

XXI.

Der im grundständigen Studium zu vernachlässigende Erwerb von Spezialwissen sollte in dieser Phase im Rahmen von Traineeprogrammen erfolgen, die auf die jeweilige Berufssparte bezogen sind und ggf. mit einer darauf bezogenen Prüfung abschließen.

XXII.

Er sollte darüber hinaus später im Rahmen der beruflichen Tätigkeit und bezogen auf deren konkrete Erfordernisse im Rahmen eines Fortbildungsangebots der Hochschulen stattfinden. Die Durchführung von Fortbildung zur Erhaltung der Berufsfertigkeit – in vielen Berufen heute gesetzlich, standesrechtlich oder aus Einsicht in die Notwendigkeit gang und gäbe – würde eine ganz neue Klientel an die juristischen Fakultäten und Fachbereiche kommen lassen und damit zu einer wechselseitigen Befruchtung von Wissenschaft und Praxis und wohl auch zu einer Verbesserung der wünschenswerten Interaktion führen.

XXIII.

Soweit es um Wissenschaft als Beruf geht, ist den Universitäten die Herbeiführung der Berufsfertigkeit aufgegeben. Die

Heranbildung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses für die Jurisprudenz in und außerhalb der Hochschule sollte entsprechend einer Empfehlung der Hochschulrektorenkonferenz in einem mehr als in der Vergangenheit strukturierten, durch Graduierten- und Doktorandenkollegs organisierten Promotionsstudium erfolgen, das die Erbringung einer selbständigen, mit Erkenntnisgewinn verbundenen Forschungsleistung (Dissertation) umrahmt und möglichst einen Auslandsaufenthalt einschließt.

XXIV.

Es ist eine Illusion zu glauben, daß eine Reform des Jura-Studiums kostenneutral erfolgen kann. Die bisherige Unzulänglichkeit der Wahrnehmung von Verantwortung durch die juristischen Fakultäten hat ihren Grund *auch* in einer mit dem Wachstum der Zahl der Studierenden nicht Schritt haltenden Ausstattung der Fakultäten mit Personal, Sachmitteln und Räumen. Es bietet sich an, die durch eine Abschaffung des Referendariats und der staatlichen Verantwortung für das 1. juristische Examen freiwerdenden Mittel, soweit sie nicht für die auf den öffentlichen Dienst bezogenen spartenspezifischen Traineeprogramme notwendig sind, zur Kompensation der aufgelaufenen Defizite in eine zukunftsorientierte grundständige Juristen- ausbildung umzuschichten.

Änderungen im Handels- und Gesellschaftsrecht durch das Handelsrechtsreformgesetz

Von Wiss. Ass. Dr. *Torsten Körber*, LL.M. (Berkeley), Göttingen

Das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG)¹ hat massive Änderungen des HGB, aber auch zahlreicher anderer Gesetze (u. a. des BGB, AGBG, PartGG, AktG, GmbHG und GenG) mit sich gebracht. Die in diesem Beitrag behandelten Regelungen sind zum 1. Juli 1998 in Kraft getreten. Die Schwerpunkte der Reform bilden die Änderungen des Kaufmanns- und Firmenrechts. Diese Schwerpunkte sowie die neuen Regelungen zum Ausscheiden von Gesellschaftern aus Personenhandels-gesellschaften sollen im folgenden im Vergleich zur alten Rechtslage erläutert werden. Hier liegt auch der Schwerpunkt für Studium und Examen. Auf die Darstellung einer Vielzahl punktueller weiterer Änderungen wird verzichtet.

I. Kaufmannsrecht

1. Kaufmannseigenschaft

Das Kaufmannsrecht wurde durch das HRefG massiv modifiziert. Von den „Kaufmann-Tatbeständen“ wurden diejenigen des Ist-Kaufmanns (auch: Muß-Kaufmann) und des Kann-Kaufmanns erheblich erweitert. Die Tatbestände des „Soll-Kaufmanns“ und des Minderkaufmanns sind entfallen. Die Figur des Fiktivkaufmanns hat praktisch jede Bedeutung verloren. Starken Modifikationen unterworfen ist schließlich auch die Figur des sog. „Scheinkaufmanns“.

a) Ist-Kaufmann (Mußkaufmann)

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann „wer ein Handelsgewerbe betreibt“. In dieser Formulierung sind drei Voraussetzungen enthalten: (1.) die Qualifikation der ausgeübten Tätigkeit als Gewerbe, (2.) das Betreiben dieses Gewerbes und (3.) die Einordnung des Gewerbes als Handelsgewerbe.

Ein *Gewerbe* ist eine nach außen gerichtete, auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige und planmäßige Tätigkeit, die in der Absicht dauernder Gewinnerzielung ausgeübt wird und nicht zu den sog. „freien Berufen“ (z. B. Rechtsanwalt,

Arzt, Architekt) gehört². Streitig war, ob auch die bloße Verwaltung eigenen Vermögens eine gewerbliche Tätigkeit darstellt³. In § 105 Abs. 2 HGB n. F. wird diese Frage nunmehr verneint, zugleich aber eine Sonderregelung für diesen Fall getroffen⁴.

Betreiber eines solchen Gewerbes ist derjenige, der die damit zusammenhängenden Geschäfte im eigenen Namen ausübt. Insoweit hat sich durch das HRefG nichts geändert.

Massive Änderungen hat dagegen die dritte Voraussetzung, daß es sich bei dem Gewerbe um ein *Handelsgewerbe* handeln muß, erfahren. Nach § 1 Abs. 2 HGB a. F. waren Handelsgewerbe einerseits Gewerbebetriebe, die eine der dort bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstand hatten (sog. „Grundhandelsgewerbe“). Andererseits galten sie nach § 2 HGB a. F. als Handelsgewerbe, wenn sie nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erforderten und wenn zusätzlich ihre Firma im Handelsregister eingetragen war⁵. Der neue § 1 Abs. 2 HGB bestimmt statt dessen pauschal:

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

Diese Regelung begründet im Zusammenspiel mit § 1 Abs. 1 HGB die widerlegliche Vermutung der Kaufmanns-

¹ BGBl. 1998 I, Nr. 38 S. 1474 ff; zu Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen vgl. Art. 4, 27a und 28 HRefG.

² *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 29. Aufl. (1995), § 1 Rdn. 1 ff.

³ Dafür etwa OLG München NJW 1988, 1036; dagegen BGHZ 74, 273.

⁴ Darauf wird noch zurückzukommen sein (unten bei Fn. 26).

⁵ Die Firma ist nach § 17 HGB der Name, unter dem ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ihre Geschäfte betreibt.

eigenschaft jedes Gewerbetreibenden⁶. Wer irgendein Gewerbe betreibt, ist danach auch ohne Eintragung seiner Firma im Handelsregister Kaufmann kraft Gesetzes (Ist-Kaufmann), es sei denn, diese Vermutung wird durch den Nachweis widerlegt, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert⁷. Darin liegt eine Modernisierung⁸, aber keine grundlegende Reform, etwa im Sinne einer Umgestaltung des HGB vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht unter Einschluß der freien Berufe⁹. Angehörige der freien Berufe und sonstige Nicht-Gewerbetreibende sind weiterhin keine Kaufleute.

b) Soll-Kaufmann

Als „Soll-Kaufmann“ wurde nach dem alten Recht derjenige bezeichnet, der zwar ein Gewerbe, nicht aber ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB a. F. betrieb und dessen Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb im Sinne des § 2 HGB a. F. erforderte. Der „Soll-Kaufmann“ war nicht kraft Gesetzes Kaufmann, aber zur konstitutiven Eintragung seiner Firma und damit zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft verpflichtet. Den „Soll-Kaufmann“ gibt es nicht mehr. Wer ein Gewerbe betreibt, ist nach dem neuen § 1 Abs. 2 HGB kraft Gesetzes Kaufmann. Die Betreiber zahlreicher früher unter § 2 HGB a. F. fallender Gewerbebetriebe (Hotel garni, Kino, Bauunternehmen, Handwerksbetrieb etc.)¹⁰ sind mit Inkrafttreten des HRefG zu Kaufleuten geworden, auch wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen sind.

c) Minderkaufmann

Nach § 4 Abs. 1 HGB a. F. waren Gewerbetreibende, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte, grundsätzlich Kaufleute, wenn sie einer der Katalogtätigkeiten des § 1 Abs. 2 HGB a. F. nachgingen. Sie waren allerdings als „Minderkaufleute“ von der Anwendung bestimmter Vorschriften nach Maßgabe der §§ 4, 351 HGB ausgenommen¹¹. §§ 4, 351 HGB sind durch das HRefG aufgehoben worden. Den „Minderkaufmann“ gibt es nicht mehr. Jeder, der nach den neuen Regelungen Kaufmann ist, ist „Vollkaufmann“¹². Das Gesetz kennt nur noch Kaufleute und Nicht-Kaufleute¹³.

d) Kann-Kaufmann

Auch Kleingewerbetreibende, die unter die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB n. F. fallen, können sich nach dem neuen § 2 HGB in das Handelsregister eintragen lassen und dadurch den Kaufmannsstatus erlangen. § 2 HGB n. F. bestimmt:

„Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbooks, 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.“

Die Eintragung wirkt in diesem Fall konstitutiv. Das ausgeübte Handelsgewerbe gilt unwiderleglich als Handelsgewerbe. Die Eintragung der Firma macht den Eingetragenen zum „Vollkaufmann“. Dies gilt auch für solche Kleingewerbetreibenden, die keinem Grundhandelsgewerbe im Sinne des früheren § 1 Abs. 2 HGB nachgehen und die nach dem alten Recht weder Kaufleute waren, noch diese Eigenschaften nach § 2 HGB a. F. erlangen konnten. Eine Pflicht zur Eintragung besteht nicht. Kaufleute nach dem neuen § 2 HGB sind also

„Kann-Kaufleute“ – und dies im doppelten Sinne: Es steht ihnen grundsätzlich auch frei, ihre Firma wieder aus dem Handelsregister löschen zu lassen (und dadurch wieder zu Nicht-Kaufleuten zu werden). Allerdings entfällt diese freie Löschungsmöglichkeit, wenn die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 HGB n. F. eingetreten ist, d. h. wenn das Unternehmen nunmehr nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert¹⁴.

Land- und forstwirtschaftliche Unternehmen, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, sind ebenfalls nach § 3 Abs. 1 HGB „Kann-Kaufleute“, d. h. sie können sich in das Handelsregister eintragen lassen und dadurch die Kaufmannseigenschaft erwerben, ohne dazu verpflichtet zu sein¹⁵. Entscheiden sie sich für eine Eintragung, so sind sie allerdings nach § 3 Abs. 2 HGB daran gebunden. Eine Löschung kommt nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht, etwa bei Erlöschen der Firma wegen Betriebsaufgabe (§ 31 Abs. 2 HGB).

e) Fiktivkaufmann

Nach § 5 HGB a. F. galt jeder Gewerbetreibende, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, als Vollkaufmann (Fiktivkaufmann), auch wenn er kein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 Abs. 2, 2 HGB a. F. betrieb oder in Wirklichkeit nur Minderkaufmann im Sinne des früheren § 4 Abs. 1 HGB war. Die Eintragung wirkte für und gegen den Fiktivkaufmann. Er war Kaufmann mit allen Rechten und Pflichten¹⁶.

§ 5 HGB wurde mit Ausnahme der Verweisung auf den gestrichenen § 4 HGB beibehalten. Doch ist § 5 HGB für beide Anwendungsfälle nicht mehr relevant. Nach dem neuen § 1 Abs. 2 HGB ist grundsätzlich jedes Gewerbe unabhängig von der Art der Geschäfte Handelsgewerbe. Wenn ein Kleingewerbetreibender, dessen Gewerbe nicht unter § 1 Abs. 2 HGB fällt, freiwillig seine Firma in das Handelsregister eintragen läßt, gilt

⁶ Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 1997, 910, 912.

⁷ § 1 Abs. 2 HGB n. F. greift insoweit die Formulierung aus §§ 2, 4 Abs. 1 HGB a. F. auf.

⁸ Vgl. etwa *K. Schmidt*, ZIP 1997, 910, 912: Der Katalog des § 1 Abs. 2 HGB a. F. habe nur noch rechtssoziologischen Unterhaltungswert gehabt und sei in großen Bereichen längst derogiert gewesen.

⁹ Dies fordert insbesondere *K. Schmidt*, ZIP 1997, 910, 911 f.; für die Ausklammerung der freien Berufe dagegen etwa *Heussler*, ZHR 161 (1997), 13, 25 ff.

¹⁰ Vgl. *Baumbach/Hopt* (aaO Fn. 2), § 2 Rdn. 1 mit weiteren Beispielen.

¹¹ Sie führten keine Firma, wurden nicht in das Handelsregister eingetragen, mußten keine Handelsbücher führen, konnten sich nicht formfrei verbürgen usw.

¹² Der Begriff des „Vollkaufmanns“, der vor Inkrafttreten des HRefG der Abgrenzung zum „Minderkaufmann“ diene, hat mit dessen Wegfall seine Funktion verloren und ist damit gänzlich obsolet geworden.

¹³ Die neuen Regelungen der §§ 84 Abs. 4, 93 Abs. 3 und 383 Abs. 2 HGB stellen insoweit klar, daß die Regelungen des HGB über Handelsmakler, Handelsvertreter und Kommissionäre weiterhin Anwendung auch auf Unternehmen finden, die kein Handelsgewerbe im Sinne des neuen § 1 Abs. 2 HGB betreiben, weil ihr Unternehmen nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert und die deshalb keine Kaufleute mehr sind. Auf Kommissionsgeschäfte finden in diesem Fall nach § 383 Abs. 2 HGB n. F. auch die §§ 343–347 und 352–372 HGB Anwendung, nicht aber die §§ 348–350 HGB.

¹⁴ Ob dies der Fall ist, hat das Registergericht nach § 12 FG von Amts wegen zu prüfen. Die Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB n. F. greift insoweit nicht ein, vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, ZIP 1997, 942, 947; *K. Schmidt*, ZIP 1997, 910, 912.

¹⁵ Früher war der Begriff des Kann-Kaufmanns auf Kaufleute i. S. v. § 3 HGB beschränkt, vgl. etwa *Canaris*, Handelsrecht, 22. Aufl. (1995), S. 33 f.

¹⁶ *Baumbach/Hopt* (aaO Fn. 2), § 5 Rdn. 1 und 6.

auch sein Unternehmen nach § 2 HGB n. F. als Handelsgewerbe. Im Zusammenspiel mit § 1 Abs. 1 HGB macht ihn das zum Vollkaufmann. Einer Berufung auf § 5 HGB bedarf es nicht mehr. Wer dagegen gar kein Gewerbe (mehr) betreibt, z. B. weil er freiberuflich tätig ist oder seine gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat, wird durch die (fälschliche) Eintragung auch nach § 5 HGB nicht zum Kaufmann¹⁷. Daran hat das HRefG nichts geändert. Den Vorschlag, § 5 HGB gerade für diese Fälle nutzbar zu machen und der Norm insoweit einen ganz neuen Anwendungsbereich zu geben¹⁸, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen.

f) Scheinkaufmann

Der Kaufmann kraft Rechtsscheins (sog. „Scheinkaufmann“) ist kein Kaufmann¹⁹. Er wird jedoch gutgläubigen Dritten gegenüber wie ein Kaufmann behandelt, weil (und soweit) er zurechenbar den unzutreffenden Rechtsschein gesetzt hat, Kaufmann zu sein. Da die Rechtsscheinhaftung nur dem Schutz gutgläubiger Dritter dient, wirkt der Rechtsschein nur gegen den „Scheinkaufmann“. Es steht dem Dritten zudem frei, sich auf den Rechtsschein zu berufen oder den „Scheinkaufmann“ als Nicht-Kaufmann zu behandeln²⁰.

Die praktische Bedeutung der Rechtsscheinhaftung ist mit dem Inkrafttreten des HRefG gesunken. Da nunmehr grundsätzlich jeder *Gewerbetreibende* Vollkaufmann ist, entfällt bei tatsächlich Gewerbetreibenden regelmäßig die Notwendigkeit, auf Rechtsscheingrundsätze zurückzugreifen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ihnen die Wiederlegung im Sinne des § 1 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB n. F. gelingt. In diesem Fall sind sie gutgläubigen Dritten gegenüber nach Rechtsscheingrundsätzen wie Kaufleute zu behandeln, wenn sie zuvor im Rechtsverkehr als solche aufgetreten sind²¹. Anders als nach dem alten Recht gilt dann auch hinsichtlich des Haftungsumfanges grundsätzlich das „Alles-oder-Nichts“-Prinzip. Wer früher als Minderkaufmann auftrat, haftet auch nur wie ein solcher (als „Schein-Minderkaufmann“), da sich die Wirkung eines Rechtsscheins in ihrem Umfang nach dem Vertrauenstatbestand richtet²². Einen Minderkaufmann gibt es seit Inkrafttreten des HRefG nicht mehr. Wer als Kaufmann auftritt, haftet stets wie ein „Vollkaufmann“²³.

Nicht-Gewerbetreibende und nicht eingetragene *Kann-Kaufleute* im Sinne des § 3 HGB, die im Rechtsverkehr als Gewerbetreibende oder eingetragene Kaufleute auftreten, haften gutgläubigen Dritten gegenüber weiterhin nach Rechtsscheingrundsätzen.

g) Exkurs zum AGBG

Vor Inkrafttreten des HRefG schloß § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG die Anwendung bestimmter Normen des AGB-Gesetzes Kaufleuten gegenüber aus. § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG n. F. knüpft jetzt nicht mehr an den Kaufmannsbegriff des HGB, sondern autonom (wie schon zuvor § 24a AGBG) an die „Unternehmer“-Eigenschaft des AGB-Adressaten an. Ein Unternehmer ist nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG n. F. jede Person, „die bei Abschluß des Vertrages in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“. Erfasst werden also auch Freiberufler²⁴. Mit Blick auf die vorher bestehenden Diskrepanzen zu § 24a AGBG (aber auch zum HaustürWG und zum VerbrKrG²⁵) ist diese Klarstellung zu begrüßen.

2. Begriff der Handelsgesellschaft

Nach § 105 Abs. 1 HGB setzt die Qualifizierung einer Gesellschaft als Handelsgesellschaft (in Abgrenzung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts) voraus, daß diese ein *Handelsgewerbe* betreibt. Damit nimmt § 105 Abs. 1 HGB Bezug auf § 1

Abs. 2 HGB. Die Bedeutung der massiven Erweiterung des Begriffs des Handelsgewerbes durch § 1 Abs. 2 HGB n. F. für das Personengesellschaftsrecht liegt auf der Hand. Grundsätzlich wird nunmehr jede Gesellschaft, die irgendein Gewerbe betreibt und deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, mit ihrer Eintragung oder mit Aufnahme ihrer Geschäfte nach § 123 Abs. 2 HGB zur offenen Handels- bzw. Kommanditgesellschaft. Der neue § 105 Abs. 2 HGB erweitert den Anwendungsbereich der §§ 105 ff HGB noch darüber hinaus²⁶:

„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.“

Die erste Alternative des § 105 Abs. 2 HGB n. F. betrifft Gesellschaften, die *kein Handelsgewerbe* betreiben, weil das Unternehmen nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Früher war es nach § 4 Abs. 2 HGB a. F. derartigen „kleinen“ Personengesellschaften verwehrt, sich unter einer Firma als OHG oder KG eintragen zu lassen. Sie waren notwendig Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Eine Differenzierung zwischen den Gesellschaftern hinsichtlich ihrer Außenhaftung durch Wahl der Rechtsform der KG schied aus. Der Rückgang des Gewerbebetriebs einer OHG auf ein solches Kleingewerbe führte dazu, daß sie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde²⁷.

Die zweite Alternative § 105 Abs. 2 HGB n. F. betrifft den besonderen Fall einer Gesellschaft, die als Vermögensverwaltungsgesellschaft überhaupt *kein Gewerbe* betreibt²⁸. Die Eintragung einer solchen Gesellschaft unter einer Firma als OHG oder KG war nach altem Recht erst recht ausgeschlossen.

Seit Inkrafttreten des HRefG können „kleine“ Personengesellschaften und sogar reine Vermögensverwaltungsgesellschaften ihre Firma freiwillig in das Handelsregister eintragen lassen und dadurch zur vollwertigen OHG oder KG werden²⁹. Sinkt eine OHG oder KG, deren Unternehmen nach Art und Umfang ursprünglich einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte, auf ein Kleinunterneh-

¹⁷ BGHZ 32, 307.

¹⁸ So K. Schmidt, ZIP 1997, 909, 914 mit dem Formulierungsvorschlag „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so findet dieses Gesetz Anwendung, ohne daß geltend gemacht werden kann, daß die Voraussetzungen ihrer Eintragung nicht vorliegen“.

¹⁹ Vgl. Baumbach/Hopt (aaO Fn. 2), § 5 Rdn. 9.

²⁰ Baumbach/Hopt (aaO Fn. 2), § 5 Rdn. 1 und 9 ff.

²¹ Sinnvoll ist eine Wiederlegung in diesem Fall also nur dann, wenn der Gewerbetreibende (zumindest auch) Prozeßgegner gegenübersteht, die in bezug auf seine Kaufmannseigenschaft bösgläubig waren.

²² Vgl. Baumbach/Hopt (aaO Fn. 2), § 5 Rdn. 14.

²³ Mit der Streichung der §§ 4, 351 HGB a. F. ist insoweit auch der Streit obsolet geworden, ob ein Minderkaufmann, der den Rechtsschein eines Vollkaufmanns erweckt, dadurch des Schutzes der §§ 4, 351 HGB a. F. verlustig geht (so Baumbach/Hopt [aaO Fn. 2], § 5 Rdn. 1) oder ob der Schutz des Minderkaufmanns insoweit Vorrang genießt (so Canaris [aaO Fn. 15], S. 78).

²⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 57. Aufl. (1998), § 24a AGBG Rdn. 5.

²⁵ Vgl. § 6 Nr. 1 HaustürWG und § 1 Abs. 1 VerbrKrG, die der Unternehmer-Definition ähnliche Regelungen enthalten.

²⁶ Der frühere § 105 Abs. 2 HGB ist jetzt (unverändert) Absatz 3. Über § 161 Abs. 2 HGB findet § 105 HGB auch Anwendung auf Kommanditgesellschaften.

²⁷ BGHZ 32, 307.

²⁸ Siehe dazu oben bei Fn. 3.

²⁹ Die Eintragung wirkt konstitutiv und ist notwendig. Die bloße Aufnahme der Geschäfte im Sinne des § 123 Abs. 2 HGB reicht bei Gesellschaften im Sinne des § 105 Abs. 2 HGB n. F. nicht aus, um den Status einer OHG oder KG zu erwerben.

men ab, so kann ihre Firma nicht mehr gegen den Willen ihrer Gesellschafter gelöscht werden. Allerdings können die Gesellschafter diesen Status nach Maßgabe des § 2 S. 3 HGB n. F. auch wieder aufgeben, indem sie eine Löschung aus dem Handelsregister bewirken. In diesem Fall wird die OHG bzw. KG mit der Lösung ihrer Firma zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

II. Firmenrecht

1. Einzelkaufmann

Massive Änderungen hat auch das Firmenrecht erfahren³⁰. Einerseits wird das Firmenrecht durch das HRefG erheblich liberalisiert. Es wird Wahl einer Vielzahl von nach früherem Recht unzulässigen Firmen ermöglicht. Andererseits werden den Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften erweiterte Publizitätspflichten auferlegt.

Nach § 18 Abs. 1 HGB a. F. mußte die Firma eines Einzelkaufmanns dessen Nachnamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen enthalten. Ausnahmen waren lediglich für den Fall der Fortführung bei Namensänderung (§ 21 HGB) oder Inhaberwechsel (§ 22 HGB) zugelassen. Neben den weiterhin zulässigen Personenfirmen (ggf. mit weiteren Zusätzen, etwa zum Geschäftsgegenstand) sind seit dem 1. Juli 1998 auch Sachfirmen oder reine Phantasiebezeichnungen (allein oder in Kombination miteinander) zulässig³¹. § 18 Abs. 1 HGB n. F. bestimmt lediglich:

„Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen.“

Nach dem neuen Recht muß eine Firma *erstens* „zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet“ sein, d. h. ihren Träger ähnlich einem Namen individualisieren. Zulässig ist danach auch die Verwendung eines Pseudonyms.

Zum *zweiten* muß die Firma hinreichende Unterscheidungskraft besitzen. Dies ist dann der Fall, wenn sie geeignet ist, wie ein Name zu wirken³² oder sich im Verkehr als schlagwortartiger Hinweis durchzusetzen³³. Ausreichend ist grundsätzlich schon eine geringe Unterscheidungskraft. Nicht hinreichend unterscheidungsfähig sind aber bloße Gattungsbegriffe³⁴.

Eine Grenze findet die freie Firmenwahl *drittens* im Grundsatz der Firmenwahrheit. Nach § 18 Abs. 2 HGB n. F. darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über verkehrswesentliche geschäftliche Verhältnisse irreführen³⁵. Insofern hat sich trotz sprachlicher Neufassung inhaltlich nichts gegenüber dem alten Recht geändert³⁶.

Schließlich muß die Firma *viertens* einen Rechtsformzusatz enthalten. Insofern hat das HRefG für den Einzelkaufmann eine Verschärfung mit sich gebracht. Auch Einzelkaufleute sind nunmehr nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB n. F. verpflichtet, in ihre Firma den Zusatz „eingetragener Kaufmann“, „eingetragene Kauffrau“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Zusätze, insbesondere „e. K.“, „e. Kfm.“ oder „e. Kfr.“, aufzunehmen³⁷.

Nach dem neu eingefügten § 37a HGB muß zudem jeder Kaufmann auf seinen *Geschäftsbriefen* seine Firma nebst Rechtsformzusatz, den Ort seiner Handelsniederlassung, das Registergericht und die Nummer angeben, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist. Auf diese Weise wird der Verkehr geschützt und das sich aus der Liberalisierung des Firmenrechts ergebende erhöhte Risiko der Täuschung über die Kaufmannseigenschaft kompensiert.

2. Handelsgesellschaften

Die beschriebenen Änderungen des Firmenrechts gelten grundsätzlich auch für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft³⁸. Auch *Personenhandelsgesellschaf-*

ten können also in Zukunft reine Sach- oder Phantasiefirmen führen. § 19 Abs. 1 HGB n. F. verpflichtet sie lediglich zur Angabe ihrer Rechtsform. § 19 Abs. 2 HGB n. F. (der frühere § 19 Abs. 5 HGB) stellt sicher, daß die Haftungsbeschränkung, wenn keine natürliche Person persönlich haftet, in der Firma zum Ausdruck kommt.

Ein besonderes Problem ergibt sich aus der *Streichung des § 19 Abs. 4 HGB a. F.*, der bisher die Aufnahme der Namen von Kommanditisten oder Nichtgesellschaftern in die Firma einer Personenhandelsgesellschaft ausschloß³⁹. Einen gewissen Ausgleich für den Wegfall dieses Verbots schafft der neue § 125a HGB, der auch Personenhandelsgesellschaften erweiterte Publizitätspflichten im Sinne erweiterter Angaben auf den Geschäftsbriefen auferlegt. Dritte, deren Name oder Firma mißbraucht wird, können gegebenenfalls nach § 12 BGB, § 37 HGB bzw. § 15 MarkenG dagegen vorgehen. Zudem gilt auch mit Blick auf die in der Firma verwendeten Namen das Gebot der Firmenwahrheit i. S. v. § 18 Abs. 2 HGB. Mit Blick darauf, daß es insoweit zu Täuschungen über die Haftungsverhältnisse kommen könne, wird in der Literatur davon ausgegangen, daß die Aufnahme der Namen von Nichtgesellschaftern oder Kommanditisten im Regelfall⁴⁰ auch nach Streichung des § 19 Abs. 4 HGB a. F. unzulässig sei⁴¹. Zwingend erscheint dies allerdings nicht, denn ein Vertrauen des Verkehrs auf den Zusammenhang zwischen den in der Firma enthaltenen Namen und der persönlichen Haftung ihrer Träger besteht nach bisherigem Recht auch und gerade wegen des bisherigen Verbots, andere Namen aufzunehmen. Dieses Verbot ist aber weggefallen. Den § 19 Abs. 4 HGB nach dessen Streichung nun einfach in den § 18 Abs. 2 HGB hineinzulesen, wird der gesetzgeberischen Intention nicht gerecht⁴². Der Verkehr wird sich daran gewöhnen müssen, daß die Firma nur noch der Individualisierung der einzelnen Gesellschaft dient und – abgesehen vom Rechtsformzusatz und eventuellen Angaben zur Haftungsbeschränkung – keine Rückschlüsse auf die Haftungsverhältnisse

³⁰ Zum Begriff der Firma vgl. § 17 HGB sowie oben Fn. 5.

³¹ Vgl. ausführlich K. Schmidt, ZIP 1997, 910, 915.

³² BGH GRUR 1995, 507, 508 – City Hotel.

³³ Vgl. BGH GRUR 1995, 156, 157 – Garant Möbel.

³⁴ Nordemann, Wettbewerbs- und Markenrecht, 8. Aufl. (1996), Rdn. 440; BGH NJW 1987, 438, 439 – Video-Rent.

³⁵ Irreführende Angaben können sich auf eine Vielzahl von Aspekten beziehen, z. B. auf Eigenschaften des Inhabers (Meister- oder Dokortitel), auf die Unternehmensgröße (z. B. Bezeichnung „Fabrik“ für einen kleinen Handwerksbetrieb), auf eine Spezialisierung („Fachgeschäft“) usw. Vgl. insoweit die Kommentierung *Baumbach/Hopt* (aaO Fn. 2), § 18 Rdn. 4 ff mit zahlreichen weiteren Beispielen.

³⁶ § 18 Abs. 2 HGB n. F. stellt allerdings klar, daß die Irreführungseignung im Verfahren vor dem Registergericht nur berücksichtigt wird, wenn sie ersichtlich ist. Der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) ist insoweit eingeschränkt.

³⁷ Vgl. allerdings die Übergangsvorschriften in den Art. 38 ff EGHGB. Danach dürfen vor dem 1. 7. 98 eingetragene Firmen bis zum 31. 3. 2003 weitergeführt werden (Art. 38 Abs. 1), beschränkt sich die Änderung der Firma auf die Hinzufügung eines Rechtsformzusatzes, so bedarf diese Änderung keiner Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (Art. 38 Abs. 2). Altes Geschäftspapier darf bis zum 31. 12. 1999 aufgebraucht werden, es sei denn, die Firma wird nach dem 30. 6. 1998 geändert (Art. 39).

³⁸ Ausdrücklich dazu Jung, ZIP 1997, 677 ff.

³⁹ Dazu Kögel, BB 1997, 793, 796; K. Schmidt, ZIP 1997, 910, 915; Jung, ZIP 1997, 677, 690 f.

⁴⁰ Ausnahmen sind auch nach dieser Ansicht möglich. Denkbar ist insbesondere die Verwendung von Namen bekannter, längst verstorbener Personen. Bei einer „Immanuel Kant Buchhandel OHG“ käme niemand auf den Gedanken, der große Philosoph sei Gesellschafter. Die Täuschungseignung ist nicht gegeben.

⁴¹ Jung, ZIP 1997, 677, 681 f. m. w. N.

⁴² Diese wird auch darin deutlich, daß § 2 Abs. 1 S. 3 PartGG n. F. dieses Verbot für Partnerschaftsgesellschaften ausdrücklich festschreibt.

mehr zuläßt. Der Umstand allein, daß eine in der Firma benannte Person nicht persönlich haftender Gesellschafter ist, kann daher nicht mehr ausreichen, um eine Täuschung zu begründen. Auch das Anstreben eines (legalen) Wettbewerbsvorteils durch Aufnahme eines solchen Namens kann dafür nicht genügen⁴³, denn dieses Erfordernis dürfte fast immer erfüllt sein. Erst recht reicht die Nennung eines Namens in der Firma einer Personenhandelsgesellschaft nicht mehr aus, um eine Haftung seines Trägers als „Scheingesellschafter“ zu rechtfertigen. Wenn die Verwendung eines Namens nicht verboten ist, kann sie grundsätzlich auch nicht zu einer Rechtsscheinhafung führen⁴⁴.

Liberalisiert wurde auch das Firmenrecht der *Kapitalgesellschaften*. Die früheren Vorgaben für die Firmenbildung bei Kapitalgesellschaften in §§ 4, 279 AktG, 4 GmbHG und 3 GenG sind – mit Ausnahme des Erfordernisses, die Rechtsform der Gesellschaft anzugeben – entfallen. Natürlich gilt auch für die Firmen von Kapitalgesellschaften weiterhin der Grundsatz der Firmenwahrheit.

Schließlich wurde auch das Namensrecht der *Partnerschaftsgesellschaften* geringfügig modifiziert. § 2 Abs. 1 PartGG n. F. stellt klar, daß die Beifügung von Vornamen nicht erforderlich ist (S. 2), daß aber (im Gegensatz zum neuen Firmenrecht der Personenhandelsgesellschaften) keine Namen von Nichtpartnern in den Namen der Partnerschaftsgesellschaft aufgenommen werden dürfen (S. 3). Auch Partnerschaftsgesellschaften unterfallen nach dem neuen § 7 Abs. 4 PartGG den erhöhten Publizitätsanforderungen des § 125a HGB.

III. Ausscheiden aus Personenhandelsgesellschaften

Personengesellschaften sind anders als Körperschaften grundsätzlich von ihrem Mitgleiderbestand abhängig. § 131 HGB a. F. sah daher unter anderen Gründen auch den Tod eines Gesellschafters, die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters und die Kündigung durch einen Gesellschafter (oder dessen Privatgläubiger, § 135 HGB) als Auflösungsgründe an. Das Ausscheiden eines Gesellschafters sollte nach § 138 HGB a. F. nur dann nicht zur Auflösung einer OHG führen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine sog. Fortset-

zungsklausel enthielt. Letzteres war in der Realität allerdings die Regel. Grundsätzlich galt § 131 HGB a. F. über § 161 Abs. 2 HGB auch für die KG, allerdings mit der Abweichung, daß nach § 177 HGB a. F. der Tod eines Kommanditisten nicht zur Auflösung der KG führte.

Das HRefG hat das Handelsrecht insoweit der Realität angepaßt. Gesellschaftertod oder Gesellschafterkonkurs sind danach ebensowenig Auflösungsgründe wie die Kündigung durch einen Gesellschafter oder dessen Privatgläubiger. Diese Tatbestände führen nach dem neuen § 131 Abs. 2 HGB lediglich zum Ausscheiden des Gesellschafters, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung enthält⁴⁵. Durch das HRefG wird also das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters ist die Regel. Auflösung der Gesellschaft ist die gesondert im Gesellschaftsvertrag zu vereinbarende Ausnahme.

Weiterhin im Gesellschaftsvertrag zu regeln ist allerdings die Erbnachfolge im Falle des Todes eines Gesellschafters. § 139 HGB hat keine Änderung erfahren. Fehlt eine vertragliche Nachfolgeregelung, so kann der Erbe lediglich eine Abfindung verlangen oder (im Einverständnis mit den verbliebenen Gesellschaftern) neu in die Gesellschaft eintreten. Eine Sonderregel enthält der neue § 177 HGB. Beim Tod eines Kommanditisten wird die KG mit dessen Erben fortgesetzt, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Vereinbarung enthält⁴⁶.

⁴³ A. A. *Jung*, ZIP 1997, 677, 681.

⁴⁴ Vgl. dazu auch *Jung*, ZIP 1997, 677, 681; *Kögel*, BB 1997, 793, 796.

⁴⁵ Die §§ 136–138 und 141–142 HGB sind dementsprechend aufgehoben worden.

⁴⁶ Nach dem neuen Art. 41 EGHGB sind die §§ 131–142 und 177 HGB in der bis zum 30. 6. 1998 geltenden Fassung weiter anzuwenden, wenn ein Gesellschafter bis zum 31. 12. 2001 gegenüber der Gesellschaft schriftlich die Anwendung dieser Vorschriften verlangt, bevor ein Auflösungs- oder Ausscheidensgrund eintritt. Die Gesellschafter können dieses Verlangen allerdings durch Beschluß zurückweisen.

Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutzes?

Von Wiss. Ass. Dr. *Christian Fahl*, Passau

I. Einführung

Kann ein Schlafender seiner Freiheit beraubt, kann er genötigt, bestohlen oder sexuell mißbraucht werden? Kann er heimtückisch getötet (= ermordet) werden und kann er selbst heimtückisch töten?

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB), und endet mit dem Tod. Damit bezeichnen wir die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Ein Drittel dieser Zeit verbringt der Mensch schlafend. Darüber, über den Schlaf, wissen wir erstaunlicherweise sehr wenig. So ist noch weitgehend ungeklärt, warum wir überhaupt schlafen müssen. Es scheint sich um eine Art genetischer Erinnerung aus der Urzeit zu handeln. Vor der Erfindung der Warmblütigkeit (Homoiothermie), war das Leben auf die Sonne angewiesen. Mit dem Sonnenuntergang fiel das Leben gewissermaßen automatisch in einen Kälteschlaf. Als die Lebewesen begannen, eine konstante Körpertemperatur unabhängig von der Sonne aufrecht zu erhalten, entfiel diese Notwendigkeit. Daß wir dennoch allabendlich müde werden, könnte eine Erinnerung unserer Gene an diese Notwendigkeit sein und ein Beleg für unsere Verwandtschaft mit den Sauriern¹.

Wir wollen aber nicht die zivilrechtlichen Rechte und Pflichten des Menschen, sondern die strafrechtliche Seite der Rechtsfähigkeit, d. h. die Frage untersuchen, inwieweit der Mensch im Schlaf Täter oder Opfer einer Straftat werden kann.

II. Strafrechtliche Relevanz von Handlungen im Schlaf

„Wer schläft, sündigt nicht“, sagt ein Sprichwort. Ansatzpunkt ist der strafrechtliche Handlungsbegriff. Handlungen sind willensgesteuerte Vorgänge, die einen Erfolg in der Außenwelt herbeiführen. Einigen körperlichen Äußerungen fehlt, obwohl sie einen sozialerheblichen Erfolg herbeiführen, die Handlungsqualität. Darunter fallen z. B. reflexartige Körperbewegungen, instinktive Schreckreaktionen, epileptische Ausfälle usw. Bei Reflexbewegungen wird ein körperlicher Reiz ohne Mitwirkung des Bewußtseins vom Empfindungszentrum auf das Bewegungszentrum übertragen und so eine willensunabhängige und damit auch nicht beherrschbare Reaktion aus-

¹ Informativ und zugleich sehr unterhaltsam: *Ditfurth*, Im Anfang war der Wasserstoff, 5. Aufl. 1979, S. 281 ff.