Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch

Herausgegeben von

Dr. Ingo Drescher
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe
Honorarprofessor an der Universität Tübingen

Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan), Dipl.-Kfm.
Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
Affiliate Professor der Bucerius Law School, Hamburg

Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt
em. Professor an der Universität Bonn
Professor der Bucerius Law School, Hamburg

Band 1
§§ 1–104a

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

b) Eingetragene Handelspersonengesellschaften? aa) OHG und KG? Umstritten ist, ob auch Handelspersonengesellschaften, nämlich OHG und KG, Formkaufleute sind. Eine prominente Literaturstimme vertritt seit Einführung des § 105 Abs. 2 aF (= § 107 Abs. 1 S. 1 nF) durch das HRefG von 1998 die Ansicht, dass jede als OHG oder KG eingetragene Gesellschaft Handelsgesellschaft iSv Abs. 1 und damit Kaufmann kraft Rechtsform sei.[61] Demgegenüber hält die **hM** daran fest, dass **OHG und KG keine körperschaftlich strukturierten Verbände** und auch **keine Formkaufleute** sind.[62] Die Frage ist im Ergebnis von geringer Bedeutung, weil die hM auf § 5 ausweichen kann. **24**

Stellungnahme: Der hM ist im **Grundsatz** zu folgen. OHG und KG sind Kaufleute kraft Betreibens eines Handelsgewerbes, nicht schon kraft Rechtsform. Bei Mischunternehmungen muss im Gesamtbild schwerpunktmäßig ein Handelsgewerbe betrieben werden.[63] Eine **Ausnahme** ist aber – ähnlich wie für die EWIV (→ Rn. 22) – für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Personengesellschaften gem. § **107 Abs. 1 S. 1** angezeigt.[64] Gleiches gilt nach Inkrafttreten des MoPeG für freiberufliche Personengesellschaften gem. § **107 Abs. 1 S. 2.**[65] Alle drei werden mit Eintragung zu Formkaufleuten.[66] **25**

bb) GmbH & Co. KG? Die Kapitalgesellschaft (oder Auslandsgesellschaft) & Co. KG[67] ist als Kommanditgesellschaft eine Personenhandelsgesellschaft und deshalb kein „Verein" iSd Abs. 2; sie ist nach hergebrachter Auffassung auch nach ihrer Eintragung keine Handelsgesellschaft kraft Rechtsform (Formkaufmann).[68] Entscheidend ist nicht, dass die Komplementär-GmbH selbst als (haftender) Gesellschafter Formkaufmann ist (→ Rn. 4),[69] es geht vielmehr um die Kaufmannseigenschaft der KG.[70] Nach zutreffender hM (→ Rn. 24 f.) **fehlt der KG** und damit auch der GmbH & Co. KG **grundsätzlich die Formkaufmannseigenschaft.**[71] **26**

IV. Anwendung kaufmännischer Vorschriften

Das Handelsrecht des HGB findet Anwendung, dh das **gesamte Handelsrecht** einschließlich des Rechts der Handelsgeschäfte, also nicht etwa nur die §§ 1–5.[72] Alle von einer **27**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

61 K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 20; zuerst Karsten Schmidt DB 1998, 61; Karsten Schmidt NJW 1998, 2161 (2165 f.); Karsten Schmidt ZHR 163 (1999), 87 (89 f.); ausf. Karsten Schmidt FS Kreutz, 2009, 837 ff.

62 OLG Dresden StB 2003, 14; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 15; Siems, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003, S. 125 f.; Heymann/Förster Rn. 10; Hopt/Merkt Rn. 7; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 9; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk Rn. 6; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 3; Canaris HandelsR § 3 Rn. 46; Staub/Oetker Rn. 25.

63 BGH NZG 2014, 1179 Rn. 8; BGH NJW 2011, 3036 Rn. 4; BayObLG NZG 2002, 718.

64 Wie hier Canaris HandelsR § 3 Rn. 46; Deutschmann NZG 2023, 1635 (1639); Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszcyk Rn. 6; NK-HGB/Schall/Keßler Rn. 2; Oetker/Körber Rn. 21; Staub/Oetker Rn. 21; wohl auch BeckOK HGB/Schwartze Rn. 15.

65 BeckOGK/Schmidt Rn. 24; NK-HGB/Schall/Keßler Rn. 2; Oetker/Körber Rn. 21.

66 IErg ebenso, aber mit terminologischer Kritik NK-HGB/Schall/Keßler Rn. 2 mit Fn. 9: „Um Formkaufleute iSd Abs. 2 dürfte es sich dabei nicht handeln, da die Fiktion der Eigenschaft als ‚Handelsgesellschaft' nicht pauschal an die Rechtsform angeknüpft wird, sondern von der Wahrnehmung der Eintragungsoption abhängt."; s. auch Siems, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003, S. 126, wonach nur das Betreiben eines Handelsgeschäfts fingiert wird.

67 Zu anderen Formen der „Kapitalgesellschaft & Co." (AG & Co., Stiftung & Co.) K. Schmidt GesR § 56 I 1.

68 Oetker/Körber Rn. 5; Staub/Oetker Rn. 26; Karsten Schmidt JuS 1985, 416 (417); aA Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1 ff. für Kapitalgesellschaft; Veismann BB 1970, 1159; Schulze-Osterloh NJW 1983, 1281 (1284 ff.); dagegen Karsten Schmidt GmbHR 1984, 272 (275 ff.).

69 BayObLGZ 1984, 273.

70 K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 16.

71 Vgl. Hopt/Merkt Rn. 7; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 3; Heymann/Förster Rn. 10; Oetker/Körber Rn. 5; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 10; aA Voraufl. Rn. 18.

72 BAGE 3, 321 (324) mwN; BeckOGK/Schmidt Rn. 27; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 21; Heymann/Förster Rn. 7; Hopt/Merkt Rn. 4; Oetker/Körber Rn. 16.

Handelsgesellschaft (einschließlich der Formkaufleute) im Außenverhältnis vorgenommenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte iSd §§ 343 ff. (→ Rn. 30).

28 **1. Erstes Buch.** Anwendbar sind alle Bestimmungen des Ersten Buchs, ergänzt durch rechtsformspezifische Spezialvorschriften (zB über Firmen und Geschäftsbriefe).[73] Auch wenn eine eingetragene Handelsgesellschaft oder Genossenschaft kein Handelsgewerbe iSd §§ 1–3 betreibt, sind daher Arbeitnehmer der Gesellschaft, die zur Leistung qualifizierter Dienste gegen Entgelt angestellt sind, trotzdem Handlungsgehilfen im Rechtssinne, obwohl § 59 von der Anstellung „in einem Handelsgewerbe" ausgeht.[74] Sie kann daher auch ohne Einschränkung Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte bestellen. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit einem Handlungsgehilfen ist nur wirksam, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 74 ff. erfüllt sind.[75]

29 **2. Drittes Buch.** Das Bilanzrecht der Handelsgesellschaften ist von deren Zweck und Tätigkeit unabhängig, dies allerdings unbeschadet der bilanzrechtlichen Unterschiede zwischen den Größenklassen (vgl. § 267).[76]

30 **3. Viertes Buch.** Alle von einer Handelsgesellschaft (einschließlich der Formkaufleute) im Außenverhältnis vorgenommenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte iSd §§ 343 ff.,[77] ohne dass es auf die Vermutung des § 344 für ein Handelsgeschäft ankommt.[78] Die **Handelsgesellschaft kennt kein „Privatleben".**[79]

31 **4. Vorschriften außerhalb des HGB.** Soweit Gesetze auf die Unternehmerqualität nach § 14 BGB abstellen, genügt hierfür das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft nicht ohne Weiteres (→ Vor § 1 Rn. 17). **Jeweils für die Einzelnorm zu entscheiden** ist nach **noch hL,** ob die Grundsätze des § 6 auch dann gelten, wenn eine Norm außerhalb des HGB auf die Kaufmannseigenschaft beziehungsweise auf den Gewerbebetrieb abstellt (zB § 38 ZPO, 7 HPflG).[80] Demgegenüber befürwortet eine **vordringende Gegenansicht** unter Berufung auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung, Handelsgesellschaften iSd § 6 Abs. 1 auch außerhalb des HGB Kaufleuten grundsätzlich gleichzustellen.[81]

32 Der BGH hatte für eine GmbH, die kein Gewerbe betrieb (Olympia-GmbH), in Bezug auf die vierjährige Verjährung des § 196 Abs. 2 BGB aF entschieden,[82] das in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF erwähnte Merkmal des „Gewerbebetriebes" werde gesetzlich fingiert (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 HGB) und die GmbH müsse als Folge dieser Fiktion in Kauf nehmen, dass die gegen sie gerichteten Ansprüche den Ansprüchen gleichgestellt werden, die gegenüber einem Vollkaufmann bestehen, der tatsächlich ein Handelsgewerbe betreibt.[83] Ein OLG hat kürzlich die Prorogationsfähigkeit von Handelsgesellschaften nach § 38 Abs. 1 ZPO bejaht.[84]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

73 BeckOGK/Schmidt Rn. 27; für Einzelbeispiele BAG NJW 2019, 1242; KG BeckRS 2024, 17014 Rn. 7; OLG Düsseldorf NZG 2020, 835 Rn. 15; OLG Hamm NZG 2017, 747 Rn. 3.

74 BAGE 3, 321; 10, 76 (81); 18, 104 (108); Oetker/Körber Rn. 16.

75 BAGE 18, 104 (109).

76 KG NZI 2016, 546; BeckOGK/Schmidt Rn. 27.

77 Heymann/Förster Rn. 7; Staub/Oetker Rn. 21; Hopt/Merkt Rn. 4; K. Schmidt HandelsR § 18 Rn. 15 ff.

78 Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 21; Heymann/Förster Rn. 7; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 8; Staub/Oetker Rn. 21; Karsten Schmidt JuS 2017, 809 (811).

79 BeckOGK/Schmidt Rn. 30; Oetker/Körber Rn. 16.

80 Heymann/Förster Rn. 8; Hopt/Merkt Rn. 5; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 8.

81 BeckOGK/Schmidt Rn. 29; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 11; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 23; Oetker/Körber Rn. 17; tendenziell auch Staub/Oetker Rn. 22.

82 BGHZ 66, 48 (50) mwN = NJW 1976, 514; iErg ebenso BGHZ 49, 258 (263) = NJW 1968, 639.

83 → 1. Aufl. 1996, Rn. 10 (Bokelmann) mit Hinweis auf K. Schmidt HandelsR, 4. Aufl. 1994, § 10 II 2a.

84 OLG Brandenburg BeckRS 2021, 5601.

Seit außerhalb des HGB die Gegenüberstellung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten weitgehend dem Gegensatz von Unternehmer (§ 14 BGB) und Verbraucher (§ 13 BGB) gewichen ist, tritt die Bedeutung dieser Frage zurück.[85] **33**

§ 7 [Kaufmannseigenschaft und öffentliches Recht]

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

Schrifttum: Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024; Krafka, Einführung in das Registerrecht, 2. Aufl. 2008; Leitzen, Öffentlich-rechtliche Genehmigungen in GmbH-Registerverfahren nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 480; Winkler, Das Verhältnis zwischen Handwerksrolle und Handelsregister – Gedanken zum Beschluss des BGH vom 9.11.1987, ZGR 1989, 107.

I. Bedeutung der Vorschrift

1. Unabhängigkeit des Handelsrechts vom öffentlichen Recht. Im Regelfall ist die Anwendung der Kaufmannsvorschriften des HGB unabhängig von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Gewerbetätigkeit. Solche Verbote und Einschränkungen stehen der Kaufmannseigenschaft somit nicht entgegen. Daher hat bei der Eintragung eines Gewerbebetriebes diesbezüglich das **Registergericht keine** entsprechende **Prüfungskompetenz.**[1] Ob etwa Vorschriften der GewO, der HwO, des ApoG, des BImschG, des GastG, des VAG und des WaffG erfüllt sind, ist für das Registergericht daher irrelevant[2] (zu Ausnahmen → Rn. 4 ff.) und allein von den **Sicherheitsbehörden** im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu kontrollieren. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des HGB in möglichst großem Umfang sollen im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit durch einen formalisierten Kaufmannsbegriff gewährleistet werden.[3] Insoweit schließt § 7 an die vorhergehenden §§ 5 und 6 an.[4] Eine **Ausnahme** hiervon bilden nur die gesetzlichen Vorschriften, die abweichend von § 7 ausdrücklich einen entsprechenden Vorrang des öffentlichen Rechts anordnen, wie zum Beispiel bei Kreditinstituten nach § 43 Abs. 1 KWG oder bei der angeordneten Prüfung der Inhabilitätsvorschriften der Organe von Kapitalgesellschaften (zB § 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AktG). **1**

2. Verbotsgesetze (§ 134 BGB). Hiervon zu trennen ist die Frage, ob der Abschluss eines Geschäfts, das gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen verstößt, zu dessen Nichtigkeit führt. Insoweit ist nicht § 7 HGB, sondern die allgemeine auf Rechtsgeschäfte bezogene Vorschrift des **§ 134 BGB** einschlägig. Aus dem Sinn der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Norm folgt, ob es sich um ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB handelt. Bei der entsprechenden Einordnung spielt § 7 somit keine Rolle.[5] Unabhängig davon, ob dies der Fall ist, bleibt es daher bei der vorliegenden Kaufmannseigenschaft. Zudem ist an die Funktion des Handelsregisters als ein der „Öffentlichkeit zugängliches Verzeichnis der tatsächlich betriebenen **2**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

85 Ebenso Heymann/Förster Rn. 8; Oetker/Körber Rn. 17; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 11.

1 OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74; K. Schmidt HandelsR § 9 Rn. 35; Oetker/Körber Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 2; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 4; Heymann/Förster Rn. 6.

2 BGH NZG 2017, 1226; OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74; OLG Celle BB 1972, 145; KG NJW 1958, 1827; OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363; Canaris HandelsR § 2 Rn. 13; Oetker/Körber Rn. 4; Hopt/Merkt Rn. 3; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk Rn. 2.

3 BGH NZG 2017, 1226; OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74; OLGZ 1983, 416; BayObLGZ 1978, 44; Oetker/Körber Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 1; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 1; Heymann/Förster Rn. 1.

4 OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363 (364); Oetker/Körber Rn. 1.

5 Ebenso Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 7.

kaufmännischen Unternehmungen“[6] zu erinnern. Über die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Erfordernisse gibt das Register somit im Umfang von § 7 keine Auskunft (→ Rn. 3).[7] Die Frage der Kaufmannseigenschaft beantwortet sich nach den §§ 1–6 und hat nichts damit zu tun, ob von dem betroffenen Rechtsträger getätigte Geschäfte wirksam sind. Es gibt keinen Grund, hiervon dann eine Ausnahme zu machen, wenn das gesamte Gewerbe gesetzes- oder sittenwidrig ist, wie etwa bei Tätigkeiten im Rahmen des Handels mit Betäubungsmitteln oder bei systematischen Steuer- oder Zollverstößen.[8] Für dahin gehende Überwachungstätigkeiten ist das Registergericht funktional ungeeignet. Allein die dafür zuständigen Polizei- und Sicherheitsbehörden sind hierfür verantwortlich.

3 **3. Registerverfahren.** Für das Handelsregister (§§ 8 ff.) lässt sich aus § 7 die allgemeine Wertung entnehmen, dass entsprechende Eintragungsverfahren **von sonstigen öffentlich-rechtlichen Maßgaben unabhängig** sind. Damit ist klargestellt, dass es nicht zu den Aufgaben des Registergerichts gehört, zu prüfen, ob eingetragene oder einzutragende Rechtsträger die für sie einschlägigen verwaltungsrechtlichen Vorgaben erfüllen, wenn nicht kraft Gesetzes ein entsprechender Prüfungsauftrag besteht.[9] Insoweit ist die Prüfungskompetenz des Registergerichts beschränkt.[10] Somit bedarf es weder für eine Ersteintragung (→ Rn. 4 ff.), noch für spätere Eintragungen[11] – wie zum Beispiel einer Sitzverlegung,[12] der Erteilung einer Prokura durch einen Apotheker entgegen § 7 ApoG[13] oder der Übergabe einer Apotheke[14] – der Vorlage gewerberechtlicher Nachweise, wie etwa der öffentlich-rechtlichen Anmeldung des Gewerbes oder erforderlicher staatlicher Genehmigungen. Auch kommt bei einem bestandskräftigen gewerberechtlichen Verbot der konkret ausgeübten Tätigkeit eine Amtslöschung nach §§ 393, 395 FamFG nicht in Betracht.[15] Ebenso ist die Einhaltung ausländerrechtlicher Vorschriften bei der Bestellung von organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften bei deren Eintragung vom Registergericht nicht zu kontrollieren.[16]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Einzelheiten

4 **1. AG, KGaA, GmbH, eG.** Auch für die Errichtung einer AG, KGaA, GmbH oder eG ist es zur Eintragung in das Handels- oder Genossenschaftsregister nicht erforderlich, das Vorliegen einschlägiger staatlicher Genehmigungen nachzuweisen.[17] Das Registergericht übt insoweit keine ordnungsbehördlichen Kontrollaufgaben aus. Ausnahmsweise ist das Erfordernis einer Vorlage von Nachweisen im Rahmen der **Prüfung nach § 18 Abs. 2** nur dann denkbar, wenn die Verwendung eines bestimmten Firmenbestandteils von einer entsprechenden staatlichen Genehmigung abhängt.[18] Im Übrigen führt aber das Fehlen einer für die Ausübung des angegebenen Unternehmensgegenstands nötigen Genehmigung

6 OLG Celle BB 1972, 145; OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363; KG NJW 1958, 1827 (1828); OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1983, 25 (27).
7 Staub/Oetker Rn. 11 ff.; vgl. Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 1.
8 AA Hopt/Merkt Rn. 2; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 4.
9 OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74; Krafka Einführung RegisterR Rn. 48; BeckOGK/Schmidt Rn. 9; Oetker/Körber Rn. 4; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 5; Heymann/Förster Rn. 7; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk Rn. 2.
10 OLG Frankfurt a. M. NZG 2019, 346 (347).
11 BGH NZG 2017, 1226; LG Augsburg NZG 2009, 195.
12 Vgl. LG Augsburg NZG 2009, 195.
13 BGH NZG 2017, 1226.
14 Vgl. Gutachten des Deutschen Notarinstituts DNotIR 2011, 177.
15 OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74.
16 OLG Zweibrücken FGPrax 2010, 319; OLG München FGPrax 2010, 88; OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 178; Krafka RegisterR Rn. 958 mwN.
17 Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 → 2. Aufl. 2005 § 7 Rn. 4; wie hier BeckOGK/Schmidt Rn. 11; aA Oetker/Körber Rn. 10; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 5; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 8 in Bezug auf eG unter Bezugnahme auf § 11a Abs. 2 GenG.
18 Vgl. Leitzen GmbHR 2009, 480 (482); Hopt/Merkt Rn. 5.

mangels damit verbundener Verbotswirkung nach § 134 BGB nicht unmittelbar zur Nichtigkeit der entsprechenden Satzungsbestimmung, sodass die Eröffnung eines Löschungsverfahren von Amts wegen nach § 397 FamFG nicht allein aus diesem Grund in Betracht kommt; vielmehr kann sich erst aufgrund weiterer gewerberechtlicher Maßnahmen nach der damit ggf. verbundenen Einstellung des Gewerbebetriebs ein Verfahren nach § 31 Abs. 2 S. 2 iVm § 393 FamFG anschließen.

Anders ist die Rechtslage nur dann, wenn das Handels- oder Gesellschaftsrechts **unmittelbar an verwaltungsrechtliche Vorschriften anknüpft.** Dies ist insbesondere bei der Fähigkeit, eine Organstellung einer GmbH oder AG ausfüllen zu können, der Fall (§ 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AktG). Darf die betroffene Person ein Gewerbe oder einen Gewerbezweig nicht ausüben, der mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft übereinstimmt, so kann er nicht deren Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied sein. Dies hat zur Folge, dass er – wenn ein solcher Umstand später eintritt – sein Amt mit diesem Ereignis verliert und von Amts wegen gem. § 395 FamFG aus dem Handelsregister zu löschen ist.[19] 5

2. Juristische Personen des § 33. Die Grundsätze der → Rn. 3 finden ferner für **juristische Personen nach § 33** (zum Anwendungsbereich von § 33 → § 33 Rn. 2 ff.) Anwendung, sodass vom Registergericht keine Prüfung der öffentlich-rechtlichen Erfordernisse vorzunehmen ist. Dies gilt auch für etwaige kommunalrechtliche Genehmigungen, die landesrechtlich vorgeschrieben sind.[20] 6

3. Einzelkaufmann, Personenhandelsgesellschaft einschließlich GmbH & Co. KG. Nach der **früheren Rspr.** und einem Teil der Lehre zufolge darf bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften ausnahmsweise dann keine Registereintragung erfolgen, wenn unzweifelhaft ohne weitere Ermittlungen feststeht, dass der Kaufmann bzw. die Gesellschaft zufolge nicht behebbarer Hindernisse im öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren faktisch keine gewerbliche Tätigkeit ausüben kann[21] und die Unzulässigkeit des Gewerbebetriebes nicht behebbar ist.[22] Das soll etwa dann der Fall sein, wenn die zuständige Behörde jegliche gewerbliche Tätigkeit bestandskräftig untersagt hat.[23] Das Registergericht muss nach dieser Auffassung die Eintragung des betroffenen Rechtsträger unterlassen, da die Gesellschaft nicht Bestand haben kann, sie nach ihrer Eintragung also sofort wieder zu löschen wäre, sodass insoweit die registerführende Stelle zur Prüfung berechtigt und verpflichtet ist.[24] Die überwiegende Lit. und nunmehr ausdrücklich auch der **BGH**[25] **lehnen diese Auffassung zu Recht ab,** da kein Grund besteht, die gem. § 7 vorgegebene gesetzliche Konzeption einer grundsätzlich strikten Trennung zwischen öffentlichem und privatem Wirtschaftsrecht partiell zu unterlaufen.[26] Es gibt mithin keine ungeschriebene Ausnahme von § 7 für den Fall des Vorliegens „unzweifelhafter" öffentlich-rechtlicher Hindernisse.[27] 7

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger. Ähnlich wie in → Rn. 7 beschrieben, stellt sich bei der Eintragung **inländischer Zweigniederlassungen** ausländischer Rechtsträger im deutschen Handelsregister nach §§ 13d ff. die Frage, ob ein gewerberechtliches Verbot gegen den einzigen inländischen Repräsentanten des Unternehmens zur 8

19 BGH FGPrax 2021, 112; ohne Behandlung des Problems in der Sache ebenso OLG Zweibrücken FGPrax 2001, 125; KG FGPrax 1999, 156; aA OLG München FGPrax 2010, 145 (Anwendung von § 398 FamFG).

20 BeckOGK/Schmidt Rn. 14; aA Leitzen GmbHR 2009, 480 (482).

21 BayObLGZ 1982, 153 (158).

22 OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1983, 25 (28); K. Schmidt HandelsR § 9 Rn. 35; Hopt/Merkt Rn. 2.

23 Anders OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1983, 416 (418); Winkler ZGR 1989, 107 (123).

24 Zur Prüfungskompetenz K. Schmidt HandelsR § 9 Rn. 35; Oetker/Körber Rn. 4.

25 BGH NZG 2017, 1226 (1228); dem folgend nun OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2019, 74.

26 Vgl. BeckOGK/Schmidt Rn. 21; Staub/Oetker Rn. 13 f.; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 7; Oetker/Körber Rn. 11; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 3; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Stelmaszczyk Rn. 2; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 4; Krafka Einführung RegisterR Rn. 49.

27 BGH NZG 2017, 1226 (1228).

Folge hat, dass die Zweigniederlassung nicht eingetragen werden darf. Hierzu vertritt der **BGH** die Auffassung, „dass es nicht rechtens sein könne, dass eine im Inland vom Geschäftsführeramt ausgeschlossene Person über eine Zweigniederlassung einer (Schein-)Auslandsgesellschaft ihre Geschäfte im Inland weiter betreibt".[28] Diese Auffassung – der die Lit. zum Teil unkritisch folgt[29] – überdehnt den Aufgabenbereich des Registergerichts und missversteht die Funktionsweise des Handelsregisters, indem es im Wege eines unmittelbaren Durchgriffs ordnungsbehördlichen Maßnahmen unter Außerachtlassung des § 7 unmittelbaren Einfluss auf die handelsrechtliche Lage beimisst. Gleichwohl war sie das Vorbild der Ende 2008 eingefügten und erst 2021 auf ein europarechtlich tragfähiges Maß eingeschränkten Bestimmungen des § 13e Abs. 3 S. 2 (→ § 13e Rn. 11 ff.).

9 **5. Privatrechtliche Beschränkungen.** Es ist nicht die Aufgabe des Registergerichts, die Einhaltung privatrechtlicher Beschränkungen zu überprüfen (zB gesetzliche oder vertragliche Wettbewerbsverbote). Dies obliegt vielmehr den jeweiligen Beteiligten.[30]

III. Rechtslage in Österreich

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

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[28] BGHZ 172, 200 Rn. 11 = NJW 2007, 2328.
[29] Vgl. Oetker/Körber Rn. 8.
[30] S. KG JW 1936, 941 (943); Staub/Oetker Rn. 17; Ebenroth/Boujong/Kindler Rn. 4; Oetker/Körber Rn. 5; BeckOK HGB/Schwartze Rn. 2; Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Ries Rn. 6; Heymann/Förster Rn. 8.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister; Unternehmensregister

§ 8 Handelsregister

(1) Das Handelsregister wird von den Gerichten elektronisch geführt.

(2) Andere Datensammlungen dürfen nicht unter Verwendung oder Beifügung der Bezeichnung „Handelsregister" in den Verkehr gebracht werden.

Schrifttum: Bärwaldt, Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens, Rpfleger 1990, 102; Baums, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981; Bokelmann, Der Einblick in das Handelsregister, DStR 1991, 945; Bühler, Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 1983, 588; Fleischhauer/Wochner, Handelsregisterrecht, 4. Aufl. 2019; Hauschild, § 181 BGB im Gesellschaftsrecht – eine heilige Kuh auf verlorenem Posten?, ZIP 2014, 954; Knechtel/Reichelt/Zib, Europäisches Handelsregister – Gesellschaftsrechtliche Perspektiven, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, Handelsregister in Europa, 2000; Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024; Krafka, Einführung in das Registerrecht, 2. Aufl. 2008; Krafka, Zwischenruf zur Zwischenverfügung in Registersachen, NZG 2019, 9; Krafka/Heinemann, Die Prüfung auf Eintragungsfähigkeit durch den Notar für das Registergericht und das Grundbuchamt, Rpfleger 2017, 661; Kramm, Handelsregisterrecht, 1998; Leitzen, Das registergerichtliche Recht zur Prüfung von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen, Rpfleger 2010, 245; Lindemeier, Die Eintragung des Nießbrauchs am Kommanditanteil im Handelsregister, RNotZ 2001, 155; Lutter, Die Eintragung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse im Handelsregister, NJW 1969, 1873; Menold, Das materielle Prüfungsrecht des Handelsregisterrichters, Diss. Tübingen 1966; Merkt, Unternehmenspublizität, 2001; Müther, Zur Nichtigkeit führende Fehler bei der Einberufung der GmbH-Gesellschafterversammlung, GmbHR 2000, 966; Müther, Das Handelsregister in der Praxis, 2. Aufl. 2007; Nedden-Boeger, Das neue Registerrecht, FGPrax 2007, 1; Nedden-Boeger, Die Ungereimtheiten der FGG-Reform – eine kritische Bestandsaufnahme aus registerrechtlicher Sicht, FGPrax 2009, 144; Nedden-Boeger, Die Anwendung des Allgemeinen Teils des FamFG in Registersachen und in unternehmensrechtlichen Verfahren, FGPrax 2010, 1; Noack, Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister, 2007; Reithmann, Die Aufgaben öffentlicher Register, DNotZ 1979, 67; Karsten Schmidt, Handelsregisterpublizität und Kommanditistenhaftung, ZIP 2002, 413; Schroeder/Oppermann, Die Eintragungsfähigkeit der Generalvollmacht im Handelsregister, JZ 2007, 176; Simon, Die nur teilweise Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot und das Handelsregister, GmbHR 1999, 588; Terbrack, Kommanditistenwechsel und Sonderrechtsnachfolgevermerk, Rpfleger 2003, 105; Ulmer, Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, NJW 1990, 73; Vossius, Gesellschaftsrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZGR 2009, 366; Willer/Krafka, Die elektronische Einreichung von Handelsregisteranmeldungen aus Sicht der Registerpraxis, DNotZ 2006, 885; Willer/Krafka, Anregungen zu einer international zeitgemäßen Anwendung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht, NZG 2006, 495.

Übersicht

		Rn.
I.	**Ursprung und Entwicklung des Handelsregisters**	1
1.	Ursprung des Handelsregisters	1
2.	Reformen und europarechtliche Einflüsse	3
II.	**Funktionen des Handelsregisters**	7
1.	Information und Publizität	7
	a) Publizitätsfunktion	7
	b) Informationsfunktion	10
	c) Verkehrsschutz	11
	d) Abstrakte Vergleichbarkeit des Registerinhalts	12
2.	Kontrollfunktion	14
	a) Überblick	14
	b) Kontrolle im Hinblick auf die Publizität der Eintragung	15
	c) Kontrolle als Selbstzweck des Registerverfahrens	18
III.	**Das Registergericht und das Handelsregister**	22
1.	Sachliche Zuständigkeit	22
	a) Zuständigkeit der Amtsgerichte	22
	b) Unternehmensregister	24
	c) Transparenzregister	25
	d) Private Informationsdienste	26
2.	Örtliche Zuständigkeit	27
3.	Funktionelle Zuständigkeit	29
4.	Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten Dritter	31
5.	Handelsregister	33
	a) Rechtsgrundlagen	33
	b) Abteilungen des Handelsregisters	34
6.	Weitere Rechtsträgerregister	35
IV.	**Eintragungsfähige Tatsachen**	36
1.	Überblick	36
	a) Eintragung von Tatsachen und Rechtsverhältnissen	36
	b) Offenlegung wesentlicher Daten	37
	c) Registerrechtliche Terminologie	38

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

		Rn.
2.	Eintragungspflichtige Tatsachen	39
3.	Die nur eintragungsfähigen Tatsachen	40
4.	Eintragungsfähigkeit von Tatsachen ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung	41
	a) Überblick	41
	b) Stellungnahme	42
	c) Eintragungsfähigkeit und Anmeldepflicht	43
5.	Beispiele für eintragungsfähige Tatsachen ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung	49
	a) Gesetzlich nicht genannte Titel und Berufsbezeichnungen	49
	b) Nachträgliche Veränderung von im Handelsregister eingetragenen Personalien	50
	c) Gestattung des Selbstkontrahierens	52
	d) Eintragung der Prokura mit „Immobiliarklausel“	62
	e) Vor-GmbH & Co. KG	63
	f) Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG	64
	g) Sonstige anmelde- und eintragungspflichtige Tatsachen	65
6.	Nicht eintragungsfähige Tatsachen	67
V.	**Prüfung durch das Registergericht**	71
1.	Prüfung der formellen Voraussetzungen	71
2.	Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in materieller Hinsicht	73
	a) Allgemeines	73
	b) Gegenstand der Prüfung	74
	c) Umfang der Prüfung	76
	d) Grenzen der registergerichtlichen Prüfung	80
3.	Gründungsprüfung bei Kapitalgesellschaften	86
4.	Prüfung von Hauptversammlungsbeschlüssen	87
5.	Prüfung von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung	90
VI.	**Entscheidungen des Registergerichts und ihre Anfechtung**	92
1.	Entscheidungsmöglichkeiten	92
2.	Bestandsschutz für Eintragungen	93
3.	Rechtsmittelfähige Entscheidungen	94
4.	Statthaftes Rechtsmittel	95
VII.	**Schutz für die Bezeichnung „Handelsregister“**	96
1.	Anlass der Schutzbestimmung	96
2.	Auswirkungen	98
	a) Geschützte Bezeichnung	98
	b) Untersagte Handlungen	99
	c) Durchsetzung des Verbots	100
3.	Kein besonderer Schutz für die Bezeichnung „Unternehmensregister“	101
VIII.	**Rechtslage in Österreich**	102

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Ursprung und Entwicklung des Handelsregisters

1 **1. Ursprung des Handelsregisters.** Das Handelsregister ist eine traditionsreiche Einrichtung. Die **mittelalterlichen Gilderollen** dienten vorwiegend internen Zwecken, indem die jeweilige Zugehörigkeit zur Gilde in ihnen festgehalten wurde.[1] Amtliche, dem Handelsregister entsprechende öffentliche Register, die auch den Schutz des Publikums bezweckten, sind dagegen in Deutschland erst seit dem 18. Jahrhundert nachzuweisen, also nachdem die Übertragbarkeit der Firma anerkannt war und Firmen nicht selten unvollständig oder unwahr geführt wurden.[2] Es entstanden Gesellschaftsregister, Vollmachtsregister und, vereinzelt in Süddeutschland und der Schweiz, vollständige Firmenbücher, aus denen sich auch die Firma des Einzelkaufmanns ergab.[3] Nicht die Gilderollen, mögen sich ihnen auch erste Ansätze entnehmen lassen,[4] sondern die **Gesellschafts- und Vollmachtsregister,** Firmen- und Prokurenbücher und die Verzeichnisse wechselfähiger Personen waren Wegbereiter des Handelsregisters in Deutschland.[5]

2 Das **ADHGB** von 1861, seit 1871 als Reichsgesetz, enthielt in Art. 12–14 ADHGB erstmals allgemeine Vorschriften über das Handelsregister. Bei jedem Handelsgericht war ein öffentliches Handelsregister zu führen (Art. 12 ADHGB). Nach Art. 13 ADHGB waren

1 Ehrenberg HandelsR-HdB I/Rehme S. 157; v. Gierke/Sandrock HandelsR I § 11 I; Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 35 ff.; Kramm, Handelsregisterrecht, 1998, S. 20 ff.; Bokelmann DStR 1991, 945.

2 Ehrenberg HandelsR-HdB I/Rehme S. 214 mit älterer Literaturangabe; Rintelen ZHR-Beil. 75 (1914), 104 f.

3 Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl. 1928, Kap. 17 II.

4 Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 44 ff.; Hopt/Merkt Rn. 1.

5 Rintelen ZHR-Beil. 75 (1914), 104 (111); Staub/Koch Rn. 4.