufs sowie auf die „Nachmeldung“ des Geburtsdatums zum Handelsregister, gehen auf entsprechende Änderungs- und Ergänzungsvorschläge der beteiligten Praxis aus Wirtschaft und Justiz zurück, die von dem Gesetzentwurf aufgegriffen worden sind. Auch dem aus Industriekreisen geäußerten generellen Wunsch nach Kostensenkung im Registerverfahren ist mit den hier vorgelegten Änderungen im Bekanntmachungsverfahren sowie in der Kostenordnung so weit wie möglich Rechnung getragen worden.

Auf einzelne Problemkreise, in denen kein vollständiger Konsens erzielt werden konnte, wird jeweils im Zusammenhang mit der Allgemeinen Begründung zu diesen Themen oder bei der Begründung der Einzelvorschriften eingegangen. An dieser Stelle soll besonders nur hingewiesen werden auf die nicht unumstrittene Abgrenzung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten in § 1 Abs. 2 HGB-E [s. dazu oben I. B. 1. e)], die Rechtsfolgen für Kleingewerbetreibende infolge der Zusammenlegung der §§ 1, 2 HGB [Abschaffung des „Minderkaufmanns“; s. dazu oben I. B. 1. f)] sowie die Streichung des § 36 HGB [s. dazu oben I. B. 1. l)].

D. Kosten und Preise

1. Kosten der öffentlichen Haushalte

a) Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand

Der Haushalt des Bundes wird durch das Gesetz nicht belastet. Die Haushalte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände können – wenn das Landesrecht insoweit keine Ausnahmen vorsieht – dadurch belastet werden, daß auf Grund der Aufhebung des § 36 HGB künftig (unselbständige) Unternehmen der öffentlichen Hand, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in das Handelsregister eingetragen werden müssen. Gerichtsgebühren entstehen dabei nur für Neugründungen, da der Entwurf für die erstmalige Eintragung be-

stehender Unternehmen Gebührenfreiheit vorsieht. Die Haushalte einzelner Länder können zudem durch die Neuordnung der Zuständigkeiten der Registergerichte infolge der im Entwurf vorgesehenen Konzentration der Registerführung belastet werden; dieser vorübergehenden Belastung steht aber mittelfristig eine dauerhafte Entlastung infolge der dadurch erzielbaren Effizienzgewinne gegenüber.

b) Vollzugsaufwand

Für die Registergerichte können sich durch die in §§ 2, 105 Abs. 2 HGB-E vorgesehenen freiwilligen Registereintragungen Mehrbelastungen insoweit ergeben, als Kleingewerbetreibende von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen, ebenso durch die Neuregelung des Firmenrechts insoweit, als bestehende Unternehmen die Liberalisierung des geltenden Rechts zur Änderung ihrer Firma nutzen. Auch das Zwangsgeldverfahren zur Erzwingung der in § 37a HGB-E vorgeschriebenen Angaben auf Geschäftsbriefen kann die Gerichte zusätzlich belasten. Diesen Belastungen stehen aber erhebliche Entlastungen im registergerichtlichen Eintragungsverfahren gegenüber, vor allem infolge der vorgeschlagenen Deregulierungen im Firmenrecht und der Neuregelung des Kaufmannsrechts, die zu einem deutlich geringeren Prüfungsaufwand im Hinblick auf die Zulässigkeit der Firma und das Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs führen. Von den übrigen, in diesem Gesetz vorgesehenen Erleichterungen im Registerverfahren sind zudem Beschleunigungseffekte zu erwarten, die ebenfalls zu einer Minderung der Belastung der Gerichte führen können.

2: Sonstige Kosten

Einem Teil der von der Neuregelung des Firmenrechts betroffenen Wirtschaftsunternehmen können nach Ablauf der Übergangszeit Kosten durch Umfirmierungen infolge der zwingenden Angabe der Rechtsform des Unternehmens in der Firma entstehen, ebenso für die Anschaffung von Geschäftsbriefbögen, die die in diesem Gesetz vorgesehenen Pflichtangaben enthalten. Diese Belastungen dürften aber als geringfügig einzustufen sein im Vergleich zu den mit der Liberalisierung und Deregulierung des Firmenrechts insgesamt gewonnenen Vorteilen für die Unternehmen. Diese Einschätzung wird von den beteiligten Fachkreisen und Verbänden geteilt. Die Neuregelung des Kaufmannsrechts schließlich dürfte insoweit keine zusätzlichen Kosten verursachen, als diejenigen Unternehmen, die erstmals in den Kreis der kraft Gesetzes Kaufmannseigenschaft besitzenden Gewerbebetreibenden einbezogen werden, schon nach geltendem Recht als „Sollkaufleute“ zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet wären. Im übrigen werden durch mehrere Erleichterungen des Registerverfahrens, insbesondere die Reduzierung des Bekanntmachungsaufwandes bei Zweigniederlassungen und den Wegfall der öffentlich beglaubigten handschriftlichen Firmenzeichnung, sowie durch Änderungen im Kostenrecht, die bei bestimmten Beurkundungen die Gebühren der

Notare der Höhe nach begrenzen, die Unternehmen von Kosten entlastet.

3. Preise

Auswirkungen auf Einzelpreise sind allenfalls in Einzelfällen möglich, jedoch nicht quantifizierbar. Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind aber nicht zu erwarten.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Neuregelung der Auflösung von Personenhandelsgesellschaften. Nach Aufhebung von § 136 HGB (s. Artikel 3 Nr. 30) gilt § 729 BGB nach § 105 Abs. 2 HGB (jetzt: § 105 Abs. 3 HGB-E) subsidiär auch für die Personenhandelsgesellschaften. Da § 729 BGB nach dem ausdrücklichen Wortlaut aber nur zur Anwendung kommt, wenn die Geschäftsführungsbefugnisse durch Gesellschaftsvertrag übertragen wurden, soll dieses Erfordernis wegfallen. Damit wird erreicht, daß die Vorschrift sowohl im Zivil- auch als im Handelsrecht unabhängig von der Grundlage der Geschäftsführungsbefugnis anwendbar ist.

Die daraus folgende Einbeziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf gesetzlicher Grundlage ist für die BGB-Gesellschaft zwar nicht erforderlich, weil eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Geschäftsführungsbefugnis ohnehin bei der Auflösung fortbesteht. Die Erweiterung ist insoweit aber unschädlich und kommt nur bei Personenhandelsgesellschaften zum Tragen.

Die bisher in § 729 BGB enthaltene Ausnahme, daß die Geschäftsführungsbefugnis nicht bei Auflösung durch Kündigung fortgelten solle, ist nicht in jedem Falle gerechtfertigt und ist daher in der Neufassung von § 729 BGB ebenfalls beseitigt.

Darüber hinaus soll der Tatbestand des § 729 BGB dahin gehend erweitert werden, daß Gesellschafter, die ihre Geschäftsführungsbefugnis auf Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft oder in sonstiger Weise verlieren, etwa auf Grund eines Beschlusses der übrigen Gesellschafter oder eines Entziehungsurteils gemäß § 117 HGB, bei Gutgläubigkeit geschützt werden. Insoweit wird bislang im Handelsgesellschaftsrecht nach allgemeiner Auffassung § 136 HGB sinngemäß angewendet (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., Bd. III/1. HB, § 136 RNr. 5 m. w. N.; Staub/Ulmer, Großkom. zum HGB, § 136 RNr. 7). Die Häufigkeit vorgenannter Sachverhalte wird durch die erhebliche Ausweitung der Ausscheidensgründe erhöht. Eine gesetzliche Fixierung in § 729 BGB ist daher angezeigt. Dem dient der neu angefügte Satz 2.

Zu Artikel 2 (Änderung des AGB-Gesetzes)

Zu Nummer 1 (§ 24 AGBG)

§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG bestimmt im geltenden Recht, daß die strengen Vorschriften des AGBG über

die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag (§ 2), über bestimmte Klauselverbote (§§ 10, 11) und über die Anwendung des Gesetzes bei Verträgen, die ausländischem Recht unterliegen (§ 12), keine Anwendung finden, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet werden und der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Infolge der Herausnahme der bisherigen „Minderkaufleute“ aus dem Kaufmannsbegriff des HGB (s. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1. f)) würde die unveränderte Beibehaltung des § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG dazu führen, daß diese Vorschrift nicht mehr auf die bisherigen „Minderkaufleute“ Anwendung finden würde; diese wären als Nicht-Kaufleute vielmehr dem vollen Schutz des AGBG unterstellt, so daß Allgemeine Geschäftsbedingungen ihnen gegenüber nicht mehr in dem bisherigen Umfang verwendet werden könnten.

Um dieses nicht sachgerechte Ergebnis zu vermeiden, soll künftig in § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG nicht mehr an die Kaufmannseigenschaft, sondern an die gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit des Vertragspartners des Klauselverwenders angeknüpft werden. Damit wird berechtigten Bedenken großer Teile der beteiligten Kreise Rechnung getragen, die sonst eine unangemessene Einschränkung der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber (Klein-) Gewerbetreibenden und erhebliche Unzuträglichkeiten in der Praxis befürchten. Hinzutritt, daß auf diese Weise der im geltenden Recht angelegte Wertungswiderspruch beseitigt werden kann, der darin zu sehen ist, daß Kleingewerbetreibende, die ein Grundhandelsgewerbe i. S. des geltenden § 1 Abs. 2 HGB betreiben – z. B. einen Zeitungskiosk oder eine Gaststätte –, gegenüber der Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen weniger Schutz genießen als andere Kleingewerbetreibende, die nur ein „sonstiges“ Gewerbe i. S. des geltenden § 2 HGB betreiben, z. B. ein Friseur oder der Inhaber eines Fitness-Studios. Die Gleichstellung aller Gewerbetreibenden im Hinblick auf ihre geringere Schutzbedürftigkeit gegenüber der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen stellt somit letztlich nur eine gebotene Konsequenz aus der Aufgabe der überholten branchenmäßigen Differenzierung verschiedener „Arten“ von Gewerbe im geltenden § 1 Abs. 2 HGB dar.

Bei dieser Gelegenheit sollen aber nicht nur Gewerbetreibende im engeren Sinne, sondern auch selbständige Freiberufler wie Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten usw. in § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG einbezogen werden. Dies bietet sich schon als Konsequenz aus dem in § 24 a AGBG (in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1996; BGBl. I S. 1013) enthaltenen Begriff des „Unternehmers“ an, zu dem das geltende Recht bereits diese Berufsgruppen zählt. Daß Selbständige in Ausübung ihrer Berufstätigkeit im Zusammenhang mit der Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen Gewerbetreibenden gleichzusetzen sind, dürfte außer Frage stehen; damit wird die AGBG-Regelung nur angeglichen an die vergleichbaren Vorgaben des geltenden Rechts bei der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes (s. dort

§ 1 Abs. 1), des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (s. dort § 6 Nr. 1) sowie bei den Formerfordernissen für Schiedsabreden im Zusammenhang mit der Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (s. § 1031 Abs. 5 ZPO-E in Drucksache 13/5274).

Zu Nummer 2 (§ 24 a AGBG)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus Nummer 1.

Zu Artikel 3 (Änderung des Handelsgesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§ 1 Abs. 2 HGB)

Mit der hier vorgeschlagenen Neufassung des § 1 Abs. 2 HGB werden die bisherigen Rechtsfiguren des „Muß-“ oder „Ist-Kaufmanns“ nach § 1 HGB und des „Sollkaufmanns“ nach § 2 HGB zu einem neuen, einheitlichen Tatbestand zusammengefaßt. Kaufmann ist künftig jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB), wobei der überkommene Begriff des „Handelsgewerbes“ mit der Neufassung von § 1 Abs. 2 HGB eine völlig neue Definition erhält. Handelsgewerbe ist künftig jedes gewerbliche Unternehmen, es sei denn, daß es nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Damit werden die „Minderkaufleute“ des geltenden Rechts (vgl. § 4 HGB), die ein sog. Grundhandelsgewerbe betreiben, aus dem Kaufmannsbegriff herausgenommen und, wie bisher schon die „sonstigen“ Kleingewerbetreibenden in § 2 HGB, dem Handelsrecht nicht mehr grundsätzlich unterstellt, sondern nur noch in Ausnahmefällen (s. dazu Artikel 3 Nr. 21, 23 und 42 bis 48).

Umgekehrt ist künftig jeder Gewerbetreibende, ohne Rücksicht darauf, ob er ein „Grundhandelsgewerbe“ oder ein „sonstiges Gewerbe“ betreibt, Kaufmann und zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet, sofern nur sein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Die Eintragung in das Handelsregister wirkt dabei nicht konstitutiv, d. h. die Kaufmannseigenschaft begründet sich bereits allein durch das Vorliegen eines Gewerbebetriebs in der hier maßgeblichen Größenordnung. Insoweit ändert sich die Rechtslage insbesondere für die bisher unter § 2 HGB fallenden „Sollkaufleute“, die zwar zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet sind, bei denen der Eintragung nach geltendem Recht aber rechtsbegründende Wirkung zukommt. Sie sind künftig bereits kraft Gesetzes Kaufleute; zur näheren Begründung wird insoweit auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. B. 1. a), d), e) und h) verwiesen.

Das Tatbestandsmerkmal „Erfordernis eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs“ entspricht wörtlich den bisher im Gesetz verwendeten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Voll- und Minderkaufleuten (bei Grundhandelsgewerben) in § 4 Abs. 1 HGB und zwischen Voll- und Nicht-Kaufleuten (bei sonstigem Gewerbe) in § 2 HGB. Damit kann künftig auch für die praktische

Abgrenzung des (voll-) kaufmännischen Betriebes vom nicht-kaufmännischen Unternehmen auf die seit langem bewährten, in der Rechtsprechung gefundenen Kriterien des „nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes“ zurückgegriffen werden.

In allen Fällen ist damit, wie schon bisher, das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs unter Berücksichtigung von Art und Umfang der Geschäftstätigkeit zu beurteilen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob eine kaufmännische Einrichtung (z. B. Buchführung und Bilanzierung, Firmenführung, kaufmännische Ordnung der Vertretung und Haftung) tatsächlich vorhanden ist, sondern ob sie den Umständen nach erforderlich ist. Nach gefestigter Rechtsprechung der Gerichte ist dabei auf sämtliche relevanten Umstände des Einzelfalls abzustellen: Hinsichtlich der Art der Geschäftstätigkeit kann es z. B. auf die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, die Teilnahme am Wechselverkehr, die aktive oder passive Teilnahme am Frachtverkehr, eine grenzüberschreitende Tätigkeit oder dergleichen ankommen. Hinsichtlich des Umfangs der Geschäftstätigkeit entscheiden zunächst Umsatzvolumen, Anlage- und Betriebskapital; daneben sind aber auch Zahl und Funktion der beschäftigten Mitarbeiter sowie die Größe, Zahl und Organisation der Betriebsstätten zu berücksichtigen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild des Betriebs.

Der Entwurf sieht, aus den im Allgemeinen Teil unter I. B. 1e) näher ausgeführten Gründen, davon ab, diese generellen, auf das Gesamtbild des betroffenen Betriebes abstellenden Kriterien durch eine schematische Einordnung anhand von im Gesetz genau bezifferten Einzelkriterien, wie z. B. einer bestimmten Bilanzsumme, eines bestimmten Umsatzvolumens oder einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern, zu ersetzen. Eine starre zahlenmäßige Festlegung solcher Daten im Gesetz dürfte kaum den differenzierteren Anforderungen des praktischen Wirtschaftslebens entsprechen und eine ebenso willkürliche wie inflexible Grenzziehung darstellen, die obendrein der Gefahr ausgesetzt wäre, von der tatsächlichen Entwicklung schnell überholt zu werden, und deshalb häufig durch den Gesetzgeber angepaßt werden müßte.

Im Interesse der Rechtssicherheit ist § 1 Abs. 2 HGB-E als gesetzliche Beweislastregel formuliert. Mit der „Es sei denn“-Formulierung wird für den Rechtsverkehr die ausdrückliche Vermutung eingeführt, daß bei Vorliegen eines Gewerbes grundsätzlich auch von der Eigenschaft als Handelsgewerbe – und damit vom Kaufmannsstatus des Unternehmens – ausgegangen werden kann. Ein Gewerbetreibender, der sich im Geschäfts- und Rechtsverkehr darauf beruft, sein Gewerbebetrieb erfordere nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb und sei deshalb nicht kaufmännisch, trägt dann dafür auch die Darlegungs- und Beweislast.

Damit folgt der Entwurf einem wesentlichen Anliegen der beteiligten Kreise und der Landesjustizverwaltungen, die teilweise eine solche – im Referententwurf noch nicht vorgesehene – Beweislastregel

gefordert haben. Dieses Anliegen erachtet die Bundesregierung für sachgerecht, können doch die Vertragspartner eines Gewerbetreibenden im Geschäftsverkehr von außen kaum zuverlässig beurteilen, ob der jeweilige Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert oder nicht. Beweisprobleme in diesem Zusammenhang gingen – ohne die hier vorgeschlagene „Es sei denn“-Formulierung – zu Lasten der Geschäftspartner des Gewerbetreibenden, obwohl die fraglichen Kriterien ausnahmslos in der Sphäre des betroffenen Unternehmers selbst liegen und (oft nur) von diesem dargelegt werden können.

Mit diesem Vorschlag wird das Ergebnis, die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB-E im Interesse des Geschäftsverkehrs in jedem Fall dem nicht-kaufmännischen Gewerbetreibenden aufzuerlegen, insoweit erreicht, als der Geschäftsverkehr dort entlastet wird, wo der (Klein-)Gewerbetreibende sich darauf beruft, kein Kaufmann zu sein, also z. B. wenn darum gestritten wird, ob er beim Handelskauf zur Wahrung seiner Gewährleistungsansprüche der unverzüglichen Untersuchungs- und Rügepflicht nach §§ 377, 378 HGB unterliegt oder nicht. In der umgekehrten Konstellation, in der sich der Gewerbetreibende zu seinen Gunsten gegenüber seinem Geschäftspartner darauf beruft, Kaufmann zu sein, etwa um den Zinssatz des § 353 HGB oder das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB geltend zu machen, läge es nach der hier vorgeschlagenen „Es sei denn“-Formulierung allein zwar wieder beim Geschäftspartner, zu behaupten und ggf. zu beweisen, daß der Betrieb keinen in vollkaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Fall hilft dem Geschäftspartner aber die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 1 HGB: Zwar ist die vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister für die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 HGB-E nur deklaratorischer Wirkung, doch kann auch die eintragungspflichtige Tatsache, Kaufmann zu sein, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, solange diese Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist (es sei denn, daß dem Dritten die Kaufmannseigenschaft bekannt war, was wiederum der sich darauf berufende Kaufmann zu beweisen hätte). Dies führt zu sachgerechten Ergebnissen.

Darauf hinzuweisen ist allerdings, daß diese Beweislastregel im Verfahren vor dem Registergericht keine Anwendung findet. Hier gilt vielmehr gemäß § 12 FG der Amtsermittlungsgrundsatz. Das Registergericht wäre also nicht etwa auf Grund der „Es sei denn“-Formulierung in § 1 Abs. 2 HGB-E gezwungen, gegen jeden ihm bekannten Gewerbebetrieb ein Eintragungsverfahren einzuleiten (§§ 29, 14 HGB), bis der Unternehmer nachweist, daß sein Gewerbebetrieb keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert. Das Registergericht ist erst dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn ihm Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Betrieb die Grenze des § 1 Abs. 2 HGB-E überschreitet, und hat dann die dafür maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln.

Zu Nummer 2 (§ 2 HGB)

Der bisher in § 2 HGB geregelte Fall des „Sollkaufmanns“ entfällt als Folge der Zusammenfassung der geltenden §§ 1 und 2 HGB zu einem einheitlichen Kaufmannstatbestand, s. die Begründung zu Artikel 3 Nr. 1 und im Allgemeinen Teil unter I. B. 1. a), d), e) und h). An seiner Stelle soll in § 2 HGB-E künftig die neu geschaffene Option für Kleingewerbetreibende, die nicht dem neuen „Ist“-Kaufmannsbegriff des § 1 HGB-E unterfallen, die Kaufmannseigenschaft freiwillig durch Registereintragung zu erwerben, geregelt werden. Auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1. g) wird verwiesen. Die Formulierung dieses neuen „Kannkaufmann“-Tatbestandes stellt klar, daß die Registereintragung in diesem Fall konstitutiv für die Begründung der Kaufmannseigenschaft ist (Satz 1), und daß der Kleingewerbetreibende zur Anmeldung nicht verpflichtet ist (Satz 2). Ebenso wie der Erwerb der Kaufmannseigenschaft soll auch der „Rückzug“ aus dem Kaufmannsstatus der freien Entscheidung des Kleingewerbetreibenden überlassen bleiben. Auf seinen Antrag hin soll seine Eintragung daher wieder gelöscht werden können, mit der Folge, daß sein Kaufmannsstatus *ex nunc* erlischt, sofern er nicht – weil sein Betrieb inzwischen die Grenze des § 1 Abs. 2 HGB-E überschritten hat – ohnehin zur Eintragung kraft Gesetzes verpflichtet ist. Dies ist in Satz 3 klargestellt.

In Konsequenz des Satzes 3 wird künftig auch ein als Ist-Kaufmann eingetragenes Unternehmen, das von Amts wegen gelöscht werden soll, weil die Betriebsgröße nach § 1 Abs. 2 HGB-E unterschritten und die Eintragung damit an sich unzulässig geworden ist, gegenüber dem Registergericht der Löschung widersprechen und damit auf seinen Antrag hin im Register verbleiben können.

Die gesellschaftsrechtliche Parallelregelung für die fakultative Begründung einer Personenhandels-gesellschaft (oHG, KG), deren Gewerbebetrieb nicht den Anforderungen des § 1 Abs. 2 HGB-E an ein Handelsgewerbe genügt, durch konstitutive Registereintragung ist in § 105 Abs. 2 HGB-E (s. Artikel 3 Nr. 24) eingestellt.

Zu Nummer 3 (§ 3 Abs. 2 HGB)

Infolge der Ersetzung von § 2 HGB durch eine Neuregelung kann die an diese Vorschrift geknüpfte Verweisung im geltenden § 3 Abs. 2 Satz 1 HGB nicht unverändert beibehalten werden. § 3 Abs. 2 HGB enthält daher jetzt eine Anknüpfung an die Neuregelung in § 2 HGB-E, die rein redaktionell erforderlich ist, um den besonderen Tatbestand über die Kaufmannseigenschaft und die Registereintragung von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben zu umschreiben. Eine Änderung der Rechtslage in bezug auf diese Unternehmen ist damit aus den im Allgemeinen Teil unter I. B. 1. k) aa) angeführten Gründen, auf die Bezug genommen wird, nicht verbunden.

Zu Nummer 4 (§ 4 HGB)

Die Streichung von § 4 HGB zieht die Konsequenz aus der Grundentscheidung des Entwurfs, die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ abzuschaffen. Auf die Begründung im Allgemeinen Teil unter I. B. 1. f) wird verwiesen.

Nach dem Entwurf soll auch die bisher in § 4 Abs. 2 HGB enthaltene Regel, derzufolge eine oHG oder KG durch einen „minderkaufmännischen“ Betrieb nicht begründet werden kann, aufgegeben werden [vgl. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 3. a)]. Die mit der Neukonzeption angestrebte Öffnung des Zugangs zu den Personenhandels-gesellschaften für „Kleinbetriebe“ findet sich künftig in § 105 Abs. 2 HGB (vgl. Artikel 3 Nr. 24).

Zu Nummer 5 (§ 5 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Streichung des § 4 HGB.

Zu Nummer 6 (§ 6 HGB)

Die Änderung des § 6 Abs. 2 HGB ist ebenfalls durch die Streichung des § 4 HGB sowie durch die Neufassung des § 1 Abs. 2 HGB bedingt. In § 6 Abs. 2 HGB ist klargestellt, daß Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften auf Aktien und eingetragene Genossenschaften, denen das geltende Recht stets Kaufmannseigenschaft beilegt (sog. „Formkaufleute“, vgl. § 3 AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG und § 17 Abs. 2 GenG), immer Vollkaufleute sind, auch wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Diese, im Text des geltenden § 6 Abs. 2 in der Verweisung auf § 4 Abs. 1 HGB enthaltene Aussage soll inhaltlich unverändert beibehalten werden. Dies wird mit der hier vorgesehenen Anknüpfung an den neugefaßten § 1 Abs. 2 HGB, der dieselben Abgrenzungsmerkmale wie der bisherige § 4 Abs. 1 HGB enthält, erreicht.

Zu Nummer 7 (§ 13 c HGB)

Das geltende Eintragungs- und Bekanntmachungsverfahren im Zusammenhang mit laufenden Eintragungen, die Unternehmen mit Zweigniederlassungen betreffen, ist in der Praxis als zu aufwendig, langwierig und kostenintensiv kritisiert worden. Aus den von Teilen der interessierten Kreise und der Landesjustizverwaltungen hierzu unterbreiteten Verbesserungsanregungen hat der Entwurf daher zwei sachliche Änderungen des § 13 c HGB aufgegriffen, die dieser Kritik, soweit sie berechtigt ist, Rechnung tragen sollen.

1. Erstens soll das bestehende System der wechselseitigen Verweisungen auf die gleiche Eintragung bei den Zweigniederlassungen (§ 13 c Abs. 2 HGB) und auf die Eintragung und Bekanntmachung bei der Hauptniederlassung bzw. am Sitz (§ 13 c Abs. 3 Satz 3 HGB) geändert werden. Mit diesem System sind erhebliche zeitliche Verzögerungen und – wegen des Veröffentlichungsum-

fangs – hohe Bekanntmachungskosten verbunden, die die Unternehmen belasten, ohne daß sie aber aus Publizitätsgründen zwingend erforderlich wären.

a) Geltendes Recht

Das geltende Zweigniederlassungsrecht ist von dem Grundsatz geprägt, daß der gesamte Geschäftsverkehr bei laufenden Anmeldungen über das Registergericht der Hauptniederlassung bzw. des Gesellschaftssitzes abgewickelt wird und die Registergerichte der Zweigniederlassungen zwar eigene Registerblätter für die Niederlassungen führen, darin Eintragungen vornehmen und Bekanntmachungen veranlassen, aber keine eigene Prüfungscompetenz besitzen. § 13 c HGB entspricht insoweit dem früheren § 13 a HGB, der mit der Neuregelung des Zweigniederlassungsrechts durch Gesetz vom 10. August 1937 (RGBl. I. S. 897) eingeführt und seither sachlich nicht mehr verändert worden ist.

Die gegenwärtige Regelung geht von dem in § 10 Abs. 1 Satz 2 HGB vorgegebenen Grundsatz aus, daß die Eintragungen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, mit ihrem ganzen Inhalt veröffentlicht werden, und zwar zum einen im Bundesanzeiger (BAnz) und zum anderen in mindestens einem weiteren vom Gericht bestimmten Blatt (§ 10 Abs. 1 Satz 1, § 11 HGB). Die Bekanntmachungen sind deshalb von besonderer rechtlicher Bedeutung und grundsätzlich nicht verzichtbar, weil die Publizitätswirkungen des Handelsregisters erst an die Bekanntmachung, nicht schon an die Eintragung anknüpfen (§ 15 Abs. 1 bis 3 HGB); für Kapitalgesellschaften ist dies durch die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie der EU sogar zwingend vorgegeben. Hinzu tritt, daß im Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung für die Publizitätswirkungen des § 15 HGB die Bekanntmachungen durch das Gericht der Zweigniederlassung maßgebend sind (§ 15 Abs. 4 HGB).

In diesem System sind die in § 13 c Abs. 2 und Abs. 3 Satz 3 HGB vorgesehenen „wechselseitigen“ Verweisungen auf die Bekanntmachungen des jeweils anderen Gerichts formal durchaus konsequent:

– Das – maßgebende und allein prüfungsbe-rechtigte – Registergericht der Hauptniederlassung veröffentlicht die Eintragungen im Bundesanzeiger und „seinem“ lokalen/regionalen Blatt. In der Veröffentlichung im BAnz – und nur dort! – weist es auf die bevorstehenden Eintragungen bei den Registergerichten der Zweigniederlassungen hin (§ 13 c Abs. 2 HGB). Sind von der Anmeldung weder die Hauptniederlassung noch alle Zweigniederlassungen, sondern nur einzelne Zweigniederlassungen betroffen, entfällt die Veröffentlichung im lokalen/regionalen Blatt des Gerichts der Hauptniederlassung (§ 13 c Abs. 4 Satz 3 HGB) und wird auf den BAnz beschränkt.

– Sodann übernimmt das – nicht prüfungsbe-fugte – Registergericht der Zweigniederlassung diese Eintragungen in sein Register und veröffentlicht sie – abweichend von § 10 Abs. 1 Satz 1 HGB – nur noch in „seinem“ lokalen/regionalen Blatt, nicht mehr im BAnz (§ 13 c Abs. 3 Satz 4 HGB). Statt dessen verweist es auf die vorangegangene Veröffentlichung der Eintragungen des Registergerich-tes der Hauptniederlassung im BAnz (§ 13 c Abs. 3 Satz 3 HGB).

Im Ergebnis werden die die Zweigniederlassungen betreffenden Eintragungen daher minde-stens dreimal veröffentlicht: zwar nur einmal im BAnz., daneben aber im lokalen/regionalen Blatt des Registergerichts der Zweigniederlassung und (mit Ausnahme von § 13 c Abs. 4 Satz 3 HGB) im regionalen/lokalen Blatt der Hauptniederlassung. Vor diesem Hintergrund sollen der Hinweis in der BAnz-Veröffentli-chung des Gerichts der Hauptniederlassung ebenso wie der in der (lokalen) Bekanntma-chung des Gerichts der Zweigniederlassung wechselseitig dem Umstand Rechnung tragen, daß die Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung gerade nicht mehr im BAnz erfolgt; die Verweisungen sollen jeweils die sonst (§ 10 Abs. 1 Satz 1 HGB) notwendige weitere Veröffentlichung (im vollen Wortlaut) im BAnz ersetzen.

b) Anlaß und Inhalt der Neuregelung

In dem geschilderten System, das sich grund-sätzlich bewährt hat und deshalb beibehalten werden soll, ist die Bekanntmachung im loka-len/regionalen Blatt des Registergerichts der Zweigniederlassung schon deshalb unverzicht-bar, weil für die Publizitätswirkungen des § 15 HGB im Geschäftsverkehr mit einer Zweignie-derlassung grundsätzlich die Bekanntmachun-gen des Gerichts der Zweigniederlassung maß-gebend sind (§ 15 Abs. 4 HGB). Sie kann daher nicht entfallen. Ohne Verlust an Publizitätswir-kungen kann aber künftig auf die beiden Ver-weisungen in den jeweiligen Bekanntmachun-gen verzichtet werden. Sie erhöhen nicht nur die Veröffentlichungskosten erheblich, vor allem wenn zahlreiche Zweigniederlassungen betroffen sind, die nach § 13 c Abs. 2 HGB alle namentlich unter Angabe des jeweiligen Regi-stergerichts in der BAnz-Veröffentlichung ge-nannt werden müssen (es gibt in der Praxis Bekanntmachungen, bei denen allein die Ver-weisungen fast zwei Drittel des gesamten Ver-öffentlichungstextes ausmachen). Sie führen auch zu – oft monatelangen – Verzögerungen der Bekanntmachung durch das Registergericht der Zweigniederlassung, da vor der Weiterlei-tung an dieses erst die Veröffentlichung im BAnz abgewartet werden muß; gerade mit Blick auf § 15 Abs. 4 HGB erscheint dies nicht unbe-denklich.

Dagegen dürfte nicht die Gefahr bestehen, daß ohne diese Verweisungen die Veröffentlichun-gen beider Registergerichte für den Geschäfts-

verkehr nicht mehr nachvollziehbar wären. Im Gegenteil ist kaum anzunehmen, daß der Geschäftsverkehr bei der Veröffentlichung der Eintragung des Gerichts der Hauptniederlassung im BAnz den Hinweis auf die spätere Eintragung im Register der Zweigniederlassung (§ 13c Abs. 2 HGB) benötigt (soweit mit der Registereintragung konstitutive Wirkung verbunden ist, ist ohnehin die Eintragung beim Gericht der Hauptniederlassung maßgebend). Und umgekehrt ist auch kaum nachzuvollziehen, daß der Geschäftsverkehr bei der Veröffentlichung der (wiederholenden) Eintragung des Gerichts der Zweigniederlassung auf die „Rückverweisung“ auf die vorangegangene BAnz-Veröffentlichung (§ 13c Abs. 3 Satz 3 HGB) angewiesen ist, zumal die Bekanntmachung ja an der gleichen Stelle (im lokalen/regionalen Blatt) in vollem Wortlaut steht. Beide Hinweise erscheinen daher nur als bloßer Formalismus, um – rein formal, ohne inhaltliche Bedeutung – die spätere (erneute) Bekanntmachung im BAnz durch das Gericht der Zweigniederlassung zu ersetzen. Auf sie kann daher verzichtet werden.

Im Ergebnis ist daher folgende neue Vorgehensweise vorgesehen: Das Gericht der Hauptniederlassung macht seine Eintragungen wie bisher in jedem Fall im BAnz und darüber hinaus – sofern die Eintragungen nicht überhaupt nur die Zweigniederlassungen betreffen (§ 13c Abs. 4 HGB = § 13c Abs. 3 HGB-E) – in seinem lokalen/regionalen Blatt bekannt. Im BAnz entfällt aber künftig der Hinweis auf die nachfolgenden Bekanntmachungen bei den Registergerichten der Zweigniederlassungen (Streichung des bisherigen § 13c Abs. 2 HGB). Schon unmittelbar nach der Eintragung – und nicht erst nach Abwarten der Veröffentlichung im BAnz – hat das Gericht der Hauptniederlassung seine Eintragung mit einem Doppel der Anmeldung von Amts wegen den Gerichten der Zweigniederlassungen mitzuteilen (§ 13c Abs. 2 Satz 1 HGB-E). Diese übernehmen dann, wie bisher, die Eintragungen ohne Nachprüfung in ihr Register (§ 13c Abs. 2 Satz 2 HGB-E), können allerdings deren Bekanntmachung in ihrem lokalen/regionalen Blatt unmittelbar veranlassen, ohne die Veröffentlichung durch das Gericht der Hauptniederlassung im BAnz abwarten zu müssen, weil diese Bekanntmachung künftig nur noch einen Hinweis auf die Eintragung beim Gericht der Hauptniederlassung, aber keinen Verweis auf die genaue Fundstelle im BAnz mehr enthalten muß (§ 13c Abs. 2 Satz 3 HGB-E). Eine weitere Veröffentlichung im BAnz durch das Gericht der Zweigniederlassung unterbleibt wie bisher (§ 13c Abs. 2 Satz 4 HGB-E). Insgesamt versteht sich die Neuregelung des Bekanntmachungsverfahrens insoweit als – gesetzlich zulässige – Ausnahme von der in § 10 Abs. 1 Satz 1 HGB enthaltenen Regel.

2. Zweitens soll der Umfang der Veröffentlichung gleichlautender Eintragungen bei mehreren Zweigstellen im selben Registerbezirk reduziert

werden. Das geltende Recht führt in Einzelfällen zu Bekanntmachungen, in denen das Gericht der Zweigniederlassung nacheinander eine identische Eintragung, wie z.B. die Kapitalerhöhung einer AG, für mehrere Zweigniederlassungen desselben Unternehmens in seinem Bezirk wortgleich in vollem Umfang wiederholen muß. Dies führt zu sachlich kaum vertretbaren Veröffentlichungskosten für das betroffene Unternehmen. Hier sollen dem Gericht der Zweigniederlassung daher künftig – als Ausnahme von der in § 10 Abs. 1 Satz 2 HGB enthaltenen Regel – Zusammenfassungen und Verweisungen erlaubt sein. Sind demnach für mehrere Zweigniederlassungen desselben Unternehmens im Bezirk eines Gerichts übereinstimmende Eintragungen bekanntzumachen, so ist künftig der Eintragungswortlaut in der Bekanntmachung nur einmal wiederzugeben und dabei anzugeben, für welche einzelnen Zweigniederlassungen sie vorgenommen worden ist (§ 13c Abs. 2 Satz 5 HGB-E).

Nicht aufgegriffen wird in dem Entwurf dagegen der Vorschlag aus Kreisen der Industrie, auf die Einreichung der in § 13c Abs. 1 HGB vorgesehenen Doppel der Anmeldung in gleicher Zahl, wie Zweigniederlassungen bestehen, zu verzichten. Die für die Registergerichte der Zweigniederlassungen vorgeschriebenen Doppel der Anmeldungen dienen nicht nur, wie von der Kritikern dieser Regelung angenommen wird, der Eintragung in das Register der Zweigniederlassung; dazu würde in der Tat eine Abschrift der Eintragung aus dem Register der Hauptniederlassung ausreichen, da das Registergericht der Zweigniederlassung keine Prüfung der laufenden Anmeldungen vornimmt (§ 13c Abs. 3 Satz 2 HGB), sondern diese dem Registergericht der Hauptniederlassung vorbehalten bleibt. Die Unterlagen sind aber deshalb erforderlich, weil beim Registergericht der Zweigniederlassung ein eigenes Registerblatt und ein eigener Sonderband für die Zweigniederlassung geführt werden. Darin werden die Unterlagen – z.B. Satzungen, Gesellschafterlisten, Unterschriftsproben (auch der Filial-Prokuristen) – zur Einsichtnahme durch die Allgemeinheit bereitgehalten (§ 9 Abs. 1 HGB). Der Verzicht auf diese Doppel würde dazu führen, daß das örtliche Publikum am Sitz der Zweigniederlassung auf die Einsichtnahme beim Gericht der Hauptniederlassung angewiesen wäre. Das ist, jedenfalls solange die Register noch nicht automatisiert geführt werden und auf der Grundlage des § 125 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FGG i. d. F. des RegVBG zur Einsichtnahme untereinander vernetzt sind, unpraktisch und wenig bürgernah. Für das künftige EDV-Register wird allerdings zu erwägen sein, auf die Führung der Doppel im Sonderband beim Registergericht der Zweigniederlassung zu verzichten, soweit die Handelsregister vernetzt und die eingereichten Unterlagen überörtlich einsehbar sind. Dazu ist aber zunächst noch die weitere Entwicklung des Aufbaus der EDV-Register durch die Länder abzuwarten.

Die den Unternehmen entstehenden Kosten für die Doppelstücke der Unterlagen dürften sich demgegenüber in Grenzen halten, da es für die Wahrung der Formvorschriften des § 12 HGB genügt, wenn die Abschrift einer öffentlich beglaubigten Anmel-

dung ihrerseits öffentlich beglaubigt ist. Es reicht also aus, wenn das für das Gericht der Hauptniederlassung bestimmte Überstück der Anmeldung in der Form des § 12 HGB eingereicht und die weiteren Stücke öffentlich beglaubigte Abschriften der ersten urschriftlichen Anmeldung sind (Bokelmann, Münchener Kommentar zum HGB, § 13 c RNr. 5; Staub/Hüffer, § 13 a HGB RNr. 3). Außerdem sieht das Gesetz schon heute vor, daß bei Anmeldungen, die nur einzelne von mehreren Zweigniederlassungen betreffen, nur so viele Überstücke einzureichen sind, wie Zweigstellen betroffen sind (§ 13 c Abs. 4 Satz 1 HGB).

Zu Nummer 8 (§ 13 d HGB)

Es handelt sich um die Berichtigung eines früheren Redaktionsversehens.

Zu Nummer 9 (§ 13 f HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Entscheidung des Entwurfs, künftig nicht mehr die Eintragung und Bekanntmachung des Berufs bzw. Standes vorzusehen und statt dessen das Geburtsdatum als Identifikationsmerkmal natürlicher Personen zu nutzen; s. dazu die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c.

Zu Nummer 10 (§ 17 Abs. 1 HGB)

Die Streichung der Worte „im Handel“ in § 17 Abs. 1 HGB folgt als Konsequenz aus der in § 1 Abs. 2 HGB enthaltenen Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“. Wegen des damit verbundenen umfassenden einheitlichen Kaufmannsbegriffs, der auf die Unterteilung in „(Grund-)Handelsgewerbe“ und „sonstige Gewerbe“ verzichtet, soll in § 17 Abs. 1 HGB die Firma einheitlich als der Name des Kaufmanns definiert werden, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt; die Einschränkung auf Geschäfte „im Handel“ ist damit überholt.

Zu Nummer 11 (§ 18 HGB)

Die Systematik der Vorschrift wird beibehalten. In § 18 Abs. 1 HGB sollen, wie schon bisher, die Grundanforderungen an die Firma eines Einzelkaufmanns geregelt werden, allerdings ausgerichtet an der mit diesem Entwurf verfolgten Liberalisierung des Firmenbildungsrechts. In Absatz 2 – also ebenfalls am gleichen Standort wie im geltenden Recht – wird das firmenrechtliche Täuschungsverbot novelliert.

Zu Absatz 1

Bei den gesetzlichen Anforderungen an die Firma des Einzelkaufmanns gibt es, wie im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) bb) dargelegt, die weitestgehenden Änderungen. Er kann künftig neben einer Personenfirma auch eine Sach- oder Phantasiefirma führen. Das geltende Recht läßt für den Einzelkaufmann – unbeschadet der Zulässigkeit von Sach- oder Phantasiebezeichnungen als Zusätze – ausschließlich eine Personenfirma zu, bestehend aus Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen.

Die Neufassung von § 18 Abs. 1 HGB-E verlangt dagegen nur noch, daß die Firma Kennzeichnungsfähigkeit und Unterscheidungskraft besitzen [s. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil, unter I. B. 2. b) aa)], d. h. also vor allem die Namensfunktion im geschäftlichen Verkehr erfüllen muß. Dafür kommen – neben dem bürgerlichen Namen des Kaufmanns – grundsätzlich auch Sachbezeichnungen oder Phantasieangaben in Betracht.

Daß die Firma, wie nun im neuen § 18 Abs. 1 HGB-E festgelegt, geeignet sein muß, diese Namensfunktion zu erfüllen, gilt nicht nur für einzelkaufmännische Firmen, sondern generell für alle Firmen, auch soweit sie in spezialgesetzlichen Bestimmungen außerhalb des HGB (GmbHG, AktG, GenG) geregelt sind, namentlich für die Firmen aller Handelsgesellschaften, für die § 18 Abs. 1 HGB-E schon infolge des § 6 Abs. 1 HGB mittelbar Anwendung findet.

Die Neuregelung nimmt in Kauf, daß, wenn der Einzelkaufmann eine Sach- oder Phantasiefirma führt, es für den Rechtsverkehr nicht ohne weiteres erkennbar ist, wer hinter der Firma steht und für die Verbindlichkeiten des Unternehmens letztendlich persönlich haftet. Zum einen ist schon nach geltendem Recht der Informationsgehalt der einzelkaufmännischen Firma über die Identität des Inhabers durch die Möglichkeiten der Firmenfortführung (§§ 21 ff. HGB) in Frage gestellt [s. dazu näher die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. B. 2. a) aa)]. Zum anderen wird ein Ausgleich für den möglichen Verlust an Information durch die Pflicht zur Aufnahme der Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“ oder „eingetragene Kauffrau“ in die Firma geschaffen (vgl. Artikel 3 Nr. 12 – § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E). Darüber hinaus sichern die vorgeschriebenen Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen (dazu s. näher Artikel 3 Nr. 19 – § 37 a HGB-E) die für den Rechtsverkehr notwendige Transparenz des Unternehmens.

Zu Absatz 2

Die registergerichtliche Prüfung der Firma auf Täuschungseignung wird im Interesse eines vorbeugenden Verkehrsschutzes beibehalten, weil allein eine nachträgliche Kontrolle mit Mitteln des Wettbewerbsrechts (§ 3 UWG) unzureichend wäre [s. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) dd)]. Durch die hier vorgeschlagene Neufassung werden die Anforderungen an die „Firmenwahrheit“ aber dort gesenkt, wo sie als unangemessen streng anzusehen sind [s. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. a) bb)].

Im Gegensatz zum geltenden Recht wird aber nicht nur ein Täuschungsverbot für Firmenzusätze, sondern ausdrücklich ein umfassendes Irreführungsverbot für sämtliche Firmenbestandteile einschließlich der Firma als ganzes normiert. In Anlehnung an die modernere Formulierung des Irreführungstatbestandes, wie er sich seit der UWG-Reform von 1969 in § 3 UWG findet, soll die Firma deshalb keine „irreführenden Angaben über geschäftliche Verhältnisse“ enthalten dürfen. Der bisher allein in § 18 Abs. 2

HGB geregelte Fall täuschungsgerechter Zusätze wird davon mitumfaßt.

Damit die Möglichkeiten der Firmenbildung durch das Irreführungsverbot nicht über Gebühr eingeschränkt werden und das Registerverfahren durch die Firmenprüfung nicht unangemessen verzögert wird, sieht der Entwurf zwei Einschränkungen vor, einmal in materiell-rechtlicher und zum anderen in verfahrensrechtlicher Hinsicht:

- a) Zum einen sollen nur solche Angaben als zur Irreführung geeignet beanstandet werden können, die geschäftliche Verhältnisse betreffen, die „für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich“ sind. Diese Formulierung, die § 13 a UWG entlehnt ist, soll sicherstellen, daß nicht auch solche Angaben als irreführend qualifiziert werden, die nur von geringer wettbewerblicher Relevanz oder für die wirtschaftliche Entscheidung der angesprochenen Verkehrskreise nur von nebensächlicher Bedeutung sind; insoweit soll es, wie bei § 13 a UWG, nicht allein auf das Verständnis eines „nicht unerheblichen Teils“ der angesprochenen Verkehrskreise, sondern – objektiviert – auf die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung ankommen (s. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., § 13 a UWG RNr. 5; Köhler, JZ 1989, 262, 264).

Mit dieser Entscheidung des Entwurfs, der insoweit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelregister“ folgt, wird in Kauf genommen, daß die materiellen Prüfungsmaßstäbe für die Irreführungseignung nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB-E und nach § 3 UWG möglicherweise voneinander abweichen. Denn anders als nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB-E ist eine Irreführung i. S. des § 3 UWG nach herrschender Auslegung schon dann anzunehmen, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise mit der Angabe eine unzutreffende Vorstellung verbindet, wobei nach h.M. schon Irreführungsquoten von 10 % ausreichen können. Diese mögliche Divergenz erscheint deshalb hinnehmbar, weil die Prüfungsmaßstäbe schon wegen der unterschiedlichen Ausrichtung des Schutzzwecks von Handelsregister einerseits und Wettbewerbsrecht andererseits nicht zwingend identisch sein müssen.

Auf der anderen Seite kann eine Maßstabsdivergenz aber im Einzelfall dazu führen, daß eine nach Firmenrecht unbeanstandete Firma gleichwohl einem Unterlassungsgebot nach § 3 UWG ausgesetzt sein kann. Wenn auch eine solche Rechtslage in Einzelfällen als zusätzliche Komplizierung empfunden werden kann, erscheint sie doch im Ergebnis hinnehmbar. Wegen der unterschiedlichen Zielrichtung der Überprüfung auf Irreführungseignung im registergerichtlichen Verfahren und der wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung ist dies auch schon im geltenden Recht der Fall.

Der Referentenentwurf hatte mit Blick auf diese möglichen Maßstabsdivergenzen als Alternative auch zur Diskussion gestellt, entweder klarzustel-

len, daß der Irreführungsmaßstab des § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB-E als speziellere Regelung künftig auch bei der Prüfung einer Firma oder von Firmenbestandteilen nach § 3 UWG zugrunde zu legen ist, oder aber auf die vorgesehene „Wesentlichkeitsschwelle“ zu verzichten und die Entwicklung der Rechtsprechung zu überlassen. Nach der Erörterung mit den beteiligten Kreisen und den Landesjustizverwaltungen, die in dieser Frage ein völlig uneinheitliches Meinungsbild geboten haben, soll jedoch die Konzeption des Referentenentwurfs beibehalten werden. Eine Bestandssicherung der einmal vom Registergericht unbeanstandet gelassenen Firma auch gegenüber einem auf § 3 UWG gestützten Unterlassungsanspruch ließe unberücksichtigt, daß es in einem auf § 3 UWG gestützten Zivilverfahren auch um konkrete Verwendungsformen der Firma sowie um besondere, aus der Wettbewerbssituation zu bestimmten Konkurrenten sich ergebende Fallkonstellationen gehen kann. Diese „Feinsteuerung“ durch das UWG sollte nicht verloren gehen. Die Divergenz ist jedenfalls angesichts des mehr ordnungspolitischen Zwecks des Firmenrechts einerseits und des wettbewerbsorientierten Ansatzes des UWG andererseits durchaus akzeptabel. Dies entspricht auch der Mehrheit der Stellungnahmen aus der Wirtschaft. Auch eine ausdrückliche Festlegung des in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB-E vorgeschlagenen Irreführungsmaßstabs als *lex specialis* für die auf das UWG gestützte Prüfung der Firma erscheint nicht sinnvoll und ist denn auch von den beteiligten Fachkreisen ganz überwiegend abgelehnt worden. Die Firma nähme dann im Wettbewerbsrecht eine nicht gerechtfertigte Sonderstellung unter den Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne von § 3 UWG ein. Eine Neufestlegung des Irreführungsmaßstabes bei § 3 UWG sollte aber einer Reform des UWG vorbehalten bleiben.

Auf der anderen Seite ist von der in § 18 Abs. 1 Satz 1 HGB-E vorgesehenen „Wesentlichkeitsschwelle“ anzunehmen, daß sie, auch wenn sie die Auslegung von § 3 UWG nicht ausdrücklich beeinflußt, so doch zumindest auf dessen Handhabung ausstrahlen wird. Im Hinblick darauf, daß der Europäische Gerichtshof beispielsweise in der „Nissan“-Entscheidung vom 16. Januar 1992 (Rechtssache C 373/90; abgedruckt u. a. in WRP 1993, 233) erheblich höhere Anforderungen an die Irreführungsgefahr („erhebliche Anzahl von Verbrauchern“) stellt als die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die herrschende Auslegung des § 3 UWG deshalb ohnehin zunehmend in Frage gestellt ist, kann die Einführung der „Wesentlichkeitsschwelle“ als ein Signal des Gesetzgebers in diese Richtung gedeutet werden. Deshalb soll auf sie auch nicht, wie im Referentenentwurf noch zur Diskussion gestellt, verzichtet werden.

- b) Eine weitere, allerdings nur verfahrensbezogene Einschränkung der Überprüfung durch das Registergericht enthält schließlich § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB-E. Mit der Anordnung, daß künftig nur eine „ersichtliche“ Irreführungseignung Anlaß für ein Einschreiten des Registergerichts ist, wird zum

Ausdruck gebracht, daß im Registerverfahren nur ein gewisses „Grobraster“ an die Prüfung der Irreführungseignung gelegt werden soll. Es soll „nur“ verhindert werden, daß jedenfalls ersichtlich irreführende Firmenbestandteile, also solche, bei denen die Täuschungseignung nicht allzu fern liegt und ohne umfangreiche Beweisaufnahme bejaht werden kann, überhaupt zur Eintragung gelangen. Dies bedeutet auch, daß über die richtige Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals durch den Registerrichter in der Beschwerdeinstanz insoweit kein zusätzlicher Streit geführt werden kann, als eine – ggf. auf Grund zu weitgehender Ermittlungen der ersten Instanz – bereits festgestellte Irreführung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. Entscheidung stets noch „ersichtlich“ ist.

Eine ähnliche Einschränkung hat z. B. das früher geltende Warenzeichengesetz bei der grundsätzlich vergleichbaren patentamtlichen Irreführungsprüfung von angemeldeten Marken vorgesehen (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 WZG); sie ist auch im neuen Markengesetz, das das WZG inzwischen abgelöst hat, weiterhin enthalten (§ 37 Abs. 3 Markengesetz). Dabei soll durch die Formulierung des § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB-E klargestellt werden, daß diese Einschränkung auch im registergerichtlichen Firmenmißbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB und im Amtslöschungsverfahren nach § 142 FGG gilt, nicht hingegen für zivilrechtliche Unterlassungsklagen Dritter nach § 37 Abs. 2 HGB oder nach § 3 UWG. Eine weitergehende Prüfung der Firma, ob auch die konkrete Verwendungsform oder entfernter liegende Möglichkeiten der Irreführung vorliegen, kann dem wettbewerbsrechtlichen Streitverfahren überlassen bleiben. Sie ist von der Funktion der registergerichtlichen Prüfung für die Zwecke des Handelsregisters auch nicht geboten.

Zu Nummer 12 (§ 19 HGB)

Mit der Neufassung von § 19 HGB wird zum einen für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften die Verpflichtung eingeführt, durch vorgegebene Bezeichnungen in der Firma auf ihre Kaufmannseigenschaft bzw. ihre Rechtsform hinzuweisen. Damit wird dem Interesse des Rechtsverkehrs an der Ersichtlichkeit der Kaufmannseigenschaft und der Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse bei Personenhandelsgesellschaften Rechnung getragen.

Zum anderen wird das Firmenbildungsrecht der Personenhandelsgesellschaften grundlegend vereinfacht und liberalisiert. Personenhandelsgesellschaften können wie die Einzelkaufleute und die Kapitalgesellschaften künftig eine Personen-, Sach- oder Phantasiefirma wählen [s. dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) aa), bb)]. Bei der freien Auswahl – auch Mischformen sind zulässig –, muß lediglich § 18 Abs. 1 HGB-E, der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft für alle Firmen verlangt, beachtet werden.

Wegen der Übergangsregelung für bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits eingetragene und zulässige

Firmen von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften wird auf Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 38 Abs. 1 und 2 EGHGB-E) hingewiesen.

Zu Absatz 1

Neben der in § 18 Abs. 1 HGB-E geregelten Verpflichtung, eine kennzeichnungsgerechte und unterscheidungskräftige Firma zu wählen, schreibt das Gesetz für die Firmenbildung bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften künftig nur noch vor, daß ein Zusatz über die Kaufmannseigenschaft oder – bei den Gesellschaften – über die Rechtsform in die Firma aufgenommen werden muß. Damit werden aus Gründen der Transparenz die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse für den Rechtsverkehr offengelegt.

Zu Absatz 1 Nr. 1

Für Einzelkaufleute soll dabei – insoweit abweichend vom Referentenentwurf und entgegen der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ – ein Hinweis in der Firma auf ihre Kaufmannseigenschaft obligatorisch werden. Die beteiligten Kreise aus der Wirtschaft, die Verbände der rechtsberatenden Berufe sowie die gerichtliche Praxis haben in ihren Stellungnahmen zum Referentenentwurf ein erhebliches praktisches Bedürfnis für einen solchen Zusatz – parallel zu den vorgesehenen Rechtsformzusätzen für Handelsgesellschaften – geltend gemacht. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hatte einen solchen Zusatz zwar erwogen, letztlich aber davon abgesehen, weil sich für Einzelkaufleute kein angemessener Zusatz habe finden lassen, der im Geschäftsverkehr mit der notwendigen Verständlichkeit für die Verkehrskreise verwendet werden könne. Dieses Argument galt aber in erster Linie für die in Betracht kommende Abkürzung „e.K.“ für „eingetragener Kaufmann“. Demgegenüber sind die vom Entwurf nunmehr vorgeschlagenen Begriffe „eingetragener Kaufmann“ und „eingetragene Kauffrau“ als solche zwar neu, aber nicht mißverständlich. Mögliche anfängliche Gewöhnungs- und Akzeptanzschwierigkeiten, die aber auch nach Auffassung der Wirtschaft eher gering einzuschätzen sind, sind im Interesse des Geschäfts- und Rechtsverkehrs an einer Bezeichnung, mit der die Firma eines Einzelkaufmanns schnell, leicht und eindeutig als solche identifiziert werden kann, hinnehmbar.

Mit dem obligatorischen Hinweis in der Firma auf die Kaufmannseigenschaft soll auch auf eine klare praktische Grenzziehung zwischen den Firmen von Einzelkaufleuten und den Geschäfts- oder Etablissementsbezeichnungen von Kleingewerbetreibenden hingewirkt werden, die als Nicht-Kaufleute keine Firma führen dürfen. Für das geltende Recht ist in diesem Bereich nämlich eine Grauzone festzustellen (s. dazu Bokelmann, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, 3. Aufl. 1986, RNr. 5; ders., in: Münchener Kommentar, § 4, RNr. 9), die gerade auch für die (bisherigen) Minderkaufleute und sonstigen Kleingewerbetreibenden unbefriedigend ist. Ohne die Einführung des vorgeschlagenen Zusatzes würden sich die Abgrenzungsschwierigkeiten weiter verschärfen, da auch Einzelkaufleuten künftig die Füh-

rung von reinen Sach- oder Phantasiefirmen gestattet sein soll; diese durften Nicht- und Minderkaufleute bislang grundsätzlich benutzen (Bokelmann, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, RNr. 15). Das für Nicht-Kaufleute geltende Verbot, eine Firma oder eine Bezeichnung, die den Eindruck einer Firma hervorruft, zu führen, wird künftig entschärft, da sie wohl alle Bezeichnungen als Geschäftsbezeichnungen verwenden können, solange diese nur keinen Rechtsformzusatz oder Zusatz über die Kaufmannseigenschaft enthalten. Das Einschreiten des Registergerichts wegen des unzulässigen Gebrauchs einer Firma durch einen Nichtkaufmann nach § 37 HGB wird sich im wesentlichen auf die Fälle reduzieren, in denen eine an sich zulässige Geschäftsbezeichnung, z. B. im rechtsgeschäftlichen Verkehr, wie eine Firma gebraucht wird.

Als Bezeichnungen für die Kaufmannseigenschaft schreibt der Entwurf die Begriffe „eingetragener Kaufmann“ und „eingetragene Kauffrau“ vor. Der Begriff „Kaufmann“ entspricht der Terminologie des HGB für Einzelunternehmer und darüber hinaus auch der Tradition des Handelsrechts. Für weibliche Einzelkaufleute, die im übrigen auch schon seit Jahrhunderten im Geschäftsleben aufgetreten sind, hat der Entwurf die Bezeichnung „Kaufrau“ vorgesehen. Eine spezifische Bezeichnung des „weiblichen Kaufmanns“ findet sich im HGB nicht; der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß es sich von selbst verstehe, „daß Alles, was in dem Gesetzbuch über die Kaufleute bestimmt ist, zugleich für Frauen gilt, die ein Handelsgewerbe betreiben“ (Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1895, S. 13). Der Begriff „Kaufrau“ ist aber bei den Berufsbezeichnungen (z. B. „Diplom-Kaufrau“) gebräuchlich und erscheint daher als geeignete Bezeichnung. Demgegenüber ist der in den Artikeln 6 bis 9 ADHGB verwendete Begriff der „Handelsfrau“, für den sich die rechtshistorische Tradition anführen ließe, heute nicht mehr gebräuchlich.

Um die Bezeichnung der Eigenschaft des Kaufmanns i. S. des HGB klar gegenüber den Berufsbezeichnungen „Kaufmann“ und „Kaufrau“ abzugrenzen, ist der Zusatz „eingetragene(r)“, der an die Eintragung in das Handelsregister anknüpft, vorgesehen worden. Entsprechende Zusätze sieht das geltende Recht für die Firma der Genossenschaft (§ 3 Abs. 2 Satz 1 GenG; s. auch Artikel 11 Nr. 1 – § 3 Abs. 1 Satz 1 GenG-E) und den Namen eines eingetragenen Vereins (§ 65 BGB) vor.

Der Entwurf geht davon aus, daß die Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“ von männlichen Kaufleuten, die Bezeichnung „eingetragene Kauffrau“ von weiblichen Kaufleuten gewählt wird. Ob im Einzelfall für Frauen ein anerkanntes Bedürfnis besteht, die Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“ zu wählen, z. B. um befürchtete Diskriminierungen auszuschließen, kann der Praxis der Gerichte überlassen bleiben. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß mit den geschlechtsspezifisch ausgestalteten Zusätzen für die Kaufmannseigenschaft lediglich eine für beide Geschlechter adäquate Bezeichnung für

die „Kaufmanns-“ bzw. „Kaufrau“-Eigenschaft zur Verfügung gestellt werden soll. Denn für den Rechtsverkehr steht wohl die sich aus diesem Firmenzusatz ergebende Information im Vordergrund, daß es sich um das Unternehmen einer natürlichen Person handelt, und weniger, welches Geschlecht diese Person hat. Auch im Falle der Firmenfortführung nach § 22 HGB oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften wird die Frage des richtigen Zusatzes unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes zu entscheiden sein. Entschärft werden kann diese Problematik in der Praxis zudem dadurch, daß die Abkürzung „e. K.“ (dazu s. nachfolgend), die sowohl für „eingetragener Kaufmann“ als auch für „eingetragene Kauffrau“ stehen kann, gewählt wird.

Auch den Einzelkaufleuten soll es – wie den Handelsgesellschaften – gestattet sein, eine allgemein verständliche Abkürzung für den „Rechtsformzusatz“ in die Firma aufzunehmen (vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB-E für die Personenhandelsgesellschaften; § 4 AktG-E für die AG; § 4 GmbHG-E für die GmbH). Da ein solcher Zusatz in der Firma zur Kennzeichnung der Kaufmannseigenschaft überhaupt nicht üblich ist – der Hinweis auf die Eigenschaft als Einzelkaufmann ergibt sich im geltenden Recht daraus, daß dieser eine Namensfirma ohne einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz führt –, haben sich auch keine Abkürzungen herausbilden können. Deshalb erscheint es sinnvoll, hier – anders als bei den Rechtsformzusätzen der Handelsgesellschaften – zulässige Abkürzungen schon im Gesetz selbst vorzusehen. Es handelt sich dabei, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt, nur um Beispiele für zulässige Abkürzungen und nicht um die verpflichtende oder abschließende Vorgabe der Abkürzungen „e. Kfm.“ und „e. Kfr.“.

Insbesondere soll auch die Abkürzung „e. K.“ zulässig sein. Auch wenn sie dem Rechts- und Geschäftsverkehr zunächst ungewohnt erscheinen und andere Assoziationen hervorrufen mag, kann doch davon ausgegangen werden, daß der Geschäftsverkehr sich nach einer gewissen Zeit wohl an sie gewöhnen und sie allgemein akzeptieren wird. Insoweit werden mit den beteiligten Fachkreisen die Bedenken der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ gegen diese Abkürzung nicht für letztlich durchschlagend gehalten. Diese Abkürzung hat zudem den Vorteil, daß sie sowohl für „eingetragener Kaufmann“ als auch für „eingetragene Kauffrau“ verwendet werden kann. Insofern wird das Registergericht ihre Eintragung nicht mit der Begründung ablehnen können, sie sei mißverständlich, da nicht klar aus ihr hervorgehe, ob sie für „eingetragener Kaufmann“ oder „eingetragene Kauffrau“ stehe. Auch der Einwand der Irreführungseignung (§ 18 Abs. 2 HGB-E) kann ihr wegen der gesetzlichen Vorgabe der Abkürzung „e. K.“ regelmäßig wohl nicht entgegengehalten werden.

Soweit allgemein verständliche Abkürzungen gestattet sind, bedeutet dies, daß auch Mischformen – d. h. der Zusatz ist teils ausgeschrieben, teils abgekürzt – verwendet werden können.

Zu Absatz 1 Nr. 2 und 3

Während das geltende Recht für die oHG und KG nicht zwingend die Angabe der Gesellschaftsform, sondern nur einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz (bei der Personenfirma z. B. „& Co.“) fordert, ist hier künftig stets auf die konkrete Rechtsform hinzuweisen. Der Hinzufügung des Rechtsformzusatzes kommt bei der weitgehenden Zulassung von Sach- und Phantasiefirmen im Interesse der Informationsfunktion der Firma eine besondere Rolle zu. Um der Einheitlichkeit des Firmenbildungsrechts willen soll ein Rechtsformzusatz auch bei Namensfirmen vorgesehen werden, bei denen das Gesellschaftsverhältnis bereits aus der Firma selbst erkennbar ist.

Zugleich wird im Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß auch Abkürzungen für die Bezeichnung der Gesellschaftsform in der Firma benutzt werden können und damit auch im Handelsregister eintragungsfähig sind, was für das geltende Recht nicht ganz unumstritten ist.

Da sich bei den Personenhandelsgesellschaften schon seit langem Abkürzungen für die einzelnen Gesellschaftsformen herausgebildet haben („oHG“, „OHG“, „oH“ und „OH“ für die offene Handelsgesellschaft und „KG“ für die Kommanditgesellschaft) und auch viele Mischformen verbreitet sind, sollen – anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, auf verbreitete Anregung aus der Praxis hin – keine verbindlichen Abkürzungen oder deren Schreibweise im Gesetz vorgegeben werden (vgl. auch die entsprechenden Regelungen für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in § 4 GmbHG-E, für die Aktiengesellschaft in § 4 AktG-E und für die Kommanditgesellschaft auf Aktien in § 279 AktG-E). Im übrigen gelten für alle Abkürzungen außerdem das Gebot der allgemeinen Verständlichkeit sowie das allgemeine Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB-E.

Zu Absatz 2

Die als Absatz 2 vorgeschlagene Regelung für Personenhandelsgesellschaften ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter tritt an die Stelle von Absatz 5 des geltenden Rechts. Sie stimmt im wesentlichen mit dem geltenden Recht überein, ist auf Anregung aus der Praxis aber neu formuliert worden, um Unsicherheiten, die aus einem Meinungsstreit über die Anwendung der Vorschrift bei der Firmierung von mehrstufigen Personenhandelsgesellschaften entstanden sind, zu beseitigen.

Das geltende Recht (§ 19 Abs. 5 Satz 1 HGB) verlangt im Interesse des Gläubigerschutzes einen Hinweis auf die Haftungsbeschränkung in der Firma einer oHG oder KG, wenn keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist. Der geltende § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB sieht davon ausdrücklich eine Ausnahme vor, wenn „zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere oHG oder KG gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“. Dabei ist streitig, ob diese Ausnahme auch auf eine „mehrstöckige“ GmbH & Co. KG Anwendung findet, wenn erst auf deren dritter Ebene eine natürliche Person als persönlich haf-

tende Gesellschafterin beteiligt ist. Das Kammergericht (DNotZ 1989, S. 250) hat die Anwendbarkeit mit dem Hinweis, daß die Vorschrift als Ausnahmevorschrift eng auszulegen sei, verneint; demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht die gegenteilige Auffassung vertreten (DNotZ 1995, S. 230 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung).

Der Entwurf stellt die Regelung im Sinne der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes klar, weil sie der Intention des Gesetzgebers der GmbH-Novelle 1980 (Gesetz vom 4. Juli 1980, BGBl. I S. 836) entsprechen dürfte, mit der die Vorschrift eingeführt worden ist. Mit der neu gewählten allgemeinen Formulierung von Absatz 2 („Wenn ... keine natürliche Person persönlich haftet ...“) soll auch der Fall der mehrstufigen Gesellschaften erfaßt werden. Bei diesen muß die Haftungsbeschränkung in der Firma immer nur dann zum Ausdruck gebracht werden, wenn auf keiner der Stufen letztlich einer der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person ist. Nur für diesen Fall besteht ein überwiegendes Interesse des Geschäftsverkehrs, schon in der Firma über die Haftungsbeschränkung unterrichtet zu werden, die darin besteht, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich, sondern letztlich nur eine beschränkte Vermögensmasse haftet. Während die geltende Regelung des Satzes 2 allein auf die zweistöckige Gesellschaft zugeschnitten war, sollen mit der neuen Formulierung von vornherein alle mehrstufigen Gesellschaften erfaßt und ein Hinweis auf die Haftungsbeschränkung in der Firma ausdrücklich nur dann vorgeschrieben werden, wenn letztlich keine natürliche Person für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesellschaftsrechtlich persönlich haftet.

Da der neue Absatz 2 nur eine klarstellende Neuformulierung darstellt, kann im übrigen die zur bisherigen Fassung ergangene Rechtsprechung, insbesondere auch zur Frage, wann die Anordnung und Reihenfolge der Rechtsformzusätze in der Firma einer GmbH & Co. KG täuschend und deshalb unzulässig ist (BGH NJW 1979, 1986; Bokelmann, in Münchener Kommentar zum HGB, § 19, RNr. 56 m. w. N.), grundsätzlich auch für die Neufassung Geltung beanspruchen.

Zu Nummer 13 (§ 21 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen Firmenbildungsrecht in den §§ 18 und 19 HGB-E.

Zu Nummer 14 (§ 22 Abs. 1 HGB)

Auch hier handelt es sich um eine Folgeänderung zur Neufassung der §§ 18 und 19 HGB-E. Mit ihr wird klargestellt, daß auch nach der Neukonzeption des Firmenrechts eine Firma selbst dann unter den näher genannten Voraussetzungen fortgeführt werden kann, wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers oder eines Gesellschafters enthält.

Zu Nummer 15 (§ 24 Abs. 1 HGB)

Es handelt sich wiederum um eine Folgeänderung zur Neufassung der §§ 18 und 19 HGB-E. Mit der Er-

gänzung wird klargestellt, daß die bisherige Firma auch dann fortgeführt werden kann, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder Gesellschafter nicht mehr Inhaber oder Gesellschafter ist, selbst dann, wenn die Firma den Namen des ausscheidenden oder ausgeschiedenen Geschäftsinhabers oder Gesellschafters enthält. Insoweit wird auch künftig der Grundsatz der Firmenbeständigkeit Vorrang gegenüber dem Grundsatz der Firmenwahrheit genießen.

Zu Nummer 16 (§ 29 Halbsatz 2 HGB)

Auf die Hinterlegung der handschriftlichen Firmenzeichnung beim Registergericht soll künftig verzichtet werden. Die Zeichnung der Namensunterschrift des Einzelkaufmanns unter Angabe der Firma soll ausreichen. Entsprechende Änderungen werden auch für § 53 Abs. 2 HGB (Artikel 3 Nr. 20), § 108 Abs. 2 HGB (Artikel 3 Nr. 26) und § 148 Abs. 3 HGB (Artikel 3 Nr. 33) sowie für § 3 Abs. 4 EWIV-Ausführungsgesetz (Artikel 5 Nr. 2) vorgeschlagen.

Die im geltenden Recht vorgesehene Hinterlegung der handschriftlichen Firmenzeichnung diene ursprünglich dem Zweck, dem Geschäftsverkehr eine Echtheitsprüfung von Firmenzeichnungen zu ermöglichen. Dabei verlangt das Gesetz, daß Einzelkaufleute wie auch Prokuristen, vertretungsberechtigte Gesellschafter von oHG und KG sowie Liquidatoren jeweils die gesamte Firma handschriftlich zeichnen. Die Zeichnungen unterliegen gemeinsam mit der Unterschrift dem nach § 12 Abs. 1, § 41 BeurkG vorgeschriebenen Formerfordernis der öffentlichen Beglaubigung.

Die Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr haben sich jedoch gewandelt; allgemein werden heute keine handschriftlichen Firmenzeichnungen mehr verwendet. Die Firma wird entweder im Briefkopf aufgedruckt, maschinenschriftlich auf Dokumenten verzeichnet oder aufgestempelt. Deshalb kommt ein Vergleich mit den handschriftlichen Firmenzeichnungen, die im Handelsregister aufbewahrt werden, nicht in Betracht. Es ist deshalb auch allgemeine Meinung im Schrifttum, daß die Regelungen sinnentleert und überflüssig sind (vgl. Baumbach/Duden/Hopt, § 53 HGB Anm. 5; Heymann/Sonnenschein, HGB, Bd. 1, 1995, § 53, RNr. 9; Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 12. Aufl., § 41 BeurkG, RNr. 1 Fn. 1.). Teilweise wird unter dem geltenden Recht Abhilfe durch eine restriktive Auslegung z. B. des § 53 Abs. 2 HGB dahin gesucht, daß der Prokurist eine maschinenschriftliche Firmenbezeichnung nur handschriftlich mit seinem Namen zeichnen müsse (Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl. 1973, § 53 RNr. 8; LG Frankfurt, NJW 1973, S. 806/807; dazu Hofmann, NJW 1973, S. 1845/1846). In der Rechtsprechung hat sich diese Auffassung allerdings nicht durchgesetzt (vgl. OLG Frankfurt, BB 1974, S. 59; BayObLG, BB 1972, S. 1525/1526). Daher werden die handschriftlichen Firmenzeichnungen in der Praxis als „überflüssige Schreibübungen“ nach wie vor vorgenommen, so daß Abhilfe nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden kann.

Zu Nummer 17 (§ 34 Abs. 1 und 2 HGB)

Es handelt sich um die Bereinigung einer offensichtlich versehentlich unterbliebenen Verweisungsanpassung bei der Neufassung von § 33 HGB durch das Gesetz über die Eintragung von Handelsniederlassungen und das Verfahren in Handelsregistersachen vom 10. August 1937 (RGBl. I S. 897).

Zu Nummer 18 (§ 36 HGB)

Im Zuge der Modernisierung und Vereinfachung des Kaufmannsbegriffs soll die in § 36 HGB enthaltene handels- und registerrechtliche Privilegierung von Unternehmen der öffentlichen Hand gestrichen werden. Damit wird ein weiterer Beitrag zur Rechtsvereinfachung geleistet, indem das bereits im HGB selbst angelegte, rechtspolitisch zunehmend fragwürdiger gewordene Sonderrecht für Unternehmen der öffentlichen Hand zugunsten eines einheitlichen Kaufmannstatbestandes und einer einheitlichen Handelsregisterpflicht beseitigt wird [s. dazu auch die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1.)]. Zugleich werden auf diese Weise praktische Unsicherheiten behoben, die sich aus offensichtlich widersprüchlichen Auslegungen dieser Vorschrift ergeben. Künftig sollen daher auch diejenigen Unternehmen der öffentlichen Hand, die ein Handelsgewerbe i. S. des § 1 Abs. 2 HGB betreiben, aber bisher durch § 36 HGB von der Pflicht zur Anmeldung zum Handelsregister befreit sind, in das Handelsregister eingetragen werden müssen.

1. Regelungsinhalt des § 36 HGB

Nach § 36 Satz 1 HGB brauchen gewerbliche Unternehmen des „Reichs, eines Bundesstaates oder eines inländischen Kommunalverbandes“ nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Nach heutiger Lesart gilt dies für Unternehmen des Bundes, der Länder sowie der Landkreise, der Gemeinden und solcher Zweckverbände, an denen ausschließlich Gebietskörperschaften beteiligt sind (Lieb, in: Münchener Kommentar, § 36 HGB RNr. 3). Solche Unternehmen der öffentlichen Hand sind damit von der für Kaufleute geltenden Registerpflicht befreit. § 36 Satz 1 HGB stellt insoweit eine Ausnahme von § 33 Abs. 1 HGB dar, wonach juristische Personen, deren Eintragung mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat, vom Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind.

Allerdings räumt § 36 Satz 1 HGB diesen öffentlich-rechtlichen Unternehmen ein Recht auf Eintragung ein. Wird das Unternehmen (also fakultativ) zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, beschränkt sich aber – weitere Ausnahme – die Eintragung zwingend auf die Angabe von Firma, Sitz und Unternehmensgegenstand (§ 36 Satz 2 HGB).

Auf die materiell-rechtliche Kaufmannseigenschaft der betroffenen Unternehmen der öffentlichen Hand hat § 36 HGB nur teilweise Einfluß:

a) Betreibt das Unternehmen ein Grundhandelsgewerbe i. S. des geltenden § 1 Abs. 2 HGB, ist es kraft Gesetzes Kaufmann, ohne daß es darauf an-

käme, ob das Unternehmen in das Handelsregister eingetragen ist oder nicht; hier hat die Sondervorschrift des § 36 HGB also für die Kaufmannseigenschaft keine Bedeutung; sie befreit das Unternehmen nur von der Registerpflichtigkeit.

- b) Betreibt es dagegen ein „sonstiges Gewerbe“ i. S. des geltenden § 2 HGB, kommt Kaufmannseigenschaft nur in Betracht, wenn der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und das Unternehmen in das Handelsregister eingetragen ist. Da aber nach § 36 HGB – insoweit abweichend von §§ 2, 33 HGB – keine Registerpflicht besteht, überläßt es die Vorschrift in diesem Fall der freien Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Unternehmensträgers, ob er die Kaufmannseigenschaft kraft konstitutiver Registereintragung herbeiführt und sich damit den Regeln des Handelsrechts unterwirft oder nicht; insoweit stellt § 36 HGB daher einen eigenständigen „Kann-Kaufmann“-Tatbestand für Unternehmen der öffentlichen Hand dar (ähnlich wie § 3 HGB für die Land- und Forstwirtschaft).
- c) Nach der Konzeption dieses Gesetzentwurfs für das neue Kaufmannsrecht – mit der die herkömmliche Unterscheidung in „Grundhandelsgewerbe“ und „sonstige Gewerbe“ aufgegeben wird – würde sich die Bedeutung des § 36 HGB entsprechend ändern: Erfordert das Unternehmen – unabhängig von der Branche des Gewerbes – nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, so ist es auch ohne Registereintragung stets Kaufmann (§ 1 Abs. 2 HGB-E). Damit entfielen die Bedeutung des § 36 als „Kann-Kaufmann“-Tatbestand, da die Registereintragung künftig – anders als nach dem geltenden § 2 HGB – keine konstitutive Wirkung mehr hat. § 36 HGB stellte dann schlicht nur noch eine Ausnahme von der Registerpflichtigkeit dar.

2. Historischer Zweck des § 36 HGB

Nach den Motiven zum HGB und der h. M. sind die in § 36 HGB enthaltenen Ausnahmen vorgesehen worden, weil für eine Eintragung von Unternehmen der öffentlichen Hand in das Handelsregister „kein Bedürfnis“ bestehe, „denn für die Öffentlichkeit der Rechtsverhältnisse (sei) bei staatlichen Unternehmungen schon in anderer Weise gesorgt“ (Hahn, Band 6 der Denkschrift zum Entwurf des HGB und EGHGB, 1897, S. 223). Ausschlaggebend für diese Privilegierung von Unternehmen der öffentlichen Hand war die Überlegung, daß für den Geschäftsverkehr keine Einsichtnahme des Handelsregisters notwendig sei, um sich über die Rechtsverhältnisse dieser Unternehmen zu informieren, sondern daß diese Informationen durch anderweitige amtliche Bekanntmachung, z. B. der Satzung, in den Gesetzes- oder Amtsblättern und durch öffentliche Aushänge in den Geschäftsstellen der Öffentlichkeit zugänglich seien.

3. Umstrittener Anwendungsbereich des § 36 HGB

Über den Anwendungsbereich des § 36 HGB herrscht in der Rechtsliteratur – Rechtsprechung hier-

zu gibt es so gut wie keine – und in der Praxis offenbar eine erhebliche Unsicherheit bzw. Uneinheitlichkeit der Auffassungen. Dies haben insbesondere auch die Reaktionen der betroffenen Verbände auf die Überlegungen zur Streichung der Vorschrift im Zusammenhang mit der Erörterung des Referentenentwurfs deutlich gezeigt.

- Seinem Wortlaut nach erfaßt § 36 HGB nur Unternehmen, die von den genannten öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften in eigener Person betrieben werden, also vor allem die – rechtlich selbstständigen – wirtschaftlichen Eigenbetriebe oder Regiebetriebe, wie etwa kommunale Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, soweit diese ein Gewerbe betreiben. Davon geht grundsätzlich auch die einschlägige Kommentarliteratur aus.
- Unstreitig ist weiter, daß § 36 HGB nicht gilt für solche Unternehmen der öffentlichen Hand, die in der Form von juristischen Personen des Privatrechts, also namentlich als Kapitalgesellschaften (praktisch wohl vor allem als AG oder GmbH) organisiert sind, selbst bei 100%iger Beteiligung der öffentlichen Hand. Für diese gelten vielmehr die allgemeinen Regeln.
- Unsicherheit herrscht hingegen offensichtlich in der Behandlung solcher Unternehmen, die in der Form einer selbständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts (als Anstalt oder Körperschaft) organisiert sind: Die Kommentarliteratur differenziert einhellig nicht danach, ob die Unternehmen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind, sondern stellt nur darauf ab, ob sie rechtlich selbständige juristische Personen sind oder nicht. Auf die Zuordnung der jeweiligen Organisationsform zum öffentlichen Recht oder zum privaten Recht soll es erst gar nicht ankommen, so daß immer dann, wenn rechtliche Selbständigkeit des Unternehmens vorliegt, die Privilegierung des § 36 HGB nicht eingreift (statt aller: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 36 RNr. 1; Heymann/Emmerich, § 36 HGB RNr. 3; Staub/Hüffer, § 36 HGB RNr. 6; Lieb, in: Münchener Kommentar, § 36 HGB RNr. 4). Eine Befreiung von der – nach § 33 HGB grundsätzlich gegebenen – Registerpflichtigkeit kommt bei selbständigen Anstalten, Körperschaften usw. daher nur auf Grund besonderer (bundes-) gesetzlicher Bestimmung in Betracht.

Als Ausnahme werden lediglich die kommunalen Sparkassen erwähnt, die nach einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1941 (RGZ 166, 337 ff.) trotz ihrer Organisation als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten ebenfalls von der Eintragungspflicht gemäß § 36 HGB befreit sein sollen, weil sie mit der Gebietskörperschaft „besonders eng verbunden“ seien; diese Ausnahme wird aber in der Kommentarliteratur durchweg als nicht verallgemeinerungsfähig angesehen (z. B. Staub/Hüffer, § 36 HGB, RNr. 8) und nach neuerer Ansicht sogar ausdrücklich bestritten (Lieb, in: Münchener Kommentar, § 36 HGB RNr. 5).

Für die Deutung, daß die rechtliche Selbständigkeit des Unternehmens – gleich, ob öffentlich-

rechtlich oder privatrechtlich – zur Unanwendbarkeit des § 36 HGB führt, spricht, daß die nach Bundesrecht gegründeten staatlichen Banken – die wohl Ist-Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB besitzen – ausdrücklich in den zugrunde liegenden Gesetzen von der Handelsregisterpflicht ausgenommen worden sind: In § 29 Abs. 3 des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank, § 11 Abs. 2 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau, § 14 Abs. 4 des Gesetzes über die Deutsche Ausgleichsbank, § 11 Abs. 1 des Gesetzes über die Deutsche Genossenschaftsbank, § 12 Abs. 1 des Gesetzes über die Landwirtschaftliche Rentenbank und § 15 des Gesetzes über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank ist jeweils ausdrücklich bestimmt, daß „die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Eintragungen in das Handelsregister“ auf diese Unternehmen „nicht anzuwenden sind“. Für diese rechtlich selbständigen Unternehmen (Körperschaften, Anstalten des öffentlichen Rechts) des Bundes ist § 36 HGB deshalb ohne Bedeutung, so daß auch die Aufhebung der Vorschrift allein keinen unmittelbaren Einfluß auf deren Rechtsstellung hat. Für andere große Unternehmen des Bundes (Bahn, Post) hat sich jedenfalls das Problem der Handelsregistereintragung ohnehin mit der Bahn- und Postreform (Umwandlung in Aktiengesellschaften) erledigt.

Die Befragung der beteiligten Kreise im Rahmen der Anhörung zu diesem Gesetzentwurf hat dagegen ergeben, daß – entgegen der „Kommentarlage“ – nicht nur Eigenbetriebe und kommunale Sparkassen – bis auf wenige freiwillige Ausnahmen (z. B. OLG Hamm, OLGZ 1981, 2 ff.) – nicht in das Handelsregister eingetragen sind, sondern § 36 HGB darüber hinaus in den Ländern auch dazu herangezogen wird, andere öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, auch wenn sie rechtlich selbständig sind, – gestützt auf die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts zu den Sparkassen – als von der Registereintragung befreit anzusehen. Dies ist offenbar durchgängige Praxis und gilt namentlich für die Landesbanken, die Landesgirozentralen und – nach Auffassung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes und des Verbandes öffentlicher Banken – für „die Mehrheit der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute“ in den Ländern.

4. Gründe für die Aufhebung des § 36 HGB

Vor diesem Hintergrund soll § 36 HGB nicht länger aufrecht erhalten werden. Die vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband, vom Verband öffentlicher Banken, vom Verband kommunaler Unternehmen und vom Deutschen Städte- und Gemeindebund, die der Streichung einhellig entgegengetreten sind, angeführten Argumente hält die Bundesregierung nicht für überzeugend. Sie befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Mehrheit der Landesjustizverwaltungen, die aus der Sicht der gerichtlichen Praxis ebenfalls eine Streichung des § 36 HGB befürworten oder erklärt haben, ihr jedenfalls nicht entgegenzutreten zu wollen.

a) Wenn der Aufhebung des § 36 HGB entgegengehalten wird, im Bereich der Unternehmen der öffentlichen Hand bestehe auch heute nach wie vor kein praktisches Bedürfnis für eine Handelsregisterpublizität, weil die mit dem Handelsregister zu erfüllenden Publizitäts- und Kontrollfunktionen anderweitig gewährleistet seien, so trifft dies nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu.

Es ist zwar richtig, daß Landesbanken und Sparkassen ihre Grundlagen regelmäßig in Gesetzen und Satzungen haben, die im jeweiligen Staatsanzeiger oder den Gesetz- und Verordnungsblättern der Länder oder im Amtsblatt der jeweiligen Gebietskörperschaft veröffentlicht und daher grundsätzlich für jedermann zugänglich sind; ähnliches mag für gewerbliche wirtschaftliche Eigenbetriebe gelten, soweit deren Betriebssatzung auf gleiche Weise veröffentlicht ist. Dies macht aber eine Handelsregisterpublizität nicht überflüssig.

Denn eine Handelsregisterpublizität ist insoweit sinnvoll, als damit den interessierten Kreisen die Möglichkeit eröffnet wird, sich auch über die Rechts- und Vertretungsverhältnisse von Unternehmen der öffentlichen Hand durch Registereinsicht schnell und einfach zu informieren, anstatt auf das Studium der einschlägigen Gesetzes- und Amtsblätter angewiesen zu sein. Durch die Publizität des Handelsregisters werden die Rechtsverhältnisse in bezug auf diese Unternehmen, z. B. Kapitalausstattung, vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder und die Erteilung von Procura, für den Rechtsverkehr einfacher und deutlicher erkennbar als bisher. Besonderer Vorkenntnisse über die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des jeweiligen Unternehmens, die einen Interessierten vom Blick ins Handelsregister abhalten und auf die einschlägigen amtlichen Bekanntmachungen in Gesetzes- der Amtsblättern lenken müßten, bedarf es dann nicht mehr.

Des weiteren würde die Eintragung dieser Unternehmen auch einen nicht unwesentlichen Beitrag dazu leisten, das Handelsregister zu dem zentralen und einheitlichen Publizitäts- und Informationsinstrument zu machen, das über alle kaufmännischen Betriebe und ihre vertretungsbefugten Organe und Personen unabhängig von ihrer jeweiligen Organisationsform Auskunft gibt. Im geltenden Publizitätsrecht ist dies schon insoweit angelegt, als auch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute wie z. B. die kommunalen Sparkassen nach § 340 I HGB ihre Jahresabschlüsse usw. zum Handelsregister des Gerichts ihres Sitzes einreichen müssen. Das gilt auch dann, wenn sie – wie offenbar in den allermeisten Fällen – in das betreffende Handelsregister gar nicht eingetragen sind und das zuständige Registergericht deshalb über gar keine weiteren Unterlagen verfügt, was zumindest aus der Sicht der registergerichtlichen Praxis unbefriedigend ist.

b) Außerdem trägt die Aufhebung des § 36 HGB dazu bei, im Zuge der mit diesem Gesetzentwurf verfolgten Modernisierung und Vereinfachung des

Kaufmannsbegriffs das geltende Recht zu vereinfachen, indem das Sonderrecht für Unternehmen der öffentlichen Hand zugunsten eines einheitlichen Kaufmannstatbestandes und einer einheitlichen Handelsregisterpflicht beseitigt wird. Hinzu tritt weiter, daß die Privilegierung der gewerblichen Unternehmen der öffentlichen Hand in § 36 HGB aus ordnungspolitischen Erwägungen heute nicht mehr zeitgemäß und rechtspolitisch fragwürdig ist. Allein der historische Zweck, daß die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Unternehmen anderweitig als durch Registerpublizität transparent sind, legitimiert – wie zuvor dargestellt – eine registerrechtliche Privilegierung der öffentlichen Hand heute nicht mehr. Vielmehr sollte die öffentliche Hand, wenn sie sich gewerblich betätigt und am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, grundsätzlich denselben Pflichten unterliegen wie jedes andere Rechtssubjekt, mit dem sie im Wettbewerb steht.

- c) Schließlich hält die Bundesregierung auch den Einwand, daß mit einer Handelsregisterpflicht die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute und die Gemeinden einem unnötigen Verwaltungs- und Kostenaufwand ausgesetzt und die Justiz mit einer zusätzlichen Bürokratie belastet würde, nicht für überzeugend. Die Landesjustizverwaltungen haben jedenfalls nennenswerte zusätzliche Belastungen der Registergerichte insoweit nicht geltend gemacht.

Die Kostenbelastung der öffentlichen Hand durch die Anmeldung zum Handelsregister hält die Bundesregierung für zumutbar. Sie wird gemindert durch bereits im geltenden Recht vorhandene Kostenbefreiungstatbestände und wird durch die vom Entwurf vorgesehene Übergangsregelung (Artikel 4 Nr. 3 des Gesetzes – Artikel 38 Abs. 3 EGHGB) weiter gesenkt:

Soweit § 36 HGB Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit erfaßt, ist die Gebietskörperschaft als Trägerin des Unternehmens anmeldepflichtig und daher auch Schuldnerin der entstehenden Gerichtskosten (§ 2 Nr. 1 KostO). Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 KostO sind der Bund und die Länder von der Zahlung der Kosten befreit, hätten also keine Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) für die Eintragung ihrer unselbständigen Eigenbetriebe in das Handelsregister zu tragen. Das gleiche gilt von den öffentlichen Anstalten und Kassen, soweit sie nach den Haushaltsplänen des Bundes und der Länder verwaltet werden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 KostO).

Gemeinden und Gemeindeverbände genießen nach Bundesrecht keine Kostenbefreiung, doch sehen in den meisten Bundesländern landesrechtliche Vorschriften entsprechend § 11 Abs. 2 Satz 2 KostO eine Befreiung von Gebühren für Gemeinden und Gemeindeverbände vor; Auslagen – also insbesondere die Kosten für die öffentlichen Bekanntmachungen der Registereintragungen – sind allerdings zu zahlen. Die Befreiung gilt jedoch regelmäßig nicht, wenn ein wirtschaftliches Unternehmen betroffen ist. Soweit Gemeinden und Ge-

meindeverbände ihre gewerblichen Unternehmen zur Eintragung ins Handelsregister anmelden, sind daher Gerichtskosten zu zahlen, falls die Länder hier nicht im Rahmen ihrer Zuständigkeit den Kommunen weitergehende Kostenfreiheit einräumen werden.

Was die Höhe der Kosten anbelangt, so trifft es nicht zu, daß – wie der Verband Kommunaler Unternehmen und der Deutsche Städte- und Gemeindebund befürchten – für die Gemeinden erhebliche Kosten- und Gebührenlasten insbesondere bei der erstmaligen Eintragung von kommunalen Versorgungsbetrieben entstünden, weil diese mit hohem Betriebsvermögen ausgestattet seien, deren Einheitswerte wegen des zum Teil hohen Eigenkapitalanteils sehr hoch seien. Denn seit der Neufassung der das Handelsregister betreffenden Vorschriften der KostO durch das am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Änderung des Rechtspflegeanpassungsgesetzes vom 20. Dezember 1996 (BGBl. I S. 2090) richtet sich der Geschäftswert nicht mehr nach dem letzten Betriebseinheitswert, sondern ist ersetzt worden durch eine standardisierte Anknüpfung an einen Geschäftswert von 50 000 DM für die Ersteintragung von Unternehmen nach § 36 HGB (§ 26 Abs. 3 Nr. 1 KostO) und von 100 000 DM für juristische Personen nach § 33 HGB (§ 26 Abs. 3 Nr. 3 KostO) sowie von 50 000 DM bei späteren Anmeldungen (§ 26 Abs. 4 Nr. 4 KostO). Daraus ergibt sich eine Gerichtsgebühr von 160 bzw. 260 DM.

Hinzutreten die Auslagen für die Bekanntmachung der Eintragungen im Bundesanzeiger und in den anderen Bekanntmachungsblättern, deren Höhe sich nach dem Umfang der Veröffentlichungen richtet. Hier kommt eine bundesrechtliche Kostenbefreiung aber nicht in Betracht, da die Kosten sonst von der Justiz getragen werden müßten.

Was schließlich die Notarkosten anbelangt, so ist festzustellen, daß die nach § 12 HGB grundsätzlich erforderliche öffentlich beglaubigte Form dann entbehrlich ist, wenn die Anmeldung in einer öffentlichen Urkunde eingereicht wird, die von einer juristischen Person als Behörde ausgestellt worden ist (BGHZ 45, 362/365; BayObLGZ 1975, 227 = DNotZ 1976, 120; a. A. Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, § 36 HGB, Anm. 4 u. § 12 HGB, Anm. 4). Dadurch dürften Notarkosten bei Unternehmen der öffentlichen Hand schon in vielen Fällen vermeidbar sein.

Insgesamt dürften diese Kosten für ein gewerbliches Unternehmen der öffentlichen Hand wohl zumutbar sein. Eine generelle, über das geltende Recht hinausgehende Kostenbefreiung der Unternehmen der öffentlichen Hand durch Bundesrecht kommt deshalb nicht in Betracht. Der Entwurf sieht aber in seinem Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 38 Abs. 3 EGHGB) als Übergangsvorschrift eine Gebührenbefreiung vor für die erste Eintragung eines Unternehmens, das auf Grund des § 36 HGB bisher nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden brauchte.

Zu Nummer 19 (§ 37 a HGB)

Damit im Geschäftsverkehr keine Mißverständnisse über die Stellung des Einzelkaufmanns auftauchen, die durch die Zulässigkeit von Sach- und Phantasiefirmen entstehen könnten, wird die Angabe der Firma einschließlich des Zusatzes über die Kaufmannseigenschaft nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E, des Ortes seiner Handelsniederlassung, des Registergerichts und der Handelsregisternummer auf den Geschäftsbriefen für den Einzelkaufmann verpflichtend. Diese Verpflichtung stellt damit einen Ausgleich zur Vereinfachung des Firmenrechts für den Einzelkaufmann dar, der durch die Sicherheit des Geschäftsverkehrs geboten ist.

Im geltenden Recht sind entsprechende Angaben auf den Geschäftsbriefen für Kapitalgesellschaften ohnehin schon vorgesehen (§ 35 a GmbHG, § 80 AktG; auch bei Genossenschaften, vgl. § 25 a GenG). In § 125 a HGB sind derartige Angaben auf Geschäftsbriefen auch für solche Personenhandelsgesellschaften vorgeschrieben, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist; diese Vorschrift soll ebenfalls auf alle Personenhandelsgesellschaften ausgeweitet werden, s. Artikel 3 Nr. 28. Im Interesse der Einheitlichkeit und zur Flankierung der weitreichenden Wahlmöglichkeiten bei der Firmenbildung soll diese Pflicht daher auch auf den Einzelkaufmann ausgedehnt werden.

Anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, soll § 37 a Abs. 1 HGB-E den Kaufmann aber nicht zur Angabe seines Familien- und Vornamens auf den Geschäftsbriefen verpflichten. Diese Maßnahme war als Ausgleich auch und gerade dafür vorgesehen, daß nach der Konzeption des Referentenentwurfs für die Firma des Einzelkaufmanns kein „Rechtsform“-Zusatz vorgeschrieben und die Firma daher nicht ohne weiteres als die eines Einzelkaufmanns erkennbar war. Da aber nunmehr auch insoweit ein Gleichklang der Firmierung von Einzelkaufleuten mit der von Handelsgesellschaften vorgesehen ist, besteht kein Grund mehr, Einzelkaufleute zur Namensangabe zu verpflichten, natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter einer oHG oder KG dagegen nicht. Anders als bei den Kapitalgesellschaften, bei denen die Angabe der Personennamen der Geschäftsführer bzw. Vorstände vorgeschrieben ist, hat sich in der Praxis bislang ein Bedürfnis dafür, stets die Namen der (vertretungsberechtigten) persönlich haftenden Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften anzugeben, nicht erwiesen; das geltende Recht verlangt bei Personenhandelsgesellschaften vergleichbare Namensangaben nur, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern keine natürliche Person gehört (§ 125 a Abs. 1 Satz 2, 3 HGB; daran soll sich auch mit der Neufassung von § 125 a Abs. 1 HGB durch Artikel 3 Nr. 28 nichts ändern). Dann dürfte aber aus handelsrechtlichen Gründen ein Bedürfnis für eine solche Angabe des Namens des Einzelkaufmanns ebensowenig bestehen, zumal auf Grund der jetzt in § 37 a Abs. 1 wie in § 125 a Abs. 1 HGB-E einheitlich vorgesehenen Angabe des Registergerichts und der Registernummer die betreffenden natürlichen Personen ohne weiteren Aufwand ermittelt werden können. Gewerbetreibende,

für die keine Firma im Handelsregister eingetragen ist, sind ohnehin schon nach geltendem Gewerbe-recht (§ 15 b Gewerbeordnung) verpflichtet, auf Geschäftsbriefen ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzugeben.

Soweit die Angabe des Zusatzes über die Kaufmannseigenschaft verlangt wird, ist diese Anforderung erfüllt, wenn sich dieser, wie in § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E vorgeschrieben, bereits aus der Firma ergibt. Dabei wird man allerdings im Interesse der Klarheit und Verständlichkeit verlangen müssen, daß der Zusatz dann in der Angabe der Firma auf dem Geschäftsbrief nicht abgekürzt ist, soweit die Abkürzungen für den Zusatz über die Kaufmannseigenschaft (noch) nicht allgemein bekannt sind; anderenfalls wird er wohl als zusätzliche Angabe auf dem Geschäftsbrief auszuschreiben sein (vgl. zur entsprechenden Rechtslage bei § 80 AktG und § 35 a GmbHG: Hefermehl, in: Kommentar zum AktG, § 80, RNr. 4: „AG“ als Abkürzung nicht zulässig; Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 a, RNr. 7: Abkürzung „GmbH“ zulässig). Diese Frage kann letztlich der Entwicklung der Praxis, insbesondere der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Die Einschränkungen der Absätze 2 und 3 entsprechen dem geltenden Recht über vergleichbare Geschäftsbriefangaben (s. § 125 a Abs. 2 HGB, § 35 a Abs. 2 und 3 GmbHG, § 80 Abs. 2 und 3 AktG). Im übrigen ist der Begriff „Geschäftsbrief“, wie schon im geltenden Recht, weit auszulegen. Erfaßt werden neben Rechnungen und Quittungen auch Telegramme und Fernschreiben, Telebrief und Telefax, aber auch Mitteilungen per E-mail im Internet, wenn die Mitteilung an eine bestimmte Person gerichtet ist. Eine eigene Begriffsbestimmung im Hinblick auf den Einsatz der modernen Kommunikationstechnologien (Telefax, E-Mail usw.) ist nicht erforderlich, weil sich bereits zu § 125 a HGB, § 35 a GmbHG und § 80 AktG die Auffassung herausgebildet hat, daß die Art der Übermittlung auf die Eigenschaft als „Geschäftsbrief“ im Sinne dieser Vorschriften keinen Einfluß hat (s. nur Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 125 a, RNr. 2: bejahend für Telefax; Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 35 a, RNr. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl., § 35 a RNr. 2: bejahend für Fernschreiben und Telekopien; Scholz/Schneider, GmbHG, Band I, 8. Aufl., § 35 a, RNr. 3: Original muß übermittelt werden, daher verneinend für Fernschreiben, bejahend für Telebrief oder Telefax).

Nach Absatz 4 soll zur Durchsetzung der Verpflichtungen des Absatzes 1 das Zwangsgeldverfahren entsprechend § 14 HGB eingreifen.

Zu Nummer 20 (§ 53 Abs. 2 HGB)

Auch der Prokurist wird von der Pflicht zur Zeichnung der Firma befreit; die Zeichnung seiner Namensunterschrift unter Angabe der Firma ist ausreichend. Auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 16 (§ 29 HGB) wird verwiesen.

Zu Nummer 21 (§ 84 Abs. 4 HGB)

Die Wirkungen des mit der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs verbundenen Wegfalls der Rechtsfigur

des „Minderkaufmanns“ sollen für den Bereich des Handelsvertreterrechts relativiert werden.

Im geltenden Recht sind Handelsvertreter stets Kaufleute nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB, gegebenenfalls „Minderkaufleute“ unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 HGB. Ausgehend allein von der Neudefinition des Kaufmannsbegriffs in § 1 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 1) wäre ein Handelsvertreter dagegen nur dann Kaufmann, wenn sein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder er auf Grund des neuen § 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 2) als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Da der Kaufmannsbegriff grundsätzlich den Anwendungsbereich des HGB vorgibt, wäre damit die Anwendung der Vorschriften des Siebenten Abschnitts des Ersten Buches des HGB für andere Personen als Kaufleute zweifelhaft. Dies wäre aber nicht angemessen. Denn die Vorschriften des Siebenten Abschnitts des Ersten Buches des HGB über Handelsvertreter enthalten unabdingbare Schutzbestimmungen zugunsten des Handelsvertreters, die unabhängig davon gelten müssen, ob der Betrieb des Vertreters einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht. Jedenfalls würde die soziale Schutzwirkung dieser Vorschriften (z.B. über den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB) geradezu konterkariert, wenn gerade die besonders schutzbedürftigen Kleinbetriebe von ihrer Anwendung ausgeschlossen blieben. Außerdem verpflichtet schon die EU-Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter zur Anwendung der dort vorgesehenen Schutzbestimmungen grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes. Deshalb soll mit dem hier vorgeschlagenen neuen § 84 Abs. 4 HGB die Anwendung auch auf „minderkaufmännische“ Handelsvertreter sichergestellt werden [vgl. dazu auch die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1. f) cc)].

Zu Nummer 22, (§ 90 a HGB)

Das geltende Recht sieht in § 90 a HGB für Wettbewerbsabreden im Fall der Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Vertragspartners für den Unternehmer und den Handelsvertreter unterschiedliche Rechtsfolgen vor: Kündigt der Handelsvertreter aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Unternehmers, hat er das Recht, sich binnen Monatsfrist von der Wettbewerbsabrede loszusagen; zugleich verliert er damit seinen Entschädigungsanspruch (Absatz 3). Kündigt dagegen der Unternehmer aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so bleibt die Wettbewerbsbeschränkung bestehen, jedoch verliert der Handelsvertreter seinen Entschädigungsanspruch (Absatz 2 Satz 2).

Die hier vorgeschlagene Änderung dieser Rechtslage trägt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Februar 1990 (BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469) Rechnung. Das Bundesverfassungsge-

richt hat darin den generellen Ausschluß des Entschädigungsanspruchs in § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB jedenfalls nach der bis zum 31. Dezember 1989 geltenden Rechtslage für unvereinbar mit Artikel 12 Abs. 1 GG erklärt. Aus den im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 5. aufgeführten Gründen soll eine Neuregelung der nachvertraglichen Wettbewerbsabrede gleichermaßen für vor dem 1. Januar 1990 wie auch für seit diesem Zeitpunkt begründete Handelsvertretervertragsverhältnisse getroffen werden.

Der Entwurf greift hierzu eine der in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufgezeigten drei Lösungsmöglichkeiten auf. Danach besteht eine mögliche Alternative zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit von § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB darin, die bisherige für den Fall der fristlosen Kündigung des Handelsvertreters (wegen schuldhaften Verhaltens des Unternehmers) bestehende Ausnahmeregelung in § 90 a Abs. 3 HGB auf den spiegelbildlichen Fall der Kündigung des Unternehmers (wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters) auszudehnen.

Im Ergebnis wird mit dieser Neufassung des Absatzes 3 und der Aufhebung von Absatz 2 Satz 2 auch dem Unternehmer ein Lossagungsrecht von der Wettbewerbsabrede eingeräumt, wie es dem Handelsvertreter in vergleichbarer Lage zusteht: Der Unternehmer kann sich somit durch die Lossagung von der Wettbewerbsabrede von der Zahlung einer Wettbewerbsentschädigung befreien, ermöglicht allerdings in diesem Fall dem Handelsvertreter die Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit; wahlweise kann er aber auch an der getroffenen Wettbewerbsabrede festhalten und damit eine Konkurrenztaetigkeit des Handelsvertreters verhindern. Im letzteren Fall bleibt der Unternehmer zwar dem Grunde nach zur Zahlung der Wettbewerbsentschädigung nach § 90 a Abs. 1 Satz 3 HGB verpflichtet. Da nach dieser Bestimmung aber nur Anspruch auf eine angemessene Entschädigung besteht, ist das Verhalten des Handelsvertreters, das zur fristlosen Kündigung Anlaß gegeben hat, unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit bei der Bemessung der Höhe des Entschädigungsbetrages mit zu berücksichtigen. Nach den Umständen des Einzelfalles kann eine Minderung des bei normaler Vertragsbeendigung üblichen Entschädigungsbetrages gerechtfertigt sein [s. dazu und zu der gegen diesen Vorschlag vorgebrachten Kritik von Unternehmerseite auch die Ausführungen unter I. B. 5. b) im Allgemeinen Teil der Begründung].

Damit wird zum einen dem spezifischen Schutzbedürfnis des Unternehmers, für den die Wettbewerbsabrede von erheblicher Bedeutung sein kann, Rechnung getragen. Zum anderen wirkt diese mögliche Anspruchsminderung zusätzlich einem etwaigen Anreiz für den Handelsvertreter entgegen, eine fristlose Kündigung gezielt zu provozieren. Ein solcher Anreiz ist praktisch auch deshalb ausgeschlossen, weil der Handelsvertreter bei schuldhafter Vertragsverletzung Gefahr läuft, sowohl seinen Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB zu verlieren als auch Schadensersatz nach § 89 a Abs. 2 HGB leisten zu müssen.

Die im Entwurf aufgegriffene Regelung, nach der dem Unternehmer und dem Handelsvertreter in Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhaften Verhaltens des anderen Vertragspartners jeweils entsprechende Rechte zustehen, ist von den vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten drei Lösungswegen (s. C. III. 2 b letzter Absatz des Beschlusses) am ehesten geeignet, sowohl dem berechtigten Verlangen beider Vertragspartner als auch den Erfordernissen der Rechtssicherheit und -klarheit Rechnung zu tragen.

Dagegen erscheint die ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht erwogene Lösung, die zwischen bestimmten Fallgestaltungen oder bestimmten Gruppen von Handelsvertretern differenziert, problematisch, da eine sachgerechte, den jeweiligen Tatbeständen entsprechende Abgrenzung kaum möglich ist. Dies gilt auch für die vom Bundesverfassungsgericht angeführte weitere Möglichkeit, den Anspruch auf Karenzentschädigung sachbezogen zu beschränken. Im übrigen ist gerade dieser Weg der sachbezogenen Beschränkung des Anspruchs auf Karenzentschädigung in der hier gewählten Lösung insofern mit eingeschlossen, als im Rahmen der Bemessung der „angemessenen Entschädigung“ nach § 90 a Abs. 1 Satz 3 HGB – wie oben erwähnt – die Tatsache zugunsten des Unternehmers zu berücksichtigen ist, daß das Vertragsverhältnis wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters fristlos beendet werden mußte.

Zu Nummer 23 (§ 93 Abs. 3 HGB)

Die Vorschriften des Achten Abschnittes des Ersten Buches des HGB über Handelsmakler sollen, wie im geltenden Recht, unabhängig davon Anwendung finden, ob das Unternehmen des Handelsmaklers (im geltenden Recht „Mußkaufmann“ nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB) nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht. Dies soll mit dem neuen § 93 Abs. 3 HGB angesichts der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs sichergestellt werden [vgl. dazu auch die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1. f) cc) sowie die Begründung zu Artikel 3 Nr. 21].

Hinsichtlich der Rechtsstellung von Zivilmaklern, insbesondere von Immobilienmaklern, tritt insoweit keine Änderung ein. Diese sind zwar künftig auf Grund des neuen § 1 Abs. 2 HGB-E in jedem Fall Kaufleute, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert; es kommt also generell bei der gewerblichen Maklertätigkeit für die Begründung der Kaufmannseigenschaft künftig nicht mehr darauf an, ob die in § 93 Abs. 1 HGB genannten Handelsgeschäfte Gegenstand der Vermittlungstätigkeit sind (es sich dann nach geltendem Recht bei dem Makler um einen „Mußkaufmann“ nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB handelt) oder nicht (dann allenfalls „Sollkaufmann“ nach § 2 HGB). Mit dieser Neuregelung ist jedoch eine Änderung des Geltungsbereichs der Vorschriften über den Handelsmakler nicht verbunden, da am geltenden § 93 Abs. 2 HGB festgehalten wird. Danach gelten die besonderen Bestim-

mungen über den Handelsmakler (§§ 93 bis 104 HGB) seit jeher insbesondere nicht für die gewerbliche Vermittlung von Immobiliengeschäften. Eine Änderung dieser Rechtslage sollte, wenn sie überhaupt angestrebt wird, sinnvollerweise einer Reform des gesamten (Zivil-)Maklerrechts vorbehalten bleiben.

Zu Nummer 24 (§ 105 HGB)

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird u. a. das Ziel verfolgt, im Zusammenhang mit der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs und der Abschaffung des „Minderkaufmanns“ auch solchen Gewerbetreibenden, deren Unternehmen nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, den Zugang zur Rechtsform der Personenhandelsgesellschaften zu eröffnen. Außerdem sollen die mannigfachen Formen der Vermögensverwaltungsgesellschaften, bei denen die Gewerbeeigenschaft und damit die Rechtsnatur als Personenhandelsgesellschaft zweifelhaft sein kann, handels- und registerrechtlich abgesichert werden [vgl. die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 3. a), b)].

Dazu reicht es allerdings nicht aus, das bisherige Verbot, Kleingewerbe in der Form der oHG oder KG zu betreiben (§ 4 Abs. 2 HGB), aufzuheben und anzupordern, daß es für die Gründung einer oHG oder KG – abweichend vom neuen § 1 Abs. 2 HGB-E ausreichen soll, daß überhaupt ein Gewerbe oder wenigstens die Verwaltung eigenen Vermögens betrieben wird. Denn damit entfielen zwar das entscheidende Hindernis für Kleingewerbetreibende, Personenhandelsgesellschaften mit „minderkaufmännischem“ Geschäftsbetrieb bzw. mit ausnahmsweise nicht streng gewerblichem Vermögensverwaltungszweck zu gründen. Es würden aber zugleich alle ein Gewerbe betreibenden Gesellschaften, die bislang als BGB-Gesellschaft gelten, auf Grund eines dann automatisch erfolgenden identitätswahrenden Rechtsformwandels zur oHG oder KG. Dies ist allerdings nicht beabsichtigt, denn die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende und Vermögensverwaltungsgesellschaften soll eine Option sein, keinesfalls sollen solche Vereinigungen in diese Rechtsform gezwungen werden. Um einen von den Beteiligten nicht gewollten automatischen Rechtsformwandel zu verhindern, wird deshalb im neuen § 105 Abs. 2 HGB-E nicht nur angeordnet, daß eine oHG vom Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs freigestellt ist und auch nur die Verwaltung eigenen Vermögens zum Gegenstand haben kann, sondern zugleich bestimmt, daß eine oHG in diesen Fällen nur dann entsteht, wenn die Eintragung der Firma in das Handelsregister konstitutiv hinzutritt. Insoweit ist die Regelung daher identisch mit dem neuen § 2 HGB für einzelne Kleingewerbetreibende. In diesem Zusammenhang werden auch § 123 Abs. 2 HGB hinsichtlich des Wirksamwerdens einer oHG und § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB hinsichtlich der Haftung der Kommanditisten vor Eintragung einer KG angepaßt (vgl. Artikel 3 Nr. 27, 35).

Mit der Gewährung des Anspruchs eines kleingewerbetreibenden Unternehmens auf Eintragung als

Personenhandelsgesellschaft ist – solange die Eintragungsvoraussetzungen im übrigen fortbestehen – zugleich das Recht zum dauerhaften Verbleib in dieser Rechtsform verbunden. Das bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Erwähnung. Dies gilt auch für diejenigen Personenhandelsgesellschaften, die bei Eintragung die Voraussetzung des in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbetriebes erfüllt hatten und erst danach diese Schwelle unterschritten haben. Bei nachträglichem Unterschreiten der Schwelle des § 1 Abs. 2 HGB-E fallen diese Gesellschaften nicht etwa automatisch der Amtslöschung anheim, wie dies im geltenden Recht beim „Rückfall“ auf einen „minderkaufmännischen“ Geschäftsbetrieb der Fall wäre. Vielmehr haben sie in entsprechender Anwendung des § 105 Abs. 2 HGB-E die Möglichkeit, einer Amtslöschung zu widersprechen und „freiwillig“ – mit allen Konsequenzen einer Personenhandelsgesellschaft – im Handelsregister zu verbleiben. Das bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung.

Andererseits soll für die kleingewerbetreibende Personenhandelsgesellschaft – nicht anders als für den kleingewerbetreibenden „freiwilligen Einzelkaufmann“ nach dem neuen § 2 HGB-E – die Möglichkeit bestehen, die Löschung im Register selbst zu beantragen und damit nicht nur den Verlust der Kaufmannseigenschaft (§ 6 Abs. 1 HGB), sondern zugleich auch eine Umwandlung kraft Gesetzes in die Rechtsform der BGB-Gesellschaft herbeizuführen. Nach ihrer Löschung verliert die Gesamthand die gesetzliche Verselbständigung und fällt ohne weiteres auf die Stufe der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurück. Diese Rechtsfolge soll mit der Verweisung auf den neuen § 2 Satz 2 und 3 HGB-E klargestellt werden.

Änderungen von Vorschriften außerhalb des HGB, die an die Eintragung des Kaufmanns im Handelsregister anknüpfen (z. B. § 53 Abs. 1 Nr. 1 BörsG), sind für die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende nicht erforderlich. Zum einen ist nach der hier vorgeschlagenen Konzeption die Eintragung rechtsbegründend. Zum anderen sind Personenhandelsgesellschaften nach § 6 Abs. 1 HGB stets Kaufleute. Demzufolge sind nach der Neuregelung – ohne daß es weiterer Änderungen bedarf – sämtliche Vorschriften, die bisher nur auf Vollkaufleute anwendbar sind, selbst dann einschlägig, wenn der Gewerbebetrieb der Gesellschaft keinen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Der neue § 105 Abs. 2 HGB-E findet auf Grund der Verweisung in § 161 Abs. 2 HGB auch auf Kommanditgesellschaften Anwendung, weshalb es dort keiner Sonderregelungen bedarf.

Zu Nummer 25 (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB)

Mit dem Entwurf soll auch die Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, künftig das Geburtsdatum der in das Handelsregister einzutragenden Personen als Identifikationsmerkmal dieser Personen in das Handelsregister einzutragen, umgesetzt werden, s. dazu

näher die Ausführungen in der Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c (§ 125 Abs. 3 Satz 2 FGG-E). Für die Gesellschafter einer oHG wird deshalb mit der hier vorgeschlagenen Änderung des § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB vorgeschrieben, daß die Anmeldung zum Handelsregister neben Name, Vorname und Wohnort künftig auch das Geburtsdatum zu enthalten hat.

Gleichzeitig soll künftig, einer Anregung der gerichtlichen Praxis und aus der Wirtschaft folgend, auf die Angabe und Eintragung des „Standes“ der Gesellschafter verzichtet werden, s. auch dazu näher die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c (§ 125 Abs. 3 Satz 2 FGG-E).

Zur Übergangsregelung für bereits eingetragene Gesellschafter, die noch minderjährig sind, s. Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 40 Abs. 1 EGHGB-E).

Zu Nummer 26 (§ 108 Abs. 2 HGB)

Auch bei Personenhandelsgesellschaften wird künftig auf die handschriftliche Zeichnung der Firma durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter verzichtet. Auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 16 wird verwiesen.

Zu Nummer 27 (§ 123 Abs. 2 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die durch die Neufassung des Kaufmannsbegriffs in § 1 Abs. 2, §§ 2, 3 HGB-E (Artikel 3 Nr. 1 bis 3) sowie durch die mit § 105 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 24) bewirkte Öffnung des Zugangs zu Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende bedingt ist.

Im geltenden Recht entsteht eine oHG mit Wirkung gegenüber Dritten regelmäßig erst mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 123 Abs. 1 HGB). Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte aber schon vor der Eintragung, so wird die Außenwirksamkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Geschäftsbeginns vorverlegt, soweit sich nicht aus § 2 HGB ein anderes ergibt (§ 125 Abs. 2 HGB). An dieser Systematik soll grundsätzlich festgehalten werden. Eine Änderung ist lediglich in folgender Hinsicht erforderlich:

Die Verweisung in § 125 Abs. 2 auf § 2 HGB kann beibehalten werden, obwohl dieser durch Artikel 3 Nr. 2 im Zuge der Neuformulierung des Kaufmannsbegriffs geändert wird und eine neue Bedeutung erhält. Mit der derzeit im Gesetz enthaltenen Verweisung auf § 2 HGB wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die „sollkaufmännischen“ Betriebe nach § 2 HGB ihre Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister erlangen. Deshalb soll auch die Rechtswirksamkeit einer oHG nach außen in diesen Fällen stets erst mit der Registereintragung eintreten, auch wenn die Geschäfte schon vorher aufgenommen werden; bis zur Registereintragung handelt es sich bei den betroffenen „sollkaufmännischen“ Gesellschaften daher grundsätzlich nur um BGB-Gesellschaften. Dies gilt auch für land- und forstwirtschaftliche Betriebe („Kann-Kaufleute“), für die § 2 HGB insoweit entsprechend gilt (§ 3 Abs. 2 HGB). Diese Systematik gilt auch nach der Neufassung der §§ 2 und 3 HGB für die konstitutive Wir-

kung der Registereintragung von Kleingewerbetreibenden sowie land- und forstwirtschaftlichen Betrieben.

Darüber hinaus ist § 125 Abs. 2 HGB aber mit dem neuen § 105 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 24) abzustimmen, der fakultativ auch die Gründung von Personenhandelsgesellschaften durch Gewerbetreibende, deren Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, zuläßt. Auch bei solchen Gesellschaften soll die Eintragung in das Handelsregister rechtsbegründend wirken. Deshalb soll die Verweisung in § 125 Abs. 2 HGB auch den neuen § 105 Abs. 2 HGB-E mit erfassen, d. h. auch in diesen Fällen entsteht die Außenwirksamkeit der Gesellschaft als oHG erst mit der Registereintragung.

Hinsichtlich der Kommanditgesellschaften findet die Neufassung des § 123 Abs. 2 HGB auf Grund der Verweisung in § 161 Abs. 2 HGB entsprechende Anwendung, weshalb es dort keiner eigenen Regelung bedarf.

Zu Nummer 28 (§ 125 a HGB)

Zu Buchstabe a (§ 125 a Abs. 1 HGB)

Die Verpflichtung zur Angabe der Rechtsform, des Sitzes der Gesellschaft, des Registergerichts und der Handelsregisternummer auf Geschäftsbriefen wird zum Ausgleich der weitgehenden Wahlfreiheit bei der Firmenbildung künftig auf alle Personenhandelsgesellschaften erstreckt (Satz 1). Bislang galt diese Verpflichtung nur für Personenhandelsgesellschaften, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person war. Auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. 2. b) ee) und die Begründung zu Artikel 3 Nr. 19 wird verwiesen.

Satz 2 entspricht der geltenden Rechtslage für Gesellschaften, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist.

Bei der Änderung in Satz 3 handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung, die durch die Neufassung der Sätze 1 und 2 bedingt ist.

Zu Buchstabe b (§ 125 a Abs. 2 HGB)

Die Neufassung von § 125 a Abs. 2 HGB berücksichtigt, daß mit dem neuen § 37 a Abs. 2, 3 und 4 eine eigenständige Regelung für die Behandlung von Vordrucken und Bestellscheinen als Geschäftsbriefe und hinsichtlich des Zwangsgeldes zur Durchsetzung der Geschäftsbriefangabepflichten in das HGB eingestellt wird (Artikel 3 Nr. 19). Die geltende Verweisung auf das GmbHG (§ 35 a Abs. 2 und 3 sowie § 79 Abs. 1 GmbHG) soll daher durch eine solche innerhalb des HGB ersetzt werden.

Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Verweisung auf das Zwangsgeldverfahren (§ 37 a Abs. 4 HGB-E, § 14 HGB), die hier die entsprechende Anwendung von § 79 a Abs. 1 GmbHG, die das geltende Recht noch vorsieht, entbehrlich macht. Denn daß die gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft Betei-

ligte im Zwangsgeldverfahren nach § 14 HGB, § 132 FG sind, selbst in den Fällen, in denen es um eine der Gesellschaft obliegende Pflicht geht, ergibt sich schon daraus, daß sich nach allgemeiner Meinung das Zwangsgeldverfahren nur gegen physische Personen richten kann. Auch daß die Geschäftsführer des persönlich haftenden Gesellschafters, etwa einer Komplementär-GmbH, sowie die Liquidatoren als gesetzliche Vertreter Adressaten einer Zwangsgeldandrohung und Beteiligte i. S. des FG sind, folgt bereits aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und braucht im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt zu werden (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 12. Aufl., § 132, RNr. 15).

Zu Nummer 29 (§ 131 HGB)

Die im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 3. c) näher beschriebene Umwandlung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes „Auflösung der Gesellschaft bei Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortbestehen der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“ bedingt die hier vorgeschlagene Änderung des § 131 HGB.

Zu den Buchstaben a bis c (Streichung der bisherigen Nummern 4 und 5, Änderung der bisherigen Nummer 6 des § 131 HGB)

Herausgenommen aus § 131 HGB werden alle Auflösungsgründe, die in der Person eines Gesellschafters begründet sind, namentlich die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, der Tod eines Gesellschafters sowie die Kündigung eines Gesellschafters oder eines seiner Gläubiger nach § 135 HGB. Damit werden dem Erhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem rechtssoziologisch beobachteten Wandel Rechnung getragen, die eine Ver selbständigung des Verbandes und damit eine Personenunabhängigkeit beinhalten, wie durch die Kautelarpraxis belegt wird.

Zu Buchstabe d (§ 131 Abs. 2 HGB)

Zu Satz 1

Aus der Liste der bisherigen Auflösungsgründe nach § 131 HGB werden alle gesellschafterbezogenen Gründe als Ausscheidensgründe übernommen. Zusätzlich werden zwei weitere Tatbestände aufgenommen, nämlich der Beschluß sämtlicher Gesellschafter sowie der Eintritt von weiteren im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen. Ebenso wie die Gesellschafter die Auflösung beschließen können, müssen sie auch in die Lage versetzt werden, bei Eintritt besonderer Sachverhalte das Ausscheiden eines Gesellschafters beschließen zu können. Mangels abweichender Vereinbarung der Gesellschafter ist für diesen Beschluß nach § 119 Abs. 1 HGB Einstimmigkeit gefordert, so daß eine Ausschließung eines Gesellschafters gegen seinen Willen, wie in § 140 Abs. 1 HGB vorgesehen, damit nicht möglich ist. Ferner ist es selbstverständlich, daß neben den gesetzlichen Ausscheidensgründen weitere im Gesellschaftsver-

trag aufgenommen werden können, wie es dem bisherigen Verständnis des § 138 HGB entspricht (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, Bd. III/1. Hb., § 138 RNr. 9 m. w. N.). Eine materielle Erleichterung der Ausschließung von Gesellschaftern durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß ist damit nicht verbunden. Die in Rechtsprechung und Schrifttum insoweit herausgearbeiteten Kriterien bleiben unberührt.

Von der Aufnahme gesellschafterbezogener Ausscheidensgründe, die bisher in entsprechender Anwendung der in § 131 HGB genannten Gründe zur Auflösung der Gesellschaft geführt haben, ist abgesehen worden. In Betracht kommt z. B. der Fall der Auflösung/Vollbeendigung einer Gesellschafter-Gesellschaft. Hier ist aber noch vieles streitig (vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, § 131 RNr. 28 ff.). Soweit diese Tatbestände bisher in Rechtsprechung und Schrifttum in Analogie zu gesetzlich genannten Auflösungsgründen, die nunmehr lediglich zum Ausscheiden des Gesellschafters führen, gelöst wurden, kann davon ausgegangen werden, daß sie auf Grund der tatbestandlich unveränderten Problemlage in gleicher Weise durch entsprechende Anwendung der neuen Ausscheidensgründe gelöst werden.

Der ausdrücklichen Anordnung, daß die oHG bei Ausscheiden eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt wird, bedarf es nicht. Da das Ausscheiden eines Gesellschafters mangels ausdrücklicher Normierung nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt, bleibt als Alternative ohnehin nur die Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter. Im übrigen ergibt sich dies auch aus der im Handelsgesetzbuch verwandten Begrifflichkeit, die von einem „Ausscheiden“ eines Gesellschafters nur bei Fortführung der Gesellschaft spricht (vgl. insbesondere §§ 138, 143 Abs. 2 und 3 HGB).

Soweit ein Gesellschafter aus einer zweigliedrigen Gesellschaft ausscheidet, erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation und geht das Gesellschaftsvermögen auf den Verbliebenen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. Der ausscheidende Gesellschafter wird nach § 738 BGB abgefunden. An diesem auch nach bisherigem Recht anerkannten Mechanismus ändert sich durch die Neuregelung nichts. Die gesetzliche Grundregel der Fortsetzung kann bei mehrgliedrigen, vor allem aber auch bei zweigliedrigen Gesellschaften im Einzelfall zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Es empfiehlt sich daher auch in Zukunft schon bei Gründung der Gesellschaft stets zu prüfen, ob eine ergänzende gesellschaftsvertragliche Regelung zur Höhe und Berechnung der Abfindung oder bei der zweigliedrigen Gesellschaft etwa auch zu der Frage einer Ablehnung der Übernahme durch den Verbliebenen und gemeinsamer Liquidation einen angemesseneren Interessenausgleich verspricht. Angesichts der Vielfalt der in Betracht kommenden Sachverhalte muß dies der individuellen Gestaltung der Vertragspartner überlassen bleiben. Bei unangemessenen Ergebnissen kann im Einzelfall – etwa bei unmittelbar sich anschließender Liquidation mit gegenüber dem Abfindungsanspruch stark differenzierenden Ergebnissen – auch die Rechtsprechung eingreifen.

Zu Satz 2

Mit Satz 2 wird der Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters festgelegt. Dies ist bisher Bestandteil von § 138 HGB. Da diese Vorschrift aufgehoben wird (Gründe nachfolgend zu Nummer 30) liegt es nahe, den Zeitpunkt des Ausscheidens auf Grund der Sachnähe dieser Frage zu den Ausscheidensgründen im Rahmen von § 131 Abs. 2 HGB zu regeln. Da die Formulierung des § 138 HGB, die auf den Zeitpunkt der (fiktiven) Auflösung der Gesellschaft abstellt, nicht übernommen werden kann, kann nur der Eintritt des zum Ausscheiden des Gesellschafters führenden Ereignisses maßgebend sein, wobei klarzustellen ist, daß der Gesellschafter im Falle einer Kündigung nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist ausscheidet. Damit wird ein Widerspruch zu den Kündigungsfristen nach §§ 132, 135 HGB vermieden. Die Klarstellung deckt sich in der Sache aber mit der früheren Rechtslage nach § 138 HGB.

Zu Nummer 30 (Aufhebung der §§ 136 bis 138 HGB)

Zur Aufhebung von § 136 HGB

Die Vorschrift dient dem Schutz des gutgläubigen geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters. Mit der Auflösung endet sein Recht und seine Pflicht zur Geschäftsführung. Sie steht fortan den Liquidatoren zu.

§ 136 HGB geht insoweit über die nahezu wortgleiche Regelung des § 729 BGB hinaus, als nicht nur eine auf Gesellschaftsvertrag, sondern auch eine auf Gesetz beruhende Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters als fortbestehend fixiert wird.

An dieser Vorschrift wird zu Recht die Unterscheidung zwischen der Kündigung und den sonstigen Auflösungsgründen kritisiert (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., Bd. III/1. Hb., § 136 RNr. 3). In Fällen der Kündigung wird der Schutz nicht gewährt, wenngleich Fälle denkbar sind, in denen der Gesellschafter – trotz Verpflichtung zur Kündigung gegenüber allen Gesellschaftern – ohne sein Verschulden von der Kündigung keine Kenntnis hat. Beispielhaft sei der Fall genannt, daß die Kündigung zwar nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 130, 132 BGB) als zugegangen gilt, der Gesellschafter aber auf Grund geschäftlicher Abwesenheit keine Kenntnis davon hat.

Die Bedeutung der Vorschrift ist ohnehin gering (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., Bd. III/1. Hb., § 136 RNr. 2). Mit der Reduzierung der Auflösungsgründe wird die praktische Relevanz noch geringer. Für die Aufrechterhaltung des Tatbestandes besteht daher kaum noch ein praktisches Bedürfnis; die Vorschrift kann daher aufgehoben werden. Verbleibende Einzelfälle können über die allgemeine zivilrechtliche Vorschrift des § 729 BGB – nach kleineren Ergänzungen (s. Artikel 1) – abgedeckt werden.

Zur Aufhebung von § 137 HGB

§ 137 Abs. 1 HGB soll die Gesellschaft vor Schäden schützen, die ihr aus der unerwarteten oder jedenfalls nicht im voraus feststehenden Auflösung erwachsen können (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, § 137 RNr. 1). Sie ist beschränkt auf die Fälle der Auflösung durch Tod eines Gesellschafters oder des Konkurses über sein Vermögen.

Auch diese Vorschrift hat nur geringe praktische Bedeutung, da der Auflösungsgrund des § 131 Nr. 4 HGB in Gesellschaftsverträgen meist abbedungen ist. Dieser Stellenwert wird durch die gesetzliche Umwandlung von Auflösungsgründen in Ausscheidensgründe noch verringert. Es fragt sich, ob es nach der Umstellung überhaupt noch Fälle geben wird, die bei Tod eines Gesellschafters ausdrücklich die Auflösung der Gesellschaft vorsehen.

Auch wenn dies nicht völlig ausgeschlossen werden kann, so wird das verbleibende – geringe – Regelungsbedürfnis durch die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft hinreichend befriedigt. Die § 727 Abs. 2, § 728 BGB sehen nahezu wortgleiche Regelungen für den Fall der Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters oder die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters vor.

Zwar wird § 728 BGB durch Artikel 32 Nr. 21 des zum 1. Januar 1999 in Kraft tretenden Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung erweitert. Die Modifizierung betrifft aber den Auflösungsgrund „Konkurs der Gesellschaft“, der für Personenhandelsgesellschaften in § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB genannt und weiterhin existent ist. Das Pendant zum – aufgehobenen – § 137 Abs. 2 HGB ist in § 728 BGB erhalten geblieben und findet sich dann in dessen Absatz 2 Satz 2.

Zur Aufhebung von § 138 HGB

§ 138 HGB regelt die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen der sog. vertraglichen Fortsetzungsklausel. Der Regelungsgehalt der Vorschrift wird künftig von § 131 Abs. 2 HGB vollständig umfaßt, indem dort einerseits bestimmt ist, daß weitere Ausscheidensgründe auch durch Gesellschaftsvertrag festgelegt werden können und andererseits der Zeitpunkt des Ausscheidens konkretisiert wird.

Zu Nummer 31 (§ 140 Abs. 1 Satz 2 HGB)

Auf Grund des – nachfolgend zu Nummer 32 erläuterten – Wegfalls von § 142 Abs. 1 HGB (Ausschließung eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft und Übernahme des Unternehmens durch den verbleibenden Gesellschafter) wird in § 140 Abs. 1 HGB klargestellt, daß einer Ausschließung nicht entgegensteht, daß nach der Ausschließung von Gesellschaftern nur ein Gesellschafter verbleibt. Dieser Hinweis erscheint nach Wegfall von § 142 Abs. 1 HGB zur Vermeidung weiterer Diskussionen um die Anwendbarkeit von § 140 Abs. 1 HGB auf die Zwei-Personengesellschaft geboten.

Zu Nummer 32 (§§ 141 und 142 HGB)

§ 141 HGB dient dazu, bei fehlender Vertragsregelung die wirtschaftlich unerwünschte Zerschlagung

eines Unternehmens infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters oder der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters zu verhindern, indem die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können (Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, § 141 RNr. 1). Es handelt sich gewissermaßen um ein Minus zu der nun vorgeschlagenen Regel, daß die genannten Gründe stets nur zum Ausscheiden führen und infolgedessen eine Entscheidung der übrigen Gesellschafter über die Fortsetzung von vornherein entbehrlich ist. § 141 HGB kann folglich aufgehoben werden.

Für den denkbaren Fall, daß die Gesellschafter vertraglich die Auflösung der Gesellschaft aus den genannten Gründen vereinbart haben, dann aber doch die Fortführung gewollt ist, können die Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen unproblematisch die Fortführung beschließen (vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Butzner, § 76 RNr. 71 ff. m. w. N.).

§ 142 HGB will die Erhaltung des Unternehmens beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Zwei-Personengesellschaft sichern. § 142 Abs. 1 HGB ist eine Parallelvorschrift zu § 140 HGB (Ausschließungsklage), wengleich die überwiegende Meinung § 142 Abs. 1 HGB als besondere Übernahmeklage wertet. § 142 Abs. 2 HGB ergänzt hingegen § 141 HGB (Fortsetzung bei Gläubigerkündigung oder Konkurs eines Gesellschafters). § 142 Abs. 3 HGB erklärt die Abfindungsvorschriften für die Auseinandersetzung für anwendbar.

Der Konzeption der gesamten Vorschrift lag seinerzeit die Vorstellung zugrunde, daß eine Ausschließung bzw. ein Ausscheiden aus der Gesellschaft nur in Betracht komme, wenn danach nicht nur das Unternehmen, sondern die Gesellschaft als solche fortbesteht (Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches in: Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrecht nebst Denkschrift, 1896, S. 102). Für diese – negative – Tatbestandsvoraussetzung gibt es keine überzeugenden Argumente. Denn auch aus einer zweigliedrigen Gesellschaft kann ein Gesellschafter ausscheiden bzw. ausgeschlossen werden, denn erst anschließend ist die Gesellschaft nicht mehr existent. Daß die Gesellschaft in diesem Fall nicht weiterbesteht, sondern nur das Unternehmen, liegt in der Natur der Sache und ist kein Grund, das Ausschließungsrecht nicht zu gewähren. Auch der Aspekt des Übernahmerechts des verbleibenden Gesellschafters ist kein Grund für eine Sonderregelung. Es ist anerkannt, daß eine zweigliedrige Personenhandelsgesellschaft bei Austritt eines Gesellschafters ohne Liquidation erlischt und das Gesellschaftsvermögen dem verbleibenden Gesellschafter anfällt (BGH, NJW 1993, S. 1917 bis 1919; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, Bd. III/1. Hb., § 142 RNr. 25 m. w. N.), wengleich die dogmatischen Ansätze differieren.

Auch wenn in materieller Hinsicht der Auffassung gefolgt wird, daß die Ausschließung nach § 142 Abs. 1 HGB eines noch wichtigeren Grundes bedarf als die nach § 140 Abs. 1 HGB (BGHZ 4, 108, 110), so

könnte dies im Rahmen der Einzelfallentscheidung nach § 140 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden.

Neben Absatz 1 ist auch Absatz 2 dieser Vorschrift überflüssig geworden. Denn nach § 131 Abs. 2 Nr. 2 und 4 HGB-E führen die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters sowie die Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters, so daß mangels abweichender Vereinbarung das Gesellschaftsvermögen dem verbleibenden Gesellschafter anfällt und der ausscheidende Gesellschafter abgefunden wird (s. o.).

Schließlich kann auch § 142 Abs. 3 HGB, wonach für die Auseinandersetzung einer zweigliedrigen Gesellschaft die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, aufgehoben werden. Denn die Anwendung der Abfindungsregeln ist Folge des durch die – jetzt ausdrücklich als solche bezeichnete – Ausschließung des Gesellschafters nach § 140 Abs. 1 HGB, die sein Ausscheiden herbeiführt.

Zu Nummer 33 (§ 148 Abs. 3 HGB)

Auch die Liquidatoren einer Personenhandelsgesellschaft müssen künftig nur noch ihre Unterschrift und nicht die Firma zur Aufbewahrung beim Registergericht zeichnen. Auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 16 wird verwiesen.

Zu Nummer 34 (§ 162 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB)

Mit dem Entwurf soll auch die Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, künftig das Geburtsdatum der in das Handelsregister einzutragenden Personen als Identifikationsmerkmal dieser Personen in das Handelsregister einzutragen, umgesetzt und zugleich auf die bisher vorgeschriebene Angabe des „Standes“ verzichtet werden, s. dazu näher die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c (§ 125 Abs. 3 Satz 2 FGG-E). Die entsprechende Regelung für die oHG nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E (Artikel 3 Nr. 25), daß die Anmeldung zum Handelsregister neben Name, Vorname und Wohnort der Gesellschafter künftig anstelle des „Standes“ deren Geburtsdatum zu enthalten hat, gilt infolge der Verweisung in § 161 Abs. 2 HGB grundsätzlich auch für die Gesellschafter der KG. Durch die hier vorgeschlagene Änderung des § 162 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB wird klargestellt, daß das Geburtsdatum wie alle anderen persönlichen Daten der Kommanditisten zwar in das Handelsregister eingetragen, aber nicht bekanntgemacht wird.

Zu Nummer 35 (§ 176 Abs. 1 Satz 2 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die durch die Neufassung des Kaufmannsbegriffs in § 1 Abs. 2, §§ 2, 3 HGB-E (Artikel 3 Nr. 1 bis 3) sowie durch die mit § 105 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 24) bewirkte Öffnung des Zugangs zu Personenhandelsgesellschaften für Kleingewerbetreibende bedingt ist.

Im geltenden Recht haften die Kommanditisten, die der Aufnahme des Geschäftsbetriebs der KG vor Ein-

tragung in das Handelsregister zugestimmt haben, grundsätzlich wie ein persönlich haftender Gesellschafter für die bis zur Eintragung begründeten Gesellschaftsschulden (§ 176 Abs. 1 Satz 1 HGB). Dies gilt nach § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB nicht, soweit sich aus § 2 HGB ein anderes ergibt. An dieser Systematik soll grundsätzlich festgehalten werden. Eine Änderung ist lediglich – ähnlich wie bei § 123 Abs. 2 HGB (Artikel 3 Nr. 27) – in folgender Hinsicht erforderlich:

Die Verweisung in § 176 Abs. 1 Satz 2 auf § 2 HGB kann beibehalten werden, obwohl dieser durch Artikel 3 Nr. 2 im Zuge der Neuformulierung des Kaufmannsbegriffs geändert wird und eine neue Bedeutung erhält. Mit der derzeit im Gesetz enthaltenen Verweisung auf § 2 HGB wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die „sollkaufmännischen“ Betriebe nach § 2 HGB ihre Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister erlangen und deshalb auch die Rechtswirksamkeit einer KG nach außen in diesen Fällen stets erst mit der Registereintragung eintritt, auch wenn die Geschäfte schon vorher aufgenommen werden (§ 161 Abs. 2 i. V. m. § 123 Abs. 2 HGB). Dies gilt auch für land- und forstwirtschaftliche Betriebe („Kann-Kaufleute“), für die § 2 HGB insoweit entsprechend gilt (§ 3 Abs. 2 HGB). Diese Systematik gilt auch nach der Neufassung der §§ 2 und 3 HGB für die konstitutive Wirkung der Registereintragung von Kleingewerbetreibenden sowie land- und forstwirtschaftlichen Betrieben.

Darüber hinaus ist § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB aber mit der Neufassung von § 125 Abs. 2 HGB (Artikel 3 Nr. 27) und dem neuen § 105 Abs. 2 HGB-E (Artikel 3 Nr. 24) abzustimmen. § 105 Abs. 2 HGB-E läßt fakultativ auch die Gründung von Personenhandelsgesellschaften durch Gewerbetreibende, deren Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, zu. Auch bei solchen Gesellschaften soll die Eintragung in das Handelsregister rechtsbegründend wirken und die Außenwirksamkeit der Gesellschaft als oHG/KG erst mit der Registereintragung entstehen (vgl. die Begründung zu Artikel 3 Nr. 27). Konsequenterweise ist deshalb auch die Haftung der Kommanditisten von solchen „Kleingewerbe“-KG für die vor der Eintragung begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 176 Abs. 1 HGB auszuschließen. Dies wird mit der hier vorgenommenen zusätzlichen Verweisung auf § 105 Abs. 2 HGB-E erreicht.

Zu Nummer 36 (§ 177 HGB)

§ 177 HGB war im Hinblick auf § 131 Nr. 4 HGB erforderlich, wonach der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führt. Diese Rechtsfolge sollte beim Tod eines Kommanditisten nicht eintreten. Nach Aufhebung des Auflösungsgrundsatzes ist § 177 HGB entbehrlich. Nach § 131 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E führt der Tod des Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, nur zu seinem Ausscheiden.

Zu Nummer 37 (§ 177a Satz 2 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Neufassung von § 125a Abs. 1 HGB (s. Artikel 3 Nr. 28).

Zu Nummer 38 (Überschrift des Vierten Unterabschnitts des Ersten Abschnitts des Dritten Buches des HGB)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Aufhebung von § 262 HGB durch Artikel 3 Nr. 39.

Zu Nummer 39 (§ 262 HGB)

§ 262 HGB kann infolge der Abschaffung des bisher in § 2 HGB geregelten „Sollkaufmanns“ aufgehoben werden. Da auch die bisherigen „Sollkaufleute“ nunmehr nach § 1 HGB-E stets Kaufleute sind, bei denen die Registereintragung nur deklaratorische Wirkung hat, unterliegen sie den Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften des Ersten Abschnitts des Dritten Buches des HGB auch ohne daß es dazu einer Sonderregelung wie der des geltenden § 262 HGB bedarf.

Zu Nummer 40 (§ 343 Abs. 2 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die sich aus der Abschaffung des Katalogs der Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB und der Neuformulierung eines einheitlichen Kaufmannstatbestandes ergibt.

Zu Nummer 41 (§ 351 HGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die aus der Abschaffung der Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ (Aufhebung des § 4 HGB durch Artikel 3 Nr. 4) resultiert.

Zu den Nummern 42 bis 48 (§§ 383, 406, 407, 415, 416, 425, 451 HGB)

Die Vorschriften des Vierten Buches des HGB über Kommissionsgeschäfte (Dritter Abschnitt, §§ 383 ff. HGB), Speditionsgeschäfte (Vierter Abschnitt, §§ 407 ff. HGB), Lagergeschäfte (Fünfter Abschnitt, §§ 416 ff. HGB) und Frachtgeschäfte (Sechster Abschnitt, §§ 425 ff. HGB) sollen, wie im geltenden Recht, unabhängig davon Anwendung finden, ob das Unternehmen des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters oder Frachtführers (im geltenden Recht „Mußkaufleute“ nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 und 6 HGB) nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht. Dies soll mit den neuen § 383 Abs. 2, § 407 Abs. 2, § 416 Abs. 2 und § 425 Abs. 2 HGB angesichts der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs sichergestellt werden [vgl. dazu auch die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 1. f) cc)]. Dabei soll jeweils auch auf die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte (Erster Abschnitt des Vierten Buches, §§ 343 ff. HGB) in Ansehung des betroffenen Kommissions-, Speditions-, Lager- oder Frachtgeschäfts zurückgegriffen werden können, da diese Vorschriften die genannten Sonderregelungen ergänzen. Schließlich wird durch die Änderung der §§ 406, 415 und 451 HGB sichergestellt, daß die Rechtslage in bezug auf den sog. „Gelegenheitskommissionär“, „Gelegenheitsspediteur“ und „Gelegenheitsfrachtführer“ unverändert bleibt. Damit werden insgesamt die Wirkungen des Wegfalls der Rechts-

figur des „Minderkaufmanns“ für diese Teilbereiche des Rechts der Handelsgeschäfte relativiert. Auf diese Weise wird insoweit die gegenwärtige Rechtslage bis zur bevorstehenden Reform des Transportrechts aufrecht erhalten.

Zu Artikel 4 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche)

Zu Nummer 1 (Artikel 5 EGHGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die sich aus der Abschaffung der Rechtsfigur des bisher in § 2 HGB geregelten „Sollkaufmanns“ ergibt.

Zu Nummer 2 (Artikel 29a EGHGB)

Der bisherige Artikel 29a EGHGB, der durch Artikel 20 des Gesetzes zu dem Vertrag vom 18. Mai 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR (BGBl. II S. 518, 525) in das EGHGB eingefügt worden ist, stellt bei der Anwendung des § 92c Abs. 1 HGB das Gebiet der DDR mit dem der EG gleich. Diese Bestimmung ist durch die Herstellung der Einheit Deutschlands obsolet geworden und kann daher aufgehoben werden.

Der an seiner Stelle vorgeschlagene neue Artikel 29a EGHGB enthält die notwendige Klarstellung, inwieweit § 90a Abs. 2 und 3 HGB in der Fassung dieses Gesetzes (s. Artikel 3 Nr. 22) auf vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begründete Handelsvertretervertragsverhältnisse anzuwenden ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 7. Februar 1990 die Verfassungswidrigkeit des bisherigen § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB festgestellt (s. Begründung zu Artikel 3 Nr. 22 – § 90a Abs. 2 und 3 HGB-E und die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. B. 5.). Da eine Lösung des Problems auf der Grundlage des geltenden Zivil- und Handelsrechts nicht möglich ist – auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Interpretation des geltenden Rechts – und dem Gesetzgeber mehrere Wege zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit offenstehen (vgl. C. III. 2. b letzter Absatz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts), besteht eine unklare Rechtslage, die eine rückwirkende Regelung für die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begründeten Vertragsverhältnisse rechtfertigt (vgl. BVerfGE 30, 367, 388; 72, 200, 259).

Die sich aus der Aufhebung des § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB und der Neufassung des § 90a Abs. 3 HGB ergebende neue Rechtslage soll deshalb grundsätzlich auch für Ansprüche aus „Altverträgen“ gelten. Mit der in Artikel 29a EGHGB-E gewählten Formulierung wird nicht nur erreicht, daß das neue Recht auch auf Verträge Anwendung findet, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begründet worden sind und zu diesem Zeitpunkt noch bestehen, z. B. noch nicht durch Kündigung aufgelöst worden sind. Sie erfaßt vielmehr auch solche Fälle, in denen die Vertragspartner aus einem vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits gekündigten Vertragsverhältnis noch Ansprüche geltend machen können. Die Neuregelung ist daher von Bedeutung für Ansprüche, die

nach § 88 HGB noch nicht verjährt sind. Dies trifft auch für die Fälle (wie der dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegende) zu, in denen die Verjährung z. B. durch gerichtliche Geltendmachung unterbrochen worden ist.

Bei bereits beendeten Vertragsverhältnissen, bei denen der Unternehmer von dem nunmehr in § 90 a Abs. 3 HGB-E vorgesehenen Lösungsrecht keinen Gebrauch mehr machen kann, weil die Monatsfrist für die Lossagung verstrichen ist, führt dies grundsätzlich rückwirkend zu einer Entschädigungspflicht, soweit der Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses das Wettbewerbsverbot eingehalten hat. Allerdings kann auch hier der erforderliche Vertrauensschutz eine Minderung des üblicherweise angemessenen Entschädigungsbetrages (§ 90 a Abs. 1 Satz 3 HGB), ggf. auch in Aufrechnung mit einem dem Unternehmer zustehenden Schadensersatzanspruch aus § 89 a Abs. 2 HGB, rechtfertigen.

Soweit über Ansprüche bereits rechtskräftig entschieden worden ist, soll es bei der gerichtlichen Entscheidung verbleiben; dies entspricht der Regelung des § 79 Abs. 2 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht für den Fall der Nichtigerklärung einer verfassungswidrigen Vorschrift.

Zu Nummer 3 (Achter Abschnitt des EGHGB)

Es handelt sich um Übergangsvorschriften für die in diesem Gesetz enthaltene

- Aufhebung des § 36 HGB,
- Neuregelung des Firmenbildungsrechts,
- Erweiterung der Verpflichtung zu Angaben auf Geschäftsbriefen,
- Pflicht zur Eintragung des Geburtsdatums in das Handelsregister,
- Pflicht zur Einreichung der Geschäftsanschrift zum Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister sowie die
- Neuregelung des Auflösungsrechts bei den Personenhandelsgesellschaften.

Hierzu soll in das Einführungsgesetz zum HGB (EGHGB) ein neuer Achter Abschnitt mit der Überschrift „Übergangsvorschriften zum Handelsrechtsreformgesetz“ eingefügt werden, der aus den neuen Artikeln 38, 39, 40 und 41 besteht.

Zu Artikel 38 EGHGB

Diese Übergangsvorschrift hat die Neuregelung des Firmenbildungsrechts sowie die registerrechtlichen Folgen der Aufhebung des § 36 HGB durch dieses Gesetz zum Gegenstand.

Zu den Absätzen 1 und 2

Mit der in diesem Gesetz vorgesehenen Neuregelung des Firmenbildungsrechts wird zwar die Wahlfreiheit der Unternehmen bei der Bildung von Firmen durchgängig erweitert, was die Entscheidung für eine Personen-, Sach- oder Phantasiefirma anbelangt. Insoweit steht es den Unternehmen frei, ihre

Firma beizubehalten oder nach den neuen Möglichkeiten zu ändern.

Jedoch führt der zum Ausgleich dieser Wahlfreiheit erstmals vorgesehene obligatorische Rechtsformzusatz bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften (s. § 19 Abs. 1 HGB-E) dazu, daß ein Teil der heute zulässigerweise verwendeten Firmen von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften zur Anpassung an die neue Rechtslage geändert werden muß. Denn im Interesse eines einheitlichen und für den Geschäftsverkehr, insbesondere auch für den Verbraucher einfach zu durchschauenden Firmenrechts ist mittelfristig anzustreben, daß sich aus allen Firmen, also auch aus denen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind und insoweit den Anforderungen des geltenden Rechts genügen, die Rechts- bzw. Gesellschaftsform des Unternehmens oder die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers zweifelsfrei ergibt. Dies gebietet die völlige Freigabe des Firmenbildungsrechts, das nun nicht mehr nach Namens-, Sachfirmen und „das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusätzen“ differenziert.

Es erscheint deshalb zur Vermeidung von Konfusionen geboten, die Vorschriften über die Rechtsformzusätze nach einem großzügig bemessenen Übergangszeitraum auch für die Altfirmen von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften gelten zu lassen. Für die Umstellung auf das neue Firmenrecht wird daher in Absatz 1 den betroffenen Unternehmen ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren (zuzüglich des Restes des laufenden Verkündungsjahres) seit dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes gewährt. Dieser Zeitraum ist ausreichend und verhindert zudem eine übermäßige Belastung der Registergerichte unmittelbar nach Inkrafttreten dieses Gesetzes; auf einen Fristablauf zum Jahresende, wie noch im Referentenentwurf vorgesehen, ist auf Anraten der gerichtlichen und notariellen Praxis mit Blick auf die übliche Belastung zum Jahresende verzichtet worden.

Eine großzügige Übergangsfrist allein erscheint aber zur Vermeidung erheblicher Belastungen der betroffenen Unternehmen und der Registergerichte nicht ausreichend. Denn gerade für die Einzelkaufleute ist die Pflicht zur Aufnahme des Zusatzes über die Kaufmannseigenschaft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB-E) besonders einschneidend, da ein solcher oder ähnlicher Zusatz bislang weder vorgeschrieben noch im Geschäftsverkehr gebräuchlich war, und insofern alle Einzelkaufleute von der Pflicht zur Umstellung betroffen sind. Es wäre nicht vertretbar, alle im Handelsregister eingetragenen Einzelkaufleute (und zahlreiche Personenhandelsgesellschaften), die nicht von der Liberalisierung des Firmenrechts Gebrauch machen und deshalb die Firma ohnehin ändern wollen, zur Anmeldung einer Firmenänderung zum Handelsregister zu zwingen, die allein aus der Hinzufügung des jetzt vorgeschriebenen „Rechtsformzusatzes“ besteht.

Deshalb erlaubt Absatz 1 zwar den Gebrauch einer Firma ohne den „Rechtsformzusatz“ nach der Übergangsfrist nicht mehr und zwingt die Unternehmen

daher insoweit zur Änderung ihrer Firma. Gleichwohl sollen die Unternehmen aber nicht verpflichtet werden, eine allein aus der Hinzufügung des „Rechtsformzusatzes“ bestehende Firmenänderung zum Handelsregister anzumelden. Deshalb ist in Absatz 2 – insoweit abweichend von der gesetzlichen Regel des § 31 Abs. 1 HGB – vorgesehen, daß die Änderung der Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Personenhandelsgesellschaft, die ausschließlich die Aufnahme der nach § 19 Abs. 1 HGB-E vorgeschriebenen Bezeichnung zum Gegenstand hat, nicht der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bedarf. Die Unternehmen können also, müssen aber nicht die Eintragung beantragen.

Nachteile für den Rechtsverkehr sind dadurch nicht zu befürchten, da die Firmen noch nach altem Recht gebildet sind und aus dem Handelsregister ersichtlich ist, welche Rechtsform das Unternehmen hat. Allerdings haben die Unternehmen nach Ablauf der Übergangsfrist die nach § 19 Abs. 1 HGB-E vorgeschriebenen Bezeichnungen in ihre Firma aufzunehmen und diese im Rechts- und Geschäftsverkehr mit diesem Zusatz zu verwenden.

Auf Geschäftsbriefen sind die Angaben über die Kaufmannseigenschaft und die Rechtsform ohnehin schon mit dem Inkrafttreten der entsprechenden Vorschriften (§§ 37 a, 125 a HGB-E) nach Artikel 28 dieses Gesetzes zu machen; allerdings sieht Artikel 39 EGHGB-E in diesem Zusammenhang eine Aufbrauchfrist für vorhandene Vordrucke vor.

Zu Absatz 3

Zur Entlastung von bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden gewerblichen Unternehmen der öffentlichen Hand, die erst infolge der Aufhebung des § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18) zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, sieht Absatz 3 als Übergangsvorschrift eine Befreiung von den Gerichtsgebühren für die Ersteintragung vor.

Zu Artikel 39 EGHGB

Mit dieser Übergangsvorschrift soll den von der Neuregelung der §§ 37 a, § 125 a HGB-E und des § 7 Abs. 4 PartGG betroffenen Kaufleuten, Gesellschaften und Partnerschaften eine angemessene Frist für die Umstellung auf das neue Recht hinsichtlich der Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen gegeben werden. Es wird ihnen daher eine einjährige Aufbrauchfrist für die bereits vorhandenen Geschäftsbriefbögen und Formulare eingeräumt; diese – gegenüber dem Referentenentwurf verkürzte – Fristdauer erscheint nach der Anhörung der beteiligten Kreise ausreichend. Eine Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs während dieser Übergangszeit ist nicht zu besorgen.

Einzelkaufleute und Gesellschaften, die während der Übergangszeit ihre Firma unter Ausnutzung der neuen Möglichkeiten ändern, z. B. um eine nunmehr zulässige Sach- oder Phantasiefirma zu wählen, sind aber damit zur Einhaltung von § 37 a und § 125 a HGB-E verpflichtet. Dies gebietet die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Für die betroffenen Kaufleute und Gesellschaften bedeutet diese Regelung keine Härte, da sie wegen der Firmenänderung ohnehin Ge-

schäftsbriefe, Schilder (vgl. § 15 a der Gewerbeordnung) usw. entsprechend ändern müssen.

Zu Artikel 40 EGHGB

Die Übergangsvorschrift betrifft die durch dieses Gesetz begründete Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung des Geburtsdatums in das Handelsregister sowie die Pflicht zur Einreichung der aktuellen Geschäftsanschrift zum Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister.

Zu Absatz 1

Für bereits in das Handelsregister eingetragene Einzelkaufleute und persönlich haftende Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch minderjährig sind, sieht Absatz 1 vor, daß die Anmeldung des Geburtsdatums zusammen mit der ersten das jeweilige Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Handelsregister nachzuholen ist, spätestens aber bis zum Ablauf von mehr als einem Jahr (zuzüglich des Restes des laufenden Verkündungsjahres) ab dem Inkrafttreten dieses Gesetzes. Damit werden sowohl die betroffenen Kaufleute und Handelsgesellschaften vor einer unangemessenen Belastung als auch die Registergerichte vor einem Andrang von „Nachmeldungen“ unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Rechts bewahrt. Auf einen Fristablauf zum Jahresende, wie noch im Referentenentwurf vorgesehen, ist auf Anraten der gerichtlichen und notariellen Praxis mit Blick auf die übliche Belastung zum Jahresende verzichtet worden.

Nach Anhörung der beteiligten Kreise und der Landesjustizverwaltungen ist damit das Geburtsdatum, anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, nicht mehr für alle in das Handels- oder Genossenschaftsregister bzw. in die GmbH-Gesellschafterliste einzutragenden Personen nachzumelden, sondern – wegen der Parallelregelung im Entwurf des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (Drucksache 13/5624) – nur noch das von minderjährigen Kaufleuten und persönlich haftenden Gesellschaftern. Mit der grundsätzlichen Beschränkung der Anmeldung des Geburtsdatums auf die Neueintragungen werden der sonst erforderliche erhebliche Aufwand für die Betroffenen und eine Mehrbelastung der Registergerichte vermieden. Ein Bedürfnis für die Einbeziehung der „Altfälle“, um Unzuträglichkeiten für den Rechtsverkehr zu vermeiden, dürfte nicht bestehen.

Zu Absatz 2

Eine ähnliche Übergangsregelung wie nach Absatz 1 soll nach Absatz 2 auch hinsichtlich der Einreichung der aktuellen Geschäftsanschrift zum Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister gelten. Danach ist die aktuelle Anschrift dem Gericht zusammen mit der ersten das Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Register mitzuteilen, spätestens aber bis zum Ablauf der Übergangsfrist. Unternehmen, deren Anschrift bereits im Rahmen des geltenden § 24 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung (HRV)

freiwillig mitgeteilt worden ist, müssen diese nicht erneut einreichen, wenn sie sich nicht geändert hat.

Um eine übermäßige Belastung der Registergerichte durch die Entgegennahme der Geschäftsanschriften der bereits eingetragenen Unternehmen zu vermeiden, ist eine großzügig bemessene Übergangsfrist vorgesehen. Darüber hinaus wird sich die Belastung der Gerichte schon dadurch in einem vertretbaren Rahmen halten, daß die Geschäftsanschriften vieler Unternehmen dem Registergericht auf Grund der freiwilligen Mitteilung nach § 24 Abs. 2 HRV in der geltenden Fassung vorliegen. Im übrigen wird die mit der Entgegennahme der Anschriften verbundene Mehrbelastung der Gerichte durch den weitgehenden Wegfall von Anschriftsermittlungen wieder ausgeglichen. Den Unternehmen entstehen insoweit keine Kosten, da die Mitteilung nicht der Form des § 12 HGB bedarf und die Anschrift vom Gericht nur zusammen mit der Bekanntmachung von Eintragungen nach § 37 HRV, nicht aber gesondert bekanntgemacht wird.

Zu Artikel 41 EGHGB

Artikel 41 EGHGB-E stellt eine Übergangsvorschrift zur Neuregelung des Auflösungsrechts bei den Personenhandelsgesellschaften (§§ 131 ff. HGB, s. Artikel 3 Nr. 29 ff.) dar. Sie geht auf entsprechende Anregung aus den beteiligten Kreisen zurück und beruht auf der Überlegung, daß nicht ausgeschlossen werden kann, daß Gesellschaften bewußt von gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen im Vertrauen auf die nach §§ 131 ff. HGB vorgesehene Auflösung bzw. die damit zusammenhängenden gesetzlichen Regelungen abgesehen haben. Ferner ist denkbar, daß Gesellschaften den Wortlaut des bisherigen Rechts im Gesellschaftsvertrag wiederholt haben und der materielle Gehalt dieser Bestimmungen infolge der gesetzlichen Neuregelung streitig werden kann.

Grundgedanke der hier vorgeschlagenen Übergangsregelung ist der Vertrauensschutz. Ein Gesellschafter ist schutzbedürftig, wenn die Gesellschaft die durch Gesetz eingestellte Ausscheidensregelung nicht auch durch Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt hat und dieses gegen seinen Willen auch nicht tun könnte. Letzteres ist, soweit Einstimmigkeit nach § 119 Abs. 1 HGB gefordert ist, bei Widerspruch eines Gesellschafters der Fall. Die Übergangsregelung geht von diesem Grundfall aus und läßt den Widerspruch eines einzigen Gesellschafters ausreichen. Ist eine qualifizierte oder einfache Mehrheit für vertragsändernde Beschlüsse bestimmt, kann der Widerspruch des einzelnen, soweit er eine Sperrminorität nicht erreicht, freilich überstimmt werden. Die Regelung sieht daher vor, daß ein Gesellschafter, der die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage (Auflösung bei Ausscheiden) wünscht, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes die Anwendung des alten Rechts verlangen kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit sieht der Entwurf vor, daß nicht nur der Widerspruch innerhalb der gesetzlichen Frist, sondern auch Auflösungs- bzw. Ausscheidensereignis in dieser Frist liegen muß. Nach Ablauf der Dreijahresfrist gilt generell das neue Recht.

Natürlich kann die Gesellschafterversammlung jederzeit nach Inkrafttreten dieses Gesetzes mit der erforderlichen Stimmenmehrheit eine von dem alten oder neuen Rechtszustand abweichende Regelung treffen. Ebenso selbstverständlich gilt die Widerspruchsregelung nicht, wenn schon vor Inkrafttreten dieses Gesetzes im Gesellschaftsvertrag eine von der bisherigen Regel (Auflösung bei Ausscheiden) abweichende Bestimmung getroffen war.

Zu Artikel 5 (Änderung des EWIV-Ausführungsgesetzes)

Zu Nummer 1 (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 und 5 EWIV-Ausführungsgesetz)

Die Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, künftig das Geburtsdatum der einzutragenden Personen als Identifikationsmerkmal in das Handelsregister einzutragen (s. dazu näher die Ausführungen in der Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c), soll auch für natürliche Personen als Mitglieder und die Geschäftsführer einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) gelten. Für diese Personen wird daher – wie für die Gesellschafter einer oHG, der die EWIV im deutschen Recht nach § 1 des EWIV-Ausführungsgesetzes gleichgestellt ist, soweit nicht die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung gilt – mit der hier vorgeschlagenen Änderung von § 2 Abs. 2 Nr. 4 und 5 des EWIV-Ausführungsgesetzes vorgeschrieben, daß die Anmeldung zum Handelsregister künftig auch das Geburtsdatum zu enthalten hat. Die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung steht dem nicht entgegen, wie sich aus ihrem Artikel 7 Satz 2 Buchstabe d) und g) ergibt.

Zugleich soll dabei auf die bisher vorgesehene Eintragung des Berufs der Geschäftsführer und Abwickler – ebenfalls wie bei den Gesellschaftern einer oHG – verzichtet werden; auf die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c wird verwiesen. Auch insoweit steht die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung nicht entgegen, die in Artikel 7 Satz 2 lit. d) und g) hinsichtlich der Personalien der anzumeldenden Geschäftsführer und Abwickler nur deren Namen sowie „alle anderen Angaben zur Person, die von dem Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register geführt wird, verlangt werden“, vorschreibt. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3 Nr. 5 des EWIV-Ausführungsgesetzes vorgesehene Angabe des Berufs ist daher eine rein innerstaatliche Vorgabe.

Zu Nummer 2 (§ 3 Abs. 4 EWIV-Ausführungsgesetz)

Auch die Geschäftsführer einer EWIV sollen nicht mehr zur Zeichnung der Firma verpflichtet sein; die Zeichnung der Namensunterschrift zur Aufbewahrung beim Registergericht ist ausreichend. Auf die Begründung zu Artikel 3 Nr. 16 wird verwiesen.

Zu Nummer 3 (§ 9 EWIV-Ausführungsgesetz)

In § 9 EWIV-Ausführungsgesetz ist bislang vorgesehen, daß im Falle der Kündigung der Vereinigung durch den Privatgläubiger eines Mitglieds gemäß § 135 HGB das betroffene Mitglied aus der Vereinigung ausscheidet. Die für die oHG geltenden Regelungen des § 131 Nr. 6, § 141 HGB, die von der Auflösung der Gesellschaft mit der Möglichkeit der Fortsetzung ausgehen, sind nicht anwendbar. Diese Regelungen im Recht der oHG werden aber durch diesen Entwurf in den Grundsatz umgewandelt, daß die Gesellschaft bei Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters fortbesteht (s. Artikel 3 Nr. 29, 32). Damit wird die Sonderregelung für die EWIV in § 9 EWIV-Ausführungsgesetz entbehrlich, weil insoweit die allgemeine Verweisung auf das Recht der oHG in § 1 EWIV-Ausführungsgesetz ausreichend ist.

Zu Artikel 6 (Änderung der Verordnung über Orderlagerscheine) und**Zu Artikel 7 (Änderung des Börsengesetzes)**

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Aufhebung von § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18).

Zu Artikel 8 (Änderung des Umwandlungsgesetzes)**Zu Nummer 1 (§ 18 UmwG)****Zu Buchstabe a**

Die Streichung von § 18 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist eine Folgeänderung zur Änderung von § 19 HGB. Die in Satz 2 vorgesehene Einschränkung der Firmenfortführung nach Verschmelzung (die kraft Verweisung auch bei anderen Umwandlungen gilt) ist wegen der Aufgabe der Beschränkungen bei der Firmenbildung von Personenhandelsgesellschaften [s. Artikel 3 Nr. 12 und die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b)] nunmehr überflüssig.

Entsprechendes gilt für die Firma der Genossenschaft (s. Artikel 11 Nr. 1), so daß auch § 18 Abs. 1 Satz 3 UmwG aufzuheben ist.

Zu Buchstabe b

§ 19 Abs. 1 HGB in seiner geltenden Fassung sieht vor, daß die Firma einer oHG oder KG den Namen mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters enthalten muß. Nach § 19 Abs. 4 HGB in der geltenden Fassung dürfen die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter nicht in die Firma der Personenhandelsgesellschaften aufgenommen werden. Der geltende § 18 Abs. 2 UmwG, der eine Ausnahme von diesen Grundsätzen des § 19 HGB mit Genehmigung des Registergerichts vorsieht, ist durch die Neufassung des § 19 HGB, die die dargestellten Beschränkungen nicht mehr enthält (s. Artikel 3 Nr. 12), entbehrlich geworden.

Zu Buchstabe c

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Streichung von § 18 Abs. 2 UmwG.

Zu Nummer 2 (§ 122 UmwG)**Zu Buchstabe a**

Mit dieser Änderung, die durch die Änderung von § 18 UmwG ausgelöst ist, soll klargestellt werden, daß § 18 Abs. 1 UmwG neben den handelsrechtlichen Vorschriften für die Eintragung des Alleingesellschafters in das Handelsregister anwendbar bleibt. Auch der Alleingesellschafter kann demnach die Firma der übertragenden Kapitalgesellschaft mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführen.

Zu Buchstabe b

Nach seinem Wortlaut kann § 122 UmwG so ausgelegt werden, daß die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter dann nicht möglich ist, wenn dieser nicht im Handelsregister eingetragen ist und dort nicht eingetragen werden kann, weil er auch nach der Verschmelzung kein Handelsgewerbe ausübt. Damit würden entgegen den mit der Reform des Umwandlungsrechts verfolgten Zielen nach früherem Recht bestehende Umwandlungsmöglichkeiten eingeschränkt. Ist der übernehmende Alleingesellschafter im Handelsregister nicht eingetragen und seine Eintragung dort nicht möglich, soll nach der Neuregelung die Wirksamkeit der Verschmelzung durch die nach § 19 Abs. 1 UmwG vorgeschriebene Eintragung (ohne den Vermerk nach § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG) im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers herbeigeführt werden. Vergleichbare „Ersatzlösungen“ sieht das Gesetz auch in anderen Fällen vor, in denen ein Rechtsträger nicht in ein Register eingetragen werden kann (vgl. § 171 UmwG; Drucksache 12/6699, S. 153, zu § 228 UmwG).

Zu Nummer 3 (§ 200 UmwG)

Bei Buchstabe a handelt es sich um eine Folgeänderung zur Streichung von § 18 Abs. 1 Satz 2 und 3 UmwG (s. Artikel 8 Nr. 1), bei Buchstabe b um eine solche zur Neufassung von § 19 HGB, § 4 GmbHG, §§ 4, 279 AktG und § 3 GenG. Buchstabe c stellt eine Folgeänderung zur Neufassung von § 19 HGB dar; auf die Begründung zu Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe b wird verwiesen. Buchstabe d ist redaktionell bedingt.

Zu Nummer 4 (§ 228 UmwG)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die durch die Streichung des § 4 HGB (Artikel 3 Nr. 4) und die Einfügung eines neuen Absatzes 2 in § 105 HGB (Artikel 3 Nr. 24) bedingt ist.

Zu Artikel 9 (Änderung des Aktiengesetzes)**Zu Nummer 1 (§ 4 AktG)**

Mit der Neufassung von § 4 AktG wird das Firmenrecht der Aktiengesellschaft neu geregelt. Einzige Vorgabe des Gesetzes ist nur noch, daß die als Firma gewählte Bezeichnung das Wort „Aktiengesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung enthalten muß. Das sog. Entlehnungsgebot, demzufolge die Firma in der Regel dem Unterneh-

mensgegenstand zu entnehmen ist, wird aufgegeben. Damit werden die Gestaltungsmöglichkeiten der Firma einer Aktiengesellschaft im ihrem Interesse und aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit wesentlich erweitert. Die Grenzen, die das firmenrechtliche Irreführungsverbot bei der Firmenwahl setzt, sind selbstverständlich zu beachten. Auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) wird verwiesen.

Die Pflicht zur Führung der Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ ist im übrigen schon im geltenden Recht vorgesehen (Absatz 1 Satz 2). Dies gilt auch für die Verpflichtung im Falle der Firmenfortführung nach § 22 des Handelsgesetzbuchs, die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ in die Firma aufzunehmen (Absatz 2).

Neu ist dagegen, daß die Verwendung einer allgemein verständlichen Abkürzung ausreichen soll. So ist beispielsweise die Zulässigkeit der Abkürzung „AG“ im geltenden Recht für die Angabe der Firma in der Satzung, bei der Anmeldung zum Handelsregister und bei der Bekanntmachung der Eintragung streitig (vgl. nur Geßler/Hefermehl, Aktiengesetz, § 4, RNr. 29). Soweit nunmehr Abkürzungen ausdrücklich gestattet sind, bedeutet dies, daß grundsätzlich auch Mischformen – der Rechtsformzusatz ist teils ausgeschrieben, teils abgekürzt – verwendet werden dürfen.

In Abweichung vom Referentenentwurf ist auf Anregung der beteiligten Fachkreise darauf verzichtet worden, die zulässigen Abkürzungen im Gesetz abschließend vorzugeben. Der Maßstab der Allgemeinverständlichkeit und die Irreführungsprüfung nach § 18 Abs. 2 HGB-E stellen sicher, daß der Rechtsverkehr durch die Abkürzungen nicht über die Rechtsform des Unternehmens getäuscht wird.

Zu Nummer 2 (§ 38 Abs. 3 AktG)

Die neu eingefügte Vorschrift zur registergerichtlichen Satzungskontrolle bei der Anmeldung von Aktiengesellschaften zum Handelsregister ist identisch mit der Parallelvorschrift in § 9c Abs. 2 GmbHG-E (s. Artikel 10 Nr. 4). Auf die Begründung zu dieser Vorschrift wird deshalb verwiesen.

Zu Nummer 3 (§ 40 AktG)

In Konsequenz der Grundentscheidung des Entwurfs, auf die Eintragung des Berufs oder „Standes“ der in das Handelsregister einzutragenden Personen zu verzichten (s. dazu die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c), soll auch die gerichtliche Bekanntmachung des Berufs der Gründer einer Aktiengesellschaft nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 AktG künftig entfallen.

Dagegen soll die in § 40 Abs. 1 Nr. 4 AktG vorgesehene Bekanntmachung des Berufs der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beibehalten werden, da dieser Angabe über die bloße Identifizierungsfunktion hinaus eigenständige Bedeutung im Sinne einer Angabe über die Qualifikation der betreffenden Person zukommt. Hier haben die betroffenen Kreise insoweit ein berechtigtes Interesse an der Berufsangabe.

Zu Nummer 4 (§ 42 AktG)

Es handelt sich um eine redaktionelle Berichtigung. Nach § 42 AktG muß bei dem Registergericht angemeldet werden, daß alle Aktien einer Person gehören. Der Begriff „anzumelden“ legt das Mißverständnis nahe, dieser Umstand müsse in das Handelsregister eingetragen werden. Mit der Neuformulierung wird deshalb – in Übereinstimmung mit der üblichen Terminologie – klargestellt, daß lediglich eine entsprechende Mitteilung „zum Handelsregister einzureichen“ ist. Damit wird den Vorgaben des Artikel 3 der Zwölften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (89/667/EWG) genügt, da die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke nach § 9 HGB von jedermann eingesehen werden können.

Außerdem soll § 42 AktG an die in diesem Entwurf durchgängig vorgesehene Pflicht zur Mitteilung des Geburtsdatums unter Wegfall der Berufsangabe der betroffenen Personen angepaßt werden (s. dazu die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c).

Zu Nummer 5 (§ 279 AktG)

Auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien profitiert von den Erleichterungen bei der Firmenbildung. Künftig wird nur noch vorgegeben, daß die Bezeichnung der Gesellschaftsform in die Firma aufgenommen wird, wie dies auch schon im geltenden Recht der Fall war. Das Entlehnungsgebot für die Sachfirma entfällt künftig auch hier. Ebenfalls entspricht es dem geltenden Recht (Absatz 2), daß im Falle der Firmenfortführung nach § 22 HGB die Rechtsform in die Firma aufgenommen werden muß.

Neu ist dagegen, daß auch allgemein verständliche Abkürzungen wie z. B. die gebräuchlichen Angaben „Kommanditgesellschaft a. A.“ oder „KG a. A.“ verwendet werden können. Auch hier ist in Abweichung vom Referentenentwurf auf Anregung der beteiligten Fachkreise darauf verzichtet worden, die zulässigen Abkürzungen im Gesetz abschließend vorzugeben. Der Maßstab der Allgemeinverständlichkeit und die Irreführungsprüfung nach § 18 Abs. 2 HGB-E stellen sicher, daß der Rechtsverkehr durch die Abkürzungen nicht über die Rechtsform des Unternehmens getäuscht wird.

Im übrigen wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) verwiesen.

Zu Nummer 6 (§ 281 AktG)

Auch bei den persönlich haftenden Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft auf Aktien soll künftig auf die Angabe und Eintragung des Berufs der Gesellschafter (s. § 282 AktG) verzichtet werden, s. dazu näher die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c.

Zu Artikel 10 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Zu Nummer 1 (§ 4 GmbHG)

Entsprechend den Regelungen beim Einzelkaufmann, bei den Personenhandelsgesellschaften und

der Aktiengesellschaft wird auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Firmenbildung wesentlich erleichtert. Künftig ist neben der Personen- oder der (dem Unternehmensgegenstand entlehnten) Sachfirma auch eine Phantasiefirma zulässig. Einzige Vorgabe des Gesetzes ist künftig, daß in der Firma die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ enthalten sein muß. Dies gilt auch für den Fall, daß die Firma nach § 22 des Handelsgesetzbuchs fortgeführt wird, vgl. insoweit schon zum geltenden Recht § 4 Abs. 2 GmbHG in der bisherigen Fassung.

Wenn auch schon im geltenden Recht – insoweit im Gegensatz zur Aktiengesellschaft – die Verwendung der Abkürzung „GmbH“ als Bezeichnung der Rechtsform für ausreichend erachtet wurde (vgl. BGHZ 62, 230), soll die Möglichkeit der Verwendung von allgemein verständlichen Abkürzungen ausdrücklich – wie für die Aktiengesellschaft (s. Artikel 9 Nr. 1) – im Gesetz niedergelegt werden. Dies bedeutet, daß auch Mischformen – der Rechtsformzusatz ist teils abgekürzt, teils ausgeschrieben: z. B. „... gesellschaft m. b. H.“ für „mit beschränkter Haftung“ – für den Rechtsformzusatz in der Firma verwendet werden können.

In Abweichung vom Referentenentwurf ist auf Anregung der beteiligten Fachkreise darauf verzichtet worden, die zulässigen Abkürzungen im Gesetz abschließend vorzugeben. Der Maßstab der Allgemeinverständlichkeit und die Irreführungsprüfung nach § 18 Abs. 2 HGB-E stellen sicher, daß der Rechtsverkehr durch die Abkürzungen nicht über die Rechtsform getäuscht wird.

Im übrigen wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung unter I. B. 2. b) verwiesen.

Zu Nummer 2 (§ 4 a GmbHG)

Mit dieser Vorschrift soll – entsprechend der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ – eine gesetzliche Bestimmung des Sitzes der GmbH eingeführt werden, wie sie § 5 Abs. 2 AktG für die Aktiengesellschaft vorsieht.

Das geltende Recht bestimmt für die GmbH in § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG lediglich, daß der Sitz der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag anzugeben ist. Diese gegenüber der Regelung im Aktienrecht großzügigere gesetzliche Vorgabe für die Sitzbestimmung bei der GmbH hat sich nach Auffassung der registergerichtlichen Praxis und auch des DIHT, auf dessen Anregung diese Änderung zurückgeht, praktisch nicht bewährt. Zwar entspricht es der h. M. in Rechtsprechung und Schrifttum, daß die Sitzwahl auch bei der GmbH nicht rechtsmißbräuchlich oder ohne jede tatsächliche Beziehung der Gesellschaft zum gewählten Sitz getroffen werden darf. In der Praxis sind jedoch infolge einer einschränkenden Interpretation dieses Mißbrauchsverbots durch die jüngere Rechtsprechung der Obergerichte (z. B. BayObLG, MittBayNot 1987, S. 264, das für einen Mißbrauchsfall nicht die postalische Unerreichbarkeit an dem statutarischen Sitz, sondern erst die postalische Unerreichbarkeit im Inland überhaupt genügen läßt) den Gerichten kaum mehr Möglichkeiten

belassen, gegen als mißbräuchlich empfundene Sitzverlegungen einzuschreiten.

Da sich aber nach den Beobachtungen des DIHT einerseits unseriöse Gesellschaften zunehmend durch Sitzverlegungen dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen trachten, und andererseits auch von Seiten der Registergerichte Zustellungen an solche Gesellschaften nur nach aufwendigen Recherchen oder gar nicht möglich sind, erfordert der Gläubigerschutz, aber auch das Interesse an einer effektiven Registerführung, eine gesetzliche Klarstellung wie im Aktienrecht. Insoweit haben sich auch die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der Entscheidung des Gesetzgebers bei der GmbH-Novelle 1980, auf eine solche Regelung für das GmbH-Recht zu verzichten, geändert.

Eine zu weitgehende Beschränkung der Unternehmen bei ihrer Sitzwahl dürfte darin nicht liegen, da § 4 a GmbHG-E nicht mehr verlangt, als daß der tatsächliche und der statutarische Sitz der Gesellschaft grundsätzlich zusammenfallen müssen. Daß, wie einzeln geltend gemacht wird, die Entscheidung für einen bestimmten Sitz bei der GmbH-Gründung noch offengehalten werden müsse, widerspricht schon dem geltenden Recht (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Auf der anderen Seite erlaubt der Zusatz „in der Regel“ die notwendige praktische Flexibilität für Ausnahmen, die – wie im geltenden Aktienrecht – zur Wahrung von schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gewährt werden müssen.

Zu Nummer 3 (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG)

Mit dieser Änderung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG soll die Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, künftig auch das Geburtsdatum der Gesellschafter der GmbH in die Liste der Gesellschafter als Identifikationsmerkmal dieser Personen aufzunehmen, umgesetzt werden. Deshalb soll die der Anmeldung zum Handelsregister beizufügende Liste der Gesellschafter neben Namen, Vornamen, Wohnort und Betrag der Stammeinlage künftig auch das Geburtsdatum eines jeden Gesellschafter enthalten. Gleichzeitig soll, einer Anregung der gerichtlichen Praxis und aus der Wirtschaft folgend, auf die Angabe des „Standes“ der Gesellschafter verzichtet werden, s. dazu näher die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c (§ 125 Abs. 3 Satz 2 FGG-E).

Zu Nummer 4 (§ 9 c GmbHG)

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 9 c GmbHG um einen neuen Absatz 2 soll die registergerichtliche Inhaltskontrolle von GmbH-Gesellschaftsverträgen konkretisiert werden. Eine vergleichbare Regelung ist für die Satzung von Aktiengesellschaften als neuer Absatz 3 des § 38 AktG (s. Artikel 9 Nr. 2) und für das Statut von Genossenschaften als neuer Absatz 3 des § 11 a GenG (s. Artikel 11 Nr. 2) vorgesehen.

Im geltenden Recht bildet § 9 c GmbHG die gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Prüfung des Gesellschaftsvertrages bei der Anmeldung einer GmbH. Die Vorschrift bestimmt die Voraussetzungen, unter

denen das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen hat, nämlich bei nicht ordnungsgemäßer Errichtung oder Anmeldung. Diese Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Errichtung und Anmeldung erfordert nach herrschender Meinung, daß alle formellen und materiellen gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen einzubeziehen sind (Scholz/Winter, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 9 c GmbHG, RNr. 9 m. w. N.). Dazu gehören in bezug auf den Gesellschaftsvertrag auch dessen formelle Gültigkeit (notarielle Form) sowie die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag oder einzelne seiner Teile wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften nichtig sind.

Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Prüfung der Errichtung und Anmeldung einer GmbH gemäß § 9 c GmbHG wird grundsätzlich nicht in Frage gestellt; sie ergibt sich insbesondere aus den für Gründungsgesellschafter und Dritte einschneidenden Rechtswirkungen der Eintragung, welche die Geltendmachung von Gründungsmängeln weitgehend ausschließt.

Ansatzpunkt für Kritik ist aber, daß es in der gegenwärtigen Praxis vielfach üblich ist, den gesamten Gesellschaftsvertrag nicht nur auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesetz, sondern auch auf etwaige Unklarheiten und innere Widersprüche durchzusehen (Gustavus, GmbHR 1993, 259/263). Aus den daraus folgenden Beanstandungen resultieren mitunter erhebliche zeitliche Verzögerungen der Eintragung, vor allem wenn die beanstandeten Mängel durch eine notariell zu beurkundende Änderung des Gesellschaftsvertrages behoben werden müssen. Diese umfassende Prüfung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH durch das Registergericht ist deshalb auch einer der Kernpunkte der Kritik am geltenden Handelsregisterrecht aus Kreisen der Wirtschaft. So hat insbesondere der DIHT kritisiert, daß § 9 c GmbHG die Registergerichte zur materiellen Prüfung des Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf Gegenstände veranlasse, die für die Eintragung der Gesellschaft ohne Bedeutung seien, zumal eine gerichtliche Entscheidung die Gesellschafter in der Sache überhaupt nicht binde; die gerichtliche Prüfung solle sich de lege ferenda daher auf die eintragungs- oder veröffentlichungspflichtigen Umstände (§§ 3, 10 GmbHG) beschränken.

Aus diesem Anlaß hat deshalb auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ geprüft, ob sich eine gesetzliche Klarstellung dahin gehend empfehle, daß nur diejenigen Bestimmungen auf Mängel überprüft werden sollten, die im Handelsregister eingetragen werden müssen oder die sich auf spätere Beschlüsse der Gesellschafter auswirken können (z. B. unwirksame Vereinbarungen über das Stimmrecht). Die Arbeitsgruppe hat sich aber letztlich nicht für eine gesetzliche Konkretisierung der Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen und Satzungen ausgesprochen, weil ihr ein Bedürfnis hierfür nicht hinreichend nachgewiesen erschien.

Es ist jedoch davon auszugehen, daß die Reichweite des § 9 c GmbHG in bezug auf die Satzungskontrolle in Rechtsprechung und juristischer Literatur nicht

einheitlich geklärt ist, vielmehr die Vorschrift insoweit durchweg als zu unbestimmt angesehen wird. Einigkeit besteht lediglich darin, daß Fragen der Angemessenheit und Zweckmäßigkeit von Satzungsregelungen nicht zur Prüfung durch das Registergericht gehören. Im übrigen sind Rechtsprechung und Literaturstimmen zur Satzungs Kontrollkompetenz des Registergerichts alles andere als einheitlich:

- Nach einer Entscheidung des LG Frankfurt (NJW 1976, 522) soll das Gericht die Eintragung nicht von der Abänderung einer nichtigen Satzungsbestimmung abhängig machen dürfen, wenn die Nichtigkeit der Satzungsbestimmung die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages nicht in Frage stellt. Es sei nicht Aufgabe des Registergerichts, „durch die Kontrolle von Vertragswerken Streitigkeiten über die Rechtsgültigkeit einzelner Bestimmungen eines solchen Vertragswerkes vorzubeugen“. Das LG Mannheim (BB 1957, 448) hat dagegen, insoweit dem OLG Hamburg (DNotZ 1950, 472) folgend, eine Prüfungspflicht in bezug auf den gesamten Inhalt der Satzung angenommen, weil das Gericht nicht daran mitwirken dürfe, „rechtsunwirksame Vorgänge einzutragen und ihnen den Anschein der Gesetzmäßigkeit und Rechtsverbindlichkeit zu geben“.
- Die jüngere Judikatur der Obergerichte schwankt zwischen den Aussagen, die bloße Angemessenheit oder Zweckmäßigkeit von Satzungsregelungen gehöre nicht zur Prüfung durch das Registergericht (BayObLGZ 1974, 479/483), auch unklare Vorschriften seien grundsätzlich nicht zu beanstanden (OLG Köln WM 1981, 1263), es sei denn, deren Sinn sei auch durch Auslegung nicht zu ermitteln (OLG Stuttgart RPfl. 1980, 338), und der Forderung, widersprüchliche Regelungen seien jedenfalls dann zu beseitigen, wenn sie auch für Dritte von Bedeutung sein könnten (BayObLG DB 1993, 156).
- Auch der Kommentarliteratur ist ein entsprechender Meinungsstreit über die Reichweite des § 9 c GmbHG bzw. des § 38 Abs. 1 AktG zu entnehmen: Eher restriktiv interpretieren z. B. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl., § 9 c, RNr. 8, die Prüfungspflicht des Gerichts: Danach sei zu berücksichtigen, daß der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung bedarf, so daß der Registerrichter sich im Zweifel darauf verlassen könne, daß der Notar in eigener Verantwortung die rechtliche Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Erklärungen zu prüfen und Zweifel gemäß § 17 des Beurkundungsgesetzes ausdrücklich zu vermerken habe. Demgegenüber gehen z. B. Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl., § 9 c, RNr. 9, davon aus, daß sich die materielle Rechtmäßigkeitskontrolle der Gesellschaftserrichtung auch in bezug auf die Satzung umfassend zu vollziehen habe; die Satzung als notwendiger Gründungsakt dürfe weder ganz noch teilweise wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften unwirksam oder nichtig sein. Alle das Gesellschaftsverhältnis regelnden Bestimmungen seien in die Prüfung einzubeziehen; auch fakultative oder vom dispositiven Gesellschaftsrecht abweichende statutarische Regelungen seien auf

ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen, nicht dagegen bloß schuldrechtliche Nebenabreden, soweit nicht § 139 BGB eingreife. Eine Beanstandung erübrige sich nur in dem seltenen Ausnahmefall, daß die Bestimmung für die GmbH und ihre Gesellschafter offensichtlich ohne jede Bedeutung sei (Scholz/Winter, § 9c GmbHG, RNr. 17).

Vor diesem Hintergrund schlägt der Entwurf eine Ergänzung des § 9c GmbHG vor, die die Satzungskontrolle auf das nach Sinn und Zweck des § 9c GmbHG erforderliche Maß reduzieren soll. § 9c GmbHG soll sicherstellen, daß eine GmbH als juristische Person mit der Eintragung in das Handelsregister erst dann wirksam entsteht, wenn sie die vorgeschriebenen rechtlichen Anforderungen erfüllt. Das Registergericht hat insoweit lediglich die Aufgabe, zur Entstehung einer nach außen wirksamen juristischen Person beizutragen; es soll aber nicht im Sinne einer „vorbeugenden Rechtspflege“ als staatliche Stelle zur Vorab-Verhütung unzulässiger Vertragsklauseln zwischen Privaten wirken (vgl. auch Gustavus, GmbHR 1993, 259/264). Deshalb soll die Möglichkeit des Gerichts, die Ersteintragung der Gesellschaft von der Korrektur beanstandeter Satzungsbestimmungen abhängig zu machen, auf bestimmte, im Gesetz aufgezählte Fälle beschränkt werden.

Unzuträglichkeiten für den Rechts- und Handelsverkehr dürften – auch angesichts der notariellen Vorbereitung und Begleitung der Eintragungen von Kapitalgesellschaften – nicht zu befürchten sein, wenn die Prüfung von Satzungsbestimmungen, auf die es für das wirksame Entstehen einer juristischen Person nicht ankommt, im Eintragungsverfahren ausgeklammert und der späteren gerichtlichen Kontrolle auf Initiative der Beteiligten – nämlich dann, „wenn es darauf ankommt“ – vorbehalten werden. In jedem Fall wird das Ersteintragungsverfahren vor dem Registergericht im Hinblick auf solche Satzungsbestimmungen, die nicht dem vorgeschlagenen § 9c Abs. 2 GmbHG-E unterfallen, unbestreitbar dadurch entlastet und verkürzt, daß insoweit Beanstandungen durch Zwischenverfügung, Zurückweisung der Eintragung und ggf. Rechtsmitteleinlegung künftig entfallen. Diese Entlastung wird auch nicht etwa dadurch konterkariert, daß die Prüfung in späteren Registerverfahren, in denen es um Konsequenzen aus unbeanstandet gebliebenen Satzungsbestimmungen geht, nachgeholt werden müßte. Vielmehr wird auf diese Weise erreicht, daß die gerichtliche Kontrolle überhaupt erst dann eingreift, wenn ein Gesetzesverstoß im konkreten Fall virulent wird, und nicht bereits „vorbeugend“ im Wege einer generell-abstrakten Inhaltskontrolle. Schließlich wird die Entlastung des Eintragungsverfahrens auch nicht mit einer Zunahme kontradiktorischer Streitigkeiten um die Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen erkauft. Daß das Registergericht eine Satzungsbestimmung bei der Eintragung der Gesellschaft unbeanstandet gelassen hat, entfaltet schon im geltenden Recht keinerlei präjudizielle Wirkung für Zivilprozesse, in denen es auf die Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen ankommt. Auch von einem breiten Vertrauen der Beteiligten darauf, daß ein bei der Eintragung der Gesellschaft unbeanstandet gebliebener Gesell-

schaftsvertrag in allen Bestimmungen ordnungsgemäß sei, kann schon deshalb keine Rede sein, weil nach den Stellungnahmen aus der gerichtlichen Praxis und nach den Anforderungen eines großen Teils der Kommentarliteratur die registergerichtliche Inhaltskontrolle schon unter dem geltenden Recht erst gar nicht den gesamten Satzungsinhalt erfaßt.

Die hier vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung soll auf die Fallgestaltung beschränkt werden, daß einzelne Satzungsbestimmungen unwirksam oder nichtig sind. Dies soll in der Formulierung zum Ausdruck kommen, daß das Gericht wegen eines Mangels oder des Fehlens oder der Nichtigkeit einer Gesellschaftsvertrags- bzw. Satzungsbestimmung nur den Eintragungsantrag ablehnen darf, wenn einer der in § 9c Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GmbHG-E abschließend aufgeführten Gründe vorliegt.

Die Prüfung der Errichtung und Anmeldung der Gesellschaft durch das Gericht im übrigen wird dadurch nicht eingeschränkt, insbesondere auch nicht im Hinblick auf die Wirksamkeit des Zustandekommens der Satzung als solcher (z. B. Wirksamkeit der abgegebenen Beteiligungserklärungen der Gesellschafter, ordnungsgemäße Vertretung beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages etc.); auch die Prüfung der Anmeldung im übrigen, z. B. im Hinblick auf die in § 8 GmbHG geregelten Anmeldeerfordernisse, bleibt unberührt. Schließlich sollen von der Neuregelung, die sich auf die Errichtungsprüfung bei der Erstanmeldung einer Gesellschaft beschränkt, auch spätere Satzungsänderungen und deren Prüfung bei Anmeldung gemäß § 54 GmbHG ausgenommen bleiben. Dies soll zugleich in § 57a GmbHG klargestellt werden (s. dazu näher die Begründung zu Artikel 10 Nr. 6).

Es ist in diesem Zusammenhang auch erwogen worden, die Prüfungspflicht des Registerrichters in bezug auf bestimmte Satzungsbestimmungen von einem Prüfungsrecht hinsichtlich anderer Vertragsklauseln abzukoppeln, insbesondere also dem Gericht explizit die Möglichkeit einzuräumen, über die in § 9c Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GmbHG-E genannten zwingenden Prüfungskompetenzen hinaus weitere Satzungsbestimmungen zu prüfen, weil das Gericht nicht gezwungen werden sollte, vor rechtlichen Bedenken gegen einzelne andere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages „die Augen zu verschließen“. Ein ausdrückliches Beanstandungsrecht des Gerichts in diesem Sinne könnte aber, um die hier angestrebte Beschleunigung des Eintragungsverfahrens nicht zu gefährden und um die Rechtslage nicht noch zusätzlich zu komplizieren, gerade nicht mit einer Eintragungssperre verbunden werden und böte deshalb nur wenig Wirkung.

Zu Absatz 2 Nr. 1

Ausgehend von dem Gedanken, daß es sich bei der Satzungskontrolle um die Prüfung des rechtswirksamen Gründungsaktes handelt, soll bei der Inhaltskontrolle zunächst darauf abgestellt werden, daß die Satzung in jedem Fall wirksame Bestimmungen in bezug auf den gesetzlich vorgegebenen Mindestinhalt derselben enthält. Dies soll durch eine explizite

Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 GmbHG klargestellt werden.

Dadurch werden für die GmbH die wichtigen Bereiche

- Firma (einschließlich § 4 GmbHG, § 18 Abs. 2, § 30 HGB) und Sitz (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG),
- Unternehmensgegenstand (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG),
- Stammkapital und Stammeinlage (einschließlich § 5 GmbHG), § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GmbHG,

erfaßt und die diesbezüglichen Satzungsbestimmungen der vollen Inhaltskontrolle unterworfen. Nummer 1 erfaßt nur solche Bestimmungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages, die als Mindestbestandteil gesetzlich vorgeschrieben sind, damit die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag als wirksamer Bestandteil des Gründungsaktes qualifiziert werden kann; eine Prüfung daraufhin, ob die Satzungsbestimmungen insgesamt in Übereinstimmung mit (zwingendem) Gesetzesrecht stehen oder im Einzelfall davon abweichen, soll damit nicht verbunden sein.

Darüber hinaus soll der Gedanke Berücksichtigung finden, daß das Gericht nicht an der Eintragung oder Veröffentlichung unrichtiger Tatsachen oder unwirksamer Rechtsvorgänge mitwirken soll. Über den gesetzlichen Mindestinhalt der Satzung hinaus soll sich die Prüfungspflicht (und die Registersperre) nach Nummer 1 daher auf alle diejenigen Satzungsbestandteile erstrecken, die, z. B. nach § 10 Abs. 1 und 2 GmbHG, in das Handelsregister eingetragen oder gerichtlich bekanntgemacht werden. Damit sind z. B. auch die Satzungsbestimmungen über die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer erfaßt (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

Zu Absatz 2 Nr. 2

Nach Nummer 2 soll – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 241 Nr. 3 AktG – eine Satzungsbestimmung dann beanstandet werden können (und müssen), wenn durch ihren Inhalt Vorschriften verletzt werden, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind. Eine Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 241 Nr. 3 AktG erscheint auch im GmbH-Recht insoweit angebracht, als dort diese aktienrechtlichen Regelungen seit langem analog angewandt werden (vgl. BGHZ 51, S. 210). Die Anknüpfung an die in § 241 Nr. 3 AktG enthaltenen Tatbestandsmerkmale hat den Vorteil, daß auf die vorhandene Judikatur und Literatur zur Auslegung dieser Vorschrift zurückgegriffen werden kann.

Für die GmbH hat dies zur Folge, daß zahlreiche der zwingenden Vorschriften des GmbH-Gesetzes, weil dem Schutz der Gläubiger dienend (insbesondere auch solche zur Kapitalaufbringung und -erhaltung), mit in den Prüfungsumfang einbezogen blieben. Allerdings wird von der h. M. auch der Kreis der Normen, die sonst „im öffentlichen Interesse“ gegeben sind, weit gezogen; ihm unterfallen z. B. die Vorgaben für die Firma (die hier allerdings bereits in Nummer 1

enthalten wäre), die Eignungsvoraussetzungen für den Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 GmbHG), die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes, außerdem die Strafbestimmungen, namentlich die der §§ 82 ff. GmbHG.

Die im Tatbestand des § 241 Nr. 3 AktG weiter vorhandene Variante, daß ein Hauptversammlungsbeschluß bzw. eine Satzungsbestimmung mit dem „Wesen der Aktiengesellschaft (bzw. der GmbH) unvereinbar“ ist, soll dagegen hier nicht übernommen werden. Bei der Aktiengesellschaft wird dieses Merkmal ohnehin als bloßer Auffangtatbestand mit geringer Bedeutung angesehen, weshalb es in die Parallelvorschrift des § 38 Abs. 3 Nr. 2 AktG-E (s. Artikel 6 Nr. 2) auch nicht eingestellt ist. Der analogen Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG im GmbH-Recht wird insoweit aber erheblich weiterer Bedeutungsumfang beigemessen, als mit dem „Wesen der GmbH“ unvereinbar z. B. alle Abweichungen von den Vorschriften des GmbHG sein sollen, die unentziehbare Individual- oder Minderheitsrechte betreffen, wie sie etwa in den §§ 48, 51 a, § 50 Abs. 1 und 2, § 61 Abs. 2, § 66 Abs. 2 und 3 GmbHG enthalten sind (Lutter/Hommelhoff, Anhang § 47 GmbHG, RNr. 16). Die Aufnahme dieses Merkmals in den neuen Tatbestand des § 9c Abs. 2 GmbHG-E würde deshalb einen so weitreichenden Prüfungsumfang eröffnen, daß die beabsichtigte Beschränkung der gerichtlichen Prüfungspflicht nachhaltig in Frage gestellt wäre. Außerdem sollten derartige Satzungsbestimmungen das wirksame Entstehen der Kapitalgesellschaft durch Registereintragung nicht hindern, sondern Gegenstand etwaiger Streitverfahren zwischen den Beteiligten bleiben.

Aus ähnlichen Überlegungen verzichtet der Entwurf auch darauf, in Anlehnung an § 241 Nr. 4 AktG auch solche Satzungsbestimmungen mit einzubeziehen, die auf eine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger der Gesellschaft abzielen. Dieses Tatbestandsmerkmal würde z. B. eine Bestimmung, nach der als Entgelt für die Einziehung eines Geschäftsanteils zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger nur ein Bruchteil des Buchwertes angesetzt wird (vgl. Rohwedder-Fuhrmann, GmbHG, § 75 RNr. 7), mit einbeziehen. Die Einbeziehung auch solcher Fälle in die gerichtliche Inhaltskontrolle entspräche zwar der in der Literatur vertretenen (vermittelnden) Ansicht, die nicht jede gesetzeswidrige Satzungsbestimmung der Prüf- und Beanstandungspflicht unterwerfen will, wohl aber solche Regelungen, die gesetzeswidrig im Sinne von § 241 Nr. 3 und 4 AktG sind (Kraft, Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 38 RNr. 5; vgl. auch Hachenburg-Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 9c, Fn. 30). Aber damit würden die Prüfpflichten des Gerichts bei der Ersteintragung ebenfalls sehr weit und im Ergebnis viel zu nahe am geltenden Recht gezogen werden; außerdem spricht gegen die ausdrückliche Einbeziehung dieses Kriteriums, daß der Tatbestand der Sittenwidrigkeit bei tendenziell eher abstrakten Satzungsbestimmungen, um die es hier geht, erheblich schwieriger festzustellen sein würde als bei (konkreten) Hauptversammlungs- bzw. Gesellschafterversammlungsbeschlüssen, die § 241 AktG zum Gegenstand hat.

Zu Absatz 2 Nr. 3

Schließlich sollte das Gericht die Eintragung in jedem Fall ablehnen dürfen (und müssen), wenn eine einzelne Satzungsbestimmung unwirksam und dadurch, z. B. wegen § 139 BGB, die Nichtigkeit der Satzung insgesamt anzunehmen ist. Dies ist unverzichtbar, will man an der Funktion des Gerichts als Garant für das rechtswirksame Entstehen der juristischen Person festhalten. Daß das Gericht auf diese Weise dann doch gehalten ist, den gesamten Gesellschaftsvertrag durchzusehen, dürfte vor dem angestrebten Regelungsziel – Beschleunigung und Vereinfachung des Registerverfahrens – unschädlich sein: Die beklagte Verzögerung im Eintragungsverfahren dürfte in der Praxis nämlich weniger durch die Prüfung durch den Registerrichter als vielmehr durch die notwendige Korrektur von beanstandeten Satzungsbestimmungen (notariell zu beurkundende Änderung des Gesellschaftsvertrages) verursacht sein.

Zu Nummer 5 (§ 40 GmbHG)

Mit der vorgeschlagenen Neufassung des § 40 GmbHG sollen, entsprechend der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, die geltenden Regelungen über die Publizität der GmbH-Gesellschafter verbessert werden.

Nach geltendem Recht haben die Geschäftsführer einer GmbH jährlich gleichzeitig mit dem Jahresabschluß eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen oder, bei unverändertem Gesellschafterbestand, eine entsprechende „Negativklärung“ abzugeben (§ 40 Abs. 1 GmbHG).

Diese Regelung hat sich in der Praxis als nicht befriedigend erwiesen. Ihre Handhabung stellt nicht nur die Registergerichte vor erhebliche Probleme, sondern sie vermag auch dem berechtigten Interesse Dritter an einer Information über den aktuellen Gesellschafterbestand nicht zu genügen.

Denn zum einen muß, wie die Praxis zahlreicher Registergerichte zeigt, die jährliche Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste von den Gerichten erst ausdrücklich angefordert und die Einhaltung dieser Verpflichtung häufig mit einem erheblichen Aufwand erzwungen werden, weil die Geschäftsführer dieser Pflicht nur unvollkommen nachkommen. Kapazitätsengpässe bei den Gerichten führen dazu, daß mancherorts die zwangsweise Durchsetzung dieser Pflicht sogar gänzlich unterbleibt. Dadurch sind die bei Gericht zur Einsichtnahme durch Dritte bereitgehaltenen Gesellschafterlisten oftmals veraltet und verlieren damit den Informationsgewinn, den das Gesetz ihnen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs beimißt.

Des weiteren hat auch die Abgabe der Negativklärung bei unverändertem Gesellschafterbestand eine in der Praxis bemängelte Unübersichtlichkeit der Registerführung zur Folge, weil der zuletzt als aktuell eingereichte Stand der Liste in diesen Fällen nur über das Nachvollziehen einer ganzen Sammlung von im Sonderband abgehefteten Negativklärungen zu ermitteln ist.

Zum anderen steht der von den Gerichten hier zu betreibende Aufwand in einem Mißverhältnis zu dem Nutzen, den die Gesellschafterliste ohnehin für einen interessierten Dritten hat, da sie, selbst wenn sie regelmäßig jährlich eingereicht wird, ungünstigstenfalls den Gesellschafter- und Beteiligungsstand von vor einem Jahr, nicht aber den im Zeitpunkt der Einsichtnahme aktuellen Stand wiedergibt.

Es besteht aber unbestritten ein legitimes Interesse des Rechtsverkehrs an zutreffender Information über den aktuellen Gesellschafterbestand, welches sich nach den Erfahrungen der Gerichte und der Industrie- und Handelskammern auch in einer entsprechend häufigen Einsichtnahme der Listen widerspiegelt. Der DIHT hat dies bei den Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ durch zwei exemplarische Umfragen der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern und der Industrie- und Handelskammer zu Münster unter Banken, Versicherungsunternehmen, Auskunfteien und Inkassobüros belegt. Als legitime Interessen an der Information über den Gesellschafterbestand kommen in Betracht: die Erleichterung des Haftungsdurchgriffs auf Gesellschafter, die Offenlegung von Beherrschungsverhältnissen, die Überprüfung im Konkursfall, ob Gesellschafter eigenkapitaleretzende Darlehen gewährt haben, die Kontrolle der ordnungsgemäßen Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen und schließlich auch die Beurteilung der Bonität der Gesellschaft. Eine ersatzlose Abschaffung der Gesellschafterliste kommt deshalb nicht in Betracht.

Es ist vor diesem Hintergrund allerdings erwogen worden, auf die Führung der Gesellschafterlisten zu verzichten und an ihrer Stelle die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister vorzusehen. Eine solche Lösung wird in der Rechtsliteratur gefordert (Gustavus, Festschrift für Quack, 1991, S. 229 ff.) und ist auch von seiten der Notare vorgeschlagen worden, weil damit dem Interesse Dritter an einer umfassenden Gesellschafterpublizität am ehesten Rechnung getragen werde. Auch das österreichische Recht schreibt seit der Einführung des Firmenbuchs ausdrücklich die Eintragung der GmbH-Gesellschafter vor. Eine derartige Neuerung sieht der Entwurf aber nicht vor. Eine Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister wäre nur dann sinnvoll, wenn ihr konstitutive Wirkung für den Erwerb von Geschäftsanteilen beigemessen wird; dem steht jedoch die nach der gesetzgeberischen Konzeption des GmbH-Rechts erwünschte weitgehende Fungibilität der Anteile entgegen. Schon anläßlich der GmbH-Novelle von 1980 hatte der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages die im Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes aus dem Jahre 1973 (Drucksache 7/253) noch vorgeschlagene Pflicht zur unverzüglichen Anzeige eines jeden Gesellschafterwechsels zum Handelsregister ausdrücklich abgelehnt.

Zu Absatz 1

Vor dem geschilderten Hintergrund entscheidet sich der Entwurf daher, den Empfehlungen der Bund-

Länder-Arbeitsgruppe folgend, gewissermaßen als „Mittelweg“ dafür, daß die Gesellschafterlisten zwar in ihrer gegenwärtigen Form beibehalten werden, daß aber die Verpflichtung zu ihrer jährlichen Aktualisierung ersetzt wird durch eine Pflicht der Geschäftsführer, nach jeder Veränderung in der Person eines Gesellschafters oder im Umfang seiner Beteiligung unverzüglich eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen (Satz 1). Die jährliche „Negativklärung“ bei unverändertem Gesellschafterbestand, die das geltende Recht vorsieht, und die damit verbundene Belastung für die GmbH-Geschäftsführer wie für die Registergerichte kann damit entfallen. Auf diese Weise können sowohl die Gerichte entlastet als auch der Schutz der Gläubigerinteressen verbessert werden. Der bisher in § 40 Abs. 2 GmbHG geregelte Fall (Pflicht zur unverzüglichen Einreichung einer neuen Liste, sobald sich alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters oder daneben in der Hand der Gesellschaft vereinigt haben) wird von der allgemein geltenden Regelung nach Satz 1 miteingefügt, so daß auf den Regelungsgehalt des bisherigen Absatz 2 verzichtet werden kann.

Daneben werden nach Satz 2 die Notare verpflichtet, die Abtretung von Geschäftsanteilen, die sie nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundet haben, dem Gericht mitzuteilen. Es trifft zwar zu, daß die Abtretung des Geschäftsanteils nur eine von mehreren denkbaren Möglichkeiten ist, die zu einer Änderung des Gesellschafterbestandes führen können, etwa durch Erbfolge oder durch Einziehung eines Geschäftsanteils. Diese Fälle würden von der Mitteilungspflicht der Notare nicht erfaßt, ebensowenig wie eine Abtretung im Ausland, die von einem ausländischen Notar beurkundet wurde. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Abtretung des Geschäftsanteils im Inland wohl der bei weitem häufigste Fall der Änderung des Gesellschafterbestandes sein dürfte. Würde man auf die Anzeige des Notars verzichten, hätte das Registergericht kaum die Möglichkeit, überhaupt Kenntnis von Veränderungen im Gesellschafterbestand zu erlangen. Das Gericht benötigt aber tatsächliche Anhaltspunkte für einen Gesellschafterwechsel, um überhaupt die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer anzufordern und notfalls nach § 14 HGB zu erzwingen. Anderenfalls liefe jede registerrechtliche Sanktionierung ins Leere. Nur diese registergerichtliche Effizienz soll sichergestellt werden; keinesfalls will der Entwurf mit der Begründung einer Anzeigepflicht für notariell beurkundete Inlandsabtretungen in den differenzierten Streitstand zur Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen eingreifen.

Zu Absatz 2

Zusätzlich sanktioniert wird die Pflicht der Geschäftsführer zur unverzüglichen Einreichung einer aktualisierten Liste der Gesellschafter durch die in Absatz 2 vorgesehene Schadensersatzverpflichtung, die nach dem Vorbild des § 43 Abs. 2 GmbHG formuliert ist. Danach sollen die Geschäftsführer den Gläubigern der Gesellschaft für den ihnen entstehenden Schaden als Gesamtschuldner haften, wenn sie die Einreichung der aktualisierten Liste unterlassen.

Damit besteht zumindest eine materiell-rechtliche Sanktion bei Pflichtverletzungen in den Fällen, die von der Mitteilungspflicht des Notars nach Absatz 1 Satz 2 nicht erfaßt werden.

Zu Nummer 6 (§ 57 a GmbHG)

Die Neuregelung der Prüfung des Gesellschaftsvertrages nach § 9c Abs. 2 GmbHG-E (s. Artikel 10 Nr. 4) soll sich auf die Errichtungsprüfung bei der Erstanmeldung einer Gesellschaft beschränken. Die Prüfung bei der Eintragung späterer Satzungsänderungen gemäß § 54 GmbHG soll unberührt bleiben. Dies wird in § 57 a GmbHG klargestellt. Denn hier ist die Interessenlage anders als bei der Ersteintragung: Zum einen wäre eine Ausdehnung auf nachträgliche Satzungsänderungen angesichts des hier vorgeschlagenen § 9c Abs. 2 Nr. 1 GmbHG-E in sich widersprüchlich, denn die nachträgliche Änderung einer Satzungsbestimmung erhält überhaupt erst mit der Eintragung in das Handelsregister rechtliche Wirkung (§ 54 Abs. 3 GmbHG) und ist von dem Registergericht bekanntzumachen. Zum anderen dient die Klarstellung in § 9c Abs. 2 GmbHG-E dazu, dem Interesse an der Entstehung der juristischen Person durch Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister den Vorrang einzuräumen vor der vollständigen inhaltlichen Überprüfung aller Satzungsbestimmungen. Ein solcher Interessenskonflikt, der dieselbe Abwägung erfordert, besteht bei der bloßen Anmeldung einer nachträglichen Satzungsänderung gerade nicht, weshalb hier dem Registergericht grundsätzlich auch die Prüfung in formeller und inhaltlicher Sicht zustehen sollte.

Zu Artikel 11 (Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften)

Zu Nummer 1 (§ 3 GenG)

Die vom Entwurf verfolgte Liberalisierung des Firmenbildungsrechts soll auch die Firma von eingetragenen Genossenschaften erfassen, die gemäß § 17 Abs. 2 GenG als Kaufleute gelten. Deshalb wird hier künftig wie bei den Handelsgesellschaften nur die Angabe der Rechtsform zwingend vorgeschrieben, so daß insbesondere auch Sachfirmen und Phantasiefirmen für die Genossenschaft gewählt werden können. Die Beschränkungen des geltenden § 3 Abs. 1 GenG fallen damit weg. Im Gegensatz zum geltenden Recht ist es damit auch gestattet, Namen von Genossen oder anderen Personen in die Firma aufzunehmen, soweit die Firma dadurch nicht irreführend wird.

Die Verwendung der Abkürzung „eG“ ist im übrigen schon im geltendem Recht gestattet (§ 3 Abs. 2 Satz 1 GenG).

Das bisher in Absatz 3 enthaltene Verbot von Firmenzusätzen, die auf die Nachschußpflicht von Genossen im Konkurs hindeuten, soll dagegen als neuer Absatz 2 des § 3 GenG beibehalten werden. Diese Vorschrift ist durch die Novelle vom 9. Oktober 1973 (BGBl. I S. 1451) im Zusammenhang mit der Zulassung der Genossenschaft ohne Nachschußpflicht ein-

geführt worden. Zur Begründung wurde im damaligen Regierungsentwurf ausgeführt, daß der Rechtsverkehr aus dem Hinweis auf die Ausgestaltung der Nachschußpflicht sachlich nicht gerechtfertigte Schlüsse ziehen könne und dadurch Genossenschaften, die keine Nachschußpflichten vorsehen, gegenüber anderen Genossenschaften im Geschäftsverkehr benachteiligt werden könnten. Diese Argumentation erscheint zwar heute nicht mehr voll überzeugend (s. Müller, Kommentar zum GenG, 2. Aufl., Anm. 59 zu § 3). Eine Aufhebung dieses Verbots hätte aber zur Folge, daß die vor Inkrafttreten dieser Novelle üblichen Firmenzusätze „eGmbH“, „eGmuH“ wieder verwendet werden könnten. Solche Firmierungen würden zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, da unklar wäre, ob es sich um eine Genossenschaft oder GmbH handeln würde. Dem Informationsinteresse des Geschäftsverkehrs hinsichtlich der Ausgestaltung der Nachschußpflicht würde durch solche Zusätze nicht entsprochen, da die Höhe der Nachschußpflicht der Bestimmung im Statut überlassen ist, so daß ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Gläubiger ohne Einsicht in das Register ohnehin nicht erkennbar ist.

Zu Nummer 2 (§ 11 a Abs. 3 GenG)

Die neu eingefügte Vorschrift zur registergerichtlichen Kontrolle des Statuts bei der Anmeldung von Genossenschaften zum Genossenschaftsregister ist identisch mit der Parallelvorschrift in § 9c Abs. 2 GmbHG-E (s. Artikel 10 Nr. 4). Auf die Begründung zu dieser Vorschrift wird deshalb verwiesen.

Zu Nummer 3 (§ 161 GenG)

Die Vorschrift entspricht der in Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c vorgesehenen Neufassung des § 125 Abs. 3 FGG. Sie ist erforderlich, weil § 125 FGG nur für das Handelsregister (und kraft Verweisung in § 160b FGG auch für das Partnerschaftsregister), nicht aber für das Genossenschaftsregister gilt. Auf die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c wird verwiesen.

Zu Artikel 12 (Änderung des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes)

Zu Nummer 1 (§ 2 PartGG)

Zu Buchstabe a

§ 2 Abs. 2 PartGG verweist in der geltenden Fassung auf die Absätze 3 und 4 von § 19 HGB. Da deren Regelungsgehalt bei der Neufassung von § 19 HGB wegfällt (s. Artikel 3 Nr. 12), ist ihr Inhalt in den neuen Sätzen 2 und 3 des § 2 Abs. 1 PartGG aufgenommen worden.

Zu Buchstabe b

Da der Inhalt von § 19 Abs. 3 und 4 HGB in der geltenden Fassung als Sätze 2 und 3 in § 2 Abs. 1 PartGG übernommen wird, ist die Verweisung in § 2 Abs. 2 PartGG auf § 19 Abs. 3 und 4 HGB zu streichen. Auf die Begründung zu Buchstabe a wird verwiesen.

Zu Nummer 2 (§ 7 PartGG)

Mit der als Absatz 4 angefügten Verweisung auf den mit diesem Entwurf neu gefaßten § 125a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 HGB (s. Artikel 3 Nr. 28) wird erreicht, daß die dort für die offene Handelsgesellschaft vorgesehene Pflicht zur Angabe von Rechtsform, Sitz, Registergericht und Registernummer auf den Geschäftsbriefen auch für die Partnerschaft gilt. Zwar wird die Namensbildung bei der Partnerschaft nicht so weit frei gegeben, wie dies der Entwurf für die Personenhandelsgesellschaften vorsieht. Aber auch bei der Partnerschaft können die Namen ausgeschiedener oder verstorbener Partner im Namen der Partnerschaft fortgeführt werden, wie auch die Namen ausgeschiedener oder verstorbener Partner aus einer BGB-Sozietät in den Namen der Partnerschaft mit hinübergenommen werden können. Deshalb kann der Rechtsverkehr nicht in allen Fällen aus dem Namen der Partnerschaft die hinter ihr stehenden und ggf. persönlich für die Verpflichtungen der Partnerschaft haftenden natürlichen Personen erkennen.

Ferner kann durch die Angabe des Partnerschaftsregisters und der Registernummer eine deutliche Unterscheidung und damit Abhebung der Partnerschaft von freiberuflichen Sozietäten in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erzielt werden. Eine besondere Belastung der Partnerschaft entsteht hierdurch schon angesichts der in Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 39 EGHGB-E) vorgesehenen Aufbrauchfrist für vorhandene Vordrucke von Geschäftsbriefen nicht.

Zu Nummer 3 (§ 9 PartGG)

Auf Grund der Verweisung von § 9 Abs. 1 PartGG auf die §§ 131 bis 144 HGB wird der Grundsatz „Fortbestand der Gesellschaft vor Auflösung bei gesellschafterbezogenen Gründen“ auch in das PartGG übertragen. § 9 Abs. 2 PartGG, sachlich übereinstimmend mit § 131 Abs. 2 HGB-E (s. Artikel 3 Nr. 29), kann daher aufgehoben werden.

Zu Artikel 13 (Änderung des Depotgesetzes)

Zu den Nummern 1, 3, 5 und 6 (§§ 1, 15, 17, 31, 34, 35, 37 DepotG)

Nach § 1 Abs. 2 DepotG ist Verwahrer ein Kaufmann, dem im Betrieb seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung anvertraut werden. Der Anwendungsbereich erstreckt sich somit auch auf „Minderkaufleute“. Obwohl die praktische Bedeutung des Gesetzes im Hinblick auf „Minderkaufleute“ wie überhaupt auf „Kleingewerbetreibende“ als Verwahrer sehr gering sein dürfte, besteht aber keine sachliche Veranlassung, den Anwendungsbereich des Depotgesetzes insoweit einzuschränken. Hierfür spricht auch die Tatsache, daß auch der Einkaufskommissionär nach § 18 DepotG in Verbindung mit § 383 HGB „Minderkaufmann“ sein kann und der Entwurf in Artikel 3 Nr. 42 die Beibehaltung dieser Rechtslage vorsieht. Vor diesem Hintergrund ergeben sich die hier vorgesehenen Folgeänderungen des Depotgesetzes, mit denen die für den Verwahrer geltenden Vorschriften nicht mehr an

den Kaufmannsbegriff, sondern an den Gewerbebegriff angeknüpft werden. Damit ist sichergestellt, daß die für den Verwahrer geltenden Vorschriften des Depotgesetzes auch dann Anwendung finden, wenn das Unternehmen des Verwahrers nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Zu Nummer 2 (§ 5 Abs. 4 DepotG)

§ 5 Abs. 4 DepotG regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Wertpapiersammelbank einem ausländischen Verwahrer im Rahmen einer gegenseitigen Kontoverbindung Wertpapiere zur Sammelverwahrung anvertrauen darf. Zu diesen Voraussetzungen für eine Einbeziehung eines Wertpapiers in den durch die Novelle vom 17. Juli 1985 (BGBl. I S. 1507) zugelassenen grenzüberschreitenden Effekten giroverkehr gehörte ursprünglich, daß das Wertpapier sowohl im Inland als auch im Sitzstaat des ausländischen Verwahrers zum Handel auf einem qualifizierten Markt zugelassen ist. Diese Beschränkung wurde durch Artikel 7 des Zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1749) dadurch gelockert, daß auf das Erfordernis einer gleichzeitigen Zulassung des Wertpapiers sowohl im Inland als auch in dem betreffenden ausländischen Staat verzichtet wurde. Von einem vollständigen Verzicht auf dieses aus Vorsichtsgründen 1985 aufgenommene Kriterium wurde abgesehen, da aus der Sicht der Praxis hierfür kein Bedürfnis erkennbar war.

Inzwischen haben die Erfahrungen der Deutschen Kassenverein AG ergeben, daß der erweiterte Rahmen nicht ausreicht, um eine optimale Abwicklung grenzüberschreitender Wertpapiergeschäfte zu ermöglichen. Durch das Erfordernis einer Zulassung der einzubeziehenden Wertpapiere zu einem Markt würden außerbörslich gehandelte Wertpapiere („OTC-Handel“) ausgeklammert, so daß diese Geschäfte mit höherem Kostenaufwand über den Auslandskassenverein abgewickelt werden müssen.

Die vorgeschlagene Neufassung des § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 DepotG trägt dem Anliegen der Deutschen Kassenverein AG und der Kreditinstitute Rechnung. Die bisherige Ausklammerung von Wertpapieren, die nicht auf einem „geregelten Markt“ gehandelt werden, erscheint sachlich nicht geboten. Der depotrechtliche Schutz wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß auf die Anknüpfung an einen bestimmten Wertpapiermarkt verzichtet wird. Der für den grenzüberschreitenden Effekten giroverkehr notwendige Schutz der Anleger wird durch die Voraussetzungen in § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 3 hinreichend sichergestellt. Eine notwendige Voraussetzung für die Einbeziehung eines Wertpapiers in das Abwicklungssystem des § 5 Abs. 4 ist lediglich, daß es sich um ein sammelverwahrfähiges, d. h. vertretbares Wertpapier handelt, das von den beteiligten Sammelverwahrern im Rahmen ihrer gegenseitigen Kontoverbindung zum Effekten giroverkehr zugelassen ist. Es kann davon ausgegangen werden, daß die Deutsche Kassenverein AG im Hinblick auf ihre Haftung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 im Rahmen der gegenseitigen Kontoverbindung die Einhaltung des der gegenwärtigen

Praxis entsprechenden Standards bezüglich Zulassung und Lieferbarkeit weiterhin sicherstellt.

Die für einen Verzicht auf das Erfordernis nach § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a und b dargelegten Gesichtspunkte sprechen dafür, auch auf die in Absatz 4 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe c enthaltene Beschränkung auf Investmentanteile, die der sog. OGAW-Richtlinie vom 20. Dezember 1985 entsprechen, zu verzichten. Die Entscheidung darüber, welche Arten von Investmentanteilen in das System des § 5 Abs. 4 DepotG einbezogen werden, kann ohne Beeinträchtigung des notwendigen Anlegerschutzes den beteiligten Sammelverwahrern überlassen werden.

Zu Nummer 4 (§ 16 DepotG)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Aufhebung von § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18).

Zu Nummer 7 (§ 41 DepotG)

§ 41 DepotG stellt klar, daß das Depotgesetz auf öffentlich-rechtliche Banken und Sparkassen auch dann anzuwenden ist, wenn diese keine Kaufmannseigenschaft haben. Schon nach geltendem Recht sind hierfür keine praktischen Anwendungsfälle ersichtlich. Dies gilt umso mehr nach der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs in Artikel 3 Nr. 1 und der Aufhebung des § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18). Die Vorschrift kann daher aufgehoben werden.

Zu Artikel 14 (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs in Artikel 3 Nr. 1, 2 und 4. Die in § 6 c Satz 2 UWG den „Nichtkaufleuten“ i. S. des Satzes 1 gleichgestellten Personen, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, sind im geltenden Recht gerade die „Minderkaufleute“ nach § 4 Abs. 1 HGB. Da dieser Personenkreis aber künftig nicht mehr dem Kaufmannsbegriff des § 1 HGB-E unterfällt und deshalb schon von vornherein zu den „Nichtkaufleuten“ nach § 6 c Satz 1 UWG zählt – sofern diese Personen nicht von dem neuen Eintragsrecht nach § 2 HGB-E Gebrauch machen, dann aber uneingeschränkt als Kaufleute zu behandeln sind –, ist Satz 2 aufzuheben.

Zu Artikel 15 (Änderung der Gewerbeordnung)

Zu Nummer 1 (§ 15 a GewO)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Neuformulierung des Kaufmannsbegriffs in Artikel 3 Nr. 1, 2 und 4. Mit der Abschaffung der Rechtsfigur des Minderkaufmanns gibt es künftig keine Kaufleute mehr, die keine Firma führen dürfen.

Zu Nummer 2 (§ 15 b GewO)

Mit der Ergänzung wird – im Gleichklang mit den handelsrechtlichen Vorschriften über die Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen (s. für das geltende Recht

§ 35 a Abs. 2 und 3 GmbHG und § 80 Abs. 2 und 3 AktG; vgl. auch Artikel 3 Nr. 19 – § 37 a Abs. 2 und 3 HGB-E) – auch in der Gewerbeordnung näher bestimmt, welche geschäftlichen Mitteilungen als „Geschäftsbrief“ im Sinne des Gesetzes anzusehen sind.

Zu Artikel 16 (Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes)

Zu Nummer 1 (§ 95 GVG)

Mit dieser Ergänzung des § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG wird der von den Landesjustizverwaltungen gehegten Sorge Rechnung getragen, daß künftig in Zivilprozessen vor dem Landgericht im Zusammenhang mit der Prüfung der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen vermehrt Beweisaufnahmen darüber durchgeführt werden müßten, ob der Beklagte, auch ohne in das Handelsregister eingetragen zu sein, (materiell) Kaufmann i. S. des neuen § 1 Abs. 2 HGB-E ist. Deshalb soll die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 98 Abs. 1 Satz 2 GVG – nur noch für Klagen gegen einen eingetragenen Kaufmann (oder einen kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung von der Eintragung ausgenommenen Kaufmann, s. die Parallelregelung in § 109 Abs. 1 Nr. 3 GVG) gegeben sein.

Zu Nummer 2 (§ 109 GVG)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Aufhebung von § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18).

Zu Artikel 17 (Änderung des Beurkundungsgesetzes)

Es handelt sich um Folgeänderungen zum Verzicht auf die Firmenzeichnung zur Aufbewahrung beim Registergericht (s. nur Artikel 3 Nr. 16).

Zu Artikel 18 (Änderung der Zivilprozeßordnung)

Es handelt sich um Folgeänderungen, die sich aus der Abschaffung des „Minderkaufmanns“ durch Streichung des § 4 HGB (Artikel 3 Nr. 4) ergeben. Die für Kaufleute geltenden prozessualen Sondervorschriften des § 29 Abs. 2 ZPO (Gerichtsstand am vereinbarten Erfüllungsort), § 38 Abs. 1 ZPO (Gerichtsstandsvereinbarung) und § 1027 Abs. 2 ZPO (Formerleichterung bei Schiedsvereinbarungen) gelten bereits heute ausdrücklich nicht für die „in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden“, also die sog. „Minderkaufleute“. Die Neuregelung des Kaufmannsbegriffs durch Artikel 3 Nr. 1 (Neufassung von § 1 Abs. 2 HGB) schließt diesen Personenkreis – wie alle „Kleingewerbetreibenden“ – bereits im Grundsatz vom Kaufmannsbegriff aus. Sie sind daher nicht mehr Kaufleute, die in den Anwendungsbereich von § 29 Abs. 2, § 38 Abs. 1 und § 1027 Abs. 2 ZPO fallen würden. Machen diese Kleingewerbetreibenden dagegen von dem in § 2 HGB-E neu vorgesehenen Eintragsrecht Gebrauch, werden sie uneingeschränkt zu (Voll-)Kaufleuten, und zwar auch im Hinblick auf die hier in Re-

de stehenden zivilprozessualen Vorschriften. Die Bezugnahme in allen drei Vorschriften auf die „in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden“ kann daher ersatzlos entfallen. Eine Rechtsänderung für den betroffenen Personenkreis ist damit insoweit nicht verbunden.

[Anm.: Für die Formerleichterungen bei Schiedsvereinbarungen (bisher: § 1027 Abs. 2 ZPO) ist nach dem Entwurf eines Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes (Drucksache 13/5274) vorgesehen, die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff zugunsten des Merkmals „gewerbliche Tätigkeit“ aufzugeben (§ 1031 Abs. 5 ZPO-E). Bei Verabschiedung des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes entfällt daher die Folgeänderung unter Nummer 2.]

Zu Artikel 19 (Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung)

Artikel 40 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO) ist an die durch dieses Gesetz veränderte Rechtslage anzupassen. Da nicht lediglich terminologische Anpassungen, sondern auch sachliche Modifizierungen anstehen, kann nicht der – aufgrund der Erhaltung von Änderungsvorschriften grundsätzlich vorzugswürdige – Weg über Übergangsvorschriften beschritten werden, sondern die noch nicht in Kraft getretenen Änderungen des EGInsO müssen ihrerseits geändert werden.

Zu Nummer 1 (Artikel 40 Nr. 3 EGInsO)

Artikel 40 Nr. 3 EGInsO wird an die durch diesen Entwurf bereits vorweggenommene Korrektur zweier Fehlverweisungen in § 34 Abs. 1 und 2 HGB (s. Artikel 3 Nr. 17) angepaßt.

Zu Nummer 2 (Artikel 40 Nr. 6 EGInsO)

Die Änderungen im Personengesellschaftsrecht (s. Artikel 3 Nr. 29 ff.) führen zu Änderungen von Artikel 40 Nr. 6 EGInsO.

Dort kann zunächst der bisherige Buchstabe a entfallen, da die damit angestrebte Änderung bereits Gegenstand dieses Gesetzes (s. Artikel 3 Nr. 29) ist.

Die gebotenen terminologischen Anpassungen – Ersetzung von „Konkurs“ durch „Insolvenzverfahren“ – finden sich nach entsprechender Aktualisierung jetzt in Buchstabe a.

Der durch diesen Entwurf eingefügte § 131 Abs. 2 HGB (Ausscheidensgründe) wird auf Grund der Einführung weiterer Auflösungsgründe durch das EGInsO – als Absatz 2 geplant – verdrängt und wird nun Absatz 3 (Buchstaben b und c).

Zu Nummer 3 (Artikel 40 Nr. 7 bis 10 EGInsO)

Die Nummern 7 bis 10 des Artikel 40 EGInsO können gestrichen werden, da die zugrunde liegenden Vorschriften bereits durch dieses Gesetz aufgehoben werden (s. Artikel 3 Nr. 30 ff.).

Zu Artikel 20 (Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Zu Nummer 1 Buchstabe a und b (§ 125 Abs. 1 und 2 FGG)

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ hatte den Ländern empfohlen, verstärkt von den Konzentrationsmöglichkeiten des geltenden Rechts (§ 125 Abs. 2 FGG) Gebrauch zu machen, insbesondere eine Konzentration auf die mit der für die maschinelle Führung der Register notwendigen EDV ausgestatteten Gerichte anzustreben. Denn nach Ansicht der Arbeitsgruppe muß ein EDVgeführtes Handelsregister, das Eintragungsanträge sachgerecht und rasch bearbeiten soll, eine gewisse „Optimalgröße“ aufweisen, kann also nicht dezentral bei jedem einzelnen Amtsgericht geführt werden. Unter dieser Voraussetzung hatte die Arbeitsgruppe davon abgesehen, eine bundesweit zentrale Führung des Handelsregisters zu empfehlen, und statt dessen einer verstärkten Konzentration den Vorzug gegeben.

Der Konzentrationsgrad bei der Handelsregisterführung ist in den einzelnen Ländern jedoch nach wie vor höchst unterschiedlich. Insgesamt werden Handelsregister in Deutschland von 421 Amtsgerichten geführt. Während einige Länder die Registerführung sehr stark konzentriert haben, sind bei anderen Ländern, selbst bei Flächenstaaten, nur wenige oder gar keine Zuständigkeitskonzentrationen in bezug auf das Handelsregister vorgenommen worden. Im einzelnen weisen die Länder dabei folgendes Bild auf:

	Amtsgerichte (ohne Zweigstellen)	Handelsregister
Baden-Württemberg ...	108	53
Bayern	72	24
Berlin	12	1
Brandenburg	25	4
Bremen	3	2
Hamburg	6	1
Hessen	58	58
Mecklenburg-Vorpommern	31	4
Niedersachsen	80	80
Nordrhein-Westfalen ...	130	125
Rheinland-Pfalz	47	19
Saarland	11	11
Sachsen	30	3
Sachsen-Anhalt	35	4
Schleswig-Holstein	28	28
Thüringen	30	4

Vor diesem Hintergrund will der Entwurf das Anliegen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe mit einer schon bundesgesetzlich vorgegebenen stärkeren Konzen-

tration der Registerführung unterstützen. Die hier vorgeschlagene Neufassung des § 125 Abs. 1 FGG (Nummer 1 Buchstabe a) hat die Zuständigkeitsregelung für das Insolvenzgericht nach § 2 Abs. 1 InsO zum Vorbild: Dementsprechend soll für die Führung des Handelsregisters nicht mehr grundsätzlich jedes Amtsgericht, sondern nur noch das Amtsgericht am Sitz des Landgerichts für den gesamten Landgerichtsbezirk zuständig sein. Diese gesetzliche Konzentration erlaubt bereits von vornherein eine wirtschaftliche Führung der Register durch eine gewisse Zentralisierung, ohne daß es dazu noch Rechtsverordnungen der Länder bedürfte.

Selbstverständlich bleibt die Kompetenz der Länder, die Registerführung noch über das bundesgesetzlich vorgegebene Maß hinaus zu konzentrieren, von der Neuregelung unberührt. Um aber insoweit den organisatorischen und baulichen Gegebenheiten sowie strukturellen Besonderheiten in den einzelnen Ländern besser Rechnung tragen zu können, wird auch die entsprechende Ermächtigung in § 125 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FGG nach dem Vorbild von § 2 Abs. 2 Satz 1 InsO ausgestaltet (Nummer 1 Buchstabe b).

Die Regelung gilt auf Grund der Verweisungen in § 1 der Verordnung über das Genossenschaftsregister und § 160b Abs. 1 FGG auch für das Genossenschaftsregister und das Partnerschaftsregister.

Zu Nummer 1 Buchstabe c (§ 125 Abs. 3 FGG)

Mit dem vorliegenden Entwurf sollen auch die Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“, künftig das Geburtsdatum der in das Handelsregister einzutragenden Personen als Identifikationsmerkmal dieser Personen in das Handelsregister einzutragen, sowie eine Pflicht zur Einreichung der Geschäftsanschrift zum Handelsregister vorzusehen, umgesetzt werden.

1. Zur Eintragung des Geburtsdatums anstelle des „Standes“ oder Berufs natürlicher Personen

Die Angabe des Geburtsdatums kann, ohne daß dem Gründe des Datenschutzes entgegenstünden, Verwechslungen der eingetragenen Personen sicherer ausschließen als allein die im geltenden Recht vielfach vorgesehene Angabe des Berufes oder „Standes“. Mit diesem Vorschlag wird zugleich einer weit verbreiteten Anregung aus der Justiz und aus Kreisen der Wirtschaft, namentlich des DIHT gefolgt.

In Österreich ist bereits seit der Einführung des Firmenbuchs durch das Firmenbuchgesetz zum 1. Januar 1991 (öBGBI. Nr. 10/1991) in weitem Umfang auch die Anmeldung und Eintragung des Geburtsdatums in das Hauptbuch vorgeschrieben, und zwar für den Einzelkaufmann und für die vertretungsbefugten Personen bei allen übrigen Rechtsträgern – gleich, ob diese kraft ihrer organischen Stellung (etwa persönlich haftende und nicht von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter von Personengesellschaften) oder kraft besonderer Bestellung (etwa Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften) Vertretungsbefugnis besitzen –, außerdem für die Prokuristen und für die Abwickler (Liquidatoren),

ferner auch für die nicht vertretungsbefugten Gesellschafter der oHG und die Kommanditisten der KG sowie für Vorsitzende, Stellvertreter und Mitglieder des Aufsichtsrats von AG und GmbH sowie schließlich für die GmbH-Gesellschafter. In Österreich wird das eingetragene Geburtsdatum auch bekanntgemacht; allerdings nicht das von Kommanditisten (§ 162 Abs. 2 öHGB).

Dementsprechend sollen deshalb künftig alle in das Handelsregister, Genossenschaftsregister oder Partnerschaftsregister einzutragenden natürlichen Personen mit ihrem Geburtsdatum eingetragen werden. Dies setzt voraus, daß das Geburtsdatum von den hierzu verpflichteten Personen auch zum Handelsregister angemeldet wird. Das gleiche soll für die Bezeichnung der GmbH-Gesellschafter in der Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 GmbHG gelten.

Entsprechende Regelungen sind an mehreren Stellen des Entwurfs bereits durch besondere gesetzliche Vorschriften vorgesehen, s. Artikel 3 Nr. 25 und 34 (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 und § 162 Abs. 2 HGB), Artikel 5 Nr. 1 (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 und 5 EWIV-Ausführungsgesetz) sowie Artikel 10 Nr. 3 und 5 (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 Abs. 1 GmbHG). In diesen Fällen bieten sich die bestehenden gesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt der Anmeldung zum Handelsregister enumerativ vorschreiben, dazu an, das Geburtsdatum zusätzlich bzw. anstelle des Berufs oder „Standes“ in diese Aufzählungen aufzunehmen. In anderen Fällen finden sich solche passenden Vorschriften aber nicht, z. B. beim Einzelkaufmann oder bei den Abwicklern bzw. Liquidatoren.

Grundsätzlich ist es jedoch erforderlich, die Verpflichtung zur Eintragung (und Bekanntmachung) des Geburtsdatums durch den Gesetzgeber selbst vorzusehen. Dies gebieten nicht nur die Belange des Schutzes personenbezogener Daten. Entscheidend ist vielmehr, daß die Angabe des Geburtsdatums bei der Anmeldung zum Handelsregister, wie alle anderen gesetzlich vorgeschriebenen Angaben auch, mit den Mitteln des Zwangsgeldverfahrens nach § 14 HGB erzwungen werden können muß, um die Richtigkeit und Vollständigkeit des Registers mit Blick auf den öffentlichen Glauben nach § 15 HGB zu erreichen. Außerdem kann das Geburtsdatum auch zu einer für den Rechtsverkehr erheblichen Tatsache werden, wie dies nach dem Entwurf eines Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (Drucksache 13/5624) vorgesehen ist.

Eine Regelung über das Geburtsdatum allein in der Handelsregisterverfügung (bzw. in der Verordnung über das Genossenschaftsregister oder der Partnerschaftsregisterverordnung) reicht deshalb nur dann aus, wenn die gesetzliche Ermächtigung hierzu bereits hinreichend bestimmt ist. Dies aber ist in § 125 Abs. 3 FGG, der Rechtsgrundlage für die Handelsregisterverfügung (HRV), derzeit nicht der Fall. Diese Ermächtigung erlaubt dem Verordnungsgeber nur, die näheren Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters, die Einsicht in das Handelsregister und das

Verfahren bei Anmeldungen, Eintragungen und Bekanntmachungen zu treffen. Welche Tatsachen eingetragen werden, bestimmt dagegen bislang allein das Gesetz.

Aus diesem Grunde wird mit der hier vorgeschlagenen Ergänzung des § 125 Abs. 3 FGG die Ermächtigungsgrundlage dafür geschaffen, daß in der HRV die Anmeldung des Geburtsdatums zur Eintragung in das Handelsregister vorgeschrieben werden kann. Damit können in rechtstechnisch einfacher und flexibler Weise auch die Fälle erfaßt werden, in denen sich eine besondere gesetzliche Vorschrift nicht anbietet. Daß diese Angaben auch entsprechend § 14 HGB erzwungen werden können, ist ebenfalls in dem neuen § 125 Abs. 3 Satz 2 FGG angeordnet.

In diesem Zusammenhang soll zugleich – insoweit abweichend vom Referentenentwurf, auf Grund entsprechender Anregungen aus der gerichtlichen Praxis und von Seiten der Wirtschaft – auf die Anmeldung und Eintragung des Berufs oder „Standes“ natürlicher Personen verzichtet werden. Entsprechende Gesetzesänderungen sieht der Entwurf an zahlreichen Stellen vor, nachdem eine nähere Prüfung der europarechtlichen Vorgaben im Gesellschaftsrecht ergeben hat, daß die Angabe des Berufes oder „Standes“ auch im einschlägigen Gemeinschaftsrecht nicht vorgeschrieben ist. In Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe d) und j) der Ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (68/151/EWG) vom 9. März 1968 (ABl. EG Nr. L 65 S. 8) wird lediglich die Offenlegung der „Personalien“ vertretungsbefugter Gesellschaftsorgane und Liquidatoren vorgeschrieben. Dieser Vorgabe dürfte aber mit der Angabe von Name, Vorname, Wohnort und – künftig – Geburtsdatum genügt sein. Ähnliches gilt für die EWIV-Verordnung (Nr. 2137/85 vom 25. Juli 1985, ABl. EG Nr. L 199 S. 1), die in Artikel 7 Satz 2 lit. d) und g) hinsichtlich der Personalien der anzumeldenden Geschäftsführer und Abwickler nur deren Namen sowie „alle anderen Angaben zur Person, die von dem Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register geführt wird, verlangt werden“, vorschreibt. Auch hier ist also die in § 2 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3 Nr. 5 des deutschen EWIV-Ausführungsgesetzes vorgesehene Angabe des Berufs eine rein innerstaatliche Vorgabe.

Mithin kann durchweg auf die im deutschen Recht traditionell übliche Angabe des Berufs oder „Standes“ verzichtet werden, da diese in der Praxis ohnehin oftmals wenig aussagekräftig sind (z. B. „Kaufmann“). Als zuverlässige Identifikationsmerkmale reichen Namen und Geburtsdatum, ggf. Wohnsitz, aus. Auch der EDV-Programmieraufwand für das maschinell geführte Register (zusätzliches Datenfeld) wird dadurch reduziert.

Das Erfordernis der Berufsangabe soll allerdings nur dort gestrichen werden, wo es ausschließlich der Identifizierung einer Person dient, nicht hingegen dort, wo ihm eigenständige Bedeutung im Sinne einer Angabe über die Qualifikation der betreffenden Person zukommt. Dies ist z. B. bei den – vom Registergericht bekanntzumachenden – Angaben über den Beruf der Mitglieder des ersten

Aufsichtsrats (§ 40 Abs. 1 Nr. 4 AktG, § 117 Abs. 2 UmwG und § 33 Nr. 4 VAG) der Fall; ebenso bei den Vorschlägen für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern und Prüfern (§ 124 Abs. 3 Satz 3 AktG). Hier haben die betroffenen Kreise ein eigenständiges Interesse an der Berufsangabe, so daß dieses Erfordernis nicht gestrichen werden sollte; deutlich wird dies auch an der im Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vorgesehenen Erweiterung des § 124 Abs. 3 Satz 3 AktG und § 285 Nr. 10 Satz 1 HGB um die Angabe des „ausgeübten Berufs“. Auch in den §§ 3, 4 PartGG soll die Pflicht zur Angabe des „in der Partnerschaft ausgeübten“ Berufs der Partner beibehalten werden, da sie aus materiellen Gründen (Feststellung der Zugehörigkeit zu einem Freien Beruf; Beteiligung der zuständigen Berufskammer usw.) weiterhin erforderlich bleibt.

Im einzelnen sieht der Entwurf daher Streichungen der Berufs- bzw. Standesangabe vor in §§ 13 f, 106, 162 HGB, §§ 40, 42, 281 AktG, §§ 8, 40 GmbHG, § 2 EWIV-Ausführungsgesetz sowie in den entsprechenden Anpassungen der HRV und der Verordnung über das Genossenschaftsregister.

2. Zur Einreichung der Geschäftsanschrift

Einzelkaufleute und Handelsgesellschaften sollen künftig – ebenso wie Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Partnerschaften – verpflichtet werden können, dem Registergericht bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister die aktuelle Lage der Geschäftsräume (Geschäftsanschrift) mitzuteilen. Jede Änderung der Geschäftsanschrift soll dem Gericht unverzüglich mitgeteilt werden müssen.

Im geltenden Recht ist bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nur die Angabe des Ortes verpflichtend; die Angabe der genauen Anschrift nach § 24 HRV ist grundsätzlich nur freiwillig (Ausnahmen bestehen – aufgrund EU-rechtlicher Vorgaben – nur für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach § 13 e Abs. 2 Satz 3 HGB). Diese freiwillige Angabe hat sich in der Praxis als nicht ausreichend erwiesen. Die Ermittlung der für die Zustellung in gerichtlichen und behördlichen Verfahren erforderlichen Anschrift der Unternehmen verursacht häufig erheblichen Aufwand, insbesondere auch für Behörden und Gerichte.

Mit der Pflicht zur Mitteilung der Geschäftsanschrift wird die Aussagekraft des Handelsregisters erheblich gesteigert und damit das Informationsbedürfnis des Geschäfts- und Rechtsverkehrs befriedigt. Der Entwurf greift die entsprechende Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Handelsrecht und Handelsregister“ auf, die ausdrücklich auch vom DIHT mitgetragen worden ist. Die Regelung hat ihr Vorbild in § 3 Nr. 4 des österreichischen Firmenbuchgesetzes vom 11. Januar 1991 (öBGBI. S. 53). Anders als das österreichische Recht sieht der Entwurf allerdings nicht vor, daß die Geschäftsanschrift in das Handelsregister eingetragen wird und damit an dessen Publizitätswir-

kungen teilnimmt. Vielmehr wird die Anschrift „nur“ zum Handelsregister eingereicht und vom Gericht zu dem auch dem unbeschränkten Einsichtsrecht nach § 9 HGB unterliegenden Sonderband der Handelsregisterakten genommen. Das interessierte Publikum kann damit auch bei dieser Lösung leicht auf die Anschrift Zugriff nehmen.

Für die betroffenen Unternehmen bedeutet die Pflicht zur Mitteilung der Geschäftsanschrift und ihrer Änderung keine übermäßige Belastung. Da die Geschäftsanschrift nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, unterliegt sie nicht dem Formzwang des § 12 Abs. 1 HGB, d. h. bei ihrer Mitteilung reicht die einfache Schriftform aus. Auch die Mitteilung der Änderung der Geschäftsanschrift an das Registergericht stellt für die betroffenen Unternehmer und Unternehmen keinen besonderen Aufwand dar, unterrichten sie doch üblicherweise schon ihre Geschäftspartner und andere Stellen von der Verlegung der Geschäftsräume.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hatte es als wirksamstes Mittel zur Erfüllung der Pflicht zur Mitteilung der Geschäftsanschrift oder ihrer Änderung angesehen, daß an die dem Registergericht zuletzt mitgeteilte Anschrift eine „Zustellungsfiktion“ geknüpft wird. Diese Fiktion könnte nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe etwa so aussehen, daß ein unter der dem Registergericht zuletzt mitgeteilten Anschrift adressiertes Schriftstück mit der Aufgabe zur Post oder innerhalb einer bestimmten Tagesfrist danach als zugestellt gilt; damit werde eine wirksame Handhabe vor allem gegen solche Personen und Gesellschaften geboten, die sich bewußt dem Registergericht und dem Geschäftsverkehr im allgemeinen, insbesondere aber dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen versuchten.

Dieser Vorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wird in diesem Entwurf aber nicht aufgegriffen. Die Schaffung einer „Zustellungsfiktion“ oder einer anderen zustellungsrechtlichen Auswirkung, die an die dem Registergericht zuletzt mitgeteilte Anschrift anknüpft, läßt sich nur im Rahmen einer Gesamtreform des Zustellungsrechts verwirklichen; dies hat im übrigen auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe selbst so gesehen. Im Rahmen einer solchen Reform des Zustellungsrechts kann dann auch eine Reihe anderer offener Fragen im Zusammenhang mit der Zustellung an am Wirtschaftsleben Beteiligte, wie die vollständige inhaltliche Gleichstellung der Ersatzzustellung im Geschäftsraum mit der Ersatzzustellung in Wohnung und Haus (§§ 183, 181 ZPO), gelöst werden.

Zudem würde eine „Zustellungsfiktion“ erhebliche verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen, da sie mit dem Grundrecht der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Artikel 103 Abs. 1 GG in Einklang gebracht werden müßte. Es ist auch durchaus zweifelhaft, ob eine „Zustellungsfiktion“, wie sie von der Arbeitsgruppe vorgeschlagen worden ist, im Ergebnis für die Gerichte tatsächlich weniger aufwendig als ein Zwangsgeldverfahren wäre. Erfahrungen der Praxis zeigen, daß jede Art von

„Zugangsfiktion“ immer eine erhebliche Anzahl von Anträgen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach sich zieht. Denn von einer solchen Fiktion werden auch seriöse Unternehmen, die unverschuldet die Anschrift oder ihre Änderung nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt haben, erfaßt. Darüber hinaus gilt es zu bedenken, daß, wenn sich ein Unternehmen bewußt dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen will, diesen eine „Zustellungsfiktion“ im Ergebnis auch nur wenig nutzen wird, da die Gläubiger spätestens bei der Vollstreckung scheitern würden.

Im übrigen hilft schon das geltende Recht in einem großen Teil der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe als problematisch empfundenen Fälle weiter:

Sind der Sitz des Unternehmens, die Lage der Geschäftsräume und der Wohnort sowie der Aufenthaltsort des Vertreters oder Vorstands des Unternehmens unbekannt, kommt nämlich eine öffentliche Zustellung nach §§ 203ff. ZPO in Betracht; diese Vorschriften gelten kraft Verweisung auch im Handelsregisterverfahren (s. § 16 Abs. 2 FGG). Sollte die Zustellung an eine „unseriöse“ GmbH zunächst daran scheitern, daß deren besonderes Geschäftslokal mehrmals verschlossen angetroffen wurde, geht die Rechtsprechung davon aus, daß ein Geschäftslokal tatsächlich nicht vorhanden ist und der Gesellschaft nach § 184 Abs. 2 ZPO in der Wohnung des gesetzlichen Vertreters auch ersatzweise nach §§ 181, 182 ZPO zugestellt werden darf (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 21. Aufl. 1993, § 184 RNr. 10).

Damit eine Verletzung der Pflicht zur Mitteilung der Geschäftsanschrift oder ihrer Änderung bis dahin aber nicht sanktionslos bleibt, greift dieser Entwurf auf das eingespielte „Sanktionensystem“ des Handelsregisterverfahrens, nämlich das Zwangsgeldverfahren (§ 14 HGB, § 33 FGG), zurück. Es steht nicht zu befürchten, daß durch diese Regelung die Registergerichte übermäßig belastet werden, da die Unternehmen in der Regel ihrer – leicht zu erfüllenden – Verpflichtung schon im Rahmen des § 24 HRV in der geltenden Fassung nachgekommen sind oder nachkommen werden. Ein Tätigwerden der Registergerichte ist im übrigen ja auch nur dann angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung der Unternehmen hinsichtlich der Mitteilung der Anschrift und ihrer Änderung ergeben.

Vor diesem Hintergrund wird, um auch insoweit einen rechtstechnisch einfachen und flexiblen Weg zu beschreiten, die bestehende Verordnungsermächtigung in § 125 Abs. 3 FGG um die Möglichkeit ergänzt, die obligatorische Mitteilung der Geschäftsanschrift im Verordnungswege, d. h. insbesondere in der HRV, vorzuschreiben. Daß diese Mitteilung auch entsprechend § 14 HGB erzwungen werden kann, ist ebenfalls in dem neuen § 125 Abs. 3 Satz 2 FGG angeordnet. Darauf aufbauend soll § 24 der Handelsregisterverordnung zugleich eine entsprechende Neufassung erhalten (s. Artikel 23 Nr. 2 und die dort gegebene Einzelbegründung), die alle Fälle erfaßt.

Für das Genossenschaftsregister ist eine § 125 Abs. 3 FGG-E entsprechende gesetzliche Regelung in Artikel 11 Nr. 3 (§ 161 GenG) vorgesehen. Für das Partnerschaftsregister findet § 125 Abs. 3 FGG gemäß § 160b Abs. 1 FGG ohnehin entsprechende Anwendung, so daß es insoweit keiner besonderen Ermächtigungsnorm bedarf.

Eine Übergangsvorschrift für bereits eingetragene Personen und Unternehmen findet sich in Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 40 EGHGB). Die HRV wird durch Artikel 23, die Verordnung über das Genossenschaftsregister durch Artikel 22 und die Partnerschaftsregisterverordnung durch Artikel 21 entsprechend angepaßt.

Zu Nummer 2 (§ 132 FGG):

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Einführung des § 37a HGB-E (Artikel 3 Nr. 19).

Zu Artikel 21 (Änderung der Partnerschaftsregisterverordnung) und

Zu Artikel 22 (Änderung der Verordnung über das Genossenschaftsregister)

Die hier vorgenommenen Ergänzungen des § 5 Abs. 3 Satz 1 der Partnerschaftsregisterverordnung sowie des § 18 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 der Verordnung über das Genossenschaftsregister dienen der Konkretisierung der in § 24 Abs. 1 HRV-E (s. nachfolgend Artikel 23 Nr. 2) – der infolge der Verweisungen in § 1 der Partnerschaftsregisterverordnung und § 1 der Verordnung über das Genossenschaftsregister auch für das Partnerschaftsregister und das Genossenschaftsregister gilt – vorgesehenen Verpflichtung zur Eintragung des Geburtsdatums der in die jeweiligen Register einzutragenden natürlichen Personen.

Zu Artikel 23 (Änderung der Handelsregisterverordnung)

Zu Nummer 1 (§ 3 HRV)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Aufhebung von § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18).

Zu Nummer 2 (§ 24 HRV)

Die im Entwurf vorgesehene gesetzliche Pflicht zur Einreichung der Geschäftsanschrift der in das Handelsregister eingetragenen Unternehmen (s. dazu im einzelnen die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c – § 125 Abs. 3 FGG-E) soll in § 24 der Handelsregisterverordnung (HRV) konkretisiert werden. § 24 HRV bietet sich dazu als Standort an, weil er schon die entsprechende, bisher aber nur freiwillig zu erfüllende Verpflichtung erhält.

Außerdem soll auch die gesetzliche Pflicht zur Anmeldung des Geburtsdatums der einzutragenden Personen (s. dazu ebenfalls im einzelnen die Begründung zu Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c – § 125 Abs. 3 FGG-E) an dieser Stelle konkretisiert werden, soweit

dies nicht bereits in gesetzlichen Vorschriften geschehen ist.

Zu Absatz 1

Wie in § 125 Abs. 3 Satz 1 FGG-E (Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c) vorgesehen, sind bei der Anmeldung zum Handelsregister künftig auch die Geburtsdaten der einzutragenden Personen anzugeben. Neben Einzelkaufleuten, Gesellschaftern, Prokuristen, Vorstandsmitgliedern, Geschäftsführern und Abwicklern, die in Absatz 1 ausdrücklich erwähnt sind, werden davon auch die besonderen Vertreter nach § 13 e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB, § 106 Abs. 3 Versicherungsaufsichtsgesetz und § 53 Abs. 2 Nr. 1 Kreditwesengesetz sowie alle sonstigen namentlich in das Handelsregister einzutragenden natürlichen Personen erfaßt. Das Zwangsgeldverfahren entsprechend § 14 HGB findet hier Anwendung (s. Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c – § 125 Abs. 3 Satz 1 FGG-E).

Zu Absatz 2

Mit der Anmeldung zum Handelsregister ist künftig stets die Anschrift der Geschäftsräume des einzutragenden Unternehmens anzugeben (Satz 1).

Eine eigene Begriffsbestimmung für den „Geschäftsraum“ ist hier entbehrlich, weil insoweit auf die im Zustellungsrecht übliche Definition des in den §§ 183 und 184 ZPO verwendeten Begriffs des „Geschäftslokals“ angeknüpft werden kann (vgl. nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 183, RNr. 5, § 184, RNr. 4). Danach ist ein Geschäftsraum der für den Dienst oder die regelmäßige Ausübung des Berufes gerade des Unternehmers oder Unternehmens bestimmte Raum. Eine bloße Betriebsstätte, etwa eine Fabrik, ein Warenlager oder eine Auslieferungsstelle ist demnach kein „Geschäftsraum“. Auch eine Zweigniederlassung ist nicht „Geschäftsraum“ der Hauptniederlassung (insoweit abweichend für das Zustellungsrecht, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 183, RNr. 5, § 184, RNr. 4), da sie selbst ins Handelsregister eingetragen wird und in registerrechtlicher Sicht eine gewisse Selbständigkeit genießt. Deshalb wird die Pflicht zur Mitteilung der Geschäftsanschrift auch für Zweigniederlassungen besonders angeordnet (s. Absatz 3).

Damit die jeweils aktuelle Geschäftsanschrift den Akten des Handelsregisters entnommen werden kann, ist es erforderlich, daß auch Änderungen der Geschäftsanschrift dem Registergericht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, mitgeteilt werden (Satz 2).

Das Zwangsgeldverfahren entsprechend § 14 HGB findet zur Erzwingung dieser Angaben Anwendung (s. Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c – § 125 Abs. 3 Satz 1 FGG-E).

Hinsichtlich der öffentlichen Bekanntmachung der Geschäftsanschrift soll es bei der in § 34 HRV getroffenen Regelung bleiben, d. h. in der Veröffentlichung ist darauf hinzuweisen, daß diese Angabe, da vom Gericht nicht überprüft, ohne Gewähr für die Richtigkeit erfolgt.

Zu Absatz 3

Die Pflicht zur Mitteilung der Anschrift oder Änderung der Anschrift der Geschäftsräume gilt auch für Zweigniederlassungen. Der Wirtschafts- und Rechtsverkehr hat Interesse auch an der Kenntnis der Anschrift der Zweigniederlassung, zum einen, wenn es um Geschäfte geht, die mit dieser abgewickelt worden sind oder werden. Zum anderen können nach dem geltenden Zustellungsrecht Zustellungen auch bei der Zweigniederlassung mit Wirkung für die Hauptniederlassung vorgenommen werden (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 183, RNr. 5).

Zu Absatz 4

Absatz 4 entspricht dem bisherigen Regelungsinhalt des § 24 HRV hinsichtlich der Angabe des Geschäftszweigs.

Die Neufassung des § 24 HRV gilt infolge der Verweisungen in § 1 der Verordnung über das Genossenschaftsregister und § 1 Abs. 1 der Partnerschaftsregisterverordnung auch für die Mitteilung der Geschäftsanschrift zum Genossenschaftsregister und zum Partnerschaftsregister.

Zu den Nummern 3 und 4 (§§ 40, 43 HRV)

Mit den hier vorgenommenen Ergänzungen der §§ 40 und 43 HRV werden die Eintragungsvorschriften an die in § 24 Abs. 1 HRV-E (s. Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe c) vorgesehene Verpflichtung zur Eintragung des Geburtsdatums der in das Handelsregister einzutragenden Personen angepaßt.

Zu Artikel 24 (Änderung der Kostenordnung)

Zu Nummer 1 (§ 26 KostO)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Aufhebung des § 36 HGB (Artikel 3 Nr. 18).

Zu Nummer 2 (§ 27 KostO)

Bei der Bestimmung des Geschäftswertes von Beschlüssen nach dem Umwandlungsgesetz (§ 13, ggf. i. V. m. §§ 125, 176 Abs. 1, § 177 Abs. 1, § 178 Abs. 1, § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1, § 184 Abs. 1, §§ 186, 188 Abs. 1, § 189 Abs. 1 sowie nach § 193 Abs. 1 UmwG) ist unklar, ob diese Beschlüsse einen bestimmten Geldwert haben oder nicht. Bei Abspaltungen und Ausgliederungen ist weiter unklar, ob nur der Wert des übergehenden Vermögens oder das gesamte Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers anzusetzen ist. Diese Unklarheit wird durch den vorgeschlagenen § 27 Abs. 2 KostO beseitigt. Bei Beschlüssen ergibt sich wegen § 47 Satz 2 KostO höchstens eine Gebühr von 10 000 DM.

Zu Nummer 3 Buchstabe a und b (§ 38 KostO) und

Zu Nummer 7 (§ 85 KostO)

Die Änderungen in § 38 Abs. 2 Nr. 5 Buchstabe a und b sowie in § 85 KostO sind erforderlich, weil das Kabelpfandgesetz durch Artikel 13 § 1 Nr. 1 des Ge-

setzes vom 14. September 1994 (BGBl. I S. 2325) mit Wirkung vom 1. Januar 1995 aufgehoben worden ist.

Zu Nummer 3 Buchstabe c (§ 38 KostO)

Da künftig die Pflicht zur Zeichnung der Firma entfällt (s. nur Artikel 3 Nr. 16), ist auch der entsprechende Gebührentatbestand in § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO zu streichen.

Zu Nummer 4 (§ 39 KostO)

Schon nach bisherigem Rechtszustand hat die Rechtsprechung den Begriff der „Satzung“ in § 39 Abs. 4 KostO dahin gehend ausgelegt, daß hiervon auch Gesellschaftsverträge von Personenhandelsgesellschaften erfaßt sind. Nach Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (MittBayNot 1982, 88) soll § 39 Abs. 4 KostO auch für Gründungsverträge einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Mit der Einfügung des Wortes „Gesellschaftsverträge“ wird dem Rechnung getragen. Die Statuten sollen aus Gründen der Klarheit ausdrücklich genannt werden.

Die Regelung des § 39 Abs. 4 KostO soll auch in den Fällen gelten, in denen Gesellschaften oder andere Rechtsträger im Wege der Verschmelzung durch Neugründung oder der Spaltung zur Neugründung entstehen. Im Interesse der kostenrechtlichen Gleichbehandlung verschiedener Umwandlungsarten soll die Regelung ferner auf die Fälle der Verschmelzung durch Aufnahme oder der Spaltung zur Aufnahme erstreckt werden. Die bisherige Rechtsprechung, nach der § 39 Abs. 4 KostO auf Verschmelzungsverträge nicht anwendbar ist (BayObLG, Rpfleger 1975, 208), wird durch die vorgeschlagene Änderung gegenstandslos. Durch die Formulierung „Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz“ werden alle gesellschaftsrechtlich relevanten Akte mit Ausnahme der Beschlüsse erfaßt. Wegen der Beschlüsse wird auf die Begründung zu Nummer 2 verwiesen.

§ 39 Abs. 4 KostO umfaßt nach der vorgeschlagenen Fassung die Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die die Grundlage der Gesellschaft betreffen: Gründung der Gesellschaft, Verschmelzung durch Aufnahme in eine andere Gesellschaft oder durch Neugründung einer anderen Gesellschaft im Wege der Übertragung des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes, Spaltung der Gesellschaft als Ganzes oder von Vermögensteilen durch Übertragung der Vermögensteile als Ganzes auf andere bestehende Gesellschaften oder neu zu gründende Gesellschaften.

Zu Nummer 5 (§ 40 KostO)

Entsprechend dem Wortlaut und in der Rechtsprechung wird der Begriff der Mitberechtigung im geltenden § 40 Satz 1 KostO eng ausgelegt und nur auf die Fälle angewandt, in denen eine Sache in Mitberechtigung mehrerer Anteilshaber steht (z. B. Bruchteilsgemeinschaft). Eine Ausnahme für Gesamthandsgemeinschaften enthält § 40 Satz 2 KostO. Dieser ist jedoch auf sonstige Inhaber von Anteilen an Gesellschaften nicht anwendbar. Die nach dem jetzigen Wortlaut des § 40 KostO gebotene Wertbestimmung nach dem vollen Wert des Rechtsverhält-

nisses erscheint nicht sachgerecht, weil die nur anteilige Beteiligung eines Gesellschafters bei der Wertermittlung nicht zum Ausdruck kommt.

Durch den neuen Absatz 1 soll ein allgemeiner kostenrechtlicher Grundsatz ausdrücklich geregelt werden. Nach diesem Grundsatz ist eine Zustimmungserklärung so zu bewerten, daß der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung gleich dem Wert der Erklärung ist, der zugestimmt wird.

Absatz 2 Satz 1 erweitert den geltenden Satz 1 und schließt auch künftige Mitberechtigte in den Anwendungsbereich der Vorschrift ein.

Mit der vorgeschlagenen Formulierung soll ferner folgende Problematik einer Lösung zugeführt werden: § 40 KostO findet zwar Anwendung, wenn Miteigentümer einem Rechtsgeschäft eines Eigentümers in bezug auf den Gegenstand des Miteigentums zustimmen, nicht dagegen, wenn z. B. mehrere Miteigentümer der Belastung eines Erbbaurechts auf dem im Miteigentum stehenden Grundstück zustimmen. In diesem Fall hat der Miteigentümer am Gegenstand des Geschäfts (Belastung des Erbbaurechts) nämlich keinen Anteil. Wert der Zustimmungserklärung wäre demnach der Wert der Erklärung, der zugestimmt wird (das wäre für jeden Miteigentümer der volle Nennbetrag des Grundpfandrechts). Hier soll aber, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, nach dem vorgeschlagenen Absatz 2 Satz 1 nur die dem Anteil des Miteigentümers am Grundstück entsprechende Quote des Geschäftswertes zugrunde gelegt werden. Die Erweiterung soll dadurch erreicht werden, daß nicht mehr auf den Anteil am Gegenstand des Geschäfts abgestellt wird, sondern allgemein darauf, daß eine Zustimmungserklärung aufgrund einer Mitberechtigung abzugeben ist. Mit der vorgeschlagenen Formulierung würde auch klargestellt, daß für die Zustimmung des Mitnacherben zur Verfügung des Vorerben ein der Erbquote entsprechender Teil des Geschäftswertes anzusetzen ist (zur derzeitigen gegenteiligen Rechtslage Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 40 KostO, RNr. 3).

Absatz 2 Satz 2 sieht vor, daß die Regelung in Satz 1 auch für Zustimmungserklärungen von Anteilshabern nach dem Umwandlungsgesetz gilt (z. B. nach § 13 Abs. 2, § 43 Abs. 1, §§ 128, 193 Abs. 1, § 233 Abs. 1 UmwG).

Zu Nummer 6 (§ 41 KostO)

Die Erweiterung des § 40 bedingt eine Folgeänderung von § 41 Abs. 3 KostO.

Zu Artikel 25 (Änderung des D-Markbilanzgesetzes)

Es handelt sich um zwei Folgeänderungen, die sich aus der Abschaffung des „Minderkaufmanns“ durch Streichung des § 4 HGB (Artikel 3 Nr. 4) ergeben. Die in § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 DMBilG genannten Unternehmen sind der Bilanzierungspflicht nach § 1 Abs. 1 DMBilG nur insoweit unterworfen, als sie nicht zu den „in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden“, also den sog. „Minderkaufleuten“ gehören. Die Neuregelung des Kaufmannsbegriffs durch Artikel 3 Nr. 1, 2 und 4

schließt diesen Personenkreis – wie alle „Kleingewerbetreibenden“ – bereits im Grundsatz vom Kaufmannsbegriff aus. Machen die Kleingewerbetreibenden dagegen von dem in § 2 HGB-E neu vorgesehenen Eintragsrecht Gebrauch, werden sie uneingeschränkt zu (Voll-)Kaufleuten, und zwar auch im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Bilanzierungsvorschriften, so daß die Bezugnahme in beiden Vorschriften auf die „in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden“ ersatzlos entfallen kann. Eine Rechtsänderung für den betroffenen Personenkreis ist damit insoweit nicht verbunden.

Zu Artikel 26 (Änderung der Unternehmensrückgabeverordnung)

Zu Nummer 1 (§ 11 Abs. 1 Satz 1 URüV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Neudefinition des Kaufmannsbegriffs in Artikel 3 Nr. 1, 2 und 4, ohne daß damit in der Sache eine Rechtsänderung verbunden wäre.

Zu Nummer 2 (§ 11 Abs. 1 Satz 2 URüV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Neufassung von § 19 HGB, § 4 GmbHG und §§ 4, 279 AktG.

Zu Artikel 27 (Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang)

Es handelt sich um die übliche „Entsteinerungsklausel“, die es erlaubt, die durch die Artikel 6, 21, 22, 23 und 26 dieses Gesetzes vorgenommenen Änderungen von Rechtsverordnungen, die insoweit Gesetzeskraft erlangen, künftig wieder im Wege der Verordnung zu ändern.

Zu Artikel 28 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes.

Zu Absatz 1

Um insbesondere den Unternehmen, die nach der Neuregelung des Kaufmannsbegriffs und der Streichung von § 36 HGB zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet sind, die Einstellung auf die neue Rechtslage zu erleichtern, ist für die durch die Änderung des Kaufmannsbegriffs und die Aufhebung des § 36 HGB bedingten Vorschriften eine Vorlaufzeit von einem Jahr zuzüglich des Restes des laufenden Verkündungsjahres vorgesehen. Das gleiche gilt von den Neuregelungen über die Sitzwahl und die Gesellschafterlisten bei der GmbH im GmbHG.

Zu Absatz 2

Mit Rücksicht auf die durch die Zuständigkeitskonzentration nach Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe a, b bedingten Umstellungsarbeiten bei den Registergerichten ist hierfür ein weiteres Jahr, also insgesamt zwei Jahre Vorlaufzeit (zuzüglich des Restes des laufenden Verkündungsjahres) vorgesehen.

Zu Absatz 3

Die übrigen Vorschriften des Gesetzes, zu denen insbesondere die registergerichtlichen Verfahrenserleichterungen, aber auch die Neuregelung des Firmenrechts gehören, für die in Artikel 4 Nr. 3 besondere Übergangsvorschriften vorgesehen sind, sollen dagegen so schnell wie möglich in Kraft treten. Mit Rücksicht auf die notwendigen Vorarbeiten für die Software-Umstellung beim maschinell geführten Handelsregister sollen diese Änderungen, einer Anregung der Landesjustizverwaltungen entsprechend, allerdings nicht schon am Tage nach der Verkündung, sondern mit einer dreimonatigen Vorlaufzeit in Kraft gesetzt werden.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 714. Sitzung am 4. Juli 1997 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 3 Nr. 2 (§ 2 Satz 3 HGB)

In Artikel 3 Nr. 2 ist in § 2 Satz 3 der zweite Halbsatz wie folgt zu fassen:

„so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten“.

Als Folge ist in Artikel 3 Nr. 2 in § 3 Abs. 2 der zweite Halbsatz wie folgt zu fassen: „gilt § 2 entsprechend“.

Begründung

a) Der Entwurf sieht durch die Neufassung von § 2 eine Option für Kleingewerbetreibende zur Kaufmannschaft vor. Schon hiergegen könnten grundlegende Einwände aus der Sicht des Rechtsverkehrs erhoben werden, da unter Verkehrsgesichtspunkten bei einem eingetragenen Kaufmann eine geschäftliche Dimension nicht untergeordneten Ausmaßes erwartet wird. Gleichwohl kann im Einzelfall für einen Kleingewerbetreibenden ein beachtliches wirtschaftliches Interesse dafür bestehen, sich dem Kaufmannsrecht zu unterwerfen.

Hingegen widerspricht die freie Wahl eines Kleingewerbetreibenden, seine Option jederzeit ohne besondere Voraussetzungen wieder rückgängig machen zu können, grundlegenden Belangen des Verkehrsschutzes. Die Option in die Kaufmannschaft und wieder aus ihr heraus zu beliebigem Zeitpunkt sollte dem Rechtsverkehr nicht zugemutet werden, weil die Möglichkeit des öfteren Wechsels dazu führt, daß der Rechtsverkehr nicht mehr darauf vertrauen kann, daß ein einmal eingetragener Kaufmann so lange Kaufmann ist, wie er sein bekanntes Gewerbe betreibt. Es kann den Geschäftspartnern von Kleingewerbetreibenden nicht zugemutet werden, vor jedem Rechtsgeschäft Einsicht in das Handelsregister zu nehmen, ob eine einmal ausgeübte Option zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses noch besteht. Die Neufassung von § 1 Abs. 2 hilft hierüber nicht hinweg, da es sich nur um eine widerlegliche Vermutung und nicht um einen Einwendungsausschluß handelt. Die Frage der Kaufmannseigenschaft ist aber für die Anwendung des Vierten Buches über die Handelsgeschäfte von entscheidender Bedeutung.

Deshalb sieht § 3 Abs. 2 in der geltenden Fassung auch zu Recht vor, daß Land- und Forstwirte, die für die Kaufmannschaft optiert haben,

ihre Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Löschung kaufmännischer Firmen löschen lassen können. Dieser Grundsatz findet sich auch in der Neufassung von § 3 Abs. 2 wieder. Eine unterschiedliche Behandlung bei der Ausübung des Wahlrechts in die Kaufmannschaft für Land- und Forstwirte einerseits sowie für die übrigen Gewerbetreibenden andererseits erscheint trotz unterschiedlicher Voraussetzungen wegen der bestehenden Verkehrsschutzaspekte nicht sachgerecht.

b) Des weiteren wird die nur dem Willen des Kleingewerbetreibenden unterstehende jederzeitige Möglichkeit der Löschung zu zusätzlichen Belastungen der Registergerichte führen. Sobald in den entsprechenden Verkehrskreisen bekannt ist, daß jederzeit folgenlos eine einmal vorgenommene Eintragung wieder rückgängig gemacht werden kann, wird zwangsläufig die Zahl der Eintragungs- und Löschanträge höher sein, als wenn der Kleingewerbetreibende für die Dauer des Betriebs seines Gewerbes an die einmal getroffene Entscheidung gebunden ist.

Ferner wird die Prüfung eines Löschantrags, der gestellt wird, ohne daß eine Beendigung des Gewerbebetriebs vorliegt, wesentlich aufwendiger als bisher. Bei jedem dieser Anträge hätte das Registergericht zu prüfen, ob nicht inzwischen die Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs eingetreten ist. Hierzu müssen die Registergerichte nach § 12 FGG umfangreiche Ermittlungen unter Inanspruchnahme der Industrie- und Handelskammern vornehmen. Da insgesamt keine zwingenden sachlichen Gründe für die jederzeitige Lösungsmöglichkeit einer einmal eingetragenen Firma bestehen, ist den Mehrbelastungen der Registergerichte entgegenzutreten.

c) Auch aus grundsätzlichen rechtspolitischen Erwägungen bezüglich des Schutzes der Kleingewerbetreibenden sollte ihnen die Zulassung zur Kaufmannschaft nicht zu einfach gemacht werden. Vor dem Antrag auf Eintragung muß einem Kleingewerbetreibenden klar sein, welche z. T. nachhaltigen Rechtsfolgen seine Entscheidung auslöst. Durch den Umstand, daß eine Entscheidung für die Kaufmannschaft für die Dauer des Betriebs des Gewerbes nicht korrigierbar ist, wird eine Hürde geschaffen, die gewährleistet, daß eine entsprechende Option nur nach reiflicher Überlegung getroffen wird.

d) Vorstehende Erwägungen gelten auch für das Optionsrecht der Personenhandelsgesellschaften, das § 105 Abs. 2, der auf § 2 verweist, vorsieht.

2. Zu Artikel 3 Nr. 7 (§ 13 c Abs. 2 Satz 2 HGB)

In Artikel 3 Nr. 7 ist in Buchstabe b nach Doppelbuchstabe aa folgender Doppelbuchstabe aa₁ einzufügen:

„aa₁) Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„Die Gerichte der Zweigniederlassungen haben die Eintragungen ohne sachliche Nachprüfung sinnigleich in ihr Handelsregister zu übernehmen.““

Begründung

Die geltende Fassung geht davon aus, daß die Eintragungen bei den Gerichten der Zweigniederlassungen wortgleich zu erfolgen haben. Dies berücksichtigt allerdings nicht, daß in zunehmendem Maß bei den Registergerichten Textbausteine in EDV-Systemen verwendet werden, die von Gericht zu Gericht abweichen können, ohne jedoch inhaltlich eine Änderung zu bedeuten.

Der Zwang zur wortgleichen Übernahme führt dazu, daß bei den Gerichten der Zweigniederlassungen Textbausteine bei diesbezüglichen Eintragungen nicht stets verwendet werden können. Deshalb sollte zur Vereinfachung des Geschäftsbetriebs bei den Gerichten der Zweigniederlassungen eine sinnigleiche Eintragung anstelle einer wortgleichen als ausreichend angesehen werden.

3. Zu Artikel 3 Nr. 11 (§ 18 Abs. 2 Satz 1, 2 HGB)

In Artikel 3 Nr. 11 ist § 18 Abs. 2 wie folgt zu ändern:

a) In Satz 1 ist vor dem Wort „irrezuführen“ das Wort „ersichtlich“ einzufügen.

b) Satz 2 ist zu streichen.

Begründung

Die Regelungskonzeption des Absatzes 2 ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch ist die vorgesehene Aufteilung der Prüfungsmaßstäbe in einen materiellen (Satz 1) und in einen verfahrensrechtlichen (Satz 2) problematisch und wird bei der Rechtsanwendung der Registergerichte und der Beschwerdegerichte Probleme bereiten. Satz 2 schränkt das Amtsermittlungsprinzip des § 12 FGG beträchtlich ein. Zwar spielt schon heute die Amtsermittlung im Firmeneintragungsverfahren nicht die herausgehobene Rolle. Nach der Konzeption des Entwurfs soll die Amtsermittlung jedoch gänzlich ausgeschlossen sein. Dem Registergericht ist es auch bei Zweifeln über die Eignung zur Irreführung verwehrt, gegebenenfalls ergänzende Ermittlungen anzustellen oder Auskünfte einzuholen. Dies widerspricht einer wohlverstandenen vorbeugenden Rechtspflege, die zumindest die Möglichkeit haben muß, in Zweifelsfällen dem Grundsatz der Amtsermittlung des § 12 FGG gerecht zu werden. Im Falle mangelnder Ersichtlichkeit wäre das Registergericht zur Eintragung verpflichtet. Auf die Unzulässigkeit der eingetragenen Firma könnten sich

Dritte allerdings im Verfahren gemäß § 37 Abs. 2 oder § 3 UWG berufen. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die firmenrechtliche Zulässigkeit der eingetragenen Firmen sollte nicht ohne Not durch eine hohe verfahrensrechtliche Hürde eingeschränkt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil eine nachträglich festgestellte Unzulässigkeit der Firma erhebliche wirtschaftliche Nachteile für das betroffene Unternehmen zur Folge haben kann. In Rechnung zu stellen sind neben den vergeblichen Investitionen für die Einführung der Firma und den Kosten für die Umstellung auch der mögliche Rufschaden und der Imageverlust. Auch sollten streitige Verfahren über die Zulässigkeit einer Firma z. B. nach § 3 UWG soweit wie möglich zurückgedrängt werden.

Zwar soll auf die Ersichtlichkeit der Irreführungseignung insgesamt nicht verzichtet werden. Sie sollte aber nicht als formelle Prüfungssperre, sondern als unbestimmter materieller Rechtsbegriff ausgestaltet werden, der in den unterschiedlichen Verfahrensstadien eines Eintragungsverfahrens auch unterschiedlicher Auslegung zugänglich sein kann.

4. Zu Artikel 3 Nr. 18 (§ 36 HGB)

Artikel 3 Nr. 18 ist zu streichen.

Als Folge sind Artikel 4 Nr. 3 § 38 Abs. 3, Artikel 6, Artikel 7, Artikel 13 Nr. 4, Artikel 16 Nr. 2, Artikel 23 Nr. 1, Artikel 24 Nr. 1, in Artikel 27 die Angabe „6,“ in Artikel 28 Abs. 1 die Angaben „6, 7,“ und „23 Nr. 1,“ zu streichen.

Begründung

Durch die vorgesehene Aufhebung des § 36 HGB würden nicht nur die Kommunen verpflichtet, ihre wirtschaftlichen Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit in das Handelsregister eintragen zu lassen, vielmehr würde dies künftig auch für alle öffentlichen Unternehmen gelten. Bislang brauchen sich diese nicht in das Handelsregister eintragen zu lassen. Erfolgt gleichwohl eine Anmeldung, so ist die Eintragung bislang auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens beschränkt.

Durch die vorgesehene Streichung dieser Ausnahmemöglichkeit würde ein unnötiger Arbeits- und Kostenaufwand für die betroffenen Kommunen und öffentlichen Unternehmen entstehen. Dies stünde im Gegensatz zu den Bemühungen aller staatlichen Ebenen, den Verwaltungsaufwand insgesamt zu reduzieren.

Es ist auch sachlich nicht erforderlich, daß diese kommunalen und die anderen öffentlichen Unternehmen in das Handelsregister eingetragen werden. Die gebotene Publizität ist bereits durch andere kommunalrechtliche Regelungen (z. B. Veröffentlichung der Betriebsatzung) gewährleistet.

Die kommunalen Unternehmen sind entgegen der Auffassung der Bundesregierung (vgl. Nr. 4 Buchstabe b der Begründung) mit den Unternehmen der Privatwirtschaft gerade nicht vergleichbar. Sie müssen ausnahmslos durch den „öffentlichen Zweck“ (in einigen Ländern „dringenden öffentlicher Zweck“) gerechtfertigt sein. Ein echter Wettbewerb zwischen den wirtschaftlichen Unternehmen der Kommunen und der Privatwirtschaft, wie ihn die Bundesregierung sieht, findet nicht statt.

Im übrigen liegen keine Erkenntnisse darüber vor, daß es seit Bestehen dieser Regelung im Hinblick auf die Transparenz der Verhältnisse bei solchen Unternehmen zu Anfragen oder Beschwerden Betroffener gekommen ist. Auch von daher besteht kein Bedürfnis für die vorgesehene Streichung des Ausnahmetatbestandes des § 36 HGB.

5. Zu Artikel 3 Nr. 34 a – neu – (§ 175 Satz 2 HGB)

In Artikel 3 ist nach Nummer 34 folgende Nummer 34 a einzufügen:

„34 a. § 175 Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„In der Bekanntmachung der Eintragung ist nur allgemein auf die Änderung der Beteiligung hinzuweisen.““

Begründung

Die geltende Fassung von Satz 2 führt zu für die Registergerichte aufwendigen, für den Leser aber gleichwohl nichtssagenden Bekanntmachungen. Als Beispiel kann folgende Bekanntmachung dienen:

Durch Gesamtrechtsnachfolge:

Ein Kommanditist ist ausgeschieden.

Zwei Kommanditisten sind eingetreten.

Durch Sonderrechtsnachfolge:

Ein Kommanditist ist ausgeschieden.

Eine Kommanditeinlage ist erhöht.

Diese Informationen sind für den Leser der Bekanntmachungen von geringem Wert, da, wie bei der Ersteintragung, die Summe der haftenden Kommanditeinlagen nicht angegeben ist und auch die Namen der Kommanditisten nicht erscheinen. Es sollte daher zur Vereinfachung der Arbeit der Registergerichte bei Veränderungen von Kommanditbeteiligungen lediglich ein Hinweis erfolgen, daß sich bei den Kommanditbeteiligungen Änderungen ergeben haben. Die Zahl und der Rechtsgrund der Änderungen sollen nicht mehr in die Bekanntmachungen aufzunehmen sein.

Die vorgeschlagene Änderung führt ferner zu einer Verringerung der ohnehin hohen Veröffentlichungskosten.

Die Belange des Rechtsverkehrs werden durch die vorgeschlagene Änderung nicht beeinträchtigt, da bei Inanspruchnahme von Kommanditisten im Einzelfall ohnehin eine Einsicht in das Registerblatt notwendig ist, um die Haftungssumme feststellen zu können.

6. Zu Artikel 3 Nr. 36 (§ 177 HGB)

Artikel 3 Nr. 36 ist wie folgt zu fassen:

„36. § 177 wird wie folgt gefaßt:

„§ 177

Beim Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit den Erben fortgesetzt.““

Begründung

Die bisherige Fassung des § 177 wird durch die Änderung von § 131 hinfällig. Es entspricht in Abwesenheit anderweitiger vertraglicher Bestimmungen beim Tod eines Kommanditisten eher dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter und der Erben, wenn diese in die Rechtsstellung des verstorbenen Kommanditisten einrücken. Der Regelfall der bestehenden Interessen soll durch die Neuformulierung von § 177 im Gesetz niedergelegt werden.

Von dieser gesetzlichen Regelung kann jedoch ohne weiteres durch vertragliche Bestimmung abgewichen werden. So kann für den Fall des Todes eines Kommanditisten sowohl die Auflösung der Gesellschaft vorgesehen werden als auch das Ausscheiden nach § 131 Abs. 2 Nr. 1 in der Fassung des Entwurfs. Ebenso ist eine qualifizierte Nachfolgeklausel denkbar, in der das Nachrücken nur eines oder einzelner Erben in die Kommanditistenstellung (etwa bei besonderer beruflicher Qualifikation etc.) in Gesellschaftsvertrag oder letztwilliger Verfügung bestimmt wird.

7. Zu Artikel 4 Nr. 3 (Artikel 38 Abs. 3 Satz 2 – neu – EGHGB)

In Artikel 4 Nr. 3 ist dem Artikel 38 Abs. 3 folgender Satz anzufügen:

„Dies gilt auch für die erste Eintragung der vor dem ... (einsetzen: Datum des Tages des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 1 dieses Gesetzes) errichteten Zweigniederlassungen des Unternehmens.“

Begründung

Klarstellung des Gewollten im Fall des Festhaltens an Artikel 3 Nr. 18 des Gesetzentwurfs. Nicht nur die erste Eintragung des Unternehmens selbst, sondern auch seiner bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden Zweigniederlassungen soll gebührenfrei sein.

8. Zu Artikel 9 Nr. 2 (§ 38 Abs. 3 Nr. 2 AktG)

In Artikel 9 Nr. 2 sind in § 38 Abs. 3 Nr. 2 nach dem Wort „Gesellschaft“ die Wörter „sowie deren Gesellschafter“ einzufügen.

Begründung

Die Fassung des Entwurfs beraubt die Registergerichte ohne sachliche Notwendigkeit der Möglichkeit einer sinnvollen vorbeugenden Rechtskontrolle von Satzungsbestimmungen. Unstreitig sollen die Registergerichte Satzungsbestimmungen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit, auf Unklarheiten oder ähnliche sachliche Schwächen prüfen und zum Anlaß einer Zurückweisung nehmen. Dem trägt der neue Absatz 3 Rechnung.

Er läßt jedoch bei den Satzungsbestimmungen, die nach wie vor einer vorbeugenden Kontrolle unterliegen, die maßgebliche Gruppe der Gesellschafter außer Betracht. Es muß nach Sinn und Zweck der registerrechtlichen Prüfung ausgeschlossen sein, daß eine Gesellschaft mit einer Satzung eingetragen wird, die wesentliche Rechte der Gesellschafter (z. B. gesetzliche Minderheitenrechte) nicht berücksichtigt. Eine vorbeugende Kontrolle von Satzungsbestimmungen, die wesentliche Rechte der Gesellschafter schützen, ist wesentlich weniger aufwendig als die spätere Überprüfung im Rahmen eines streitigen Verfahrens (z. B. Verfahren nach § 132 wegen unzulässiger Einschränkung des Einsichtsrechts nach § 131).

Ferner würde eine Zurückweisung von Anmeldungen zum Handelsregister, die auf gesetzwidrigen Satzungsbestimmungen beruhen, sowohl bei den Beteiligten als auch den Gerichten zu einem Mehraufwand führen, der durch eine vorbeugende Rechtskontrolle vermeidbar wäre. Auch würde bei den Anmeldenden Unverständnis darüber herrschen, daß zwar eine Gesellschaft mit fehlerhaften Satzungsbestimmungen eingetragen werden kann, Beschlüsse, die auf solchen Satzungsbestimmungen beruhen, aber vom Registergericht bei der Anmeldung beanstandet werden müssen.

Eine Verzögerung der Eintragungen durch die vorbeugende Kontrolle von Bestimmungen, die auch dem Schutz der Gesellschafter dienen, ist nicht zu befürchten.

9. Zu Artikel 9 Nr. 5 (§ 279 Abs. 2 – neu – AktG)

In Artikel 9 Nr. 5 ist § 279 wie folgt zu ändern:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 ist anzufügen:

„(2) Wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muß die Firma, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.“

Begründung

Der Bundesgerichtshof hat mit dem erst jetzt veröffentlichten Beschluß vom 24. Februar 1997 – II ZB 11/96 – entschieden, daß bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei der eine GmbH einziger Komplementär ist, die Haftungsbeschränkung in analoger Anwendung des geltenden § 19 Abs. 5 HGB in der Firma kenntlich zu machen ist. Dazu bietet sich z. B. die Bezeichnung „GmbH & Co. KGaA“ an. Diese Regelungslücke sollte im Zusammenhang mit der grundlegenden und umfassenden Änderung des Firmenrechts im HRefG durch den Gesetzgeber selbst geschlossen werden.

Zur Begründung wird ergänzend verwiesen auf die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 12 (§ 19 Abs. 2 HGB-E).

10. Zu Artikel 10 Nr. 4 (§ 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG)

In Artikel 10 Nr. 4 sind in § 9c Abs. 2 Nr. 2 nach dem Wort „Gesellschaft“ die Wörter „sowie deren Gesellschafter“ einzufügen.

Begründung

Die Fassung des Entwurfs beraubt die Registergerichte ohne sachliche Notwendigkeit der Möglichkeit einer sinnvollen vorbeugenden Rechtskontrolle von Satzungsbestimmungen. Unstreitig sollen die Registergerichte Satzungsbestimmungen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit, auf Unklarheiten oder ähnliche sachliche Schwächen prüfen und zum Anlaß einer Zurückweisung nehmen. Dem trägt der neue Absatz 2 Rechnung.

Er läßt jedoch bei den Satzungsbestimmungen, die nach wie vor einer vorbeugenden Kontrolle unterliegen, die maßgebliche Gruppe der Gesellschafter außer Betracht. Es muß nach Sinn und Zweck der registerrechtlichen Prüfung ausgeschlossen sein, daß eine Gesellschaft mit einer Satzung eingetragen wird, die wesentliche Rechte der Gesellschafter (z. B. gesetzliche Minderheitenrechte) nicht berücksichtigt. Eine vorbeugende Kontrolle von Satzungsbestimmungen, die wesentliche Rechte der Gesellschafter schützen, ist wesentlich weniger aufwendig als die spätere Überprüfung im Rahmen eines streitigen Verfahrens (z. B. Verfahren nach § 51 b wegen unzulässiger Einschränkung des Einsichtsrechts nach § 51 a).

Ferner würde eine Zurückweisung von Anmeldungen zum Handelsregister, die auf gesetzwidrigen Satzungsbestimmungen beruhen, sowohl bei den Beteiligten als auch den Gerichten zu einem Mehraufwand führen, der durch eine vorbeugende Rechtskontrolle vermeidbar wäre. Auch würde bei den Anmeldenden Unverständnis darüber herrschen, daß zwar eine Gesellschaft mit fehlerhaften Satzungsbestimmungen eingetragen werden kann, Beschlüsse, die auf solchen Satzungsbestimmungen beruhen, aber vom Registergericht bei der Anmeldung bean-

standet werden müssen (Satzungsänderungen mit einfacher Mehrheit, obwohl § 53 Abs. 2 Satz 1 eine qualifizierte Mehrheit verlangt). Eine Einschränkung der Kontrolldichte findet nämlich entsprechend § 57 a i. d. F. des Entwurfs bei späteren Anmeldungen nicht statt, so daß das eben beschriebene Ergebnis in gewissen Fällen nicht zu vermeiden wäre.

Eine Verzögerung der Eintragungen durch die vorbeugende Kontrolle von Bestimmungen, die auch dem Schutz der Gesellschafter dienen, ist nicht zu befürchten.

11. Zu Artikel 11 Nr. 2 (§ 11 a Abs. 3 Nr. 2 GenG)

In Artikel 11 Nr. 2 sind in § 11 a nach dem Wort „Genossenschaft“ die Wörter „sowie deren Genossen“ einzufügen.

Begründung

Die Fassung des Entwurfs beraubt die Registergerichte ohne sachliche Notwendigkeit der Möglichkeit einer sinnvollen vorbeugenden Rechtskontrolle von Statutsvorschriften. Unstreitig sollen die Registergerichte Statutsvorschriften nicht auf ihre Zweckmäßigkeit, auf Unklarheiten oder ähnliche sachliche Schwächen prüfen und zum Anlaß einer Zurückweisung nehmen. Dem trägt der neue Absatz 3 Rechnung.

Er läßt jedoch bei den Statutsvorschriften, die nach wie vor einer vorbeugenden Kontrolle unterliegen, die maßgebliche Gruppe der Genossen außer Betracht. Es muß nach Sinn und Zweck der registerrechtlichen Prüfung ausgeschlossen sein, daß eine Genossenschaft mit einem Statut eingetragen wird, das wesentliche Rechte der Genossen (z. B. gesetzliche Minderheitenrechte) nicht berücksichtigt. Eine vorbeugende Kontrolle von Statutsvorschriften, die wesentliche Rechte der Genossen schützen, ist wesentlich weniger aufwendig als die spätere Überprüfung im Rahmen eines streitigen Verfahrens. Ferner würde eine Zurückweisung von Anmeldungen zum Handelsregister, die auf gesetzwidrigen Statutsvorschriften beruhen, sowohl bei den Beteiligten als auch den Gerichten zu einem Mehraufwand führen, der durch eine vorbeugende Rechtskontrolle vermeidbar wäre. Auch würde bei den Anmeldenden Unverständnis darüber herrschen, daß zwar eine Genossenschaft mit fehlerhaften Statutsvorschriften eingetragen werden kann, Beschlüsse, die auf solchen Statutsvorschriften beruhen, aber vom Registergericht bei der Anmeldung beanstandet werden müssen.

Eine Verzögerung der Eintragungen durch die vorbeugende Kontrolle von Bestimmungen, die auch dem Schutz der Genossen dienen, ist nicht zu befürchten.

12. Zu Artikel 23 Nr. 1 a – neu – (§ 23 Abs. 2 Satz 2 HRV)

In Artikel 23 ist nach Nummer 1 folgende Nummer 1 a einzufügen:

1 a. § 23 Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„Zu diesem Zweck und zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen hat er in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Industrie- und Handelskammern einzuholen.“

Begründung

Die bisher vorgeschriebene schematische Einholung von Gutachten bei der Eintragung neuer Firmen oder bei Firmenänderungen ist verwaltungsintensiv und sachlich nicht geboten. Die Gutachten der Industrie- und Handelskammern beziehen sich in aller Regel auf Fragen der zulässigen Firmierung der einzutragenden oder namensändernden Unternehmen. Die Firmenbildung ist jedoch in den meisten Fällen unproblematisch. Die Einholung von Gutachten bei den Industrie- und Handelskammern ist deshalb in diesen Fällen inhaltsleerer bürokratischer Aufwand, der die Industrie- und Handelskammern und die Registergerichte gleichermaßen belastet. Dies gilt um so mehr nach einer Neuregelung des Kaufmannsrechts, da nunmehr auch solche Unternehmen eintragungsfähig sind, die nicht Mitglied der Industrie- und Handelskammern sind oder die überhaupt kein Handelsgewerbe ausüben. In diesen Fällen erscheint eine Beteiligung der IHK im bisherigen Umfang nicht sachgerecht. Hinzu kommt, daß zu Fragen der Firmierung, die den Schwerpunkt der bisherigen Beteiligung bildete, angesichts der weitgehenden Liberalisierung des Firmenrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz zukünftig in noch geringerem Umfang als bisher Streitfragen auftreten werden.

Zur Vermeidung nicht erforderlichen Verwaltungsaufwandes sieht die Neufassung von Satz 2 daher vor, daß Richter und Rechtspfleger die Industrie- und Handelskammern nur mehr in zweifelhaften Fällen zwingend beteiligen müssen. Die Bezugnahme auf zweifelhafte Fälle eröffnet Richtern und Rechtspflegern kein Ermessen für die Beteiligung der Industrie- und Handelskammern. Auch der Beurteilungsspielraum ist nicht unvertretbar groß, da zweifelhafte Fälle immer schon dann vorliegen werden, wenn die zur Eintragung berufenen Gerichtspersonen in Abweichung von bisherigen Gepflogenheiten eine Eintragung vornehmen wollen oder eine zu beurteilende Frage erstmals an das Registergericht herangetragen wird.

Richtern und Rechtspflegern steht es angesichts des § 12 FGg frei, über § 23 Satz 2 hinaus auch im übrigen die Industrie- und Handelskammern zu beteiligen. Der neue Satz 2 soll ausschließlich die Mindestbeteiligungspflicht festlegen. Er erlaubt überdies sachgerechte Absprachen zwischen den Registergerichten und den Industrie- und Handelskammern, in welchen Fällen zwingend eine Beteiligung erfolgen soll. Damit wird einem Bedürfnis der gerichtlichen Praxis Rechnung getragen.

Die Neufassung von Satz 2 führt in den unproblematischen Fällen zu einem schlankeren Registerverfahren, verursacht weniger Bürokratie und verkürzt dadurch die Eintragszeiten bei Gericht. Sie ist ein sinnvoller Beitrag zur Deregulierung. Dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs und der Wirtschaft nach einer zügigen Registereintragung wird soweit vertretbar Rechnung getragen. Die Änderung greift nicht in die gesetzlich festgelegten Beteiligungsrechte der Industrie- und Handelskammern sowie anderer Kammern ein. Das Antragsrecht und die Rechtsmittelbefugnis der Kammern in § 126 FGG werden nicht berührt. Desgleichen werden die Mitteilungen an die Industrie- und Handelskammern in § 37 HRV nicht eingeschränkt.

13. Zu Artikel 24 Nr. 1 Buchstabe b, c – neu –, d – neu – (§ 26 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5, 6 Satz 2 KostO)

Artikel 24 Nr. 1 wird wie folgt geändert:

a) Buchstabe b wird wie folgt gefaßt:

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 1 werden nach der Angabe „1000000 Deutsche Mark“ ein Komma und die Wörter „bei der Eintragung der Löschung höchstens 400000 Deutsche Mark“ eingefügt.

bb) In Nummer 4 (wie Gesetzentwurf)‘.

b) Nach Buchstabe b sind folgende Buchstaben c und d einzufügen:

c) Absatz 5 wird wie folgt gefaßt:

„(5) Der Geschäftswert beträgt bei der Eintragung

1. einer Prokura oder deren Änderung 25000 Deutsche Mark;
2. des Erlöschens einer Prokura 10000 Deutsche Mark.“

d) Absatz 6 Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Hat das Unternehmen mehrere Zweigniederlassungen, so ist der Wert für jede Zweigniederlassung durch Teilung des nach Satz 1 bestimmten Betrages durch die Anzahl der eingetragenen Zweigniederlassungen zu ermitteln; bei der ersten Eintragung von Zweigniederlassungen sind diese mitzurechnen. Der Wert nach den vorstehenden Sätzen beträgt mindestens 25000 Deutsche Mark und höchstens 5000000 Deutsche Mark. Die Sätze 2 und 3 sind für Prokuren nicht anzuwenden.“

Begründung

Durch Artikel 2 Nr. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Rechtspflege-Anpassungsgesetzes (RpflAnpG) und anderer Gesetze vom 20. Dezember 1996 (BGBl. I S. 2090) ist § 26 KostO neu gefaßt worden. Die Regelung, die zu einer erheb-

lichen Vereinfachung des Kostenrechts beigetragen hat, führt bei Anmeldungen und Eintragungen, die Kapitalgesellschaften mit einem sehr hohen Grund- oder Stammkapital betreffen, in zwei Fällen zu unbilligen Ergebnissen:

1. Werden gleichzeitig sehr viele Änderungen, die Prokuren betreffen, angemeldet, führt die Wertaddition insbesondere dann zu einem sehr hohen Geschäftswert, wenn jeweils der Höchstwert von 300000 DM für die Eintragung einer Prokura oder deren Änderung (§ 26 Abs. 5 Nr. 1 KostO) und von 50000 DM für die Löschung einer Prokura (§ 26 Abs. 5 Nr. 1 KostO) maßgebend ist.
2. Für die Eintragung einer Zweigniederlassung ist nach Absatz 6 Satz 1 die Hälfte des Wertes anzunehmen, der für die Ersteintragung des Unternehmens maßgebend ist. Bei Kapitalgesellschaften richtet sich die Gebühr für die Ersteintragung nach dem einzutragenden Grund- oder Stammkapital (§ 26 Abs. 1 Nr. 1). Insbesondere wenn die Gesellschaft eine Vielzahl von kleinen Zweigniederlassungen errichtet, entstehen sehr hohe Gebührenforderungen.

Mit der vorgeschlagenen Neufassung des Absatzes 5 werden durch die Einführung fester Werte bei Prokuren unbillige Ergebnisse vermieden. Die Regelung des geltenden Absatzes 5 Nr. 3 kommt nur bei Kapitalgesellschaften zum Tragen und soll deshalb in Absatz 4 Nr. 1 eingestellt werden.

Die sich bei Zweigniederlassungen ergebende Problematik soll dadurch gelöst werden, daß der halbe Wert nach den Absätzen 1 bis 5 immer durch die Anzahl aller Zweigniederlassungen zu teilen ist, auch wenn nur eine oder einige Zweigniederlassungen von der Anmeldung oder Eintragung betroffen sind. Diese Regelung soll auch für die erste Eintragung einer Zweigniederlassung gelten. Ferner soll ein Mindestwert von 25000 DM und ein Höchstwert von 5 Mio. DM bestimmt werden. Die Neuregelung soll nicht auf Prokuren anwendbar sein. Bei Prokuren soll bei jeder Zweigniederlassung immer die Hälfte des neuen Festwertes zugrunde gelegt werden.

14. Zu Artikel 27 a – neu – (Übergangsregelung)

Nach Artikel 27 ist folgender Artikel 27 a einzufügen:

„Artikel 27a

Übergangsregelung

(1) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Zuständigkeit der Amtsgerichte zur Führung des Handelsregisters im Rahmen des § 125 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung des Artikels 20 Nr. 1 Buchstabe b dieses Gesetzes schon ab dem ... (einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 3 dieses Gesetzes) zu regeln. Die Rechtsverordnungen dürfen nicht

vor dem ... (einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 28 Abs. 2 dieses Gesetzes) in Kraft treten.

(2) Die Landesregierungen können die Ermächtigung nach Absatz 1 durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen."

Begründung

Nach geltendem Recht sind grundsätzlich alle Amtsgerichte für die Führung des Handelsregisters zuständig, die Landesregierungen können die Aufgabe jedoch konzentrieren (§ 125 Abs. 1, 2 FGG). Der Entwurf kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis um und sieht eine Konzentration des Handelsregisters auf die für den Sitz des Landgerichts zuständigen Amtsgerichte vor.

Die Vorarbeiten für die Konzentration der Handelsregisterführung einschließlich etwaiger Dekonzentrationsentscheidungen müssen rechtzeitig vor Inkrafttreten des neuen § 125 Abs. 1 FGG (vgl. Artikel 28 Abs. 2) abgeschlossen werden können. Da jedoch die Ermächtigung der Landesregierungen nach § 125 Abs. 2 Nr. 1 FGG in der Fassung des Entwurfs infolge der Zuständigkeitsneuregelung in § 125 Abs. 1 FGG ein anderes Ziel als nach geltendem Recht hat, muß die Ermächtigungsnorm – schon wegen der Möglichkeit der Übertragung auf die Landesjustizverwaltung – alsbald in Kraft treten.

Dies soll durch die vorgesehene Übergangsregelung erreicht werden. Durch diese Lösung wird die bestehende Ermächtigung zur Konzentration zunächst aufrechterhalten.

15. Zu Artikel 28 Abs. 2 (§ 125 Abs. 1 und 2 FGG)

In Artikel 28 Abs. 2 ist in dem Klammerzusatz das Wort „dritten“ durch das Wort „vierten“ zu ersetzen.

Begründung

Artikel 20 Nr. 1 Buchstabe a – § 125 Abs. 1 FGG – sieht vor, daß das Handelsregister künftig von dem Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, für den Bezirk dieses Landgerichts geführt wird. Diese starke Konzentration muß im Zusammenhang mit der in Aussicht genommenen Automatisierung des Handelsregisters verwirklicht werden, die umfangreiche und schwierige Vorbereitungen erfordert. Eine „bloße“ Konzentration in dem in § 125 Abs. 1 FGG-E vorgesehenen Umfang wäre derzeit weder sinnvoll noch durchführbar. Zwar enthält § 125 Absatz 2 FGG in der Fassung des Regierungsentwurfs eine Ermächtigung der Landesregierungen, eine hiervon abweichende Zuständigkeitsregelung zu treffen. Gleichwohl werden in Nordrhein-Westfalen und auch in anderen Ländern die Registergerichte auf wesentlich weniger Standorte als bisher neu zu verteilen sein. Im Hinblick auf die insoweit zu leistenden Vorarbeiten für eine moderne, effizientere Führung des Handelsregisters bei den künftigen Registergerichten ist die Umsetzungsfrist von etwa zwei Jahren zu knapp bemessen. Eine Verlängerung der Frist um mindestens ein Jahr ist unabdingbar.

Bei einer Verlängerung der Umsetzungsfrist um ein Jahr kann gewährleistet werden, daß bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung eine lauffähige, für den Echtheitsatz geeignete EDV-Verfahrenslösung zur maschinellen Bearbeitung der Handelsregistersachen vorliegt.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung**A. Zu den Vorschlägen****Zu Nummer 1 (Artikel 3 Nr. 2 – § 2 HGB)**

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung nicht zu.

Die Gründe für die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung sind in der Begründung des Gesetzentwurfs (unter I. B. 1. g), BR-Drucksache 340/97, Seite 32) angegeben. Die Erwägungen, aus denen der Bundesrat einem Kleinunternehmen, das von der Option zur freiwilligen Eintragung in das Handelsregister als Einzelkaufmann oder oHG/KG nach §§ 2, 105 Abs. 2 HGB-E Gebrauch gemacht hat, die Wahl zur rückgängigmachung dieser Entscheidung verweigern will, vermögen nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu überzeugen. Durch ein solches Wahlrecht ist weder eine Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs zu besorgen noch führt dies zu einer Mehrbelastung der Registergerichte im Vergleich zum geltenden Recht.

Zum einen ist ein Mißbrauch der freien „Abwahl“ der Kaufmannseigenschaft als Einzelkaufmann oder oHG/KG in der Praxis nicht sehr wahrscheinlich, weil sie mangels Haftungsbeschränkungsmöglichkeit für den Kleinunternehmer nicht attraktiv erscheint. Auch dürften schon die Kosten des Eintragungsbzw. Lösungsverfahrens von einem willkürlichen Wechsel abhalten. Vor allem aber führte die Verwirklichung des Vorschlages dazu, daß ein Kleingewerbetreibender, dessen Unternehmen von vornherein nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, nur noch durch die Vollbeendigung seines Unternehmens, also die Einstellung seines Gewerbebetriebes, die auf seine freiwillige Anmeldung hin erfolgte Eintragung in das Handelsregister wieder „rückgängig“ machen könnte. Dies erscheint unangemessen und ist wirtschaftspolitisch nicht wünschenswert. Auch würde der „kleine“ Unternehmer damit im Ergebnis schlechter als ein „großer“ Unternehmer behandelt, dessen Betrieb nach der Eintragung insofern unter die „Größenschwelle“ des § 1 Abs. 2 HGB-E gerät, als das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht mehr erfordert.

Zum anderen kann nach Auffassung der Bundesregierung auch von einer Mehrbelastung der Gerichte, weil diese nach dem Regierungsentwurf in dem Antragslöschungsverfahren die Betriebsgröße prüfen müßten, jedenfalls im Verhältnis zum geltenden Recht keine Rede sein. Denn nach geltendem Recht muß die Betriebsgröße schon im Eintragungsverfahren immer geprüft werden, wohingegen infolge des Entwurfs diese Prüfung im Eintragungsverfahren künftig völlig entfällt. Es handelt sich also um keine Mehrbelastung, sondern allenfalls um etwas

weniger Entlastung, wenn es künftig auf die Betriebsgröße noch im (Antrags-)Löschungsverfahren ankommt.

Zu Nummer 2 (Artikel 3 Nr. 7 – § 13 c HGB)

Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt.

Die nur „sinngleiche“ Übernahme der Eintragungen des Registergerichts der Hauptniederlassung oder des Sitzes in das Register der Zweigniederlassungen liefe auf eine schon im Gesetz selbst angelegte Abweichung des Eintragungswortlauts hinaus. Dies birgt tendenziell die Gefahr auch abweichender Eintragungsinhalte, was aber im Interesse der Rechtssicherheit nicht hingenommen werden kann: Die Übereinstimmung der Eintragungen ist schon deshalb zwingend erforderlich, weil z. B. bei Eintragungen mit rechtsbegründender Wirkung zunächst zwar die Eintragung im Register der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes entscheidend ist, hinsichtlich der Publizitätswirkungen nach § 15 HGB es aber im Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung auf die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung ankommt (§ 15 Abs. 4 HGB). Abweichungen im Wortlaut sollten deshalb auch künftig vermieden werden.

Auch der vom Bundesrat für den Vorschlag angegebene Grund, auf diese Weise beim maschinell geführten Handelsregister den von Gericht zu Gericht möglicherweise unterschiedlichen Textbausteinen Rechnung tragen zu können, rechtfertigt den Vorschlag nicht: Zum einen sollten nach Ansicht der Bundesregierung etwaige Textbausteine oder Standardformulierungen in den EDV-Systemen schon im Interesse der übergreifenden Abrufbarkeit und Recherchierbarkeit in den EDV-Registern so weit wie möglich einheitlich sein. Zum anderen stellt sich dieses Problem erst gar nicht, wenn in konsequenter Nutzung der technischen Möglichkeiten beim EDV-Handelsregister künftig die Eintragungstexte vom Gericht des Sitzes bzw. der Hauptniederlassung auf elektronischem Wege an das Gericht der Zweigstelle übermittelt und von diesem unverändert in den Datenspeicher des dortigen Registers übernommen werden.

Zu Nummer 3 (Artikel 3 Nr. 11 – § 18 Abs. 2 HGB)

Die Bundesregierung widerspricht der vorgeschlagenen Änderung.

Der Bundesrat hat seinen Vorschlag damit begründet, mit der im Entwurf vorgesehenen verfahrensrechtlichen Schranke der Ersichtlichkeit der Irreführungseignung werde der im Eintragungsverfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) gänzlich ausgeschlossen oder doch zumindest beträchtlich eingeschränkt. Dies trifft jedoch so nicht

zu. Mit der Regelung sollen, wie in der Begründung zum Regierungsentwurf näher ausgeführt ist (BR-Drucksache 340/97, Seite 53/54), nur fernliegende Fälle der Irreführungseignung, die zudem nur in schwierigen und umfangreichen Beweisaufnahmen geklärt werden können, erfaßt werden. Wenn das Registergericht einen Verdacht der Irreführungseignung hat, kann es auch Nachforschungen im Rahmen des § 12 FGG anstellen. Dies ist im übrigen auch für § 37 Abs. 3 des Markengesetzes, der insoweit der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelung als Vorbild dient, anerkannt (vgl. Fezer, Markenrecht, 1997, § 37 Markengesetz, RNr. 23). Zudem führte die Umwandlung der „Ersichtlichkeit“ in ein materielles Kriterium dazu, daß ihr Vorliegen in der Rechtsmittelinstantz überprüft werden könnte. Dies bedeutete aber im Vergleich zu der verfahrensbezogenen Lösung des Regierungsentwurfs eine zusätzliche Belastung der Gerichte.

Was die ebenfalls zur Begründung des Vorschlags herangezogene Konstellation betrifft, daß eine nach Firmenrecht unbeanstandete Firma gleichwohl einem Unterlassungsanspruch nach § 3 UWG ausgesetzt sein kann, so ist diese Frage bereits in der Begründung zum Entwurf (BR-Drucksache 340/97, Seite 53) ausführlich erörtert worden. Auf diese Ausführungen wird verwiesen.

In redaktioneller Hinsicht sei schließlich zu dem Vorschlag des Bundesrates noch angemerkt, daß das Wort „ersichtlich“ im ersten Satz sinnvollerweise vor „geeignet“ eingeführt werden müßte, da es um die Ersichtlichkeit der Eignung zur Irreführung geht.

Zu Nummer 4 (Artikel 3 Nr. 18 – § 36 HGB)

Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt.

Die Gründe für die Streichung der registerrechtlichen Privilegierung von gewerblichen Unternehmen der öffentlichen Hand sind in der Gesetzesbegründung (BR-Drucksache 340/97, Seite 34, 57–60) eingehend dargestellt und nach Ansicht der Bundesregierung durch die Stellungnahme des Bundesrates nicht widerlegt; auf sie wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Ergänzend weist die Bundesregierung darauf hin, daß durch die Begründung des Bundesrates zu dem Vorschlag der irreführende Eindruck erweckt wird, künftig seien „alle Unternehmen der öffentlichen Hand“, insbesondere alle Eigen- oder Regiebetriebe der Kommunen, registerpflichtig. Richtigerweise trifft dies als Folge der Aufhebung des § 36 HGB aber nur für solche Betriebe zu, deren Tätigkeit alle Tatbestandsmerkmale eines Gewerbes erfüllt und die außerdem nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Diese Unternehmen sind nach der mit dem Entwurf verfolgten Neuregelung des Kaufmannsrechts kraft Gesetzes dem Handelsrecht unterworfenen Kaufleute und sollten deshalb aus den in der Begründung zum Regierungsentwurf näher dargelegten Gründen wie alle anderen kaufmännischen Unternehmen auch der Handelsregisterpflicht unterworfen sein. Dies gilt vor allem – was in der Stellungnahme des

Bundesrates, die vordergründig auf kommunale Betriebe abstellt, nicht deutlich zum Ausdruck kommt – für die Landesbanken und für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen.

Zu Nummer 5 (Artikel 3 Nr. 34 a – neu – § 175 HGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 6 (Artikel 3 Nr. 36 – § 177 HGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 7 (Artikel 4 Nr. 3 – Artikel 38 Abs. 3 EGHGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 8 (Artikel 9 Nr. 2 – § 38 Abs. 3 AktG)

Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt.

Mit der Verwirklichung des Vorschlags würde die Satzungskontrollbefugnis des Registergerichts bei der Ersteintragung von Kapitalgesellschaften so erweitert, daß ihre mit dem Regierungsentwurf aus Gründen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung beabsichtigte Einschränkung (s. dazu die Begründung in BR-Drucksache 340/97, Seite 75 bis 79) wieder konterkariert würde. Zudem ist eine vorbeugende Überprüfung der Satzung im Hinblick auf Bestimmungen, die Gesellschafterrechte verletzen, nicht notwendig; bei den Personenhandelsgesellschaften (oHG, KG) wird der Gesellschaftsvertrag vom Registergericht überhaupt nicht überprüft, er muß in der Regel noch nicht einmal beim Registergericht eingereicht werden. Sinnvollerweise sollte sich das Gericht bei der Ersteintragung von Kapitalgesellschaften auf die Kontrolle der für das Entstehen einer juristischen Person im öffentlichen Interesse und aus Gläubigerschutzgründen unabdingbaren Vertragsbestandteile beschränken und nicht eine vollständige Vorabkontrolle privatvertraglicher Bestimmungen vornehmen. Dies trägt letztlich auch zur Entlastung der Registergerichte im Eintragungsverfahren bei, ohne daß die Rechtsstellung der Gesellschafter dadurch Schaden erleiden würde.

Zu Nummer 9 (Artikel 9 Nr. 5 – § 279 AktG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag in der Sache zu. Rechtsförmlich ist Artikel 9 Nr. 5 des Entwurfs daher wie folgt zu fassen:

„5. § 279 wird wie folgt neu gefaßt:

§ 279

Firma

(1) Die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien muß, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.

(2) Wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muß die Firma, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet."

Zu Nummer 10 (Artikel 10 Nr. 4 – § 9c Abs. 2 GmbHG)

Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt. Auf die Ausführungen zu Nummer 8 wird Bezug genommen.

Zu Nummer 11 (Artikel 11 Nr. 2 – § 11 a Abs. 3 GenG)

Dem Vorschlag wird nicht zugestimmt. Auf die Ausführungen zu Nummer 8 wird Bezug genommen.

Zu Nummer 12 (Artikel 23 Nr. 1 a – neu – § 23 HRV)

Im Hinblick auf die Erleichterungen im Kaufmanns- und Firmenrecht ist der Vorschlag überlegenswert. Ergänzend weist die Bundesregierung darauf hin, daß von der vorgeschlagenen Änderung der Beteiligungspraxis nicht nur die Gutachtertätigkeit der Industrie- und Handelskammern, sondern auch der Handwerkskammern und der Landwirtschaftskammern sowie der sonst nach Landesrecht zuständigen Stellen betroffen ist (vgl. § 23 Satz 3 der Handelsregisterverordnung).

Zu Nummer 13 (Artikel 24 Nr. 1 – § 26 KostO)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu. Hinsichtlich des Vorschlages des Bundesrates zur Änderung des § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO (Nummer 13 a) geht die Bundesregierung davon aus, daß der Höchstbetrag des Geschäftswertes für die Eintragung der Lö-

schung – wie im geltenden § 26 Abs. 5 Nr. 3 KostO – auch künftig unverändert 400 000 Deutsche Mark betragen soll.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, daß die Nummern 2, 4, 5 und 6 des Artikels 24 in der Fassung des Regierungsentwurfs obsolet geworden sind, nachdem die dort vorgesehenen Änderungen der §§ 27, 39, 40 und 41 der Kostenordnung inzwischen durch Artikel 33 Abs. 6 des Justizmitteilungsgesetzes und Gesetzes zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze vom 18. Juni 1997 (BGBl. I S. 1430) vorweggenommen worden sind. Artikel 24 Nr. 2, 4, 5 und 6 des Gesetzentwurfs sind deshalb zu streichen. Außerdem sollten in Artikel 24 Nr. 7 die Wörter „und in das Kabelbuch“ auch in der Überschrift des § 85 der Kostenordnung gestrichen werden.

Zu Nummer 14 (Artikel 27 a – neu –)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 15 (Artikel 28 Abs. 2)

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

B. Zu den Kosten

Die Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden werden durch die Vorschläge, soweit die Bundesregierung ihnen zustimmt, nicht belastet. Die Kostenbelastung der Wirtschaftsunternehmen im Handelsregisterverfahren wird durch die in Nummer 13 der Stellungnahme des Bundesrates vorgeschlagene Änderung von Artikel 24 Nr. 1 (§ 26 der Kostenordnung), der die Bundesregierung zustimmt, weiter gemindert. Auswirkungen auf die Preise sind nicht zu erwarten.