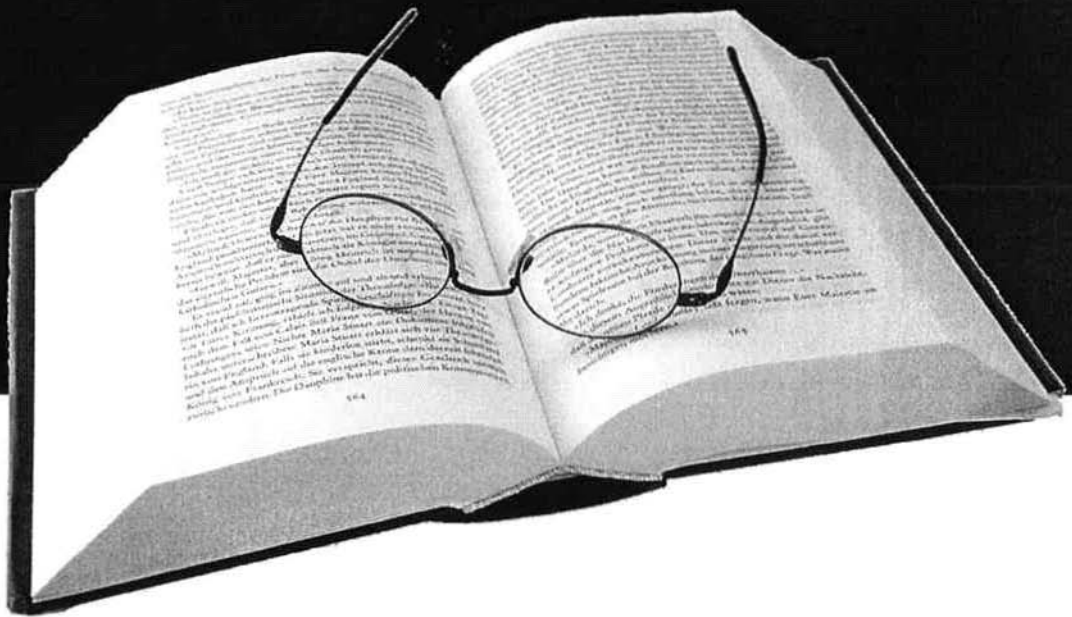


Allgemeines Handelsrecht

Vorlesungsmitschrift bei Prof. Karollus

Dieses Skript wurde von Prof. Karollus weder überprüft noch approbiert!

Impressum: MI: Hochschülerschaft an der Johannes Kepler Universität Linz,
Druck: Wirtschaftsabteilung der Universität, beide: Altenbergerstraße 69, 4040 Linz



1999

ÖH-SKRIPT



SHOP

ersetzt nicht
das Studium der gängigen Literatur
und den Besuch der Lehrveranstaltungen



Denise Rudel
ÖH Shop-Referentin



Julia Sageder
ÖH Vorsitz-Team



Susi Aichinger
ÖH Vorsitz-Team

Liebe Kollegin, lieber Kollege!

Vor dir siehst du ein Skript des Open Courseware Projekts der ÖH Linz, welches allen Studierenden und Interessierten frei und kostenlos zur Verfügung steht.

Das OCW- Projekt der ÖH Linz

Im Jahr 2007 haben der Vorsitz der österreichischen HochschülerInnenschaft Linz und das Referat für Skripten, Lernbehelfe und OCW mit der Umsetzung von Open Courseware an der Johannes Kepler Universität begonnen. Alle Skripten sollten den Studierenden und Interessierten kostenlos zugänglich sein, zudem sollten die Unterlagen frei verändert und vervielfältigt werden dürfen um die Qualität und Aktualität der Unterlagen zu verbessern.

Zu diesem Zweck wurden alle Unterlagen, deren Lizenz bei der ÖH liegt, digitalisiert, mit einer Struktur und Suchfunktion versehen und über eine Homepage allen InternetnutzerInnen zugänglich gemacht. Darüber hinaus wurde den Lehrenden an der JKU die Möglichkeit gegeben jederzeit Verbesserungen und Ergänzungen bei den Unterlagen vorzunehmen.

Lizenz

Um die freie Verbreitung rechtlich zu gewährleisten steht dieses Werk unter einer Creative Commons Lizenz 3.0 Österreich.

Du darfst das Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen sowie Bearbeitungen des Werkes anfertigen.

Jedoch musst du dich dabei an gewisse Bedingungen halten:

- Du musst den Namen der/des Autorin/Autors / Rechteinhabers/Rechteinhaberin in der von ihm festgelegten Weise nennen.
- Das Werk darf nicht kommerziell genutzt werden.
- Die Weitergabe ist nur unter gleichen Bedingungen erlaubt, also unter der gleichen Lizenz.

Weitere und genauere Informationen über Creative Commons findest du unter

<http://www.creativecommons.at>.

Solltest du noch weitere Fragen zum OCW Projekt haben, oder dich beteiligen wollen, erreichst du uns unter oeh@oeh.jku.at oder **+43 732 2468 8535**.

Wir wünschen dir viel Spaß mit den OCW Skripten und viel Erfolg bei deinen Kursen!

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einführung	Seite 05
1. Geschichte des Handelsrechts	Seite 05
2. Zweck des Handelsrechts	Seite 05
3. Rechtsquellen des Handelsrechts	Seite 05
§ 2. Der Kaufmann (§§ 1 - 7 HGB)	Seite 06
1. Funktion des Kaufmann-Begriffes	Seite 06
2. Kaufmann nach § 1 HGB	Seite 06
a) Allgemeines	Seite 06
b) Definition nach Handelsrecht	Seite 07
c) § 1 Abs. 2 Z. 1 - 9 HGB	Seite 07
3. Kaufmann nach § 2 HGB	Seite 09
4. Kaufmann nach § 3 HGB	Seite 09
5. Minderkaufmann (§ 4 HGB)	Seite 11
6. Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB)	Seite 11
7. Formkaufmann (§ 6 HGB)	Seite 12
8. Kaufmann kraft Rechtsscheins	Seite 13
§ 3. Firmenbuch und Verkehrsschutz	Seite 15
1. Funktion und Inhalt des Firmenbuchs im Überblick	Seite 15
a) Gesetzliche Regelungen	Seite 15
b) Inhalt	Seite 15
c) Aufbau	Seite 15
d) Öffentlichkeit	Seite 16
e) Arten von Eintragungen	Seite 16
2. Firmenbuchverfahren im Überblick	Seite 17
a) Antragsprinzip	Seite 17
b) Prüfungsrecht und Prüfungspflicht	Seite 17
c) Unterbrechung	Seite 18
3. Verkehrsschutz (§ 15 HGB)	Seite 18
a) Wirkung für Dritte ("negative Publizität")	Seite 19
b) Wirkung gegen Dritte	Seite 21
c) Ungeschriebene Rechtsregeln	Seite 21
§ 4. Unternehmen und Unternehmensübergang	Seite 22
1. Allgemeines	Seite 22
2. Arten des "Untemehmerwechsels" im allgemeinen	Seite 23
3. Der Unternehmerwechsel im HGB	Seite 23
a) Unternehmensübergang unter Lebenden (§ 25fHGB)	Seite 23
b) Vergesellschaftung (§ 28 HGB)	Seite 26
c) Unternehmensübergang von Todes wegen (§ 27 HGB)	Seite 27

§ 5. Firma	Seite 301
1. Begriff	Seite 30
2. Firmenordnungsrecht	Seite 30
a) Vorschriften zur (ursprünglichen) Firmenbildung	Seite 31
b) Allgemeine Prinzipien des Firmenrechts	Seite 33
3. Firmennamensrecht	Seite 34
4. Firmenschutz und Rechtsbehelfe gegen unzulässige Firmen	Seite 35
§ 6. Prokura und Handlungsvollmacht	Seite 361
1. Prokura (§§ 48 - 53 HGB)	Seite 36
a) Erteilung	Seite 36
b) Erlöschen	Seite 37
c) Inhalt/Umfang	Seite 38
d) Mißbrauch der Vertretungsmacht	Seite 39
e) Publizität	Seite 40
2. Handlungsvollmacht (§§ 54 - 58 HGB)	Seite 40
a) Echte Vollmacht oder Rechtsscheintatbestand?	Seite 40
b) Sondertatbestände (§§ 55,56 HGB)	Seite 41
§ 7. Handelsvertreter und Handelsmäkler (Grundzüge)	Seite 421
1. Handelsvertreter	Seite 42
2. Handelsmäkler	Seite 42
§ 8. Handelsgeschäfte allgemein	Seite 431
1. Gesetzliche Systematik	Seite 43
2. Begriff des Handelsgeschäfts	Seite 43
a) Übersicht	Seite 43
b) § 343 HGB	Seite 43
c) § 344 HGB	Seite 44
d) § 345 HGB	Seite 44
§ 9. Handelsbräuche und Handelsklauseln	Seite 451
1. Handelsbräuche (§ 346 HGB)	Seite 45
2. Handelsklauseln, insbesondere "Trade Terms" und „Incoterms"	Seite 46
§ 10. Schweigen im Handelsverkehr	Seite 471
1. Antrag zur Geschäftsbesorgung	Seite 47
2. Kaufmännisches Begleit-fBestätigungsschreiben	Seite 48
3. Sonstige Fälle	Seite 48
§ 11 Erweiterung der Privatautonomie	Seite 491
1. Bürgschaftsform (§ 350 HGB)	Seite 49
2. Vertragsstrafe (§ 348 HGB; Art. 8 Nr. 3 4. EVHGB)	Seite 50
3. Laesio enormis (§ 351a HGB)	Seite 50

§ 12 Besonderheiten des Schuldinhalts	Seite 51 \
1. Sorgfaltsmaßstab (§ 347 HGB)	Seite 51
2. Umfang des Schadenersatzes (Art. 8 Nr. 2 4. EVHGB)	Seite 51
3. Gesamtschuldnerische Haftung (Art. 8 Nr. 1 4. EVHGB)	Seite 52
4. Inhalt der Bürgenhaftung (§ 349 HGB)	Seite 52
5. Entgeltlichkeitsprinzip (§ 354 HGB)	Seite 53
6. Geldschulden (Art. 8 Nr. 8 4. EVHGB)	Seite 54
7. Zinsen (§§ 352, 353 HGB; Art. 8 Nr. 7 4. EVHGB)	Seite 55

§ 1. Einführung

11. Geschichte des Handelsrechts

Es gab schon im Mittelalter erste Handelsrechtsordnungen in Deutschland und Österreich. Mitte des 19. Jahrhunderts entstand die erste Kodifikation, das "Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch". Es wurde auch in Österreich-Ungarn umgesetzt. Das ARGB trat 1863 in Kraft.

1939 wurde das HGB in Österreich eingeführt und ist bis heute in Geltung.

2. Zweck des Handelsrechts

- a) Einfachheit und Schnelligkeit der Abwicklung ohne Schutzvorschriften:
Beispiel: § 377 HGB (Mängelrüge): Bei Käufen zwischen zwei Kaufleuten muß der Mangel unverzüglich beanstandet werden. Hingegen hat man gemäß ABGB sechs Monate Zeit. Die Regelung des HGB steht im Interesse der raschen Abwicklung des Kaufgeschäfts.
- b) Erweiterung des privatautonomen Gestaltungsspielraums mit Verzicht auf Schutzvorschriften:
Beispiele: § 348 HGB; § 351a HGB (im Gegensatz zu § 934 ABGB ["laesio enonnis" - Verkürzung über die Hälfte]): Der Kaufmann kann sich nicht darauf **berufen**, wohl aber der nichtkaufmännische Teil.
- c) besondere Öffentlichkeitswirksamkeit/Publizität:
Dies geschieht durch das Firmenbuch. Jedermann kann darin Einsicht nehmen.
- d) besonderer Verkehrs- und Vertrauensschutz:
Es gibt besondere Grundsätze über die Publizität des Firmenbuchs (vgl § 15 Abs. 1 HGB).
- e) Haftungsverschärfung:
Beispiele: § 347 **HGB**, Art. 8 Nr. 2 und 11 4. EVHGB.
- 1) Internationale Dimension:
Dies gilt insbesondere für die EU, zB das UN-Kaufrechtsübereinkommen.

3. Rechtsquellen des Handelsrechts

- a) HGB (Handelsgesetzbuch):
 1. und 4. Buch: allgemeines Handelsrecht,
 3. Buch: Rechnungslegungsvorschriften,
 2. Buch: Personengesellschaften,
 5. Buch: Seehandelsgeschäfte.
- b) Firmenbuchgesetz,
- c) Handelsvertretergesetz,
- d) Maklergesetz,
- e) UN-Kaufrechtsübereinkommen,
 - 1) Gewohnheitsrecht,
- g) Handelsbräuche: Sie sind nicht wirklich eine Rechtsquelle, sondern es handelt sich um eine faktische Übung: "Wie werden Geschäfte solcher Art üblicherweise abgeschlossen?" Das Übliche kann aber zum Inhalt des Vertrages werden. § 346 HGB verweist auf Handelsbräuche.
- h) Europarecht: Das Handelsrecht wird auch dadurch bestimmt und beeinflusst. Es hat Vorrang gegenüber den nationalen Rechtsordnungen.

§ 2. Der Kaufmann (§§ 1 - 7 HGB)

II

11. Funktion des Kaufmann-Begriffes

Der Kaufmannstatbestand ist vielfach der Anknüpfungspunkt dafür, daß überhaupt eine handelsrechtliche Regelung (= Sonderbestimmungen zum Zivilrecht) zur Anwendung kommt.

§ 343 Abs. 1 HGB: "Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören."

Es gibt 2 Arten von Kaufleuten:

- Kaufleute kraft Gewerbebetrieb (§§ 1 - 5 HGB)
- Formkaufleute kraft Rechtsform (§ 6 HGB)

Unterschied:

Beim Kaufmann kraft Gewerbebetrieb geht es darum, welche Tätigkeit diese Person ausübt (was macht er?).

Beim Formkaufmann kraft Rechtsform geht es darum, daß bestimmte Rechtsformen (AG, GmbH) kraft Gesetzes automatisch Kaufmannseigenschaft begründen, unabhängig davon, was der Inhalt der Tätigkeit ist (was ist er?).

Überblick:

- § 1 HGB: Ist- oder Mußkaufmann
- § 2 HGB: Sollkaufmann
- § 3 HGB: Sonderregelung für land- und forstwirtschaftlich Tätige
- § 5 HGB: Kaufmann kraft Eintragung: Es handelt sich nicht um einen materiellen Kaufmannstatbestand, sondern es ist eher eine Auffangregelung, wenn etwas schiefgegangen ist. Sie dient der Rechtssicherheit.
- § 4 HGB: Minderkaufleute: Die Unterscheidung zwischen Voll- und Minderkaufleuten gibt es eigentlich nur bei § 1 HGB. Die Bedeutung liegt darin, daß auf den Vollkaufmann das ganze HGB anzuwenden ist. Auf die Minderkaufleute ist das HGB nur beschränkt anwendbar (zB § 350 HGB).

1. Kaufmann nach § 1 HGB ("Ist-[Muß-]Kaufmann")

1a) Allgemeines

§ 1 Abs. 1 HGB: "Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt." (Betreiben eines Gewerbes, das Grundhandelsgewerbe ist).

- Betreiben des Gewerbes: Nur derjenige, den wir als Betreiber des Unternehmens ansehen, erlangt die Kaufmannseigenschaft. Das ist derjenige, in dessen Namen die unternehmerische Tätigkeit ausgeübt wird (die Geschäfte geschlossen werden).
Wenn ein Unternehmen von einer GmbH betrieben wird, kommt dem Gesellschafter nicht die Kaufmannseigenschaft zu (abgesehen von der Formkaufmannseigenschaft).

Ausnahme (historisch bedingt): Eine OHG (bestehend aus A und B) führt zB einen Skriptenverkauf durch. Sowohl der OHG als auch ihren Gesellschaftern kommt die Kaufmannseigenschaft zu. Dasselbe gilt für die Komplementäre der KG.

- Eines der taxativ aufgezählten Grundhandelsgewerbe muß betrieben werden:
Beachte: Unter diesen Tatbestand subsumierbar sind sowohl Voll- als auch Minderkaufleute, das hängt also nicht von der Größe des Gewerbebetriebes ab.

Aber: Bei einzelnen Ziffern wird auf die Größe oder die Art des Unternehmens abgestellt:
Z. 2 und 9: „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“
Z. 5: Der Begriff der Anstalt (= Großunternehmen) ist Voraussetzung, das ist mehr als die Grenze für Vollkaufleute, Taxiunternehmer fallen nicht unter die Grundhandelsgewerbe, wenn nicht die Größe erreicht wird.

In § 1 **Abs. 2** HGB werden jene Tätigkeiten aufgezählt, die nach Vorstellung des historischen Gesetzgebers ganz im Kernbereich des Handelsrechts und der Kaufmannstätigkeit stehen und deshalb als **Grundhandelsgewerbe** angesehen werden.

Bedeutung des § 1: Durch das Ausüben des Gewerbes entsteht die Kaufmannseigenschaft.

Auf die Eintragung im Firmenbuch kommt es nicht an (sie ist **deklaratorisch**).

Der Begriff "Gewerbe" ist nicht im HGB definiert, jedoch aber in der GewO, im Steuerrecht (Gewerbe bedeutet aber nicht notwendigerweise dasselbe wie im Handelsrecht).

b) Definition nach Handelsrecht

- ◆ **selbständig:** Der unselbständig Tätige (Arbeitnehmer) hat im Handelsrecht nichts verloren.
- ◆ **nachhaltig:** Die Tätigkeit muß auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen gerichtet sein, gelegentliche Geschäfte bedeuten keine nachhaltige Tätigkeit (GewO: regelmäßig).
- ◆ **nach außen erkennbar:** Nur diejenigen betreiben ein Gewerbe, die wirklich am Marktgeschehen teilnehmen (Anbieter oder Nachfrager), nicht jedoch diejenigen, die sich auf Verwaltung des eigenen Vermögens beschränken (zB Beteiligung an Gesellschaften, „normale“ Geschäfte/Spekulationen an der Börse).
- ◆ **nicht freiberuflich:** Dieses Merkmal ist historisch bedingt: Nur die historisch gewachsenen Sparten sollen dem Gewerbe unterliegen.
Zu den freien Berufen gehören: Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Wirtschaftstreuhänder, Architekten (nicht jedoch die Innenarchitekten!!), Dolmetscher, Künstler.
Anmerkung: Apotheker werden zum Gewerbe, aber auch zu den Freiberuflichen dazugezählt.
Folge: Sie werden nicht ins Handelsrecht aufgenommen, sie können keine OHG oder KG betreiben (aber eine OEG oder KEG).
- ◆ **mit Gewinnerzielungsabsicht** (umstritten): herrschende Ansicht: Nur derjenige, der ein Unternehmen betreibt, das auf die Erzielung von Gewinnen gerichtet ist (Gegenbeispiel: kostendeckende Produktion), soll in den Gewerbebegriff hinein fallen; neuere Auffassung: Man verzichtet auf dieses Merkmal.
- ◆ **erlaubt** (umstritten, vgl § 7 HGB): Kann jemand, der Geschäfte betreibt, die schon nach ihrem Inhalt verboten sind, Kaufmann sein?
Beispiele: Unerlaubter Waffenhandel; Betreiber eines Bordells, wenn es gegen Rechtsvorschriften verstößt. Die ältere Auffassung verlangt die Erlaubtheit; neuere Auffassung: Das Handelsrecht ist nicht dazu da, Werturteile abzugeben. Daher will man nicht auf die Erlaubtheit abstellen.

jc) § 1 Abs. 2 Z. 1 - 9 HGB

1. **Warenumsatzgeschäfte:** „Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung weiter veräußert werden.“ Jeder, der dies in gewerbsmäßiger Form betreibt, ist Kaufmann im Sinne des § 1 Abs. 2 Z. 1 HGB.

Ware = eine bewegliche Sache: Der Klammerausdruck bedeutet eine Legaldefinition für das gesamte HGB. Beispiel: § 373 HGB: Das Wesentliche ist der Warenumsatz

(Weiterveräußerung der Waren nach der Anschaffung).

Wichtig ist, daß die Anschaffung und Veräußerung rechtsgeschäftlich von statten geht (vor allem Kaufverträge), nicht erfaßt ist die nicht rechtsgeschäftliche Anschaffung (zB die Urproduktion). Unter Z. 1 fallen aber doch zB Bäcker oder Restaurants (Be- und Verarbeitung der Waren).

2. Lohnfabrikation: "die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht."

Der Unterschied zu Z. 1 besteht darin, daß fremde Sachen (des Kunden) bearbeitet werden.

Beispiele: Wäscherei, Färberei, Lohnmühlen, Entwicklung von Filmen.

Die Z. 2 wäre viel bedeutsamer; wenn es die Ausnahme "sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" nicht gäbe.

Der Begriff des Handwerks hängt vom Vorkommen bestimmter Merkmale ab. Es kommt darauf an, welche Faktoren überwiegen: Vorrang manueller Tätigkeiten vor maschinellern Einsatz, Einsatz gelernter Fachkräfte anstatt nicht gelernter Fachkräfte, Individualität der erbrachten Leistungen, Betriebsgröße).

Nicht als handwerklich werden Expresdienste eingestuft, weil großteils keine gelernten Fachkräfte eingesetzt werden (zB Mister Minit).

Art. 6 Nr. 2 4. EVHGB (Einführungsverordnung zum HGB): Es ist umstritten, ob er noch in Geltung steht. (Es besteht die Ansicht, daß ihm 1990 materiell derogiert worden sei.) Für den Fall, daß er noch gilt, gibt es einerseits die Unterscheidung zwischen handwerksmäßig und nicht handwerksmäßig sowie andererseits zwischen Voll- und Minderkaufmann.

	handwerksmäßig	nicht handwerksmäßig
Vollkaufmann	Z. 2 ist anwendbar ¹	Z. 2 ist anwendbar
Minderkaufmann	Z. 2 ist nicht anwendbar	Z. 2 ist anwendbar

3. "die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie." Die Bedeutung ist aus heutiger Sicht gering, weil für Versicherungen aufgrund des Versicherungsaufsichtsgesetzes nur bestimmte Rechtsformen (AG, GmbH, Vereine) zugelassen sind.

4. „die Bankier- und Geldwechslergeschäfte." Es gibt das Bankwesengesetz. Nur bestimmte Rechtsformen (AG, GmbH, Genossenschaft, Sparkasse nach dem Sparkassengesetz) sind zugelassen.

5. "die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer."

Beachte: In der Aufzählung fehlt die Beförderung in der Luft; hier geht man davon aus, daß im Wege der Analogie auch die Luftbeförderung unter Z. 5 zu subsumieren ist.

6. „die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter."

7. "die Geschäfte der Handelsvertreter oder der Handelsmakler."

8. „die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels."

Beachte: Darunter fallen nicht die Leihbüchereien, weil hier nichts verkauft wird.

¹ Diese Skizze gilt für den Fall, daß Art. 6 Nr. 2 noch in Geltung steht. Steht er jedoch nicht mehr in Geltung, so ist in diesem Fall § 1 Abs. 2 Z. 2 nicht anwendbar und es gilt § 2 HGB.

9. "die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Vertrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht."

Beachte: Kopieranstalten werden nicht darunter subsumiert, weil zu einer Druckerei eine eigene drucktechnische Gestaltung gehört.

3. Kaufmann nach § 2 HGB ("Soll-Kaufmann")

Es handelt sich hier um einen Auffangtatbestand des § 1 HGB.

Beachte: Es wird auch hier die Bezeichnung Mußkaufmann verwendet.

a) negative Voraussetzung: Das Gewerbe fällt nicht schon unter § 1 Abs. 2 HGB. § 2 soll nur Lücken füllen, weil die Tätigkeit kein Grundhandelsgewerbe darstellt.

b) positive Voraussetzungen:

- Betreiben eines Gewerbes,
- nach Art und Umfang sind kaufmännische Einrichtungen erforderlich (jene, welche die Grenze zum vollkaufmännischen Umfang [nicht] überschreiten, siehe § 4),
- Eintragung im Firmenbuch: Die Kaufmannseigenschaft entsteht erst mit der Eintragung ins Firmenbuch, sie ist konstitutiv (rechtsbegründend). Der Unterschied zwischen § 2 und 3 HGB besteht darin, daß im Falle des § 2 HGB die Pflicht besteht, sich eintragen zu lassen, bei § 3 jedoch keine Pflicht dazu existiert.

Antragsprinzip: Wenn der Unternehmer keinen Antrag stellt, gibt es keine Eintragung und keine Kaufmannseigenschaft. Die einzige Möglichkeit des Firmenbuchrichters ist im Falle einer Nichteintragung, ihn durch das Verfahren nach § 24 FBG zur Antragstellung oder zur Begründung, warum er sich nicht eintragen lassen wollte, unter Androhung von Zwangsstrafen zu zwingen, und eventuell diese Strafen zu verhängen. Von Amts wegen eintragen kann er ihn aber nicht !!!

Ein Grund dafür, den Weg in das Firmenbuch zu scheuen, könnten die Rechnungslegungsvorschriften sein → § 189 Abs. 4 HGB: „Für Unternehmen, die gemäß § 2 zur Eintragung ihres Unternehmens in das Firmenbuch verpflichtet sind, gelten die Vorschriften dieses Abschnittes schon von dem Zeitpunkt an, in dem diese Verpflichtung entstanden ist.“

Wer fällt nun unter § 2 HGB? Alle, die zwar ein Gewerbe betreiben, die aber nicht unter den Begriff des Grundhandelsgewerbes fallen, Urproduzenten.

14. Kaufmann nach § 3 HGB ("Kann-Kaufmann")

Dies ist eine Spezialvorschrift zu § 1 und 2 HGB, die sich mit der Land- und Forstwirtschaft beschäftigt. Die §§ 1 und 2 HGB sind unanwendbar.

Der land- und forstwirtschaftliche Hauptbetrieb ist ganz aus dem Handelsrecht ausgegliedert. Allenfalls kann ein land- und forstwirtschaftlicher Nebenbetrieb ins Firmenbuch eingetragen werden.

Was versteht man unter Land- und Forstwirtschaft? Im § 3 findet sich keine Definition.

Definition: Gewerbe, das durch Ausnutzung des Bodens betrieben wird, und die Gewinnung bzw Verwertung tierischer oder pflanzlicher Rohstoffe zum Gegenstand hat.

- Ausnutzung des Bodens: Bei Legefarmen mit angekauftem Futter könnte man daran zweifeln, ob das noch darunter fällt.
- Pflanzenzucht bedeutet "aus der Erde gewachsen" → § 3 HGB ist anwendbar. Bei "im Topfgewachsen" wäre eher § 1 oder 2 HGB anzuwenden.

- Gewinnung bzw Verwertung tierischer oder pflanzlicher Rohstoffe: Darunter fällt also nicht die Urproduktion.

§ 3 Abs. 1 HGB: Land- und forstwirtschaftliche Hauptbetriebe fallen niemals darunter, selbst wenn der Landwirt es will. Ausnahme: Er gründet eine GmbH, dann ist er Formkaufmann nach § 6 HGB.

§ 3 Abs. 2 HGB: Land- und forstwirtschaftliche Nebenbetriebe können fakultativ dem Handelsrecht unterstellt werden, wenn sie eingetragen werden.

- Liegt kein land- und forstwirtschaftlicher Nebenbetrieb vor, kommt eine Eintragung von vorne herein nicht in Betracht.
- Liegt ein land- und forstwirtschaftlicher Nebenbetrieb vor, kommt eine Eintragung in Betracht.
- Handelt es sich um einen völlig selbständigen Betrieb, kommt § 1 bzw § 2 HGB zur Anwendung.

Was versteht man unter einem land- und forstwirtschaftlichem Nebenbetrieb? Es gibt drei Merkmale:

- **Identität des Unternehmensträgers**: Derjenige, der den Nebenbetrieb führt, muß auch derjenige sein, der den Hauptbetrieb führt. Ein Nebenbetrieb kann auch mehreren Hauptbetrieben gewidmet sein.
- **gewisse Selbständigkeit des Nebenbetriebes** vom Hauptbetrieb, sodaß man überhaupt eine Trennung vornehmen kann.
- Andererseits muß ein **gewisser Zusammenhang mit dem Hauptbetrieb** gegeben sein, sodaß im Nebenbetrieb entweder Produkte, die im Hauptbetrieb anfallen, verwertet werden, oder diese Produkte sonst irgendwie Voraussetzung für den Nebenbetrieb sind.
Faustregel: Wenn mehr als 25 % zugekauft werden, handelt es sich nicht mehr um einen Nebenbetrieb.

Beispiele: Brauereien, Torf- und Kiesgewinnung, Jausenstation, nicht aber ein Fuhrwerksunternehmen, auch wenn die Pferde der Landwirtschaft verwendet werden.

Es gilt folgendes: Der Land- und Forstwirt hat ein Wahlrecht, ob er sich eintragen lassen will oder nicht ("Kann-Kaufmann").

§ 3 Abs. 2 HGB: Es gelten die Voraussetzungen des § 2 HGB mit der Ausnahme, daß man zu keiner Eintragung verpflichtet wird.

Beachte: Nicht jeder noch so kleine Nebenbetrieb kommt ins Firmenbuch, sondern nur ein solcher, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Eine kleine Jausenstation fällt also nicht darunter !!!

Kaufleute nach § 3 können **nur Vollkaufleute** sein, da Minderkaufleute nicht ins Firmenbuch eingetragen werden.

Das Wahlrecht besteht nur insofern, ob man eingetragen wird oder nicht. Mit der Eintragung ist das Wahlrecht verbraucht. Das bedeutet, man kommt nicht mehr ohne weiteres aus dem Firmenbuch heraus.

§ 3 Abs. 2 **letzter Satz HGB**: "Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten."

Merksatz: Der Kannkaufmann ist zwar frei in der Entscheidung, ob er Kaufmann **werden will**, nicht aber, ob er es **bleiben** will.

Beachte: Die Formkaufmannseigenschaft geht vor !!!

5. Minderkaufmann (§ 4 HGB)

Es muß eine Abgrenzung zwischen Voll- und Minderkaufleuten getroffen werden.

Definition: Der Gewerbebetrieb erfordert nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht !!!

Entscheidend ist, ob kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind, das sind vor allem die kaufmännische Rechnungslegung, daneben noch die Prokura und die Spartengliederung des Unternehmens.

Die Praxis orientiert sich an den Buchführungsgrenzen in § 125 BAO, die im wesentlichen auf den Umsatz abstellen (ATS 5,000.000,--; privilegiert sind Lebensmittel- und Gemischtwarenhändler: ATS 8,000.000,--). Man stellt also nur auf den Umfang und nicht auf die Art ab.

Beachte: § 4 ist nur dann anwendbar, wenn wir einen Kaufmann vor uns haben. Der Minderkaufmann kann nur bei § 1 eine Rolle spielen.

Beispiel: § 2 HGB: Die Voraussetzung dafür, daß man überhaupt Kaufmann werden kann, ist, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Das widerspricht den Voraussetzungen des § 4 HGB.

Gründe: Für Kleingewerbetreibende sei das Handelsrecht manchmal zu schneidig (zB im Falle einer mündlichen Bürgschaftserklärung), oder es wurde als zu aufwendig empfunden (bei kleinem Umsatz wäre die doppelte Buchhaltung zu kompliziert → Einnahmen-Ausgaben-Rechnung).

Folge: Bestimmte Regelungen sind von der Anwendbarkeit für Minderkaufleute ausgenommen. Wenn das HGB nichts bestimmt, gelten die Vorschriften für alle Kaufleute.

Vorschriften, die für Minderkaufleute nicht gelten:

§ 4 Abs. 1 HGB:

- Vorschriften über die Firma (§§ 17ffHGB): Nur Vollkaufleute werden ins Firmenbuch eingetragen (das gilt uneingeschränkt nur noch für Einzelunternehmungen).
Beachte: Wenn es sich um einen Minderkaufmann handelt, der eine Personengesellschaft betreibt, ist auch ein Minderkaufmann mit Firma im Firmenbuch eingetragen.
- Vorschriften über die Rechnungslegung (3. Buch des HGB).
- Regeln über die Prokura (§§ 48ff HGB).

§ 4 Abs. 2 HGB: Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) sind auf Vollkaufleute beschränkt. Für Minderkaufleute gibt es die Rechtsformen GesbR, OEG, KEG.

§ 351 HGB: §§ 348 bis 350 HGB: Vertragsstrafe (Nichtanwendung des Mäßigungsrecht des Richters), Bürgschaft (bezüglich der Form, Solidarbürgschaft).

6. Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB)

Die Bezeichnung Scheinkaufmann ist nicht glücklich gewählt.

Die Eintragung im Firmenbuch hat stabilisierende Folgen. Wenn jemand als Kaufmann eingetragen ist, dann gilt er auch als ein solcher und muß sich so behandeln lassen (auch wenn die Voraussetzungen für die Eintragung nicht erfüllt wurden oder werden).

Frage: Geht es um einen Rechtsscheintatbestand, der gutgläubige Dritte schützen muß oder aber geht es darum, daß unter den Voraussetzungen die Kaufmannseigenschaft verliehen wird?

Heute herrschend: Wenn die Voraussetzungen vorliegen, wird die Kaufmannseigenschaft verliehen. Heute wird auch jeder Dritte geschützt, nicht nur der gutgläubige (das bedeutet:

Der Dritte wird auch dann geschützt, wenn er gewußt hat, daß die Voraussetzungen nicht vorliegen).

Merksatz: Der Eingetragene ist Kaufmann, solange er eingetragen ist, aber er hat kein Recht, es zu bleiben.

Voraussetzungen für die Anwendung des § 5 HGB:

- ◆ Es muß ein Gewerbe betrieben werden:
Wenn der A zwar unternehmerisch tätig ist, aber das, was er tut, nicht dem Gewerbebegriff unterliegt, ist die Anwendung ausgeschlossen (zB freie Berufe).
Für denjenigen, dessen Unternehmen eingestellt worden ist, kommt § 5 nicht zur Anwendung.
- ◆ Es muß eine Eintragung im Firmenbuch bestehen:
Nicht jede Eintragung ist geeignet, den § 5 auszulösen, sondern nur eine solche, aus der das Signal Vollkaufmannseigenschaft geschlossen werden kann.
- ◆ Berufung auf die Eintragung:
Nicht nur dann, wenn sich jemand darauf beruft, ist § 5 anzuwenden, sondern auch der Prozeßrichter hat ihn anzuwenden, und zwar von Amts wegen.

Rechtsfolgen: Der Betreffende kann nicht die fehlende Kaufmannseigenschaft geltend machen. Der Eingetragene wird als Vollkaufmann behandelt, unabhängig davon, ob der andere Teil sich überhaupt geirrt hat. Nicht nur der Dritte, sondern auch der Eingetragene selbst kann sich auf § 5 berufen.

§ 5 HGB hat die weitestgehenden Rechtsfolgen. Wenn die Voraussetzungen des § 5 vorliegen, dann ziehen wir diesen heran.

Beispiel: Ein Schuhhändler betreibt sein Unternehmen. Obwohl er eigentlich nicht mehr die Voraussetzungen erfüllt, kommt § 5 zur Anwendung.

Der Schuhhändler stellt nun den Betrieb ein: § 5 kommt nicht zur Anwendung, weil kein Gewerbe (mehr) betrieben wird. § 15 Abs. 1 HGB (negative Publizität) kommt zur Anwendung. Er ist nun ein Scheinkaufmann kraft rechtsgeschäftlichem Auftreten.

Sinn des § 5 HGB: Man kann sich auf die Eintragung verlassen. Die Rechtslage besteht, wie man sie aus der Eintragung ersehen kann. Gäbe es ihn nicht, müßte man sich immer überlegen, ob die Voraussetzungen vorliegen oder nicht.

17. Formkaufmann (§ 6 HGB)

Der Formkaufmann hat die Bedeutung, daß hier nicht daran angeknüpft wird, was jemand tut (= Kaufmann kraft Gewerbebetrieb), sondern daran, in welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben wird oder daß kein Unternehmen betrieben wird.

Gesetzgeber: Bestimmten Rechtsformen wird die Kaufmannseigenschaft (die Vollkaufmannseigenschaft) verliehen, unabhängig davon, was der Unternehmer tut und ob er etwas tut.

Anmerkung: Im Prüfungsschema ist zuerst zu prüfen, ob die Kaufmannseigenschaft gemäß § 6 HGB vorliegt.

Als Formkaufleute werden vom Gesetz benannt:

- ◆ Kapitalgesellschaften: AG (§ 3 AktG) und GmbH (§ 61 Abs. 3 GmbHG).
- ◆ aufsichtsratspflichtige (vgl § 24 GenG) Genossenschaften (§ 1 Abs. 3 GenG).
- ◆ Sparkassen nach dem Sparkassengesetz.

- der große Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (§ 27).
§ 63 bestimmt, welche Vorschriften auf den kleinen Versicherungsverein nicht oder doch anwendbar sind.
- die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) gemäß § 1 Abs. 2 des österreichischen EWIV-Gesetzes (EWIV-Ausführungsgesetz).
Beachte: Sie ist die einzige Personengesellschaft, der Formkaufmannseigenschaft zukommt !!! Das bedeutet, daß ORG und KG keine Formkaufleute sind !!!

Merksatz: Bei der AG prüft man die Rechtsform, um ausgehend davon feststellen zu können, daß sie Vollkaufmannseigenschaft besitzt. Bei der ORG ist das umgekehrt: Zuerst muß man die Vollkaufmannseigenschaft prüfen, um die Rechtsform der ORG feststellen zu können.

S. Kaufmann kraft Rechtsscheins ("Scheinkaufmann")

= Scheinkaufmann kraft rechtsgeschäftlichem Verhalten.

Staub: "Wer sich im Rechtsverkehr entsprechend verhält, der gilt als Kaufmann, wer als Vollkaufmann auftritt, gilt als Vollkaufmann."

Es wird an einen Anschein angeknüpft, der zwar nicht der Wahrheit entspricht. Aber zum Schutze des einzelnen wird fingiert, daß dies doch der Wahrheit entspricht. Im Grundsatz ist diese Lehre anerkannt.

Beachte: Auch die §§ 5 und 15 HGB können einen Schutz Gutgläubiger bewirken.

Das große Problem dieser Lehre ist die Konkretisierung. Wenn jemand ausdrücklich die Behauptung aufstellt, er sei Kaufmann, ist es nicht problematisch, ihm die Kaufmannseigenschaft aufzubürden (kaum in der Praxis).

Praxis: Es gibt keine ausdrücklichen Erklärungen, sondern es liegen Indizien vor, aus denen Dritte schließen können, daß es sich um einen Kaufmann oder sogar um einen Vollkaufmann handelt.

Beispiel: Im Unternehmen werden Einrichtungen verwendet, die der Kaufmanns- bzw Vollkaufmannseigenschaft vorbehalten sind, zB Personen treten als Prokuristen auf, für das Unternehmen wird ein Name verwendet, damit es so aussieht, als wäre es eine Firma im Sinne des RGB.

Beispiel: Man benötigt einen großen Kredit, hat kaum Sicherheiten, deshalb läßt man jemanden eine mündliche Bürgschaftserklärung abgeben. Behauptung: "Wer mündlich erklärt, als Bürge haften zu wollen, tritt so auf, als wäre er Vollkaufmann." Das kann aber nicht wahr sein, denn sonst würde die Schutzvorschrift des § 1346 Abs. 2 ABGB zurückgedrängt werden.

Rechtsfolgen, wenn man Scheinkaufmanns- bzw Scheinvollkaufmannseigenschaft annimmt: Der Dritte kann sich auf die Scheinkaufmannseigenschaft oder die Scheinvollkaufmannseigenschaft berufen. Das ist zB bedeutsam für Verzugszinsen (§ 352 HGB: 5 %).

Beachte: Der Scheinkaufmann selbst kann sich nicht auf die Kaufmanns- oder Vollkaufmannseigenschaft berufen.

Aber: Wenn sich Kaufmann B darauf beruft, daß A Scheinkaufmann ist, dann ist auch A in diesem Rechtsstreit als Kaufmann zu behandeln.

Beachte: Es kommt hier auf die Gutgläubigkeit an!!! Grobe Fahrlässigkeit schadet in jedem Fall.

Beispiel: A hat eine mündliche Bürgschaftserklärung abgegeben. Man könnte nun annehmen, daß er Vollkaufmann ist. Kann aber der Tatbestand des § 7 HGB auch **zwingendes** Recht aus den Angeln heben?

Meinung *Karollus*: Es muß eine Gleichstellung mit dem echten Kaufmannstatbestand stattfinden, aber nur in den engen Grenzen des § 7 HGB.

Eine andere Meinung verneint dies.

§ 3. Firmenbuch und Verkehrsschutz

11. Funktion und Inhalt des Firmenbuchs im Überblick

a) Gesetzliche Regelungen

- in den §§ 8 - 16 HGB (mit Lücken, weil einige Bestimmungen aufgehoben und an anderer Stelle eingefügt wurden).
Anmerkung: § 14 HGB paßt eigentlich an dieser Stelle nicht hinein.
- im Firmenbuchgesetz (FBG): Diese Regelungen sind ausführlicher. Es verweist für das Firmenbuchverfahren auf das Außerstreitgesetz.

jb) Inhalt

Das Firmenbuch ist ein öffentliches Register, in dem Rechtstatsachen (auf dem Gebiet des Handelsrechts) betreffend Unternehmen eingetragen sind.

Ausgangspunkt sind Rechtsträger (Personen). Diese werden, versehen mit einer eigenen Firmenbuchnummer, ins Firmenbuch eingetragen. Welche Arten von Rechtsträgern einzutragen sind und welche nicht, ergibt sich aus

§ 2 FBG. § 13 HGB dient als Auffangklausel.

Bei den eingetragenen Rechtsträgern findet man dann bestimmte wichtige Daten verzeichnet, die den/im Rechtsverkehr typischerweise interessieren. Welche Daten eingetragen werden, kann man aus den §§ 3 - 9 FBG ersehen (vgl. Firmenbuchauszug: siehe Seite 23ff der Vorlesungsunterlagen).

Der Gesetzgeber wollte eine Erweiterung des Handelsregisters, daraus wurde das Firmenbuch: Alle, die eine Firma führen, sollen eingetragen werden, auch die minder- und nichtkaufmännischen Tätigkeiten.

Ansatzpunkt: Jeder firmenführende Rechtsträger¹ kommt in das Firmenbuch.²

Beachte: Eingetragene Erwerbsgesellschaften können gar nicht Vollkaufleute sein, aber das Erwerbsgesellschaftengesetz (EGG) sieht vor, daß auch die Erwerbsgesellschaften eine Firma führen. § 2 Z. 4 und 5 FBG sehen vor, daß die OEG und die KEG ins Firmenbuch eingetragen werden.

e) Aufbau

Das Firmenbuch wird geführt von den Gerichten (den Handelsgerichten, das sind die Landesgerichte). Es besteht aus 2 Teilen:

- aus dem sogenannten Hauptbuch: Darin findet man die Rechtsträger und die darauf bezüglichen Eintragungen (vgl. den Auszug aus dem Hauptbuch im Vorlesungsverzeichnis).
- aus der Urkundensammlung: Es werden bestimmte Urkunden aufgenommen, die mit den Einträgen in Zusammenhang stehen, das sind alle Urkunden, die Grundlage einer Eintragung sind.

¹ Handelt es sich um einen Einzelunternehmer, werden nur Vollkaufleute eingetragen: Vgl. § 4 HGB: Die Vorschriften über die Firma finden keine Anwendung.

Anmerkung: Daß Minder- und Nichtkaufleute nicht ins Firmenbuch eingetragen werden, gilt uneingeschränkt nur noch für die Einzelunternehmer !!!

² Aber: Seit 1993 werden auch die Privatstiftungen nach dem Privatstiftungsgesetz (pSG) eingetragen. Diese führen aber keine Firma, sondern einen Namen, der wie eine Firma aufgebaut ist.

Beachte: Den Gesellschaftsvertrag findet man nur bei den Kapitalgesellschaften im Firmenbuch. Bei Personengesellschaften ist die Einreichung des Vertrages nicht vorgesehen, man findet ihn nicht in der Urkundensammlung.

d) Öffentlichkeit

§ 9 Abs. 1 HGB: „Zur Einsicht in das Hauptbuch und in die zur Urkundensammlung eingereichten Schriftstücke ist jedermann befugt.“ (= Öffentlichkeit des Firmenbuchs).

Das Firmenbuch hätte nämlich dann keinen Sinn, wenn es nicht zugänglich wäre, denn es erfüllt eine Funktion für den Rechtsverkehr: Es ist eine Informationsquelle für Interessierte. Es wird kein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme gefordert. Dies hat zwei Gründe:

- Man wollte das Einsichtsrecht besonders stark gestalten.
- Es hat einen Vereinfachungseffekt. Die ZaW der Zugriffe ist hoch, viele Stellen hätten besetzt werden müssen, um die rechtlichen Interessen zu prüfen.

Das Einsichtsrecht beinhaltet nicht nur das Recht, in das Buch Einsicht nehmen zu können, sondern auch das Recht, Abschriften aus dem Firmenbuch zu bekommen (allenfalls beglaubigte Abschriften), damit diese gegebenenfalls auch als Beweismittel verwendet werden können.

Die Öffentlichkeit hat noch einen zweiten Aspekt:

§ 10 HGB: Das Firmenbuch kommt auch mit aktuellen Dingen nach Hause. Eintragungen in das Firmenbuch sind zusätzlich noch bekannt gemacht (zB im Amtsblatt zur Wiener Zeitung).

Faustregel: Alles, was eingetragen wird, wird (grundsätzlich) auch bekannt gegeben. Ausnahmen:

- Es wird weniger bekannt gemacht Gewisse Eintragungen werden nicht eigens bekannt gemacht
Beispiel: § 32a HGB (Eintragung der Sachwalterschaft).
Beachte: Übergangsvorschrift: Art. XXIII Abs. 15 FBG 3: "Eintragungen über Einzelkaufleute, Personengesellschaften des Handelsrechts und eingetragene Erwerbsgesellschaften, die in der Datenbank des Firmenbuchs vorgenommen wurden, gelten als bekanntgemacht und müssen nicht [nochmals] veröffentlicht werden."
• Es wird mehr bekannt gemacht bei der AG (§ 33 AktG) und GmbH (§ 12 GmbHG): Bestimmte Umstände, die nicht Gegenstand der Eintragung sind, werden bekannt gemacht.

e) Arten von Eintragungen

- deklaratorische (rechtsbekundende) Eintragungen: Die Rechtstatsache ist bereits unabhängig von der Eintragung entstanden. Die Eintragung dient nur ex post der Information.

- konstitutive (rechtsbegründende) Eintragungen:

Beispiele: Eintragung nach § 2 und 3 HGB.

- Eintragungsunfähige Tatsachen: Das sind Daten, die nichts im Firmenbuch verloren haben und daher nicht zulässig sind. Beispiel: Daten, ob ein OHG-Gesellschafter seine Einlage geleistet hat.

- t Eintragungsfähige Tatsachen: Man unterscheidet

1. jene Tatsachen, für die der Gesetzgeber vorsieht, daß sie nicht eintragungspflichtig sind, wenn die Betroffenen aber die Eintragung wollen, diese erfolgen kann

³ Anmerkung: Es handelt sich hier um keine Übergangsbestimmung zum FBG, sondern sie hat Geltung, solange sie nicht geändert wird.

(eintragungsfähig). Sie sind in der Minderzahl.

Beispiele: § 3 HGB, § 25 Abs. 2 HGB (Eintragung des Haftungsausschlusses).

2. jene Tatsachen, für die das Gesetz bestimmt, daß man sie eintragen lassen muß (Eintragungspflicht).

Wonach kann man ersehen, ob eine Tatsache eintragungsfähig oder -pflichtig ist?

§ 3ffFBG: Man findet immer wieder Regelungen, welche die Pflicht vorsehen.

Beispiele: OHG: § 143 Abs. 1 HGB besagt, daß die Auflösung der Gesellschaft anzumelden ist (= Pflicht). § 25 Abs. 2 HGB: Die Vereinbarung ist nur dann wirksam, wenn sie eingetragen oder mitgeteilt wird (= Möglichkeit).

2. Firmenbuchverfahren im Überblick

a) Antragsprinzip

Das Firmenbuch wird grundsätzlich vom Antragsprinzip beherrscht. Eintragungen erfolgen grundsätzlich (fast durchwegs, es gibt nur wenige Ausnahmen) nur auf Antrag des Betroffenen, und zwar auch bei den meisten eintragungspflichtigen Tatsachen.

Anmerkung: Das Gegenteil wäre ein amtswegiges Verfahren.

Beispiel: Es erfolgt eine Prüfung durch einen Richter oder Rechtspfleger bei einem Bauunternehmer, bei dem zwar kaufmännische Einrichtungen notwendig sind, aber keine diesbezügliche Eintragung vorliegt. Kann man die erforderliche Eintragung vornehmen? Nein, es kann nur eingetragen werden, wenn der Bauunternehmer die Anmeldung zum Firmenbuch einreicht, und zwar ungeachtet dessen, daß eine Pflicht zur Eintragung nach § 2 HGB besteht. Beachte dazu aber § 189 Abs. 4 HGB.

Es besteht nur ein mittelbarer Zwang → § 24 FBG → Verhängung von Zwangsstrafen.

Nur ausnahmsweise werden Eintragungen von Amts wegen vorgenommen:

- ◆ Eintragung der Konkurseröffnung (§ 34 Abs. 1 HGB),
- ◆ Eintragung der Zwangsverwaltung,
- ◆ Eintragung der Besachwalterung (§ 32a Abs. 1 HGB).

Für die Löschung von Eintragungen gilt zwar grundsätzlich dasselbe (= Antragsprinzip). Es gibt aber auch Ausnahmen, die Amtslöschung:

- ◆ § 10 FBG (Löschungen, Änderungen),
- § 31 Abs. 2 Satz 2 HGB (Löschung von Firmen),
- ◆ Amtslöschung nach dem Amtslöschungsg,
- ◆ Löschung vermögensloser Kapitalgesellschaften.

b) Prüfungsrecht und Prüfungspflicht

Die Prüfung erfolgt durch das Firmenbuchgericht. Sie erfolgt nicht nur durch Richter (diese überprüfen nur Eintragungen betreffend einer AG oder GmbH mit mindestens ATS 1.000.000,-- Stammkapital), sondern auch durch Rechtspfleger (diese sind für alle sonstigen Eintragungen zur Prüfung zuständig).

Das Firmenbuch soll ein verlässliches Organ sein, es soll verlässliche Informationen liefern. Es hat die Aufgabe, die Richtigkeit der Dinge, die hineinkommen sollen, zu überprüfen. Es liegt also eine Prüfungspflicht vor:

- in formeller Hinsicht: Es erfolgt eine Prüfung, ob das, was eingetragen werden soll, überhaupt eintragungsfähig ist, ob die Anmeldung von einer befugten Person kommt, ob die Anmeldung der Fonn entspricht, die das Gesetz vorsieht.
- in materieller Hinsicht: Überprüft wird die inhaltliche Richtigkeit der beantragten Eintragungen.

Es herrscht ein Spannungsverhältnis, weil die Überprüfung aller Eintragungen sehr aufwendig wäre.

Folge: Man geht einen Mittelweg: In bestimmten sensiblen Fällen verlangt das Gesetz selbst die Vorlage von Unterlagen, zB Gründungsunterlagen bei der Gründung einer AG.

Faustregel: Der Richter hat nur dann, wenn konkrete Bedenken bestehen, eine Pflicht zur Prüfung.

lc) Unterbrechung

Bei der materiellen Prüfung kann es sein, daß es um Fragen geht, die in einem Rechtsstreit anhängig sind. Soll nun der Richter die Frage selbst beurteilen (ohne Berücksichtigung des laufenden Verfahrens) oder soll eine Unterbrechung stattfinden, also das Ende des laufenden Verfahrens abgewartet werden?

§ 19 Abs. 1 FBG: "Hängt die Entscheidung über eine Eintragung oder Änderung (Löschung) ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ab, das Gegenstand eines anderen anhängigen Gerichtsverfahrens ist oder das in einem anhängigen Verwaltungsverfahren festzustellen ist, so kann das Gericht anordnen, daß sein Verfahren so lange unterbrochen wird, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt."

§ 19 Abs. 2 FBG: "Das Gericht hat von einer Unterbrechung abzusehen oder sie aufzuheben und auf Grund der Aktenlage zu entscheiden, wenn das rechtliche oder wirtschaftliche Interesse an einer raschen Erledigung vorliegt."

Es handelt sich hier um den Fall, daß eine Strukturmaßnahme, zB eine Kapitalerhöhung oder die Verschmelzung bei einer Kapitalgesellschaft eingetragen werden soll (§ 230 AktG). Dazu ist die Zustimmung der Generalversammlung notwendig. Dieser Beschluß wird nun von den Gesellschaftern⁴ angefochten. Wenn der Beschluß erfolgreich bekämpft wird, gilt dieser als beseitigt und die Maßnahme wird ungültig. Das Problem daran ist, daß sich so ein Verfahren über mehrere Jahre hinziehen kann.

13. Verkehrsschutz (§ 15 HGB)

Man unterscheidet:

- formelle Publizität: Das bedeutet, daß sich die Öffentlichkeit informieren kann.
- materielle Publizität: Hier stellt sich die Frage, inwieweit man sich darauf (verlassen und) berufen kann, was im Firmenbuch steht oder nicht darin steht.

Das Ergebnis dieser Frage hat Auswirkungen auf die materielle Rechtslage.

⁴ oder auch von sogenannten "räuberischen Aktionären": Das führt zu einer Verschärfung des Problems. Diese kaufen nur wenige Aktien von allen möglichen Firmen und fechten Fehler von Beschlüssen an. Die mögliche Folge ist eine Entschädigungszahlung (von beträchtlicher Höhe) an diese Aktionäre. Dies geschieht vor allem in Deutschland, kommt aber auch bei uns vor.

1a) Wirkung für Dritte ("negative Publizität", Abs. 1)

1aa) Allgemeines

§ 15 Abs. 1 FBG ist als Schutzmittel für Dritte (also zugunsten des Dritten) konzipiert.

§ 15 Abs. 1 HGB: "Solange eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war." Es wird hier das Vertrauen auf das Schweigen des Firmenbuchs geschützt (= negative Publizität).

Anmerkung: Inwieweit ein Vertrauen auf Eintragungen (das "Reden" des Firmenbuchs) geschützt wird (= positive Publizität), ist im Gesetz nicht allgemein geregelt (siehe dazu c)).

Anmerkung: Der Ausdruck "positive Publizität" wird eigentlich auch für Abs. 2 verwendet.

Ausgangslage: Eine Tatsache, die ins Firmenbuch einzutragen gewesen wäre, wurde nicht eingetragen und/oder nicht bekannt gemacht.

Rechtsfolge: Derjenige, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, kann sie einem Dritten nicht entgegensetzen. Ausnahme: Der Dritte ist nicht schutzlos, weil er von der Tatsache schon vorher Kenntnis erlangt hatte. Das ist ein Fall der Rechtsscheinhaftung.

1bb) Beispielfälle

1. Die Prokura des Herrn P ist vom Geschäftsherrn G widerrufen worden. Allerdings wurde dieser Widerruf (§ 53 Abs. 3 HGB) noch nicht im Firmenbuch eingetragen und/oder nicht bekannt gemacht. P schließt aber noch einen Darlehensvertrag über ATS 10.000.000,- ab und verschwindet mit diesem Geld. Muß G das Geld zurückzahlen? Die Eintragung (Änderung, Löschung) einer Prokura ist nur deklarativ. Daher besteht die Prokura ab dem Zeitpunkt nicht mehr, zu dem der Widerruf dem P zugegangen ist. Aber: Solange die Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie einem Dritten nicht entgegengesetzt werden. Folge: Die Bank gewinnt einen etwaigen Prozeß, weil § 15 Abs. 1 HGB zugunsten der Bank auszulegen ist.
2. Ein Gesellschafter scheidet aus der OHG aus. Das Ausscheiden ist wirksam ab der Ausscheidung selbst. Für Verbindlichkeiten, die nach seinem Ausscheiden begründet worden sind, haftet der Gesellschafter nicht mehr. Aber: Wenn das Ausscheiden nicht eingetragen wurde, wird zugunsten des Dritten angenommen, daß er noch Gesellschafter war, und er haftet für die Verbindlichkeit.
3. Eine OHG hat zwei Gesellschafter, den A und den B. A ist im Gesellschaftsvertrag von der Vertretungsmacht ausgeschlossen. Dieser Ausschluß ist nicht eingetragen worden. A schließt nun für die OHG ein nachteiliges Geschäft ab. An sich ist er nicht vertretungsbefugt. Aber der Dritte wird geschützt. Denn das Gesetz sieht einen gesetzlichen Regelfall vor (gemäß § 125 Abs. 4 HGB ist ein derartiger Ausschluß einzutragen). Geschieht das nicht, kommt § 15 Abs. 1 HGB zur Anwendung.

1cc) Tatbestandsmerkmale

- ◆ Eintragungspflichtige Tatsache: Das ergibt sich aus dem Wortlaut ("einzutragende Tatsache"). Bloß eintragungsfähige Tatsachen fallen nicht darunter, natürlich auch nicht eintragungsunfähige Tatsachen.
- ◆ Die eintragungspflichtige Tatsache wurde nicht eingetragen und/oder nicht bekanntgemacht: Schon wenn eines der beiden fehlt, greift § 15 Abs. 1 ein!!!

- Es muß sich um eine Eintragung handeln, die in Angelegenheiten des Betroffenen erfolgen soll. Dieser Punkt ist strittig bei Gesellschaftern der GmbH. Müssen diese sich um die Eintragungen kümmern? Eher nein, weil die Geschäftsführer dafür zuständig sind.
- § 15 Abs. 1 kommt nur einem Dritten zugute, das sind Geschäftspartner und Gläubiger. Problematisch ist der Fall, in dem ein Mitgesellschafter als Gläubiger auftritt.
- Unkenntnis des Dritten von der wahren Rechtslage: Hier schadet nur die positive Kenntnis, nicht aber Fahrlässigkeit. Die Beweislast trägt derjenige, in dessen Angelegenheiten einzutragen war. Das bedeutet, daß dem Dritten nachgewiesen werden muß, daß ihm die Tatsache bekannt war.
- Vertrauensdisposition - Handeln auf dem Gebiet des Rechtsverkehrs: Es wird nicht gefragt, ob der Dritte ein spezifiziertes Vertrauen gehabt hat (abstrakter Vertrauensschutz). Bei rechtsgeschäftlichen Handlungen ist es zumindest denkbar, daß jemand im Vertrauen auf das Firmenbuch gehandelt hat.
Es kann aber Fälle geben, wo es absurd wäre, den § 15 Abs. 1 anzuwenden: Im reinen Unrechtsverkehr bzw deliktischen Verkehr ist es ausgeschlossen, daß jemand auf das Firmenbuch vertraut.
Es wird nicht verlangt, daß der Anmeldepflichtige etwas dafür kann, daß die Tatsache noch nicht eingetragen und bekannt gemacht wurde.

dd) Sonderprobleme

Nach dem Wortlaut funktioniert § 15 Abs. 1 auch dann, wenn inhaltlich gar nichts falsches im Firmenbuch steht, weil die Tatsache nie eingetragen wurde.

Beispiel: Weder die Erteilung noch der Widerruf der Prokura wurde eingetragen, es besteht daher eine doppelte Säumigkeit der Eintragungspflicht. An sich ist auch hier der Tatbestand erfüllt.

In Österreich neigt man aber eher zu einer restriktiveren Handhabung des § 15 Abs. 1 (anders in Deutschland).

Rechtsfolgen: Der Dritte kann sich nur auf die Rechtslage berufen, so wie sie sich aus dem Firmenbuch ergibt.

Beachte: Dem Dritten wird § 15 Abs. 1 nicht aufgedrängt. Er hat nämlich auch das Recht, auf die wirkliche Rechtslage zu rekurrieren, und er kann verlangen, daß die wahre Rechtslage dem Prozeß zugrunde gelegt wird.

Es besteht ein Sonderproblem: Muß man sich für eine Rechtslage entscheiden oder kann man differenzieren?

Fall aus Deutschland: Es gibt eine KG mit 2 Komplementären (A und B). Im Gesellschaftsvertrag ist die Gesamt-geschäftsführungsbefugnis vorgesehen. Das bedeutet: Nur A und B können gemeinsam die Gesellschaft vertreten. Das Ausscheiden des B wurde nun nicht eingetragen. Der Gläubiger X hat mit der KG einen Kaufvertrag abgeschlossen. Nur der A ist für die Gesellschaft aufgetreten und hat im Namen der KG den Kaufvertrag geschlossen.

X hat die Leistung aus dem Kaufvertrag erbracht, A nicht. X hat daraufhin den A und den B gemäß § 128 HGB geklagt.

Aber: Die Klage gemäß § 128 funktioniert nur mit Hilfe des § 15 Abs. 1. Der Kaufvertrag ist aber in dem Fall, in dem sich X auf § 15 Abs. 1 beruft, überhaupt nicht zustande gekommen, und es gibt keine Gesellschaftsschuld.

Ist es nun möglich, daß sich X nur bei der Klage auf § 15 Abs. 1 stützt und beim Kaufvertrag nicht? Der deutsche BGH hat zugunsten des X entschieden. Die Literatur ist gegen eine solche Handhabung.

b) Wirkung gegen Dritte (Abs. 2)

Frage: Inwieweit kann man einem Dritten den Inhalt des Firmenbuchs entgegenhalten? Abs. 2 ist gegen den Dritten konzipiert.

§ 15 Abs. 2 HGB: "Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen. Dies gilt nicht bei Rechtshandlungen, die innerhalb von 15 Tagen nach der letzten Bekanntmachung vorgenommen werden, sofern der Dritte beweist, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte."

Ausgangslage: Eine Tatsache ist eingetragen und bekanntgemacht worden.

Satz 1: Wenn die Tatsache eingetragen ist, muß der Dritte die Tatsache gegen sich gelten lassen. Es gibt aber eine Einschränkung in Satz 2: Das gilt nicht innerhalb der ersten 15 Tage nach der Eintragung, aber nur dann, wenn der Dritte die Tatsache nicht kannte oder kennen mußte.

Beachte: Die Wirkung der Eintragung wird auf 15 Tage hinausgeschoben. In diesem Fall schadet jede Fahrlässigkeit, und die Beweislast dreht sich um. Der Dritte muß beweisen, daß er nicht einmal fahrlässig gehandelt hat!!

Streitfrage: Wie weit geht § 15 Abs. 2 HGB?

Fall: Es handelte sich um eine laufende Geschäftsbeziehung eines Lieferanten mit einem Einzelunternehmer, der einen Wüfelstand betrieb. Er vertraute auf das Privatvermögen des Einzelunternehmers. Irgendwann wurde das Unternehmen in eine GmbH umgewandelt. Das wurde auch ins Firmenbuch eingetragen. Der Lieferant erfuhr aber davon nichts. Hier wurde entschieden, daß das Vertrauen so stark war, daß Abs. 2 nicht angewendet wurde.

c) Ungeschriebene Rechtsscheinregeln

In diesem Fall geht es um inhaltlich falsche Eintragungen (= positive Publizität).

Beispiel: Herr P wird als Prokurist eingetragen. Herr P war aber niemals Prokurist, weil es keine wirksame Bestellung zum Prokuristen gab bzw Herr O als Prokurist bestellt wurde.

Wird der Dritte wegen seines Vertrauens auf das "Reden" des Firmenbuchs geschützt? Dieses Problem ist im österreichischen Recht nicht allgemein geregelt. Im deutschen Recht wird zugunsten des Dritten entschieden.

Lösung: Ja, auch in Österreich stellt man auf den Schutz des Dritten ab: Es gibt sogenannte ungeschriebene Rechtsscheinregeln. Man spricht von der Veranlassungs- und von der Verschuldenshaftung.

Veranlassungshaftung: Wer eine unrichtige Angabe (inhaltlich falsche Angabe) gegenüber dem Firmenbuch abgibt, kann zur Haftung herangezogen werden. Verschulden ist nicht erforderlich.

Verschuldenshaftung: Fehler können aber auch im Gericht oder im Amtsblatt passieren: Wer eine unrichtige Eintragung nicht beseitigt (das bedeutet: Man muß den Firmenbuchstand seiner Gesellschaft kontrollieren, wenn man zB das Amtsblatt zugeschickt bekommt), haftet dafür.

Es gibt Sonderregelungen: § 17 Abs. 3 GmbHG, § 73 Abs. 4 AktG: Wer als Geschäftsführer eingetragen ist, gilt gegenüber einem Dritten als solcher, auch wenn er gar nicht wirksam bestellt worden ist.

§ 4. Unternehmen und Unternehmensübergang

1. Allgemeines

Die rechtlichen Grundlagen sind in den §§ 25ff HGB geregelt.

Ausgangspunkt: Das Unternehmen als solches ist Gegenstand des Rechtsverkehrs (Gegenstand von Veräußerungsgeschäften), Gegenstand des schuldrechtlichen Geschäfts. Sachenrechtlich gilt das Spezialitätsprinzip. Das bedeutet: Jeder einzelne Gegenstand muß gesondert übertragen werden.

Probleme ergeben sich aus der Gewährleistungshaftung des Unternehmensveräußerers. Es muß genau festgelegt werden, wofür der Veräußerer einzustehen hat. Wann liegt ein solcher Fall vor?

Wir beschäftigen uns mit den Fragen:

- Wer haftet für die Schulden, die mit dem Unternehmen verbunden sind?
- Wer ist nach der Veräußerung Gläubiger jener Forderungen, die im Unternehmen entstanden sind (zB Anschreiben im Wirtshaus)?

Es gibt mehrere mögliche Techniken der Unternehmensübertragung:

Das Unternehmen als solches hat keine Rechtssubjektivität. Jedes Unternehmen hat einen Inhaber (Rechtsträger), und dieser ist es, dem die rechtlich relevanten Positionen zugerechnet werden.

Veräußerung bedeutet, dieser Rechtsträger wechselt, er überträgt das Unternehmen auf einen anderen.

Beachte: Grundsätzlich gilt das Prinzip der Einzelrechtsnachfolge: Jeder einzelne Gegenstand muß gesondert nach den besonderen Regeln übertragen werden, ansonsten bleiben sie beim Inhaber.

Gesamtrechtsnachfolge bedeutet: Alle Positionen gehen vom alten auf den neuen Rechtsträger über.

Beispiele: Umstrukturierungsvorgänge: Fusion, Spaltung, Umwandlung nach dem UmwG, § 142 HGB: Übertragung des Vermögens der Gesellschaft auf den letzten verbliebenen Gesellschafter.

In allen anderen Fällen gilt die Einzelrechtsnachfolge.

Unterscheide: Das Unternehmen ist im Besitz einer GmbH, darunter ist der Inhaber der A. Dieser überträgt seine Anteile an B. Das ist ein Fall des Anteilserwerbs. Vorteil: An der Spitze ändert sich nichts, der Rechtsträger ändert sich nicht.

asset deal: Werte, Vermögensgegenstände werden übertragen.

share deal: Anteilsveräußerung.

Einzelrechtsnachfolge: Für jeden einzelnen Gegenstand müssen wir eine Übertragung nach den jeweils dafür vorgesehenen Regeln machen.

- Forderungen: Diese werden übertragen im Wege der Forderungsabtretung = Zession. Es bedarf grundsätzlich nicht der Zustimmung des Schuldners. Anders ist es, wenn ein Abtretungsverbot zwischen Schuldner und Altinhaber vereinbart ist; dann ist sie verboten.
- Schulden: Die Übertragung ist nicht mehr so einfach, es bedürfte einer privaten Schuldübernahme. Es besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit.

Anmerkung: Die Schulden wandern oft mit auf den Erwerber (aus Gründen des Gläubigerschutzes) = Schuldbeitritt.

In § 25 HGB wird das Problem der Parteistellung aus laufenden Verträgen nicht gelöst (herrschende Meinung). Ausnahmsweise sieht das Gesetz einen Vermögensübergang ex lege vor. Bestimmte Arten von Verträgen gehen mit dem Unternehmen über:

§ 12a (früher: § 12 Abs. 3) MietrechtsG (MRG): Der Mietvertrag geht auf den Erwerber über. Aber: Was ist an Mietzinsen zu bezahlen? § 12a ist gekoppelt mit einem Anpassungsrecht; AVRAG.

2. Arten des "Unternehmerwechsels" im allgemeinen

In den §§ 25ff HGB werden drei Tatbestände des Unternehmensübergangs unterschieden:

- § 25: Unternehmensübergang unter Lebenden,
- § 28: Vergesellschaftung (Sonderfall zu § 25),
- § 27: Unternehmensübergang im Erbweg.

Beachte: § 26 ist kein eigener Tatbestand, sondern ein Anhängsel des § 25.

B. Der Unternehmerwechsel im HGB

Ia) Unternehmensübergang unter Lebenden (§§ 25f HGB)

Iaa) Haftung des Erwerbers für die Schulden

§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB: "Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers."

Es geht um das Problem der Schuldenhaftung. Wer ist Gläubiger der Schulden?

Beispiel: Zwischen (R)echtsträger 1 und R2 wird vereinbart, daß R2 die Schulden nicht allein übernimmt. Es gibt nur eine Mithaftung des R2 für die im Unternehmen entstandenen Schulden des R1.

Anmerkung: Die ratio des § 25 ist umstritten.

Tatbestandsmerkmale:

- Es muß um ein Handelsgeschäft (= kaufmännisches Unternehmen) gehen. § 25 ist nur anwendbar, wenn ein Unternehmen mit Kaufmannsqualität vorliegt, also nicht bei einem nichtkaufmännischen Unternehmen.
Außerdem muß es sich um ein vollkaufmännisches Unternehmen handeln: Argumente:
 1. § 25 stellt maßgeblich auf die Fortführung der Firma ab. Die Führung einer Firma steht aber nur Vollkaufleuten zu.
 2. Es besteht die Möglichkeit, die Haftung auszuschließen durch Eintragung ins Firmenbuch (herrschende Meinung). Im Firmenbuch sind aber nur Vollkaufleute eingetragen.
- Es muß ein Erwerb unter Lebenden stattgefunden haben: Ausgeschlossen wird der Erwerb im Erbweg (vgl § 27). Erwerb ist jede Art der Übertragung, das heißt nicht nur Kauf, Tausch, sondern auch die Gebrauchs-überlassung (vor allem Unternehmenspacht).
Ist die Wirksamkeit des Erwerbsvorgangs Voraussetzung für die Haftung? Herrschende Meinung: Nein. Es genügt, daß faktisch das Unternehmen übergegangen ist. Es muß nicht einmal eine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen den beiden bestehen.

Beispiel: Es gibt einen Verpächter. Mit diesem schließen der Pächter 1 und Pächter 2 einen Vertrag ab (Vertrag zwischen dem Verpächter und P1 und dem Verpächter und P2, nicht jedoch zwischen P1 und P2).

Ausnahmen: Abs. 4: Zwangsvollstreckung, Konkurs, Ausgleichsverfahren, Überwachung des Schuldners durch Sachwalter der Gläubiger (= Insolvenzverfahren).

- Beibehaltung der bisherigen Firma: § 25 kommt nur dann zur Anwendung, wenn die bisherige Firma fortgeführt wird.

Welche Veränderungen sind schädlich? Ein bloßer Nachfolgezusatz (Inhabervermerk) ist unschädlich.

In der Praxis ist die Beibehaltung des Firmenkerns maßgeblich, sie ist also großzügig.

Sinn: § 25 schützt die Kontinuität. Die Firmenfortführung ist das entscheidende Signal, daß das Unternehmen an sich unverändert geblieben ist.

Abs. 3: "Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

- Das Unternehmen muß fortgeführt werden („wer ein [...] Handelsgeschäft [H] fortführt“).
- negatives Tatbestandsmerkmal: Es darf kein wirksamer Haftungsausschluß vorliegen (dispositives Recht). § 25 Abs. 2 ermöglicht es, daß zwischen dem Altinhaber und dem Erwerber ein Haftungsausschluß vereinbart wird. Der Gesetzgeber verlangt einen Publizitätsakt: entweder die Eintragung des Haftungsausschlusses ins Firmenbuch oder eine individuelle Mitteilung an die Gläubiger (diese wirkt nur gegenüber denjenigen, denen sie zugegangen ist, gegenüber den anderen nicht). Der Publizitätsakt muß unverzüglich mit dem Unternehmensübergang erfolgen.

Primäre Rechtsfolge ist, daß der Erwerber für die Verbindlichkeiten des Veräußerers mithaftet = gesetzlicher Schuldbeitritt. Er umfaßt die im Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (bis zum Zeitpunkt des Übergangs). Zu beachten sind Verschiebungen aufgrund von § 15 Abs. 1 HGB !!!

Sachlich sind alle Schulden gleich (vertragliche und gesetzliche Schulden [Steuern und Sozialversicherungsbeiträge]). Er umfaßt nur jene Verbindlichkeiten, die im Betriebe des Handelsgeschäfts begründet wurden, also keine Privatverbindlichkeiten (Spielschulden, Unterhaltsverbindlichkeiten) oder Verbindlichkeiten eines anderen Unternehmens (beachte dazu § 344 Abs.1 HGB !!!).

Folge: Für diese Verbindlichkeiten trifft den Erwerber die unbeschränkte Haftung.

Im Unterschied dazu gibt es den § 1409 ABGB (dieser gilt aufgrund § 25 Abs. 5 HGB): Er ist vor allem dann wichtig, wenn die Haftung nach § 25 ausgeschlossen ist.

Beispiele: Die Firma wurde nicht fortgeführt; eine von § 25 Abs. 1 abweichende Vereinbarung wurde getroffen und ins Firmenbuch eingetragen (vgl § 25 Abs. 2).

Der Tatbestand ist in zweifacher Richtung enger:

- Der Erwerber haftet nur bis zum Wert des übernommenen Vermögens.
- Die Betrugsfälle fallen nicht dem Erwerber zur Last (nur, wenn er sie kannte oder kennen mußte). Zumindest ist Sorgfaltswidrigkeit nachzuweisen.

Der Nachteil dabei ist, daß die Haftung zwingend ist.

Anmerkung: § 1409 ABGB gilt auch für minder- und nichtkaufmännische Unternehmen.

Ibb) Haftung des Veräußerers für die Schulden

Es gilt der Satz: "Einmal Schuldner, immer Schuldner": Ohne Zustimmung des Gläubigers gibt es keine private Schuldübernahme.

Aber: Für den Veräußerer wird eine Sonderverjährung eingeführt (fünf Jahre). Diese ist nur dann bedeutsam, wenn nicht schon die Verjährung nach dem bürgerlichen Recht kürzer ist. Der Beginn der Frist ist die Eintragung des Überganges (§ 26 Abs. 2 HGB). Wenn die Leistung aber erst später fällig geworden ist, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte. (Zur Auslegung dieser Bestimmung näher im Personengesellschaftsrecht)

Iee) Übergang der Forderungen

§ 25 Abs. 1 Satz 2 HGB: „Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.“

Ausgangspunkt sind die Forderungen, die im Unternehmen entstanden sind. Es ist Sache der Verträge:

- Wenn sie vereinbaren, daß die Forderungen beim Veräußerer bleiben, gibt es keine Zession.
- ◆ Wird vereinbart, daß alles übertragen wird, kommt es zur Zession.

§ 25 will Dritte (Schuldner) schützen, egal, ob die Forderungen abgetreten wurden: Wenn die Tatbestandsmerkmale vorliegen, dann gelten diese Forderungen als auf den Erwerber übergegangen.

Tatbestandsmerkmale: Diese sind im Prinzip dieselben wie bei Satz 1, nur mit einem Zusatz: Die bloße Firmenfortführung genügt nicht, sondern es muß auch die Einwilligung des Veräußerers in die Firmenfortführung gegeben sein.

Sinn: Bei Satz 1 zahlt der Erwerber drauf, deshalb kann es ihm egal sein, ob der Veräußerer einwilligt.

Bei Satz 2 hingegen trägt den Nachteil der Veräußerer. Deshalb gehen die Forderungen nur dann über, wenn er am Kontinuitätssignal teilgenommen hat.

§ 25 Abs. 2 ist auch in diesem Fall anwendbar.

Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 2: Die Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen. Was bedeutet das? Es ist ein bloßer Vertrauensschutz für den Schuldner, aber kein vollständiger Übergang der Gläubigerstellung.

Problem bei der Zession (§ 1395 ABGB): Es gibt einen Altgläubiger (A) und einen Neugläubiger (N). Ein Schuldner (S), der nichts davon weiß, zahlt nun an den A (also an den falschen), der N könnte gegen S vorgehen.

Um das zu verhindern, gilt folgende Regelung: Solange der Schuldner nicht verständigt worden ist, kann er schuldbefreiend auch an den A zahlen mit der Folge, daß sich der N das Geld vom A holen muß.

Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 2: Dieser macht dasselbe wie § 1395 ABGB, nur für den umgekehrten Fall. Wenn keine Zession erfordert ist, zahlt S an den falschen (an den N). Aber das Gesetz schützt ihn.

lb) Vergesellschaftung (§ 28 HGB)

laa) Allgemeines

§ 28 ist ein Sondertatbestand zu § 25. Jemand tritt als persönlich Haftender oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein.

Beachte: Einen "Eintritt" gibt es beim Einzelunternehmer juristisch nicht.

Juristisch läuft es folgendermaßen ab: Der Einzelunternehmer E und B gründen gemeinsam eine neue Personengesellschaft. Das Unternehmen des E wird als Sacheinlage in die Personengesellschaft eingebracht.

Rechtsfolgen: Diese entsprechen jenen des § 25 (Schuldenhaftung des Erwerbers, das ist die neue Gesellschaft, Forderungsübergang auf die Gesellschaft).

Wichtig: § 28 und § 25 stehen nebeneinander (§ 28 könnte auch ein Fall nach § 25 sein).

Bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen gibt es einen Unterschied zu § 25:

- Auf die Firmenfortführung kommt es bei § 28 nicht an (§ 28 ist lex specialis zu § 25 !!).

Sinn: Bei § 25 wird ein Kontinuitätssignal gefordert. Bei § 28 braucht man kein besonderes Kontinuitätssignal mehr, da es nicht zu einem vollständigen Wechsel des Rechtsträgers kommt.

In praktischen Fällen ist eine Abgrenzung zwischen § 25 und § 28 wichtig!!

lbb) Anwendungsbereich

- Ein bisher bestehender Unternehmensträger (Einzelunternehmer) gründet mit zumindest einem anderen eine neue Personengesellschaft, wobei das Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wird.
- § 28 greift nur dann ein, wenn der bisherige Unternehmensträger bei der neuen Gesellschaft dabei ist.
- § 28 ist nicht anwendbar, wenn es nicht um den Fall einer Neugründung geht, sondern wenn das Einzelunternehmen auf eine bestehende Gesellschaft übertragen wird.
- Das Gesetz geht davon aus ("Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist ein"), daß diese Gesellschaft eine Personengesellschaft sein muß. Ist § 28 auch auf OEG und KEG anwendbar?
Herrschende Meinung: Er ist nicht auf Kapitalgesellschaften anwendbar → § 25 HGB.
- Tritt jemand in das Geschäft "eines Einzelkaufmanns" ein: Anerkannt ist, daß es darauf nicht ankommen kann. § 28 greift ein, unabhängig von der Rechtsform des bisherigen Unternehmers (auch zB GmbH).
- Probleme des § 25 auch bei § 28: Kommt es auf die Wirksamkeit des Eintritts an? Nein, weil die Haftung allein an die faktischen Verhältnisse anknüpft.
- Ein Haftungsausschluß ist möglich wie bei § 25. Dieser hat auch dieselben Wirkungen.

lcc) Rechtsfolge der Schuldenhaftung

Beispiele:

- E (der bisherige Unternehmer) gründet mit A eine KG. A wird Kommanditist, E Komplementär: Die KG haftet für die Schulden. Das und nur das ist in § 28 geregelt. Es ist nicht geregelt, ob auch die Gesellschafter für diese Altverbindlichkeit haften. Das ist eine Frage, die nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist: Es gilt für die Altgesellschaft das, was auch für andere Gesellschaften gilt.

Folge: E hat nach § 128, A nach § 171 HGB einzustehen.

- Variante: E ist Kommanditist, A ist Komplementär. Die unbeschränkte Haftung trifft zur Gänze den A, den E nur bis zur Höhe der Einlage.
Aber: Von den Altverbindlichkeiten kann sich E nicht so einfach lösen. Es besteht eine zusätzliche Haftung aufgrund der Stellung als Altunternehmer für die Altverbindlichkeiten.

dd) Verjährung bei § 28

Bei § 25 hat der Altunternehmer eine Begünstigung: Die kürzere Verjährungsfrist des § 26 kommt ihm zugute.

§ 28 ist ein Anhängsel zu § 25. Es gilt alles das, was im § 25 steht. Der § 26 greift aber nicht für § 28. Es gelten also die normalen Verjährungsfristen des bürgerlichen Rechts (herrschende Ansicht).

Begründung: Bei § 25 ist der Unternehmer ausgeschieden, und deshalb soll er irgendwann von der Haftung befreit werden, bei § 28 ist er noch Mitunternehmer.

Karollus lehnt dies ab: Begründung:

1. Auch bei § 25 kann man Fälle konstruieren, in denen der Altunternehmer im Unternehmen bleibt.
2. Es gibt einen guten Grund, sich als Kommanditist zurückzuziehen und nach der Verjährungsfrist des § 26 nicht mehr zu haften.

ee) Rechtsfolgen einer abweichenden Vereinbarung nach § 28 Abs. 2 HGB

1. Der Haftungsausschluß bedeutet, daß jene Haftung ausgeschlossen wird, der in § 28 Abs. 1 drin steckt. Das führt dazu, daß die Gesellschafterhaftung entfällt. Es bleibt nur die Haftung des Altunternehmers (unstrittig).

Herrschende Lehre in Österreich: Die Haftung der Gesellschaft kann man nicht ausschließen, wohl aber die Gesellschafterhaftung.

Begründung: § 28 Abs. 2 führt dazu, daß viel ausgeschlossen wird. Es soll auch weniger ausgeschlossen werden können, also auch die Haftung der Gesellschafter.

Karollus: Das verstößt gegen die Haftungsordnung der Personengesellschaft. Außerdem ist es ein aliud zu

§ 28 Abs. 1: Man kann die Gesellschafterhaftung nicht ausschließen, weil sie nicht Gegenstand des § 28 ist. → Er schließt sich der Meinung an, die in Deutschland herrschend ist.

2. Der Forderungsübergang:

Bei § 25 ist zusätzlich die Einwilligung in die Firmenfortführung erforderlich.

Bei § 28 ist die Firmenfortführung nicht Tatbestandsmerkmal. Deshalb kommt es hier natürlich nicht auf die Einwilligung an.

lc) Unternehmensübergang von Todes wegen (§ 27 HGB)

aa) Allgemeines

Darunter ist die Unternehmensfortführung durch Erben zu verstehen. Ausgangslage: Der Unternehmer stirbt. Zum Nachlaß gehört ein kaufmännisches Unternehmen (vollkaufmännisches Unternehmen). Dieses Unternehmen wird von dem/den Erben fortgeführt.

bb) Rechtsfolge

Für die Haftung des Erben gibt es eine entsprechende Anwendung des § 25. Das ist umstritten:

- Kommt es auch bei § 27 auf die Firmenfortführung an? Herrschende Ansicht: Ja.
- Gibt es eine entsprechende Anwendung auch von Abs. 2? Herrschende Ansicht: Ja.

ce) Spezieller Haftungsausschluß

Gemäß § 27 Abs. 2 entfällt die Erbenhaftung dann, wenn innerhalb von drei Monaten der Geschäftsbetrieb eingestellt wird.

§ 27 betrifft nur den Aspekt der Haftung für die Schulden. Die Forderungen gehen ohnehin im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über.

Hintergrund: Schon nach bürgerlichem Recht haben wir dieses Ergebnis, die Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge): Alle Verbindlichkeiten und Forderungen gehen auf den Erben über.

Wichtig ist aber, daß man im bürgerlichen Recht die Erbenhaftung beschränken kann (durch die bedingte Erbserklärung: Man haftet nur insoweit für die Schulden, als man auch Vermögen bekommen hat).

§ 27 denkt an diesen Fall. Er will eine besondere Haftung erreichen: Zumindest beim Unternehmen gibt es die volle Schuldenhaftung.

Beachte: Die beiden Haftungen sind völlig unabhängig voneinander!!!

dd) Tatbestandsmerkmale

- ◆ Grundvoraussetzung ist die Erbenstellung des Betroffenen:

Beachte: Ein Erbe ist nur ein Erbe im Sinne des Gesamtrechtsnachfolgers. Legatäre sind also keine Erben

(→ § 25 HGB: Übertragung durch den Erben). Es ist bedeutungslos, ob es sich um einen oder um mehrere Erben handelt. Auch der erbrechtliche Titel (Erbvertrag, Testament, Gesetz) ist bedeutungslos.

- ◆ § 27 verweist auf § 25: Die Firmenfortführung ist notwendiges Merkmal. Der Erbe kann der Haftung entgehen, wenn er den Firmenkern ändert.
- ◆ Handelsgeschäft: Es muß sich um ein kaufmännisches Unternehmen handeln, aufgrund der Firmenfortführung sogar um ein vollkaufmännisches Unternehmen.
- ◆ Das Unternehmen muß durch den Erben fortgeführt werden.
- ◆ Negative Voraussetzung: Keine Einstellung binnen dreier Monate. Das wäre ein Ausschlußgrund für die Haftung. Was meint das Gesetz? Was muß eingestellt werden? Das Unternehmen oder geht es um die Änderung des Firmenwortlauts? § 27 Abs. 2 spricht vom "Geschäft". Man müßte also meinen, daß es um das Unternehmen geht.

Aber: In Österreich gibt es die Meinung (aufgrund der Gesetzesmaterialien): § 27 solle dem Erben Zeit geben, sich über die Fortführung der Firma Gedanken zu machen.

Eine Änderung/spätere Nicht-Weiterführung der Firma genügt für die Haftung.

Karollus: Diese Meinung ist gesetzwidrig. Er stellt auf die Einstellung des Unternehmens ab. Was ist mit der Einstellung gemeint?

Strengere Auffassung: Das Unternehmen muß beendet werden, also die Einstellung des Unternehmensbetriebes muß erfolgen. Es genügt nicht, wenn es an jemanden andern verkauft wird.

Neuere Auffassung: Die Einstellung liegt vor, wenn nicht er das Unternehmen fortführt, sondern jemand anders. Das könnte auch eine GmbH sein, wo er 100 % Anteile hat!!!

ee) Beginn der Dreimonatsfrist

Nach deutschem Recht tritt der Rechtsübergang (Gesamtrechtsnachfolge) bereits im Zeitpunkt des Todes des Unternehmers ein, nach österreichischem Recht erst mit der Einantwortung (gerichtlicher Akt). Der sogenannte ruhende Nachlaß (hereditas iacens) ist in der Zwischenzeit Rechtsträger. Erst mit der Einantwortung erlangt der Erbe sein Erbe. § 27 wird so angewendet, daß die Dreimonatsfrist erst mit der Einantwortung beginnt.

Ausnahme: Wenn die Erbenstellung nicht strittig ist, wäre es unsinnig, einen Fremdverwalter zu bestellen.

§ 810 ABGB: "Wenn der Erbe bei Antritt der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweist, ist ihm die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen." Das bedeutet: Schon ab diesem Zeitpunkt hat er schon zumindest eine Teilverfügungsmacht über das Unternehmen. Folge: Die Frist beginnt schon zu diesem Zeitpunkt.

ff) Haftungsausschluß

Wenn das Unternehmen nach § 27 Abs. 2 eingestellt wird, entfällt die Haftung. Es bleibt aber eine bürgerliche Haftung !!!

Gibt es einen Haftungsausschluß analog § 25 Abs. 2 HGB? Das ist umstritten.

- Ist § 27 Abs. 1 eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 25?
- Ist es eine Rechtsfolgenverweisung?
- § 27 Abs. 2 könnte auch als lex specialis zu § 25 Abs. 2 zu verstehen sein.
- Man könnte auch der Meinung sein, daß § 25 Abs. 2 eine Vereinbarung verlange: Diese liege hier nicht vor.

Trotzdem: § 25 Abs. 2 ist anwendbar. Folge: Der Erbe kann der Haftung entgehen, indem er den Haftungsausschluß ins Firmenbuch einträgt.

§ 5. Firma

1. Begriff

Definition: § 17 HGB: "Die Firma ist der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Die Firma ist ein Name, eine Bezeichnung für den Untemehmensträger. Sie hat bei den

- Einzelunternehmen (hier braucht man die Firma nicht unbedingt, weil er seinen Namen hat, nämlich seinen bürgerlichen Namen) und bei
- Gesellschaften (diese haben von vorne herein als einziges Erkennungsmerkmal die Firma, die Gesellschaft hat keinen eigenen Namen) unterschiedliche Bedeutung.

Die Firma ist etwas, was es beim Kaufmann gibt. Gemäß § 4 Abs. 1 HGB sind die Vorschriften über die Firma auf Minderkaufleute nicht anzuwenden. Folge: Voraussetzung ist das Vorliegen eines Vollkaufmanns. Die Firmenführung ist ein Recht und eine Pflicht, die grundsätzlich nur den Vollkaufmann trifft.

Ausnahme: Der Gesetzgeber kann für andere Rechtsträger vorschreiben, daß diese eine Firma führen. Das hat er getan, nämlich bei den Erwerbsgesellschaften nach dem EGG.

Minder- und Nichtkaufleute dürfen keine Firma führen. Sie dürfen aber Geschäftsbezeichnungen führen. Inwieweit dürfen diese firmenähnlich sein? In Deutschland wird das streng gehandhabt bis hin zu Strafen.

§ 5 HGB: „Ist eine Firma im Firmenbuch eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung **beruft**, nicht geltend gemacht **werden**, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe ist oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehört.“

Beachte: Er kann sich aber nicht gegenüber dem Firmenbuchrichter darauf berufen. Er kann aus dem Firmenbuch gelöscht werden!!

Die Grundsätze der Firmenbildung bei Neubildung sind je nach Rechtsform verschieden. Man geht von der Überlegung aus, daß dem Dritten die Möglichkeit gegeben werden muß zu überprüfen, mit welcher Firma er es zu tun hat. Bei manchen Firmen wird dies sehr streng gehandhabt.

2. Firmenordnungsrecht

Unterscheidung nach dem Inhalt

- Personalfirma: Diese enthält einen Namen: "Manfred Müller".
- Sachfirma: Sie enthält eine Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes: „Bestattungen“. Eine Sonderstellung nehmen die Phantasiebezeichnungen ein.
- gemischte Firmen: Sie enthalten beides, nämlich sowohl die Personenbezeichnung als auch die Sachbezeichnung: "Manfred Müller Bestattungen".
- einfache Firma: Sie enthält den Firmenkern.
- zusammengesetzte Firma: Diese enthält hingegen neben dem Firmenkern noch einen Zusatz: "Manfred Müller Bestattungen".

Unterscheidung nach der Herkunft

- ursprüngliche Firma: Diese Firma wurde von diesem Unternehmensträger gebildet und besteht noch fort.
- abgeleitete bzw fortgeführte Firma: In gewissen Fällen ist es zulässig, daß eine bestehende Firma fortgeführt wird, obwohl es eigentlich nicht mehr zulässig wäre (zB § 21 HGB).

a) Vorschriften zur (ursprünglichen) Firmenbildung

Das Gesetz differenziert zwischen den Rechtsformen. Das Ziel ist, möglichst mit Hilfe der Firma die Identität des Unternehmens festzustellen. Der Gesetzgeber geht schrittweise von der Personenfirma zur Sachfirma.

aa) Einzelkaufmann (§ 18 HGB)

§ 18 Abs. 1: Es besteht der Zwang zur Personenfirma. Gefordert werden in der Bezeichnung der Familienname und mindestens ein ausgeschriebener Vorname.

Abs. 2 beinhaltet das Verbot täuschender Zusätze. Dieses gilt übergreifend auch für andere Rechtsformen !!!

ab) Offene Handelsgesellschaft (OHG, § 19 HGB)

Abs. 1 stellt ebenfalls das Prinzip der Personenfirma auf: Die Namen der Gesellschafter müssen in der Firma enthalten sein: „Name wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter“, zB "Müller & Co", "Müller OHG".

Abs. 3: "Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich." Aber sie ist auch nicht untersagt.

Abs. 4: „Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer OHG oder einer KG nicht aufgenommen werden.“

Einen Rechtsformzusatz muß man nicht verwenden, er ist aber zulässig.

Beispiel: Eine OHG besteht aus A, Bund C.

Möglichkeiten: "A & Co", "A und B", "A und B & Co", "A, Bund C", nicht: "A, B, C & Co" = Irreführung.

ac) Kommanditgesellschaft (KG, § 19 HGB)

§ 19 Abs. 2 HGB: "Die Firma einer KG hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zu enthalten."

Das bedeutet, der Firmenname darf nur die Namen von Komplementären, nicht aber jene der Kommanditisten (nur die persönlich Haftenden) enthalten.

ad) GmbH & Co KG

Eine GmbH & Co KG liegt vor, wenn der einzige Komplementär keine natürliche Person ist, sondern (meist) eine GmbH.

Abs. 5 dHGB: Es muß immer darauf hingewiesen werden daß es sich um eine GmbH & Co KG handelt.

Österreichische Regelung (bezüglich einer ursprünglichen Firma): Der Name des Komplementärs muß in die Firma aufgenommen werden: "Manfred Müller GmbH & Co. KG". Es kann aber zu Problemen bei der abgeleiteten Firma kommen.

Es gibt das Problem der Firmenunterscheidbarkeit, und zwar, wenn beide im selben Firmenbuch eingetragen sind: "Manfred Müller GmbH", "Manfred Müller GmbH & Co KG". Gemäß § 30 HGB genügt dieser Zusatz nicht!!

Aber: OGH: Er ist hier großzügig, weil die Firmen zusammenhängen. Hier sei es trotz des § 30 HGB zulässig!!!

lee) Eingetragene Erwerbsgesellschaften (OEG, KEG)

Es findet sich eine Regelung im EGG.

Grundregel: § 4 Abs. 1: Es wird auf das Recht der OHG und KG verwiesen, auch auf die Vorschriften für die Firma → § 19 Abs. 1 - 4 HGB.

§ 2 Abs. 1 EGG: Wir brauchen jedenfalls (zwingend) einen Rechtsformzusatz (OEG oder KEG).

§ 2 Abs. 2: Auch im Bereich der Firmenfortführung benötigt man den Rechtsformzusatz.

§ 6 Abs. 2 EGG: Er beinhaltet eine Sonderregelung für die EEG auf dem Gebiet der freien Berufe in zweifacher Hinsicht: Erschwerung: Der Hinweis auf den freien Beruf (Sachzusatz) muß beigefügt werden. Erleichterung: Für die Freiberufler kann der Zusatz auch anders aussehen: Bei der OEG "Partnerschaft" "und Partner", bei der KEG "Kommandit-Partnerschaft".

lff) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

§ 5 Abs. 1 Satz 1 GmbHG: Es besteht ein Wahlrecht zwischen der Sachfirma und der Personenfirma (natürlich ist auch die gemischte Firma möglich. Es gibt die ausdrückliche Ergänzung, daß Namen von Nichtgesell schaftern nicht aufgenommen werden dürfen.

Abs. 2: Der Rechtsformzusatz ist zwingend. Es geht nicht nur darum, daß dem Dritten die Rechtsform bekannt ist, sondern auch darum, daß er erkennt, daß es keine persönliche Haftung gibt. Der Rechtsformzusatz gilt auch im Bereich der Firmenfortführung ("in allen Fällen").

Abs. 3: Bestimmte Bezeichnungen dürfen nicht aufgenommen werden (wegen dem Irreführungsverbot).

lgg) Aktiengesellschaft (AG, § 4 AktG)

§ 4 Abs. 1 Satz 1 AktG: Nur die Sachfirma ist zugelassen.

Satz 2: Aus wichtigem Grund darf davon abgewichen werden (wenn es sich um einen bekannten Namen handelt).

Satz 3 (betrifft nur die ursprüngliche Firma): Der Rechtsformzusatz ist zwingend.

Abs. 2: Auch wenn eine andere Firma fortgeführt wird, muß die Rechtsformbezeichnung hinzugefügt werden.

lhh) Genossenschaft

§ 4 Abs. 1 GenG: Es besteht ein absoluter Zwang zur Sachfirma.

Abs. 2: „Der Name von Genossenschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden.“

Ausnahme: "Raiffeisen", "Schulze-Delitzsch": Das ist nur ein Hinweis auf das Genossenschaftssystem.

§ 4 Abs. 1 2. Satzteil: Der Rechtsformzusatz ist obligatorisch. Es gibt 3 Unterformen:

- die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung,
- die Genossenschaft mit beschränkter Haftung: Bei dieser gibt es eine Nachschußpflicht im Insolvenzfall, aber nur im Falle eines Konkurses!!!
- ◆ die Genossenschaft mit Geschäftsanteilhaftung: Das entspricht der Haftung bei der GmbH. Es gibt eine einmalige Einlagepflicht.

Die verschiedenen Unterformen müssen auch so bezeichnet werden.

Beispiel: reg GenmbH, die beiden anderen Formen haben kaum Bedeutung.

b) Allgemeine Prinzipien des Firmenrechts

Hier geht es konkret darum, wie der Firmenname auszusehen hat. Manche Prinzipien sind im Gesetz ausdrücklich geregelt, manche muß man heraus destillieren, und manche finden sich nicht im Gesetz.

aa) Firmenwahrheit (§§ 18, 19 HGB)

Beispiel: Der Einzelunternehmer hat seinen vollen Namen aufzunehmen, Rechtsformzusatz.

- keine Irreführung über die Rechtsform, die Haftungsverhältnisse und Inhaberverhältnisse (das gilt streng nur bei der ursprünglichen Firma!!!).
- Verbot täuschender Zusätze: § 18 Abs. 2 HGB: Das gilt auch für alle anderen Rechtsformen !!! Natürlich darf man auch im Firmenkern nicht täuschen!!!

Beispiele:

- a) Beifügung eines Professor- oder Doktor-Titels, obwohl dieser nicht vorhanden ist.
Beachte: Selbst ein richtiger Doktor-Titel kann täuschend sein: Wenn es sich um ein Sanatorium handelt, kann die Bezeichnung "Dr. Müller" irreführend sein, wenn er Dr. iur und nicht Dr. med ist.
 - b) unrichtiger Hinweis auf den Firmenumfang, geographische Bezeichnungen, die einen zu großen Tätigkeitsbereich vorgeben ("international"). Es wird vorgespiegelt, daß man eine Spitzenstellung an einem Ort ausübt, ("St. Wolfgang Trachtenstube").
- Verbot der sogenannten Leerübertragung (§ 23 HGB): Es darf zwar mit dem Unternehmen auch die Firma übertragen werden, aber eben nur mit dem Unternehmen und nicht bloß die Firma. Es wird eine Firmenkontinuität vorgespiegelt, die es nicht gibt.

bb) Firmenbeständigkeit

Die Firmenwahrheit gilt uneingeschränkt nur für die ursprünglichen Firmen. Bei bereits gegründeten Firmen kommt die Firmenbeständigkeit hinzu. Es wird vom „Firmenwert“ gesprochen. In den §§ 21, 22, 24 HGB hat der Gesetzgeber Fälle geregelt, in denen die Firmen fortgeführt werden dürfen.

- § 21 HGB: Trotz Namensänderung kann der Firmenname beibehalten werden.
- § 22 HGB: Bei Veräußerung unter Lebenden oder im Erbweg kann die bisherige Firma fortgeführt werden unter der Voraussetzung, daß der Inhaber oder die Erben in die Fortführung eingewilligt haben. Das ist ein großer Einbruch in die Firmenwahrheit.

Anmerkung: Die Regelung des § 22 wäre nicht so schlimm, wenn ein Nachfolgezusatz verwendet werden würde. Aber: Auch das ist nicht erforderlich.

- § 24 HGB betrifft die Gesellschaften. Man unterscheidet die Fälle:
 1. Vergesellschaftung: Es darf weiter unter der bisherigen Firma das Unternehmen weitergeführt werden. Das ist aber bereits täuschungsfähig !!!
 2. Änderungen im Gesellschafterbestand:
 - a) Aufnahme eines Gesellschafters: Es gibt eine OHG mit den Gesellschaftern A und B. Ein dritter Gesellschafter kommt hinzu. Es muß sich an der Firmenbezeichnung nichts ändern.
 - b) Ausscheiden eines Gesellschafters: Sein Name darf in der Firma beibehalten werden, zB "A, B und C", obwohl C ausgeschieden ist.

§ 24 betrifft nicht den Fall, daß aus einer OHG eine KG wird, daß zB B als Kommanditist weitermacht. § 24 ist auf diesen Fall analog anzuwenden!! Das bedeutet: B darf im Firmennamen drin bleiben.

Bei den Zusätzen wird genauer geprüft, ob sie zur Täuschung geeignet sind.

- ◆ Ein Inhabervermerk muß geändert werden (es darf der alte Vermerk nicht bleiben), weil dies der entscheidende Hinweis auf den tatsächlichen Inhaber sein soll. Er kann aber auch ganz gestrichen werden.
- ◆ Rechtsformzusätze müssen aufgenommen werden. Falsche Zusätze müssen verschwinden.

Anmerkung: Eine Sonderregelung besteht für die Umwandlung (§ 4 UmwG).

ce) Firmenunterscheidbarkeit (Firmenausschließlichkeit)

§ 30 Abs. 1 HGB: Im selben Ort bzw Gemeinde darf es nicht zwei gleiche Firmen geben. Den Vorrang hat derjenige, der zuerst im Firmenbuch eingetragen war, nicht derjenige, der zuerst die Firma verwendet !!!

Abs. 3 betrifft die Zweigniederlassungen: Es kommt auf die Eintragung genau an diesem Ort an. § 30 ist beschränkt auf denselben Ort bzw Gemeinde.

Nur wenn es räumlich und sachlich Überschneidungen gibt, gibt es einen Schutz, wenn es zu konkreten Verwechslungen kommen kann (§ 9 UWG: Kennzeichenschutz).

Abs. 2: Bei Namensgleichheit genügt es, wenn ein Zusatz beigefügt wird. Dieser muß ein Sachzusatz sein. Ein Rechtsformzusatz genügt nicht.

dd) Firmeneinheit

Dieses Prinzip steht nicht im Gesetz, sondern wurden von der Lehre und der Judikatur entwickelt.

- ◆ Einzelkaufmann: Für ein Unternehmen darf er nur eine Firma führen. Für mehrere Unternehmen darf er auch mehrere Firmen führen, aber nur, wenn das eine mit dem anderen nicht zu tun hat.

Wenn man es mit zwei verschiedene Unternehmen zu tun hat, sind zwei Firmen erforderlich.

- ◆ Gesellschaften: Die herrschende Lehre in Österreich läßt die Führung zweier verschiedener Firmen zu (das ist in Deutschland die Mindermeinung).

Argument: Man benötigt die Firma, um die Gesellschaft kennzeichnen zu können.

Für Zweigniederlassungen ist es anerkannt, daß eine eigene Firmenbezeichnung verwendet werden kann (§ 50 Abs. 3 HGB).

Ältere Auffassung: Nur der Zusatz der Zweigniederlassung ist zulässig.

Neuere Auffassung: Auch die Bezeichnung des Firmenkerns darf anders sein, es muß aber ein Zusammenhang zur Hauptniederlassung hergestellt werden.

lee) Firmenöffentlichkeit

Dieser Grundsatz bedeutet nur, daß die Firma eingetragen werden muß.

B. Firmennamensrecht

Es handelt sich um ein subjektives Recht des Firmenträgers auf diese Firma bzw es ist das Namensrecht desjenigen, dessen Name in der Firma enthalten ist.

4. Firmenschutz und Rechtsbehelfe gegen unzulässige Firmen

§ 37 HGB bringt einen privatrechtlichen Schutz, und zwar einen Unterlassungsanspruch all **jener**, die dadurch verletzt **werden**, wenn jemand eine Firma ungerechtfertigt gebraucht.

Problem: Muß ein konkretes Firmemecht betroffen sein (ältere Auffassung), oder sind auch wirtschaftliche Nachteile betroffen (neuere Auffassung)? Damit hat § 37 eine ähnliche Funktion wie das Wettbewerbsrecht.

§ 24 FBG beinhaltet eine öffentlich rechtliche Sanktion. Es erfolgt das Einschreiten des Firmenbuchgerichts gegen unzulässige Firmen, Androhung und Exekution von Zwangsstrafen.

§ 43 ABGB: Namensschutz (allgemein). Da auch die Firma ein Name ist, wird auch diese von § 43 geschützt.

§ 9 UWG: Schutz von Geschäftsbezeichnungen (Firmenunterscheidbarkeit).

§ 2 UWG: Irreführungstatbestand (Geschäftsbezeichnungen, Stellung des Geschäfts am Markt). Daraus folgt ein Unterlassungsanspruch.

§ 12 MSchG (MarkenschutzG) verbietet es, in einer Marke fremde Firmen zu bezeichnen.

§ 6. Prokura und Handlungsvollmacht

Allgemeines

Es geht um die Vertretungsmacht, um Vollmachten.

Stellvertretung bedeutet, daß jemand die Befugnis hat, im Namen eines anderen mit unmittelbarer Wirkung für den anderen rechtsgeschäftliche Wirkungen zu erzeugen. Zahlenmäßig sind Geschäftsabschlüsse durch Stellvertreter sehr wichtig.

Wichtig: Durch das Handeln des Vertreters kommt der Kaufvertrag zwischen dem Unternehmen und dem Kunden zustande.

Die Stellvertretung nach bürgerlichem Recht hat aber Defizite. Der Schutz des Vertrauens darauf, daß der Betroffene überhaupt Vertretungsbefugnis hat und wenn ja, welchen Umfang diese hat, ist nicht oder nur spärlich ausgestaltet.

Beispiel: Wenn A für mich einen Kaufvertrag abschließen soll, dann kann er es nur tun, wenn ich ihn wirksam bevollmächtigt habe. Die Vollmacht ist beliebig einschränkbar (Preis, Farbe, Marke des Autos) oder erweiterbar.

Daher hat man im Handelsrecht versucht, die Vollmachten mit verstärktem Verkehrsschutz in bezug auf Bestand und Umfang auszustatten: Es erfolgt eine Typisierung der Vertretungsmacht bezüglich des Umfangs.

I. Prokura (§§ 48 - 53 HGB)

Rechtsnatur: Die Prokura ist eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht.

Besonderheit: Der Vollmachtsumfang ist gesetzlich zwingend festgelegt (anders bei der Stellvertretung nach bürgerlichem Recht, hier herrscht Privatautonomie).

a) Erteilung

Ob die Prokura erteilt wird, steht dem Geschäftsinhaber völlig frei. Wenn er sie erteilt hat, ist er daran gebunden. Er kann den Umfang nicht beliebig einschränken. Der Dritte kann sich auf die umfassende Vertretungsmacht verlassen. Die Erteilung erfolgt so, daß der Geschäftsinhaber dem Betroffenen die Befugnis erteilt, in seinem Namen zu handeln.

Ist die Bestellung nicht ordnungsgemäß zustande gekommen, ist zu fragen, was die Betroffenen wollten; nämlich entweder gar keine Vertretungsmacht oder eine andere Form der Vertretungsmacht. In diesem Fall erfolgt eine Umdeutung (Konversion) in eine zivilrechtliche Vertretungsmacht oder eine Handlungsvollmacht.

Voraussetzungen:

+ Nur ein Vollkaufmann kann die Prokura erteilen, nicht aber ein Minder- oder ein Nichtkaufmann (§ 4 HGB).

+ § 48 Abs. 1 HGB: "Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder von seinem gesetzlichen Vertreter [...] erteilt werden". Andere Personen können sie nicht erteilen (zB ein Prokurist, Kommanditist) !!! Bei Gesellschaften sind die vertretungsbefugten Organe dazu berechtigt.

Grund: Der Prokurist hat eine besonders weitgehende Vollmacht. Sein Handeln ist potentiell besonders gefährlich, da er großen Schaden anrichten kann. Deshalb soll sich der Kaufmann selbst seine Prokuristen aussuchen können. Damit zusammenhängend ist die Vorschrift des

- § 52 Abs. 2 HGB: "Die Prokura ist nicht übertragbar." Der Prokurist kann aber sehr wohl kleinere Vollmachten erteilen (zivilrechtliche **Vollmacht**, Handlungsvollmacht). Es wird von der herrschenden Lehre abgeleitet, daß nur natürliche Personen zum Prokuristen bestellt werden können (also nicht juristische Personen, nicht Gesellschaften, zB GmbH).
- § 48 Abs. 1 HGB: "und nur mittels ausdrücklicher Erklärung". Die konkludent erteilte Prokura soll damit ausgeschlossen werden.
- Der Kaufmann selbst kann sich nicht zum Prokuristen bestellen, weil der Geschäftsherr nicht sein eigener Stellvertreter sein kann. Heute ist anerkannt, daß ein Gesamthandeiigentümer (einer OHG oder KG) Prokurist werden kann (das ist vor allem wichtig bei der KG bezüglich der Kommanditisten).

b) Erlöschen

ba) Widerruf durch den Geschäftsinhaber

§ 52 Abs. 1 HGB: "Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Erteilung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft jederzeit widerruflich." (zwingende Regelung!!)

Eine Ausnahme bilden die gesellschaftsvertraglichen Sonderrechte bezüglich des Kommanditisten (siehe oben).

Grund: Die Prokura ist weitgehend und gefährlich. Es muß ein Vertrauensverhältnis bestehen. Ist das nicht der Fall, muß der Geschäftsinhaber aus diesem Verhältnis aussteigen können. Sehr oft wird ein Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Prokuristen bestehen, zB ein Angestelltenverhältnis. Der Widerruf bedeutet nur, daß die Vertretungsmacht entzogen ist. Das Arbeitsverhältnis bleibt davon unberührt.

bb) Beendigung durch den Prokuristen

Kann auch der Prokurist seinerseits die Prokura aufkündigen? Dafür steht § 1021 ABGB. Dieser läßt offenbar für die Vollmacht eine einseitige Aufkündigung durch den Bevollmächtigten zu.

In bezug auf den Prokuristen läßt dies die herrschende Ansicht zu.

bc) Beendigung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses

Es geht um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung oder Zeitablauf.

Beachte: Im ABGB gibt es eine vergleichbare Regelung des BGB (die dies zuläßt) nicht. Deshalb ist es umstritten.

bd) Beendigung durch den Tod des Prokuristen

Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus § 52 Abs. 2 HGB (Unübertragbarkeit). Man könnte dies auch aus § 52 Abs. 3 ableiten: "Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts." Grund für diese Regelung ist, daß es gerade für diesen Fall wichtig ist, daß es Personen gibt, die Vertretungsmacht haben. Aus dem Gegenschluß könnte man dazulesen: "sehr wohl aber durch den Tod des Prokuristen."

be) Weitere Beendigungsgründe

- Einstellung des kaufmännischen Betriebes.
- Absinken des ursprünglich vollkaufmännischen Unternehmens unter die Grenze für Vollkaufleute (beachte dazu § 5 HGB),
- der Prokurist wird selbst Inhaber des Handelsgeschäfts,

- der Prokurist wird organschaftlicher Vertreter des Unternehmens,
- durch Konkurseröffnung des Inhabers und/oder Prokuristen (§ 1024 ABGB),
- bei Gesellschaften: wenn diese Gesellschaften aufgelöst werden und in das Abwicklungsstadium treten.

Beachte: Die Erteilung und das Erlöschen der Prokura ist nach § 53 Abs. 1 bzw Abs. 3 einzutragen. Es handelt sich um eine eintragungspflichtige Tatsache, die Eintragung ist nur deklaratorisch.

Das Fehlen der Eintragung kann zu einem Verkehrsschutz nach § 15 HGB führen.

c) InhaltlUmfang

aa) Allgemeines

Der Umfang wird vom Gesetz zwingend festgelegt, es gibt nur geringe Variationsmöglichkeiten.

§ 49 Abs. 1 HGB: „Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.“

Der Prokurist ist grundsätzlich zu allen geschäftlichen Handlungen ermächtigt.

Art. 6 Nr.10 4. EVHGB: "Zu den Geschäften und Rechtshandlungen, zu denen die Prokura oder die Handlungsvollmacht ermächtigt, bedarfes keiner besonderen Vollmacht nach § 1008 ABGB."

Anmerkung: Wäre diese Regelung nicht getroffen worden, wäre die Prokura stark entwertet worden.

Der Umfang ist also ganz weit gefaßt. § 50 Abs. 1 HGB verstärkt das noch: „Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.“

Aber: Die Beschränkung ist im Innenverhältnis zulässig (zB Grenzen bei der Kreditvergabe).

Umfang nach § 49 Abs. 1 HGB:

- Der Prokurist ist nicht beschränkt auf das konkrete Handelsgewerbe, auf den Geschäftsgegenstand.
- Es sind nicht nur außergerichtliche, sondern auch Prozeßhandlungen erfaßt.
- Nicht erfaßt sind Privatgeschäfte des Kaufmanns, Grundlagengeschäfte (Veräußerung oder Einstellung des Geschäfts, Veränderungen des Gesellschaftsvertrages, zB Aufnahme eines neuen Gesellschafters), Anmeldungen zum Firmenbuch, Veräußerung und Belastung von Grundstücken (wenn nicht eine besondere Bevollmächtigung erteilt wurde, Abs. 2), Erteilung der Prokura (weil nur der Inhaber befugt ist, sie zu erteilen; nach § 52 Abs. 2 HGB ist sie unübertragbar), sonstige höchstpersönliche Handlungen (zB Unterzeichnung des Jahresabschlusses).

bb) § 49 Abs. 2 HGB

„zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt wurde.“

lee) FiliaJprokura (§ 50 Abs. 3 BGB)

Die Prokura gilt nur für eine bestimmte Niederlassung (auch für die Hauptniederlassung), nicht für das gesamte Unternehmen.

Es gibt eine Einschränkung: Es muß eine ausreichende Verschiedenheit der Firmen bezüglich der Niederlassungen gegeben sein. Es genügt aber, wenn der Zweigniederlassungsfirma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

dd) Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB)

Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen. Diese Personen können nur gemeinsam die Prokura ausüben (zB Zusammenwirken zweier Prokuristen). Ein Prokurist kann den anderen ermächtigen, im Einzelfall das Rechtsgeschäft allein abzuschließen.

Beachte: Diese Regelungen gelten nur für die Aktiv-, nicht für die Passivvertretung.

§ 125 HGB (Gesamtvertretung): Die Grundsätze gelten auch für die Gesamtprokura. Ob Gesamt- oder Einzelprokura vorliegt, ist im Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung. Deshalb ist auch diese eine eintragungspflichtige Tatsache (§ 53 Abs. 1 Satz 2 HGB). Die Frage, ob Gesamtprokura vorliegt oder nicht, ist auch für Dritte von Bedeutung. Daher gilt auch § 15 Abs.1 HGB.

Es gibt verschiedene Spielarten: Beispiel: Es gibt 3 Prokuristen: Alle drei können nur gemeinsam vorgehen; jeweils zwei genügen.

Zu unterscheiden ist weiter zwischen der beidseitigen Gesamtprokura (die Beschränkungen gelten für alle Prokuristen) und der halbseitigen Gesamtprokura (nicht alle Prokuristen sind entsprechend beschränkt).

Beispiel: Es gibt die Prokuristen A und B: A ist Einzelprokurist (er ist allein vertretungsbefugt), B ist es nicht. B könnte nur mit A handeln.

Eine Sonderform ist die gemischte Gesamtprokura: Hier agieren nicht Prokuristen gemeinsam, sondern Organ und Prokurist (§ 125 Abs. 3 HGB).

Die Besonderheit ist, daß der Prokurist funktionell als Organ tätig wird. Der Vertretungsumfang wird erweitert.

§ 126 Abs. 1 umschreibt den Tätigkeitsbereich des vertretungsbefugten ORG-Gesellschafters. Der Prokurist ist in gleichem Umfang befugt wie der ORG-Gesellschafter mit zwei Einschränkungen: Er darf nicht Grundstücke veräußern und belasten, und er darf auch nicht Prokuristen bestellen. Wenn der Prokurist aber bei der gemischten Gesamtprokura mitwirkt, hat er auch diese beiden Kompetenzen.

Beachte: Die gemischte Gesamtprokura ist nur dann zulässig, wenn die Organe auch untereinander tätig werden können.

dd) Offenlegung (§ 51 HGB)

§ 51 HGB enthält eine Ordnungsvorschrift darüber, wie der Prokurist zu zeichnen hat. Der Firma des Inhabers hat er seinen Namen und einen Zusatz beizufügen (zB p. p. a.).

Beispiel: Franz Meier GmbH, Ladislaus Krümel, p. p. a.

§ 51 ist mit keiner Sanktion verbunden, es ist nur eine Ordnungsvorschrift.

Beachte: Man muß ein Mindestmaß des Stellvertretungsrechts einhalten, den Offenlegungsgrundsatz. Man muß dem anderen offenlegen, ob man als Vertreter eines anderen auftritt oder in eigenem Namen.

Beachte dazu die Rechtsscheinhafung: Wenn der Dritte erkennt, daß das Geschäft für ein bestimmtes Unternehmen abgeschlossen wird, dann wird es dem Inhaber zugerechnet, unabhängig davon, welche Vorstellung der Dritte hatte.

ld) Mißbrauch der Vertretungsmacht

Es geht darum, daß die Prokura eine sehr weitgehende, vom Gesetz zwingend umschriebene Vollmacht ist.

Folge: Geschäfte, die von diesem Umfang erfaßt sind, sind prinzipiell gültig und wirksam.

Ausnahmen: Anerkannt ist der Fall der Kollusion. Er ist mit § 879 ABGB zu lösen (Sitten- bzw Gesetzswidrigkeit), Untreue (§ 153 StGB).

Darüber hinaus gibt es die Figur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht. Es gibt in diesem Fall kein arglistiges Verhalten/Zusammenwirken beider, aber der Dritte ist nicht schutzwürdig, und zwar im Falle der Kenntnis oder wenn er die Tatsache hätte kennen müssen (Kenntnis oder Evidenz sind schädlich).

Beispiel: Abgabe einer Bankgarantie in der Höhe von ATS 1 Mrd, wenn es sich um den Prokuristen einer kleinen Bank handelt.

Anmerkung: Der Dritte soll sich auf den Umfang der Vertretungsmacht verlassen können, deshalb ist mit dieser Rechtsfigur sehr vorsichtig vorzugehen.

e) Publizität (§ 15 HGB)

siehe § 3. Firmenbuch und Verkehrsschutz (unter 3.)

12. Handlungsvollmacht (§§ 54 - 58 HGB)

§ 54 enthält die allgemeine Regel, § 55 eine Ergänzungsbestimmung für Außendienstmitarbeiter, § 56 eine Spezialregelung betreffend die Ladenvollmacht. Nur hier geht es auch um das "ob" der Vollmacht, nicht aber in § 54 und 55 (dort geht es nur um den Umfang der Vertretungsmacht). § 57 beinhaltet eine Sonderregelung (Zeichnen des Handlungsbevollmächtigten), § 58 die Übertragbarkeit der Handlungsvollmacht.

la) Echte Vollmacht oder Rechtsscheintatbestand?

§ 54 Abs. 1 HGB: Handlungsvollmacht liegt vor, wenn der Vollmachterteiler ein Kaufmann ist. Wichtig ist, daß *eine* Vollmacht, aber gerade nicht die Prokura erteilt wurde. Es gibt drei Möglichkeiten, die alle möglichen Variationen beinhaltet:

1. "zum Betrieb eines Handelsgewerbes ermächtigt" = Generalhandlungsvollmacht,
2. "zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften ermächtigt" = Arthandlungsvollmacht: generell abstrakte Beschreibung des Tätigkeitsbereichs,
3. "zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt" = Spezialhandlungsvollmacht.

Rechtsfolge: Ein bestimmter Vollmachtsumfang wird vermutet. Das Gesetz vermutet, daß sich diese Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen erstreckt (siehe 1.) oder nur auf manche Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt (siehe 2. und 3.).

- Der Dritte muß beweisen, daß eine Vollmacht erteilt wurde. Hier hilft ihm das Zivilrecht (wenn er berechtigterweise darauf schließen durfte, daß die Vollmacht erteilt **wurde**; Anscheins- oder Duldungsvollmacht). Für den gewöhnlichen Umfang unterscheidet der § 54 drei Arten (Generalhandlungsvollmacht, Arthandlungsvollmacht, Spezialhandlungsvollmacht).
- Der Dritte muß dartun, welche Vollmacht vorliegt. Vermutet wird der gewöhnliche Umfang (die der Betrieb eines "derartigen Handelsgewerbes" mit sich bringt).
Beispiel (Fall aus der deutschen Rechtsprechung): Der Generalhandlungsbevollmächtigte einer Gaststätte hat einen Automatenaufstellvertrag abgeschlossen. Der Abschluß ist eigentlich vom Umfang gedeckt (auch langfristige Verträge können abgeschlossen werden), das Gericht war aber anderer Meinung: Die Automatenaufstellung kann Gäste belästigen und den Charakter der Gaststätte verändern, deshalb war es ungewöhnlich.

Folge: Der Gastwirt war an den Vertrag nicht mehr gebunden.

§ 54 Abs. 2 HGB enthält eine Einschränkung des Vollmachtsumfanges. Vier Dinge sind nicht davon erfaßt, außer es wurde eigens dazu eine Ermächtigung gegeben:

- Veräußerung und Belastung von Grundstücken,
- Aufnahme von Darlehen,
- Eingehen von Wechselverbindlichkeiten,
- Prozeßführung.

§ 54 Abs. 3 enthält eine Regel für den Fall, daß der Kaufmann eine engere Vollmacht erteilen wollte.

- *Flume*: Auch § 54 Abs. 1 legt einen bestimmten Umfang verbindlich fest. Gemäß Abs. 3 kann eine interne Beschränkung gemacht und dem Dritten entgegengehalten werden.
- Andere Meinung (auch von *Karollus*): Abs. 1 beinhaltet nur eine Vermutung (Rechtsscheinschutz). Der Kaufmann kann sagen, daß er den Umfang einschränken wollte. Soweit die Vollmacht enger erteilt wurde, kann das dem Dritten entgegengehalten werden, wenn er die Beschränkung kannte oder kennen mußte.

b) Sondertatbestände (§§ 55, 56 HGB)

aa) Vollmacht von Handlungsreisenden (Außendienstmitarbeitern)

§ 55 HGB betrifft nur angestellte Außendienstmitarbeiter = Arbeitnehmer (nicht selbständige Handelsvertreter), also nur solche, "die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet."

§ 55 verweist auf § 54, es gelten die allgemeinen Regeln. Abs. 2 und 3 beinhalten aber Erweiterungen:

- Abs. 2: Der Reisende gilt insbesondere als ermächtigt, den Kaufpreis einzuziehen (Inkassovollmacht). Außerdem hat er eine Vollmacht zur Gewährung von Zahlungsfristen.
- Abs. 3: Der Handelsreisende ist dazu befugt, Mängelanzeigen, eine Erklärung, daß die Ware zur Verfügung gestellt wird und andere Erklärungen solcher Art entgegenzunehmen.

Daneben gibt es auch die Gruppe der Handelsvertreter, die nach § 1 HGB auch Kaufleute sind (Getzt gilt das HandelsvertreterG 1993). Der Gesetzgeber wollte eine Angleichung: § 3 HVG ordnet dasselbe an wie § 55 für die angestellten Handlungsreisenden.

bb) Ladenvollmacht

§ 56 HGB: Es geht um Leute, die in einem Laden oder offenem Warenlager angestellt sind. Sie gelten als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die gewöhnlich im Laden oder offenem Warenlager geschehen.

Es wird das „ob“ der Vollmacht und der Umfang vermutet ("im gewöhnlichen Umfang").

Voraussetzungen:

- "Laden oder offenes Warenlager": Darunter versteht man jede dem Publikum zugängliche, wenn auch nur vorübergehende zu Verkaufszwecken genutzte Einrichtung.
Beispiele: Messeverkaufsstände, Jahrmarktstände, Würstelstand, nicht aber Büroräume.
Anmerkung: Ein geschlossenes Warenlager gilt nur der Aufbewahrung von Waren.
- "angestellt ist": Das bedeutet keine Beschränkung auf Angestellte nach dem Angestellten-gesetz, es ist nicht beschränkt auf arbeitsrechtliche Verhältnisse, sondern damit ist jeder

gemeint, der in die Verkaufstätigkeit eingeschaltet ist = Einschaltung in die Verkaufstätigkeit mit Wissen und Willen.

Rechtsfolgen: Es besteht die Vermutung der Vertretungsmacht von Verkäufen (Abschluß von Kaufverträgen) und Empfangnahmen (Inkasso des Kaufpreises, Entgegennahme von Rekurren).

Nicht gedeckt ist der Ankauf von Gütern von Lieferanten.

Wie sieht es mit der Schutzwürdigkeit des Dritten aus? In § 56 steht nichts davon. Ist sie deshalb unbeschränkt?

Nein: § 56 ist ein Anwendungsfall des § 54. Dem Dritten schadet sehr wohl Kenntnis oder Kennenmüssen der Einschränkung.

ce) Ähnliche **Sonderregeln** an anderer Stelle

- § 1030 ABGB: "Gestattet der Eigentümer einer Handlung, oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge, Waren im Laden oder außer demselben zu verkaufen; so wird vermutet, daß sie bevollmächtigt seien, die Bezahlung zu empfangen, und Quittungen dagegen auszustellen."
§ 1030 ist insoweit enger, als das "ob" nicht vermutet wird, sondern nur der Umfang. § 56 geht aber als Spezialvorschrift dem § 1030 vor.
- § 28 GmbHG (ähnlich § 54 Abs. 1 HGB), § 26 GenG.
- § 10 KSchG: Dieser betrifft alle Geschäfte zwischen Unternehmer und Verbraucher. Er enthält weitgehenden Schutz des Verbrauchers und eine Vermutung des gewissen Umfangs. Bei § 10 Abs. 1 schadet dem Verbraucher nur die Kenntnis der Vollmachtsbeschränkung. Abs. 2 hilft wiederum dem Unternehmer: Bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Verbrauchers gibt es ein Rücktrittsrecht des Unternehmers. Gegenschluß: Wenn der Verbraucher nur leicht fahrlässig auf den Umfang der Handlungsvollmacht vertraut hat, ist das Geschäft gültig. § 10 KSchG überlagert somit den § 54 HGB.
Abs. 3: "Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden."

§ 7. Handelsvertreter und Handelsmäkler (Grundzüge)

1. Handelsvertreter

Für sie ist das HandelsvertreterG 1993 anzuwenden.

2. Handelsmäkler

nunmehr: §§ 19 - 25 MaklerG, BGBL 1996/262

§ 8. Handelsgeschäfte allgemein

1. Gesetzliche Systematik

§§ 343ffHGB (4. Buch des HGB)

Zum Begriff des Handelsgeschäfts vgl §§ 22 - 27 HGB: Handelsgeschäft = kaufmännisches Unternehmen und die Regelungen im 4. Buch des HGB: Handelsgeschäfte = Rechtsgeschäfte, die von einem Kaufmann getätigt werden.

- Allgemeine Vorschriften: §§ 343 - 372 HGB
- Regeln für besondere Typen von Handelsgeschäften: §§ 383ff: Handelskauf, §§ 407ff: Speditionsgeschäft, §§ 416ff: Lagergeschäft, §§ 425ff: Frachtgeschäft, §§ 494ff: Seehandelsrecht (5. Buch)

Innerhalb der allgemeinen Vorschriften kann man mehrere Bereiche unterteilen:

1. §§ 343 - 345: Eingangsfrage: Anwendungsbereich der handelsrechtlichen Vorschriften.
2. Materiellrechtliche Regeln (Unterscheidung, welches Gebiet des bürgerlichen Rechts betroffen ist):
 - allgemeiner Teil: Beispiel: § 362 (Vertragsabschluß durch Schweigen)
 - allgemeines Schuldrecht: Beispiel: § 360 (Schuldinhalt)
 - besonderes Schuldrecht: Beispiel: Art. 8 Nr. 2 4. EVHGB
 - Sachenrecht: Beispiele: § 366 (Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten), § 368 (Pfandverkauf)

2. Begriff des Handelsgeschäfts (§§ 343 - 345)

a) Übersicht

- § 343 Abs. 1: Grundbestimmung; es folgt eine Ergänzung durch Klarstellung in Abs. 2.
- § 344 Abs. 1 und 2 beinhalten zwei Vermutungen.
- § 345 sagt aus, wann die handelsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind.

b) § 343 HGB

§ 343 Abs. 1 HGB: " Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören."

1. Kaufmann: Die Stellung des Kaufmanns richtet sich nach den Vorschriften des §§ Hf HGB. Entscheidend ist die Kaufmannseigenschaft des Vertragspartners, nicht jedoch die des Stellvertreters.
2. Zugehörigkeit des Geschäfts zum Betrieb des Handelsgewerbes: Das Gegenteil wäre ein Privatgeschäft oder ein Geschäft, das zu einer anderen Tätigkeit gehört (zB Rechtsanwalt).

Herrschende Meinung: Dazu gehören nicht nur jene Geschäfte, die zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören, sondern auch Neben- und Hilfgeschäfte, Vorbereitungsgeschäfte (beachte: § 1 Abs. 3 KSchG: OGH: zumindest für die *laesio enormis*, für sonstige Fälle fraglich) und Abwicklungsgeschäfte am Ende der Tätigkeit (einschließlich Erwerb und Veräußerung des Unternehmens).

§ 343 Abs. 2 HGB: "Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen **werden**."

Ein Problem könnte sein, wenn man daraus einen Gegenschluß ableitet: "Gewisse Geschäfte im Betrieb eines Handelsgewerbes, die nicht unter § 1 Abs. 2 fallen (zB Vermietung), sind nicht erfaßt."

Dieser Gegenschluß ist aber nicht daraus abzuleiten. Auch Nebengeschäfte fallen darunter. Es können aber auch Unklarheiten und Unschärfen entstehen. Deshalb stellt das Gesetz Vermutungen auf (auch bezüglich der Beweislast). Diese befinden sich in § 344 HGB.

le) § 344 HGB

§ 344 Abs. 1 beinhaltet eine allgemeine Vermutung: "Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes **gehörig**." Es gibt unwiderlegbare und widerlegbare Vermutungen. Dies ist eine widerlegbare Vermutung ("im Zweifel").

Einschränkung: Der innere Wille und das, was nach außen in Erscheinung tritt, können voneinander abweichen. Es gilt dann die Lehre vom objektiven **Empfängerhorizont**: Die Willenserklärung wird so gedeutet, wie sie ein redlicher Empfänger verstehen durfte. Nicht berücksichtigt werden rein innere Umstände, die dem anderen nicht erkennbar geworden sind.

Folge: Es genügt nicht für die Widerlegung, wenn der Kaufmann mit rein inneren Umständen zu erklären versucht, es handle sich um ein Privatgeschäft.

Abs. 2 enthält eine Sonderregel für Schuldscheine: "Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der **Urkunde** sich das Gegenteil ergibt."

Die Vermutung ist noch widerleglich, aber nur noch aus dem Inhalt der Urkunde, sonst unwiderleglich. Unter Schuldscheinen sind sowohl verpflichtende Erklärungen als auch bloße Beweisurkunden (zB Bürgschaftserklärungen) zu verstehen.

Die Grenze ist dort, wo Treu und Glauben eingreift.

Was gilt nun, wenn nichts über den Anwendungsbereich im Gesetz steht?

ld) § 345 HGB

§ 345 (Grundregel): Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen auch für einseitige Rechtsgeschäfte, und zwar für beide Teile (interessant bei Haftung, jeden trifft die höhere Haftung) !!!

Beachte: Das gilt nur dann, soweit nichts anderes bestimmt ist !!! Die Ausnahmen gehen in zwei Richtungen:

- Ausnahmsweise genügt das einseitige Handelsgeschäft nicht. **Beispiele:**
 - § 377 HGB (Mängelrüge): "Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft,..."
 - §§ 369ff (kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht): § 369 Abs. 1: "Ein Kaufmann [...] gegen einen anderen Kaufmann..."
 - § 352 Abs. 1 (erhöhter gesetzlicher Zinssatz): "... bei beiderseitigen Handelsgeschäften..."
 - § 353 (Verpflichtung zur Zahlung von Fälligkeitszinsen): „Kaufleute untereinander..."
- Es ist nicht egal, auf welcher Seite das Handelsgeschäft vorliegt.
Beispiele: § 348 (Minderungsrecht des Richters bei der Vertragsstrafe), §§ 349, 350 (Sondervorschriften über die Bürgschaft), § 351a (Verkürzung über die Hälfte).

Grundsätzlich erfolgt eine gleichzeitige Anwendung der Regelungen über Handelsgeschäfte auf Voll- und Minderkaufleute: Ausnahmen bestehen dort, wo ausdrücklich daraufhingewiesen wird (vgl § 351).

§ 9. Handelsbräuche und Handelsklauseln

1. Handelsbräuche (§ 346 HGB)

§ 346 HGB: "Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen."

Diese Bestimmung hat sehr große praktische Bedeutung. Bräuche können dazu führen, daß in einem entscheidenden Punkt etwas anderes gilt.

Beispiel: Ein Reisebüro hat für die Dauer der Olympischen Spiele Zimmer in einem Hotel reserviert. Später wurde die Bestellung storniert. Das Hotel hat geklagt auf Zahlung einer Entschädigung. Im bürgerlichen Recht gibt es für diesen Fall kein Rücktrittsrecht. Folglich ist Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, denn es wurde auch nichts vereinbart. Es gab aber einen Brauch zwischen den Reisebüros und den Hoteliers: Innerhalb einer bestimmten Frist soll ein Rücktrittsrecht des Reisebüros bestehen.

Es geht darum, daß ohne eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung etwas Vertragsinhalt wird. Die Handelsbräuche werden als Auslegungshilfe verwendet ("wie Verträge dieser Art üblicherweise abgeschlossen werden"). Durch § 346 findet eine Auslegung des Rechtsgeschäfts statt. Was ist zu prüfen?

1. Man muß einen Handelsbrauch finden (Frage nach den Voraussetzungen für die Entstehung von Handelsbräuchen): Voraussetzungen:
 - Allgemeine Voraussetzung: eine nahezu ausnahmslose (nicht jeder hält sich daran) tatsächliche **Übung**.
 - **Dauer** der Übung, damit sich ein neuer Brauch durchsetzen kann (je mehr Geschäfte abgeschlossen werden, umso kürzer ist die Dauer).
Anmerkung: Die Voraussetzungen 1 und 2 sind ähnlich wie für das Gewohnheitsrecht (es ist aber in diesem Fall die opinio iuris = Rechtsüberzeugung notwendig).
 - **Freiwillige Anerkennung** durch die Beteiligten (der Verkehr hält das für den üblichen Inhalt der Rechtsbeziehungen).
2. Ist ein Handelsbrauch gefunden, stellt sich die Frage, ob er auch für unseren Fall gilt (Zurechenbarkeit des Handelsbrauchs zu den Parteien des Handelsgeschäfts), Maßgeblichkeit des Handelsbrauchs im konkreten Fall: Grundsätzlich:
 - Der Brauch muß gerade zum Zeitpunkt des Abschlusses bestanden haben.
 - Er muß auf dieses Geschäft passen: Die Reichweite muß das Geschäft umfassen:
 - a) in sachlicher Hinsicht: nur Tropenhölzer, nicht österreichische Hölzer;
 - b) in räumlicher Hinsicht: nur Ost-Österreich (vgl **Art. 9 UN-Kaufrechtsübereinkommen**),
 - c) personelle Grenzen: nur jene Personen, die am Holzhandel beteiligt sind, nicht aber der Bäcker, der sich ein Regal zimmern will.

§ 346 spricht von "unter Kaufleuten": Das bedeutet, beide Beteiligte müssen Kaufleute sein. Die Rechtsprechung ist aber nicht streng: Es wird so ausgelegt, daß kein Brauch, sondern eine allgemeine Verkehrssitte vorliegt.

Folge: Der Handelsbrauch ist für dieses Geschäft anwendbar, unabhängig davon, ob die Parteien es wollten, es vereinbart haben oder unabhängig davon, ob sie gewußt haben, daß es diesen Handelsbrauch überhaupt gibt.

Beachte: Der Brauch gilt dann nicht mehr, wenn ein gegenteiliger Parteiwille nachweisbar oder es aus den Umständen ersichtlich ist.

Folge der Anwendung ist, daß der Brauch als Bestandteil des Rechtsgeschäfts gilt.

Wir können eine Auslegung des Inhalts des Vertrages und der Willenserklärungen (interpretierende Handelsbräuche) vornehmen. Er kann auch zur Ergänzung des Inhalts dienen (ergänzende Handelsbräuche).

Die Grenze für die Geltung von Handelsbräuchen ist das zwingende Recht. Es besteht aber ein Vorrang gegenüber dem dispositiven Recht.

2. Handelsklauseln, insbesondere "Trade Terms" und "Incoterms"

Es gehört zum Prinzip der "Schnelligkeit" des Handelsrechts, daß man möglichst prägnante Regelungen trifft.

Es haben sich bestimmte Klauseln entwickelt. Die Klausel hat einen Inhalt unabhängig davon, wie sie ein Teil verstanden hat, außer wenn nachgewiesen wird, daß beide Parteien etwas anderes darunter verstanden haben.

Handelsklauseln stellen eine besondere Ausprägung der Handelsbräuche dar. Es handelt sich um kurze Formeln mit feststehender Bedeutung.

Beispiele:

- "netto Kasse gegen Faktura":

Faktura: Es ist gegen Vorlage der Rechnung zu zahlen, das bedeutet, auch dann, wenn die Ware noch nicht geleistet wurde (= Vorleistungspflicht des Käufers).

Netto bedeutet, ein Skontoabzug ist ausgeschlossen.

Kasse bedeutet ein Barzahlungsgebot. Die Zahlung mit Scheck, Wechsel oder auch eine Aufrechnung ist ausgeschlossen. Es beinhaltet auch einen Ausschluß von Zurückbehaltungsrechten (Zug-um-Zug-Einrede).

- Es gibt besondere bedeutende Lieferklauseln für den Handelskauf: "exw" = ex works, "fob" = free on board, "cif" = cost insurance freight: Diese Klauseln beinhalten den Typ des Kaufvertrages, ob es sich um eine Hol-, Bring- oder Schickschuld handelt, wer die Gefahr (Gefahrenübergang), die Kosten des Transports, die Zollkosten und die Steuerkosten trägt, wer sich um die Formalitäten kümmern muß.

Es kann regional aber doch Abweichungen geben. Deshalb wurden die "Trade Terms" (= Zusammenstellung der Klauseln) geschaffen. Probleme ergeben sich, wenn Handelsgeschäfte zwischen den USA und Österreich abgeschlossen werden. Lösung: Im Zweifel wird angenommen, daß keiner die Klausel des anderen wollte.

Folge: Es gelten die Incoterms. Diese gibt es, um Probleme überhaupt zu vermeiden. Der Sinn liegt in einer einheitlichen Fassung für die ganze Welt (sie werden ca. alle 10 Jahre aktualisiert).

Die Parteien sollen auch zB "exw Incoterms 1990" vereinbaren, damit klar ist, daß sie die Klausel auf Basis der Incoterms vereinbart wurde.

§ 10. Schweigen im Handelsverkehr

Ausgangspunkt

Das Schweigen hat im bürgerlichen Recht grundsätzlich keine Erklärungsbedeutung, bloßes Schweigen gilt insbesondere nicht als Annahmeerklärung. Ausnahmen:

- wenn es vorher von beiden so vereinbart worden ist,
- § 862a ABGB,
- stillschweigende Verlängerung des Mietvertrages gemäß §§ 1114, 1115 ABGB.

1. Antrag zur Geschäftsbesorgung (§ 362 HGB)

Im bürgerlichen Recht gibt es den § 1003 ABGB. Er beinhaltet die Haftung auf das negative Interesse, das bedeutet den Ersatz all jener Schäden, die dadurch entstanden sind, daß sich der Betroffene nicht gemeldet hat.

Beispiel: Einem Rechtsanwalt wird die Übernahme eines Mandats angeboten. Wenn er nicht darauf reagiert, kommt der Vertrag zwar nicht zustande, er haftet aber auf das negative Interesse.

Gründe: Dem Kaufmann wird zugemutet, daß er darauf reagiert. Es gibt das Interesse, daß der Handelsverkehr schnell und reibungslos funktioniert.

Beispiel (§ 362 Abs. 1 HGB): Ein Spediteur bekommt ein Angebot zur Übernahme einer Geschäftsbesorgung (eines Umzuges), er schweigt daraufhin.

Folge: Der Vertrag kommt zustande, wenn er nicht unverzüglich ablehnt. Es entstehen Leistungspflichten, auch die Pflicht zum Schadenersatz ist möglich (Nichterfüllungsschaden).

Vgl dagegen die Folge nach § 1003 ABGB: Durch das Schweigen des Rechtsanwalts (der von der Anwendung des HGB ausgenommen ist) kommt der Vertrag zwar nicht zustande, aber er haftet für das negative Interesse. Unter § 1003 fallen alle Rechtsbesorger.

Problem: Die beiden Bestimmungen überschneiden einander, es gibt aber unterschiedliche Rechtsfolgen !!!

Lösung: Soweit § 362 HGB anwendbar ist, verdrängt er § 1003 ABGB.

Tatbestandsvoraussetzungen des § 362:

- Besorgung von Geschäften (Geschäftsbesorgung): Geschäfte besorgt, wer, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, eine an sich dem anderen zukommende Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Art erbringt.

Beispiele: alle Auftragsverhältnisse: vor allem Bankgeschäfte; etliche Verträge, die man als Werkvertrag charakterisiert (Lager-, Speditionsvertrag), grundsätzlich der gesamte Dienstleistungsbereich im Gegensatz zum Warenumsatzgeschäft.

- Abs. 1 unterscheidet zwei Fälle mit unterschiedlichen Anknüpfungsvoraussetzungen:

1. Satz: Geschäftsbesorgung im engeren Sinn: Voraussetzungen:

- a) es handelt sich um einen Kaufmann, zu dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von solchen Geschäften gehört,
- b) er bekommt einen Antrag gerade für solche Geschäfte,
- c) der Antrag kommt von jemandem, mit dem eine ständige Geschäftsbeziehung vorliegt.

2. Satz: jeder Kaufmann, egal was er sonst macht, aber nur dann, wenn er sich gegenüber dem jetzt Antragenden zur Geschäftsbesorgung erboten hat.

Beachte: Wenn keiner der beiden Fälle anzuwenden ist, geht man nach § 1003 ABGB vor.

Rechtsfolge: Wenn der Antrag kommt, muß der Kaufmann unverzüglich antworten, Schweigen gilt als Annahme des Vertrages. Wichtig ist, daß nur Schweigen (also die Nicht-Reaktion) als Annahme gilt. Wenn der Kaufmann den anderen zB hinhalten will, gilt das natürlich nicht als Annahme.

2. Kaufmännisches Begleit-/Bestätigungsschreiben

Dieses meint nicht die Annahmeerklärung, sondern ein Schreiben, das erst nachher erfolgt.

Beispiel: "Ich bestätige Ihnen nochmals, daß wir einen Vertrag mit dem folgenden Inhalt haben: ..."

Oft kommt es vor, daß der Inhalt des Schreibens vom Inhalt des Vertrages abweicht. Welche Folgen hat es, wenn der andere nicht darauf antwortet?

In Deutschland gilt folgendes: Der Empfänger muß unverzüglich widersprechen, ansonsten gilt der Inhalt des Schreibens als Inhalt des Vertrages, außer bei Unredlichkeit des Absenders oder wenn das Schreiben so weit abweicht, daß der Absender die Annahme nicht billigen konnte.

Diese Grundsätze wurden zunächst auch in Österreich übernommen, aber nur bis in die 70er Jahre. Argument: Dieses Schreiben ist eine Aufforderung dazu, dem anderen Vertragsbedingungen aufzudrücken (OGH: SZ 47/83: Diese deutschen Grundsätze wurden sehr stark zurückgeschraubt). Unterscheidung:

- konstitutive Wirkung: Bei Schweigen gilt der Inhalt des Schreibens: Der Gegenbeweis ist nicht mehr möglich. Dies gilt nur noch in Ausnahmefällen, und zwar nur bei solchen Änderungen, die den Inhalt bloß ergänzen oder konkretisieren. Wenn Interessen des anderen geschmälert werden (Verzugszinsen, Menge und Preis) →
- Beweiswirkung: Das Schweigen gilt als Indiz dafür, daß der Vertrag wirklich so zustande gekommen ist. Der Inhalt des Schreibens gilt zwar, der Gegenbeweis ist aber zulässig (es ist eine Frage der Beweislast).

Dieses Sonderrecht wurde also in Österreich weitgehend fallengelassen. Es bleiben aber Probleme im internationalen Verkehr, insbesondere mit Deutschland (hier hat sich eine sehr strenge Praxis entwickelt).

3. Sonstige Fälle

Schweigen gilt also nicht allgemein als Annahme, sondern es gibt Einzelfälle:

- § 362 HGB (siehe oben unter 1.),
- kaufmännisches Bestätigungsschreiben (gilt nur eingeschränkt, siehe oben unter 2.),
- Schweigen auf die Schlußnote des Handelsmaklers,
- § 2 Abs. 2 HandelsvertreterG: Man unterscheidet zwischen dem Vermittlungsagenten (er hat keine Vertretungsmacht, sondern dient nur als Bote und zur Vermittlung) und dem Abschlußagenten (er hat auch Vertretungsmacht). Wenn ein Handelsvertreter nur Vermittlungsagent ist, aber eine Erklärung abgibt, dh er verhält sich so, als hätte er Vertretungsmacht (§ 1016 ABGB), dann gilt das Geschäft als genehmigt, wenn sich der Unternehmer nicht meldet = Schweigen als Genehmigungswirkung.
- Gibt es eine Redepflicht aus Treu und Glauben?

§ 11. Erweiterung der Privatautonomie

I. Allgemeines

Im bürgerlichen Recht gilt grundsätzlich Grundsatz der Privatautonomie = Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien, ob und wie sie einen Vertrag schließen.

- **Abschlußfreiheit:** Abschluß des Vertrages oder nicht. Einschränkung: Kontrahierungszwang.
- **Formfreiheit:** Es genügt jede Art der Willenserklärung. Einschränkungen gibt es durch gesetzliche Formgebote: Schriftform, notarielle Beurkundung, Notariatsakt, eigenhändige Verfassung (Testament).
Beispiel: § 1346 Abs. 2 ABGB: Hintergrund ist vor allem der übereilungsschutz.
- **Inhaltsfreiheit:** inhaltliche Gestaltungsfreiheit, sie ist in vielfacher Hinsicht eingeschränkt: § 879 ABGB, § 6 KSchG, § 348 HGB: Vertragsstrafe (Vereinbarung und Höhe ist grundsätzlich eine Sache der vertraglichen Einigung, allerdings gewährt § 1336 Abs. 2 ABGB ein richterliches Mäßigungsrecht), § 934 ABGB: Verkürzung über die Hälfte → Anfechtungsrecht.

Im Handelsrecht werden diese Einschränkungen teilweise wieder zurückgenommen. Grund:

- stärkeres Bedürfnis nach Flexibilität und Gestaltungsspielraum,
- der Kaufmann ist in höherer Weise befähigt, auf seine Interessen zu achten, er benötigt nicht den Schutz wie ein Privater.

Die Privatautonomie bekommt somit wieder einen höheren Stellenwert.

Es erfolgen verschiedene Abgrenzungen:

- Kaufmann und Nichtkaufmann (§ 879 Abs. 1 und 3 ABGB),
- Unternehmer und Verbraucher (im Verbraucherschutz, Konsumentenschutz).

II. Bürgschaftsform (§ 350 HGB)

§ 350 HGB betrifft die Formfreiheit, sie wird wieder hergestellt. Bürgschaftserklärungen können auch mündlich gemacht werden. § 1346 Abs. 2 ABGB wird ausgeschaltet.

Beachte: Gemäß § 351 HGB gilt diese Regel nur für Vollkaufleute !!! Hintergrund: Der Gesetzgeber geht davon aus, daß der Vollkaufmann nicht dem Übereilungsschutz unterliegt.

Diskussion: Soll man den § 1346 Abs. 2 ABGB auch auf die Garantie und den Schuldbeitritt anwenden? Wennja, dann muß man auch den § 350 HGB ausdehnen.

Die Judikatur (OGH) hat diese Analogie anerkannt, zumindest bezüglich der Garantie, nicht aber in bezug auf den Schuldbeitritt.

Beachte: Nur der Kaufmann (Vollkaufmann) fällt unter diese Vorschrift, nicht der Nicht-Kaufmann.

Wenn ein Gesellschafter oder ein Geschäftsführer einer GmbH für die GmbH eine Bürgschaftserklärung abgibt, dann gilt § 350 nicht, weil ihnen keine Kaufmannseigenschaft zukommt, sondern nur der GmbH selbst!!

1. Vertragsstrafe (§ 348 HGB; Art. 8 Nr. 3 4. EVHGB)

§ 348 betrifft die Erweiterung der Inhaltsfreiheit. Er setzt das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 Abs. 2 ABGB außer Kraft.

Beachte: Es kommt auf den Schuldner der Vertragsstrafe an. Dieser muß Vollkaufmann sein. Nicht ausgeschlossen ist, daß andere Möglichkeiten der Inhaltskontrolle (zB § 879 Abs. 1 ABGB: Wucher, allgemeine Sittenwidrigkeit; wenn in den AGB vereinbart: § 379 Abs. 3 ABGB) greifen.

§ 29 KartellG: Vertragsstrafen sind jedenfalls dem Mäßigungsrecht unterworfen.

Art. 8 Nr. 3 4. EVHGB: Bei der Vertragsstrafe kann auch der Ersatz eines die Vertragsstrafe übersteigenden Schadens verlangt werden.

Die Vertragsstrafe ist ein pauschalierter Schadenersatz. In § 348 ist der Fall erfaßt, daß sich im Nachhinein herausstellt, daß sie zu hoch war. Es kann sich aber auch herausstellen, daß die Vertragsstrafe zu niedrig war. Hier greift Art. 8 Nr. 3 ein. Gibt es neben der Vertragsstrafe auch Schadenersatz? Das wird in Verträgen meist nicht geregelt. Im Zweifel gibt es daneben den Schadenersatz, es gibt also keine Pauschalierung nach oben.

§ 345 HGB gilt ebenfalls. Art. 8 Nr. 3 gilt daher auch für einseitige Rechtsgeschäfte, auch für Minderkaufleute, auch zu Lasten des Nicht-Kaufmanns.

Die Regelung stammt aus dem BGB. Soll es eine Analogie auch für das österreichische bürgerliche Recht geben?

Meinung *Karollus*: Ja.

Die herrschende Auffassung meint, daß es sich um eine Sonderregelung des Handelsrechts handelt.

3. Laesio enormis (§ 351a HGB)

§ 351a HGB betrifft die Erweiterung der Inhaltsfreiheit. Diese Bestimmung wurde 1979 eingefügt durch das Konsumentenschutzgesetz (KSchG).

Vorläufer war Art. 8 Nr. 6 4. EVHGB (er ist wie Art. 8 Nr. 3 formuliert). Daraus würde folgen: Es erfolgt ein Ausschluß der laesio enormis, egal zu Lasten welchen Teiles.

Aber: Nur dem kaufmännischen Teil wird die Anfechtungsmöglichkeit wegen laesio enormis genommen.

Beachte: § 351a verlangt nicht die Vollkaufmannseigenschaft.

§ 12. Besonderheiten des Schuldinhalts

Vorbemerkung: Es geht allgemein um (scheinbar) abweichende Regelungen vom bürgerlichen Recht.

II. Sorgfaltsmaßstab (§ 347 HGB)

Es kommt zu einer Verschärfung der Schadenersatzhaftung. Der Kaufmann schuldet die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Haftungsmaßstab für die Schadenersatzhaftung). Diese Regelung stellt einen objektiven Sorgfaltsmaßstab dar. Jeder hat für die Sorgfalt einzustehen, die ein durchschnittlicher, rechtstreuer, gewissenhafter Kaufmann seiner Branche angewendet hätte.

Das hat die Bedeutung, daß Einwände wie "da habe ich mich nicht ausgekannt" ausscheiden. Ebenso erwartet man zB von einer Bank die Kenntnisse, die man für diese Branche benötigt. Anmerkung: Es handelt sich um keine echte Besonderheit. Auch im ABGB gibt es einen objektiven Haftungsmaßstab in § 1299 ABGB.

Sonderregeln des Haftungsmaßstabs:

- § 25 Abs. 1 GmbHG (Geschäftsführer der GmbH),
- § 84 Abs. 1 AktG (Vorstand der AG),
- Beide Bestimmungen verweisen auch auf die Mitglieder des Aufsichtsrates,
- § 6 EWIVG (Geschäftsführer).

Eine gegenteilige Bestimmung findet sich in Art. 7 Nr. 3 4. EVHGB: Ein OHG-Gesellschafter haftet nur für die *diligentia quam in suis*.

III. Umfang des Schadenersatzes (Art. 8 Nr. 2 4. EVHGB)

Art. 8 Nr. 2: "Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn." Ausgangspunkt sind die §§ 1323, 1324 ABGB (Art des Schadenersatzes).

§ 1323 ABGB: Man muß unterscheiden zwischen dem

- positiven Schaden = Schadloshaltung, und der
- vollen Genugtuung = positiver Schaden plus entgangener Gewinn. Vgl dazu § 1293 Satz 2 ABGB: „[...] der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat." Das ist der Gewinn, der nach einem gewissen Maß von Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.

§ 1324 ABGB: Der Umfang des Schadenersatzes ist abhängig vom Grad des Verschuldens.

- bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit: volle Genugtuung,
- bei leichter Fahrlässigkeit: nur der positive Schaden.

Der Umfang im Handelsrecht besteht in der vollen Genugtuung bei jedem Grad des Verschuldens !!! Es erfolgt damit eine Angleichung an das BGB.

Sinn: Das kaufmännische Handeln ist auf Gewinn angelegt, deshalb kann bei Entgang des Gewinns dieser höhere Anspruch geltend gemacht werden.

Anwendungsbereich: Er erstreckt sich auch auf einseitige Handelsgeschäfte, auch der Nicht-Kaufmann muß volle Genugtuung leisten. Das ergibt sich aus § 345 HGB.

Er gilt nicht für deliktisches Handeln, sondern nur für rechtsgeschäftliches Handeln, auch bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten (*culpa in contrahendo*).

Art 8 Nr. 2 gibt keine Antwort darauf, wie Schadenersatz zu leisten ist. Es gilt Vorrang der **Naturalrestitution**.

§ **1332 ABGB**: Bei leichter Fahrlässigkeit ist nur der positive Schaden zu ersetzen. Es erfolgt eine **objektive abstrakte Berechnung**.

Bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz bestimmt sich der Schaden nach **subjektiv konkreten Kriterien**.

Art. 8 Nr. 2: Man kann auch für den positiven Schaden eine subjektiv konkrete Berechnung annehmen. Damit kommt man zu einer völligen Gleichstellung.

Die Rechtsprechung dazu ist nicht eindeutig.

3. Gesamtschuldnerische Haftung (Art. 8 Nr. 1 4. EVHGB)

Art. 8 Nr. 1: "Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner."

Er statuiert die Ausnahme von § **889 ABGB**: Es gibt nur eine **anteilige Haftung** (jeder nur für seinen Anteil).

Sinn: Es gibt einen gemeinsamen Nutzen, wenn sich zwei (oder mehrere) zusammenschließen, deshalb soll auch jeder für alles haften.

Vorteil: Die Ansprüche sind schneller durchsetzbar.

Anwendungsbereich: Art. 8 Nr. 1 gilt auch für **einseitige Handelsgeschäfte**, auch für den **nicht kaufmännischen Teil**.

Beachte: Das ist nur eine Zweifelsregel. Das bedeutet, sie kann abbedungen werden, eine bloß anteilige Haftung kann aber auch aus den Umständen abzuleiten sein.

Sonderfall: GbR:

§ **1203 ABGB**: "Was jemand an ein einzelnes Mitglied, und nicht an die Gesellschaft zu fordern oder zu zahlen hat, kann er auch nur an das einzelne Mitglied, und nicht an die Gesellschaft fordern oder bezahlen. Ebenso hat aber bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Anteil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Fall, welcher bei Handelsleuten vermutet wird, daß alle für einen und einer für alle etwas zugesagt oder angenommen haben." Grundsätzlich besteht also **Quotenhaftung**.

Ausnahmen (also solidarische Haftung):

- Betreibt diese GbR ein **Minderhandelsgewerbe**, dann gelten diese Gesellschafter als Kaufleute.
- Die GbR betreibt zwar kein Handelsgewerbe, aber es liegt eine **Beteiligung an einem Handelsgewerbe**, an einer Gesellschaft vor, diese Beteiligung gehört also zum Betrieb des Handelsgewerbes.
- Die GbR **schließt mit einem Handelsgewerbe ein Geschäft** ab.

OGH: Es kann aber aus den Umständen abgeleitet werden, daß die Solidarhaftung widerlegt werden kann.

4. Inhalt der Bürgenhaftung (§ 349 HGB)

Die Bürgschaft **dient der Sicherstellung einer Schuld**. Die rechtsgeschäftliche Bürgschaft entsteht durch **Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen**. Der Schuldner und Bürge dagegen sind durch kein Vertragsverhältnis gebunden.

Es gibt den Grundsatz der **Akzessorietät**, das bedeutet, daß die Bürgschaft abhängig vom Grundgeschäft ist.

Die bürgerlich rechtlichen Regeln finden sich in den § 1355ff ABGB.

- § 1355 ABGB: einfache Bürgschaft: Der Bürge kann erst dann in Anspruch genommen werden, wenn der Schuldner nicht bezahlt (nach Mahnung oder Klage).
Beachte: Keine Mahnung erforderlich ist bei Konkurs oder unbekanntem Aufenthalt des Hauptschuldners.
- § 1356 ABGB: Ausfallsbürgschaft (Schadlosbürgschaft): Es soll das Heranziehen des Bürgen auf den Fall beschränkt sein, daß der Hauptschuldner zur Zahlung unvennöge (= zahlungsunfähig) ist.
Keine Mahnung ist wiederum erforderlich bei Konkurs oder unbekanntem Aufenthalt des Hauptschuldners.
- § 1357 ABGB: Solidarbürgschaft (Bürge und Zahler): Der Bürge haftet nicht subsidiär, sondern solidarisch.

Die Solidarbürgschaft ist die Nonnalfonn im HGB.

Grund: vereinfachte Durchsetzbarkeit.

Voraussetzung ist, daß der Bürge Vollkaufmann ist (§ 351 HGB). Auch der Scheinkaufmann kraft rechtsgeschäftlichem Auftreten haftet als Bürge und Zahler!!

Beachte: Es kommt auf die Vollkaufmannseigenschaft des Bürgen an. Sie muß zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages gegeben sein. Die Bürgschaftserklärung muß im Betrieb des Handelsgewerbes abgegeben werden, das heißt, sie muß ein Handelsgeschäft sein.

§ 349 HGB ist dispositives Recht: Das bedeutet, der Bürge kann auch eine Bürgschaft gemäß §§ 1355 oder 1356 ABGB übernehmen.

Beachte: Nur der Grundsatz der Subsidiarität ist durchbrochen, nicht aber auch die anderen Prinzipien (zB Akzessorietät, dh, der Bürge kann sich nicht zu mehr verpflichten, als die Hauptschuld besteht).

15. Entgeltlichkeitsprinzip (§ 354 HGB)

Beispiele für Regelungen im ABGB:

- § 969: "Ein Lohn kann für die Aufbewahrung nur dann gefordert werden, wenn er ausdrücklich, oder nach dem Stand des Aufbewahrers stillschweigend bedungen worden ist."
- § 1152: "Ist im Verträge kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen."

Die Regelung ist umso stärker im Handelsrecht. Merksatz: "Der Kaufmann tut nichts umsonst."

§ 354 Abs. 1 HGB: "Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern." Voraussetzungen:

- Der Kaufmann muß für den anderen tätig sein, die Tätigkeit muß im Interesse des anderen liegen. Wichtig ist, daß er befugterweise für den anderen tätig ist.
- Es gibt keine Entgeltsvereinbarung.
- Der Kaufmann muß in Ausübung seines Handelsgewerbes auftreten. Es wird ein loser Zusammenhang als ausreichend angesehen.

§ 354 verlangt keine Vollkaufmannseigenschaft, es genügt auch ein Kaufmann nach § 5 HGB. Für den Scheinkaufmann kraft rechtsgeschäftlichem Auftreten gilt, daß er keine Vorteile daraus ziehen darf

Beachte: Der Geschäftspartner muß nicht Kaufmann sein.

Folge: Der Kaufmann kann ein ortsübliches Entgelt verlangen, für die Aufbewahrung hat er Anspruch auf Lagergeld, keinen Anspruch auf Entgelt hat er bei Nebenleistungen, die nach der Verkehrsanschauung bereits mit dem Entgelt abgegolten werden.

§ 354 Abs. 2 HGB: "Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen."

Abs. 2 ist auch auf die einseitigen Handelsgeschäfte anwendbar, es kommt auf den Leistungstag an. Die Zinshöhe beträgt 5 % (gemäß § 352 Abs. 2).

h. Geldschulden (Art. 8 Nr. 8 4. EVHGB)

Art. 8 Nr. 8 4. EVHGB: "Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen, so kann die Zahlung in Schillingwährung erfolgen, es sei denn, daß die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist."

Es geht um Fremdwährungsschulden. Unterscheidung:

- **unechte Fremdwährungsschuld:** Dem Gläubiger steht nur eine Forderung in Schilling zu. Die ausländische Währung dient nur der Wertsicherung, sie ist nur Rechnungsgrundlage. Sie fällt nicht unter Art. 8 Nr. 8. Maßgeblich ist der Umrechnungskurs zum Fälligkeitstag.
- **echte Fremdwährungsschuld:** Der Gläubiger hat Anspruch auf Leistung in fremder Währung; sie ist nicht nur Rechnungsgrundlage und Wertsicherung.
 - a) **effektive Fremdwährungsschuld:** Es kann die inländische Währung geleistet werden (es sei denn, daß die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist).
 - b) **nicht effektive Fremdwährungsschuld:** Fehlt eine solche Vereinbarung, gibt Art. 8 Nr. 8 dem Schuldner eine Ersetzungsbefugnis (der Gläubiger kann nur die Fremdwährung fordern, der Schuldner hat ein Wahlrecht, die Summe in Schilling oder Fremdwährung zu leisten). Der Schuldner ist in seinem Wahlrecht völlig frei. Der Gläubiger trägt das Währungsrisiko.

Anders verhält es sich, wenn der Schuldner in Verzug gerät, dann hat der Gläubiger ein Wahlrecht.

Die Umrechnung erfolgt zum Tageskurs, der an diesem Ort maßgeblich ist.

Grund: Art. 8 Nr. 8 beruht auf dem Gedanken, daß die inländische Währung dem Gläubiger angeboten werden kann und dieser sie annehmen muß (maßgeblich ist der Ort des Schuldners).

Umstritten: "Zahlung im Inland": Es gibt ein Problem, wenn Erfüllungsort und Zahlungsort auseinanderfallen. OGH: Zahlung im Inland liegt nur vor, wenn die Zahlung vom Ausland ins Inland geschickt wird.

Die herrschende Meinung stellt auf den Erfüllungsort ab.

Art. 41 Abs. 1 WechselG: Maßgeblich ist der Kurs des Verfalltages oder der Kurs des Zahlungstages.

Art. 36 Abs. 1 ScheckG: Es ist der Kurs des Vorlegungstages bzw des Zahlungstages maßgeblich.

Der Schuldner hat in beiden Fällen ein Wahlrecht.

II. Zinsen (§§ 352, 353 HGB; Art. 8 Nr. 7 4. EVHGB)

Definition: Zinsen sind jene Vergütung, die zur Überlassung von vertretbaren Sachen zu leisten ist, sie bestehen in einem Teil der vertretbaren Sache.

§ 352 bestimmt die Zinshöhe. Bei **beiderseitigen** Handelsgeschäften beträgt sie 5 % (im Vergleich dazu: bürgerliches Recht: 4 % [§ 2 ZinsenGD].

Berechnung: Zinsen = **Kapital** x Zinsfuß x Tage / 36000

Beispiel: Z = 100.000 x 5 x 30 / 36000 = 416,67

Voraussetzung: Es besteht eine Zinspflicht. Sie kann sich stützen auf

- das Gesetz: § 352 Abs. 2: "Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen von fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen."
- den Vertrag: § 352 Abs. 1 Satz 2: "Das gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne **Bestimmung** des Zinsfußes versprochen sind." Wenn also kein Zinsfuß vereinbart wurde, bedeutet das nicht immer das Fehlen einer Vereinbarung, sodaß die gesetzlichen Zinsen zur Anwendung kommen, sondern es können auch die üblichen (dh höhere !!!) Zinsen gefordert werden.

Anwendungsbereich: Diese Regelung ist nur auf beiderseitige Handelsgeschäfte anwendbar. Die Kaufmanns-eigenschaft muß bei Abschluß des Geschäftes vorliegen. Es genügt die Kaufmannseigenschaft nach § 4 (Minderkaufmann) oder § 5 (Kaufmann kraft Eintragung).

Beachte: § 352 wirkt nur zuungunsten des Kaufmannes kraft rechtsgeschäftlichem Auftreten. Weiters wird die Zugehörigkeit des Rechtsgeschäfts zum Geschäftsbetrieb gefordert.

Es erfolgt eine Anwendung des § 352 Abs. 1 Satz 2 auf § 353 HGB, weiters zB auf § 110 Abs. 2: "Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen."

§ 111 Abs. 1: „Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt [H.] hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung [...] hätte geschehen sollen [...]."

Beachte: § 57 Abs. 2 AktG: Es geht um die Verzinsung der geschuldeten Einlageleistung: "Aktionäre, die den eingeforderten Betrag **nicht** rechtzeitig einzahlen, haben ihn vom Eintritt der Fälligkeit an mit dem jeweils für beiderseitige Handelsgeschäfte geltenden Zinsfuß zu verzinsen." Es wird also auf § 352 HGB verwiesen. Die Aktionäre haben 5 % Zinsen zu leisten.

Anders jedoch § 65 Abs. 1 GmbHG: "Ein Gesellschafter, der die auf die Stammeinlage geforderten Einzahlungen nicht rechtzeitig leistet, ist unbeschadet einer weiteren Ersatzpflicht zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet." Diese betragen nur 4 %, denn es wird weder auf § 352 verwiesen, noch liegt im Verhältnis GmbH zum Gesellschafter ein beiderseitiges Handelsgeschäft vor.

Beachte: Art. 48, 49 WechselG, Art. 45, 46 ScheckG: Die Höhe des Zinsfußes beträgt 6 %.

§ 353 beinhaltet die allgemeinen Fälligkeitszinsen.

Anwendungsbereich: "Kaufleute untereinander", das bedeutet ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Die Forderungen müssen Geldforderungen sein.

Das bürgerliche Recht setzt objektiven Verzug voraus, um Zinsen verlangen zu können. Verzug liegt vor, wenn der Schuldner bei Fälligkeit nicht (ordentlich) leistet.

§ 904 ABGB: "Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden; so kann sie sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub gefordert werden."

Beachte: Es ist eine Mahnung erforderlich. Ab dem nächsten Tag ist der Schuldner in Verzug. Im HGB ist der Schuldner bereits am Tag der Fälligkeit in Verzug. Der Unterschied ist somit nur ein Tag. Manche Autoren wollen eine Angleichung an das deutsche Recht. Danach würde die Möglichkeit zur Mahnung ausreichen, um in Verzug zu geraten.

§ 353 Satz 2: Zinseszinsen können nicht gefordert werden.

§ 3 ZinsG: Es dürfen Zinseszinsen nur gefordert werden, wenn sie ausdrücklich bedungen sind. Wenn fallige Zinsen eingeklagt werden, dürfen sie vom Zeitpunkt der Fälligkeit an verzinst werden.

Art. 8 Nr. 7 4. EVHGB bestimmt, daß § 1335 ABGB bei Handelsgeschäften nicht anzuwenden ist.

Anwendungsbereich: auch für einseitige Handelsgeschäfte und auch zu Lasten der Nicht-Kaufleute. Weiters ist er auf gesetzliche und vertragliche Zinsen anzuwenden.

§ 1335: „Hat der Gläubiger ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen lassen; so erlischt das Recht, vom Kapital weitere Zinsen zu fordern. Vom Tag der erhobenen Klage können jedoch neuerdings Zinsen verlangt werden." = Verbot des ultra alterum tantum: Die Zinsen wachsen nur soweit an, als sie die Höhe des Kapitals erreichen.