

## Fall 2

### Albert Breit, Norbert Dünn und Herr Abend

Die Rechtsstudenten Albert Breit (B) und Norbert Dünn (D) haben die Nase voll von Jura, möchten sich selbst verwirklichen und beschließen, ihr Geld mit Möbeln zu verdienen. Konkret möchten sie gebrauchtes Mobiliar ankaufen und (mit Standort in Köln) später gewinnbringend weiterverkaufen; das Ganze soll in Form einer offenen Handelsgesellschaft geschehen. B und D suchen indes noch einen Namen für das Unternehmen: Da sie sich einig sind, dass auf jeden Fall die jeweiligen Initialen ihrer Namen Bestandteil des Firmennamens sein sollen, einigen sie sich schließlich auf »ABND, An- und Verkauf oHG«. Was B und D nicht wissen: Im Handelsregister ist bereits ein Herr *Abend* unter »ABEND An- und Verkauf e. Kfm.« eingetragen. Herr *Abend* betreibt in der Kölner Innenstadt einen Second-Hand-Shop für Bücher.

**Frage:** Wird der Rechtspfleger beim Amtsgericht Köln die von B und D beantragte Eintragung ihrer oHG vornehmen?

**Schwerpunkte:** Begriff und Bedeutung der Firma; die unterschiedlichen Arten der Firma; die Firmengrundsätze: Unterscheidbarkeit, Firmenwahrheit, Firmenbeständigkeit, Firmeneinheit, Firmenöffentlichkeit.

### Lösungsweg

**Obersatz:** Der Rechtspfleger des zuständigen Registergerichts wird die Eintragung der Firma gemäß den §§ 29, 105 HGB vornehmen, wenn die Prinzipien der Firmenbildung nach den §§ 18 ff. HGB beachtet sind.

**Einstieg:** Um den Fall vernünftig in den Griff zu bekommen, müssen wir uns zunächst noch mal klarmachen, was sich hinter dem Begriff »Firma« verbirgt. Wir haben im ersten Fall ja schon mal kurz drüber gesprochen und einen ersten Blick auf die die Firma betreffenden §§ 17 ff. HGB geworfen. Ausgangsnorm ist auch in diesem Fall hier wieder der § 17 Abs. 1 HGB, in dem es heißt:

»Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.«

Die Firma ist somit der Geschäftsname des Unternehmensträgers, also der Name des Einzelkaufmanns oder der Gesellschaft (*Brox/Henssler* Rz. 104 ff.; *K. Schmidt* § 12 Rz. 7). Diese Erkenntnis bedarf in der Klausur zwar keiner Erläuterung, ist aber wichtig, um den richtigen Einstieg in die Lösung zu finden. Denn unser Sachverhalt oben zeigt, dass im vorliegenden Fall Probleme bezüglich des Namens »ABND An- und Verkauf oHG«, also eben **firmenrechtliche** Probleme erörtert werden sollen.

**Noch was:** Mit dem eben Gesagten setzen wir übrigens stillschweigend voraus, dass das HGB auch tatsächlich Anwendung findet. Und das ist auch richtig so, denn eine Firma kann (siehe insoweit die Erläuterungen in Fall 1) nur ein **Kaufmann** führen. Dass es sich bei einer offenen Handelsgesellschaft um einen Kaufmann handelt, steht in den §§ 105 Abs. 2 und 6 Abs. 1 HGB (Kaufmann kraft Handelsgewerbes) drin und bedarf daher in einer Klausur auch keiner gesonderten Erwähnung bzw. rechtlichen Würdigung. Beachte bitte, dass das, was im vorherigen Fall noch ziemlich problematisch war (der Kaufmannsbegriff), in diesem Fall hier nun völlig unproblematisch daherkommt und deshalb auch nicht breitgetreten werden darf.

Bevor wir uns nun die Firmengrundsätze im Einzelnen anschauen, müssen wir noch zwei weitere begriffliche Fragen aus dem Bereich des Firmenrechts klären. Wir unterscheiden bei der Firma bitte **zwei** Begriffsgruppen:

→ Die Firma besteht zunächst aus mehreren Bestandteilen, nämlich einem Firmenkern und einem Rechtsformzusatz gemäß § 19 Abs. 1 HGB (BGHZ 44, 286, 287; *Heymann/Emmerich* § 18 Rz. 2). Gegebenenfalls kann die Firma dann auch noch einen Sachzusatz enthalten (*Jung* § 15 Rz. 9). In unserem Fall stellt die Buchstabenfolge »ABND« den Firmenkern und der Passus »An- und Verkauf« den Sachzusatz dar. Die Abkürzung »oHG« ist eine allgemeinverständliche Abkürzung für offene Handelsgesellschaft im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB (*Koller/Roth/Morck* § 19 Rz. 3).

→ Die Firma kann grundsätzlich als Personenfirma, Sachfirma, Phantasiefirma oder Mischfirma gebildet werden (OLG München FGPrax 2013, 35; OLG Hamm ZIP 2008, 791; *Baumbach/Hopt* § 17 HGB Rz. 6; *Canaris* § 10 Rz. 5; *K. Schmidt* § 12 Rz. 95 ff.). Hierbei spielt keine Rolle, ob es sich um die Firma eines Einzelkaufmanns, einer Personenhandels-gesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft handelt. Die §§ 18 ff. HGB enthalten insoweit keine Einschränkungen (zur früheren Rechtslage: *K. Schmidt* § 12 Rz. 93).

**Klausurtyp:** Da nach geltender Rechtslage alle vier Firmenarten unproblematisch möglich sind, genügt in der Klausur eine – kurze – Darstellung, um welche Firmenart es sich im konkreten Fall handelt.

**Nämlich:** Von einer »Personenfirma« spricht man, wenn der Firmenkern aus dem bürgerlichen Namen eines jetzigen oder früheren Unternehmers besteht, wobei zumindest der Nachname ausgeschrieben sein muss, Beispiel: »W. Schwabe« (vgl.

*Baumbach/Hopt* § 19 HGB Rz. 6; *Koller/Roth/Morck* § 17 HGB Rz. 10). Eine **Sachfirma** weist hingegen auf den Unternehmensgegenstand hin (*Canaris* § 10 Rz. 5; *Jung* § 15 Rz. 9), zum Beispiel »Juristisches Repetitorium«. Um eine Phantasiefirma handelt es sich, wenn der Firmenkern lediglich Phantasieworte, Abkürzungen oder Ähnliches enthält, die keinerlei Bezug zum Unternehmensgegenstand aufweisen (*Canaris* § 10 Rz. 5), zum Beispiel »0815 – FC vs. Lev.«. Von einer Mischfirma ist schließlich die Rede bei einer Kombination aus einer Personen-, Sach- und/oder Phantasiefirma (*Canaris* § 10 Rz. 5; *Jung* § 15 Rz. 9), zum Beispiel »Schwabe – Juristisches Repetitorium«. **Zum Fall:** Bei uns handelt es sich um eine **Mischfirma**, und zwar bestehend aus Phantasie- und Sachelementen. Die Buchstabenfolge »ABND« stellt als Abkürzung für die Namen der Gesellschafter eine Phantasiebezeichnung dar und der Passus »An- und Verkauf« weist auf den Unternehmensgegenstand hin.

So, und jetzt schauen wir uns mal die **Firmengrundsätze** an: Bei der Bildung und Führung der Firma sind fünf solcher Grundsätze zu beachten, und zwar: Die Firmenunterscheidbarkeit (§§ 18 Abs. 1, 30 Abs. 1 HGB), die Firmenwahrheit (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB), die Firmenbeständigkeit (§§ 21, 22, 24 HGB), die Firmeneinheit und die Firmenöffentlichkeit (§ 29 HGB). In unserem Fall geht es um den Grundsatz der **Firmenunterscheidbarkeit** gemäß den §§ 18 Abs. 1, 30 Abs. 1 HGB:

I. Bedenken gegen die Verwendung des Passus »ABND« in der Firma bestehen zunächst im Hinblick auf das Prinzip der Firmenunterscheidbarkeit. Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit ergibt sich aus **§ 18 Abs. 1 HGB**. Gemäß § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma »zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen«. Üblicherweise folgt an dieser Stelle jetzt die Definition der sich aus dem Gesetzestext ergebenden Voraussetzungen; das machen wir auch gleich. Bevor wir allerdings die Begriffe »Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« durch die Definitionen näher bestimmen, muss noch der in der Literatur und Rechtsprechung herrschende Streit über die Frage, ob der Gesetzgeber mit diesen Begriffen überhaupt unterschiedliche Aspekte ansprechen wollte, geklärt werden:

- In der Literatur wird dies nämlich zum Teil unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut – aufschlagen, dort steht »und« – bejaht mit der Folge, dass tatsächlich beide Gesichtspunkte berücksichtigt und definiert werden müssen (*Weller/Prütting* Rz. 660; *GK/Nickel/Kunst* § 18 HGB Rz. 6, 14; *HK/Ruß* § 18 HGB Rz. 4 f.; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 3, 4; *Lutter/Welp* in ZIP 1999, 1073, 1074, 1077).
- Die Rechtsprechung stellt hingegen darauf ab, dass die Kennzeichnungseignung eher eine Folge der Unterscheidungskraft als ein eigenständiger Rechtsbegriff ist (BGH NJW-RR 2009, 327; BGHZ 130, 134; BayOLG NJW-RR 2000, 111; vgl. auch *Bülow* in DB 1999, 269, 270; unklar E/B/J/S/*Reuschle* § 18 HGB Rz. 3). Sie beschränkt die Prüfung daher auf das Merkmal der »Unterscheidungskraft«.

Wir wollen uns insoweit der zuletzt genannten Meinung anschließen und dies unter anderem damit begründen, dass auch schon im Gesetzgebungsverfahren die Begriffe

»Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« nicht streng voneinander getrennt wurden (vgl. BT-Drs. 13/8444, Seite 36). Demzufolge messen wir den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit allein an dem Merkmal der Unterscheidungskraft.

**Definition:** Diese Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB liegt vor, wenn die Firma generell geeignet ist, den Kaufmann von anderen zu unterscheiden, also zu individualisieren (BGHZ 130, 276; Weller/Prüttung Rz. 660; Baumbach/Hopt § 18 HGB Rz. 5; Jung § 15 Rz. 29; Bülow in DB 1999, 269 f.).

Wann dies der Fall ist, kann leider nicht nach einer allgemein gültigen Formel bestimmt werden. Vielmehr müssen insofern die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen herangezogen werden, und zwar:

1. Eine hinreichende Individualisierung ist nicht gegeben, wenn nur ein sogenannter »Allerweltsname« (→ Müller, Meier, Schmidt) verwendet wird (Koller/Roth/Morck § 18 HGB Rz. 4; Jung § 15 Rz. 29; Müther in GmbHR 1998, 1058, 1059; zweifelnd Lutter/Welp in ZIP 1999, 1073, 1075). Etwas anderes gilt aber, wenn der Name mit dem Vornamen und/oder einem Städtenamen verbunden wird, also z.B. »Joseph Müller, Berlin« (vgl. Baumbach/Hopt § 18 HGB Rz. 6; Canaris § 10 Rz. 20; Müther in GmbHR 1998, 1058).
2. Auch Gattungsbegriffen oder Begriffen der Alltagssprache, zum Beispiel »Schuh«, »modern« oder »today« (hierzu vgl. BGH NJW-RR 1998, 1261; Bülow in DB 1999, 269, 270) fehlt es grundsätzlich an der Unterscheidungskraft.
3. Eine Assoziation mit einem bestimmten Unternehmen ist auch dann nicht möglich, wenn die Firma lediglich den Unternehmensgegenstand, etwa Metzgerei oder Friseur, beschreibt (vgl. BGHZ 11, 214, 218; BGH NJW 1987, 438; Koller/Roth/Morck § 18 HGB Rz. 4; E/B/J/S/Reuschle § 18 HGB Rz. 18; Lutter/Welp in ZIP 1999, 1076). Hierzu sind Ausnahmen denkbar, wenn beispielsweise Qualitätsangaben oder geographische Daten hinzugefügt werden. Diese Ausnahmen sind allerdings nur in engen Grenzen zu gewähren, da der Rechtsverkehr ein Freihaltebedürfnis an diesen Bezeichnungen hat (vgl. hierzu die Kasuistik bei Baumbach/Hopt § 18 HGB Rz. 7). Denn jeder, der eine Metzgerei oder einen Friseursalon betreibt, hat natürlich ein Interesse daran, diese Bezeichnung in die Firma aufzunehmen.
4. Die letzte Fallgruppe betrifft Buchstabenfolgen, die nicht als Wort aussprechbar sind. Insoweit hat die Rechtsprechung früher eine individualisierende Wirkung verneint (BGH WM 1998, 306). Hiergegen spricht aber, dass sich der Rechtsverkehr längst an Abkürzungen in Form von Buchstabenfolgen gewöhnt hat, wenn man etwa an BMW, TUI, VW oder Ähnliches denkt (vgl. GK/Nickel/Kunst § 18 HGB Rz. 12; Canaris § 10 Rz. 15; Lutter/Welp in ZIP 1999, 1073, 1078). Der Rechtsverkehr ist also in der Lage – auch wenn er die Bedeutung der Buchstaben zumeist nicht (er-)kennt (was heißt eigentlich TUI?) – eine Zuordnung von »Buchstaben« und einem bestimmten Unternehmen vorzunehmen. Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt und daher

im Jahre 2000 grundsätzlich die Unterscheidungskraft bejaht (BGH NJW **2001**, 1868; siehe auch BGH NZG **2009**, 192).

**Feinkostabteilung:** Wer den letzten Teil jetzt aufmerksam gelesen hat, wird sich fragen müssen, wie es sein kann, dass die soeben genannten Unternehmensnamen zulässige Firmierungen im Sinne des HGB darstellen. Denn nach dem gerade Gesagten sind Abkürzungen erst seit einigen Jahren, genau genommen seit dem 05. Oktober 2000 möglich, während die genannten Unternehmen schon viel länger existieren. Klar ist, dass diese Firmen nicht erst mit dem im Jahre 2000 ergangenen Urteil des BGH zulässig wurden. Dennoch waren diese Abkürzungen ursprünglich nicht individualisierend, also nicht als Firma zulässig. Allerdings haben sie durch Verkehrsgeltung Unterscheidungskraft erlangt. Das heißt: Da der Rechtsverkehr (irgendwann) wusste, welches Unternehmen sich hinter den Buchstaben verbirgt, war die individualisierende Wirkung hergestellt.

Mit Entscheidung vom 08.12.2008 (NZG **2009**, 192) hat der BGH grundlegend zu dieser Thematik Stellung bezogen und die Zulässigkeit von reinen Buchstabenkombinationen bestätigt; als Einschränkung nennt der BGH nur, dass der Firmenkern aus einer zumindest im Sinne der Artikulierbarkeit aussprechbaren Buchstabenfolge gebildet sein muss (anders noch OLG Celle in ZIP **2006**, 1586, das nicht als Wort aussprechbare Buchstabenkombinationen für unzulässig erachtete, die lediglich aus den Anfangsbuchstaben einzelner Worte bestehen, sofern es sich nicht um Worte der deutschen Sprache handelt; hiergegen zutreffend *Lamsa* in EWiR 2006, 657). Nicht zulässig sind danach lediglich fremdsprachige Bezeichnungen, die nicht aus lateinischen Buchstaben gebildet sind, und reine Bildzeichen als Bestandteil der Firma.

**Beachte:** Die Unzulässigkeit von Bildzeichen nach der Rechtsprechung des BGH spielt eine Rolle, wenn es – wie in der Entscheidung des LG München (Beschluss vom 12.02.2009, MittBayNot **2009**, 315) – um die Zulässigkeit des @-Zeichens in einer Firma geht. Das LG München stellte hierzu fest, dass das @-Zeichen bei Domain-Bezeichnungen verwendet werde, wobei sich die Funktion von Domain-Bezeichnungen häufig nicht in der technischen Adressfunktion erschöpfe, sondern bei entsprechender Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft auch Namensfunktion habe. Dabei werde das @-Zeichen mittlerweile nicht mehr als Bildzeichen, sondern als Wortzeichen mit spezifischer Bedeutung, vergleichbar den schon lange firmenüblichen Zeichen »&« sowie »+« aufgenommen, weshalb das @-Zeichen als Bestandteil der Firma nicht zu beanstanden sei.

Die Unterscheidungskraft von reinen Buchstabenfolgen ist nach wie vor abzulehnen, wenn es sich um eine gleichförmige Buchstabenfolge, insbesondere »A. A. A. A. A.«, handelt (OLG Celle DB **1999**, 40; OLG Frankfurt NJW **2002**, 2400; *Lamsa* in EWiR 2006, 657), deren einziger Zweck wohl darin besteht, die erste Position im Branchenverzeichnis zu erhalten. Abgesehen von diesem rechtsmissbräuchlichen Ziel leuchtet auch so ein, dass eine solch gleichförmige Buchstabenreihe keinerlei individuellen

Charakter hat (vgl. *Canaris* § 10 Rz. 15, 16). Dies gilt selbst dann, wenn der Buchstabenfolge noch ein Sachzusatz angefügt ist (OLG Celle DB 1999, 40).

**Zum Fall:** Da B und D keine einheitliche Buchstabenreihe verwendet haben, stehen nach der Verwendung des Passus »ABND« in der Firma unter diesem Gesichtspunkt keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Diese Abkürzung für die Namen der Gesellschafter hat Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB.

**Klausurtyp:** Aufbaumäßig falsch wäre es, im Rahmen des § 18 Abs. 1 HGB zu erörtern, dass bzw. ob ein anderes Unternehmen mit einer ähnlichen Firma in derselben Stadt ansässig ist. Denn in § 18 Abs. 1 HGB wird nur die **generelle** Eignung zur Unterscheidung geprüft. Auf die konkrete Unterscheidung zu bereits bestehenden anderen Firmen kommt es erst im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB an (*Canaris* § 10 Rz. 18; *Jung* § 15 Rz. 29; *Bülow* in DB 1999, 269, 270). Merken.

Und genau das schauen wir uns jetzt mal an:

**II.** Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit kommt im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB in Betracht. Gemäß § 30 Abs. 1 HGB muss sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen **deutlich** unterscheiden.

**Definition:** Für eine deutliche Unterscheidung im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB ist nötig und erforderlich, dass keine ernstliche Verwechslungsgefahr besteht (*Baumbach/Hopt* § 30 HGB Rz. 4; *Jung* § 15 Rz. 29), wobei der Gesamteindruck der Firmen beziehungsweise das Klangbild für Auge und Ohr entscheidet (BGHZ 46, 7; *E/B/J/S/Reuschle* § 30 HGB Rz. 18; *Heymann/Emmerich* § 30 HGB Rz. 14).

Dieser Gesamtbetrachtung sind die Firmen zugrunde zu legen, wie sie in das Handelsregister eingetragen/einzutragen sind (OLGZ 1991, 396; *MüKo/Heidinger* § 30 HGB Rz. 13; *Baumbach/Hopt* § 30 HGB Rz. 5). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wurden in der Rechtsprechung beispielsweise folgende Firmen für verwechslungsfähig gehalten: »HSB Hausbau GmbH« – »Hausbau Ulm GmbH« (BGH WM 1979, 922 f.); »Nitro Lack GmbH« – »Nitrola, Bayerische Nitro-Lack und Farben GmbH« (BayOLG JW 1927, 2434); »XYZ Süd Wohnbau GmbH & Co. KG« – »XYZ Südwest Wohnbau GmbH & Co. KG« (OLG Frankfurt/M. BB 1975, Beil. Nr. 12, Seite 20).

**Zum Fall:** Vergleicht man diese Beispiele mit der Firmierung im vorliegenden Fall, ergibt sich Folgendes: Eine audiovisuelle Betrachtung des Firmenkerns zeigt zwar nur eine geringe Verwechslungsgefahr. Denn »ABND« wird im Gegensatz zu »ABEND« buchstabiert. Zwischen einem buchstabierten Wort und einem im Ganzen gesprochenen Wort besteht typischerweise ein hörbarer Unterschied. Jedoch ergibt sich eine große Ähnlichkeit zwischen den Firmen bei einer rein visuellen Betrachtung

des Firmenkerns (also beim »Draufgucken«). Denn die beiden Firmen gleichen sich bis auf einen Buchstaben (das »E«). Dabei wird eine Verwechslungsgefahr durch die jeweilige Verwendung von Großbuchstaben begünstigt (bitte mal selber ausprobieren: »ABND« → »ABEND«). Im Firmenkern besteht beim Draufgucken durchaus eine beachtliche Verwechslungsgefahr. Es fragt sich schließlich noch, ob für die Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB nicht ausreicht, dass sich die Firmen im Rechtsformzusatz unterscheiden – Herr *Abend* hat als Zusatz »e. Kfm.« und B und D den Zusatz »oHG« angefügt. Dies ist allerdings mit der allgemeinen Meinung zu verneinen, da der Rechtsformzusatz an »dem Auge und Ohr sich einprägenden Bilde nicht teilnimmt« (wörtlich in: BGHZ 80, 353; vgl. zudem MüKo/Heidinger § 30 HGB Rz. 15; GroßKomm/Burgard § 30 HGB Rz. 17; Heymann/Emmerich § 30 HGB Rz. 17).

**Ergebnis:** Eine Unterscheidungskraft nach § 30 Abs. 1 HGB besteht nicht. Es liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit vor. Der Rechtspfleger wird die Eintragung der Firma in das Handelsregister nicht vornehmen.

### Nachschlag

Um die Thematik im Hinblick auf den Begriff sowie die Bedeutung der Firma und die dort zu beachtenden Firmengrundsätze vollständig erfassen zu können, wollen wir uns hier im Nachschlag noch gerade anschauen, was eigentlich mit der Firma passiert, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern. Folgende kleine Abwandlung zum Ausgangsfall verdeutlicht die Problematik:

Wir wollen uns vorstellen, dass B und D sich auf den Firmennamen »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« geeinigt haben. Dummerweise sind B und D ein halbes Jahr nach der Unternehmenseröffnung zerstritten und beschließen daher, getrennte Wege zu gehen. Da die Geschäftslage ohnehin schlecht aussieht, räumt D freiwillig das Feld. B möchte die bisherige Firma weiterführen. **Kann er das?**

**Lösung:** Gegen die Möglichkeit, die Firma »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« weiterhin zu führen, könnten zweierlei Gesichtspunkte sprechen: Zum einen ist es nunmehr **unrichtig**, dass ein Gesellschafter namens »Dünn« an dem Unternehmen beteiligt ist, und zum anderen wird durch das Ausscheiden des D aus der offenen Handelsgesellschaft ein Einzelhandelsunternehmen (es gibt keine Ein-Mann-oHG!). Dies wäre rechtlich allerdings nur dann relevant, wenn gegen einen firmenrechtlichen Grundsatz verstoßen wird. In Betracht kommt jetzt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit.

**I.** Der Grundsatz der Firmenwahrheit folgt aus § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB. Danach darf eine Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Dieses Irreführungsverbot gilt für alle Bestandteile der Firma, also für den Firmenkern, den Rechtsformzusatz und ebenso für einen gegebenenfalls vorhandenen Sachzusatz.

Allerdings wird durch den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB gewählten Wortlaut (»wesentlich«) klargestellt, dass nicht jede irreführende Angabe zur Unzulässigkeit der Firma führt. Die »Wesentlichkeitsschwelle« ist anhand eines objektivierten Dritten aus der Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen der betroffenen Verkehrskreise unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (BT-Drs. 13/8444, Seite 53; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 9). Als »wesentlich« in diesem Sinne sind fraglos die Rechtsform (OLG München DB 2010, 1284; BayObLG NJW 1999, 297, 298) und die Identität der Gesellschafter anzusehen (E/B/J/S/*Reuschle* § 18 HGB Rz. 11; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 15; *Jung* § 15 Rz. 18; vgl. auch BVerfG BRAK-Mitt. 2006, 172, dort zur Art der ausgeübten Tätigkeit; vgl. OLG Köln FGPrax 2008, 125 zur Aufnahme eines Dokortitels in die Firma).

**Beachte:** Mit Urteil vom 8. Mai 2018 hat der BGH festgestellt, dass kein Verstoß gegen § 18 Abs. 2 HGB und § 24 Abs. 2 HGB vorliegt, wenn eine als Partnerschaft im Sinne des PartGG geführte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach dem Tod ihres einzigen promovierten Partners weiterhin als »Dr. H.J. und Partner mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft« fortgeführt wird (BGH ZIP 2018, 1494). Die Erben von Dr. H.J. hatten dieser Fortführung ausdrücklich zugestimmt. Nach Meinung des BGH seien die genannten Normen des HGB, die gemäß § 2 Abs. 2 PartGG entsprechend anzuwenden waren, hierdurch nicht verletzt. Zwar könne das Führen eines Dokortitels im Firmennamen, obwohl ein promovierter Partner nicht (mehr) vorhanden ist, irreführend im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB sein; das gelte indes nicht, wenn es sich – wie hier – um ein Unternehmen handle, das zwingend nur von Personen mit Hochschulabschluss geführt werde dürfe. In diesem Falle sei das Vertrauen der Öffentlichkeit nicht verletzt, da der Dokortitel der Öffentlichkeit lediglich das Absolvieren eines abgeschlossenen Hochschulstudiums garantiere. Dies liege aber bei den übrigen Partnern einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ebenfalls zwingend vor.

Zurück zu unserem Fall: Hier täuscht die Firma »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« zwar nicht über nicht vorhandene Dokortitel, dafür aber über die beiden für den Rechtsverkehr wesentlichen Angaben der Rechtsform und der Identität der Gesellschafter. Es liegt aktuell ein Einzelhandelsunternehmen vor, an dem der D nicht mehr beteiligt ist.

**ZE.:** Unter Berücksichtigung dessen müsste also ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit festgestellt werden.

II. Etwas anderes könnte sich aber noch daraus ergeben, dass das Prinzip der Firmenwahrheit von dem Grundsatz der **Firmenbeständigkeit** (»Firmenkontinuität«) grundsätzlich überlagert wird (GroßKomm/*Burgard* § 22 HGB Rz. 2; *Jung* § 15 Rz. 20; *Weller/Prütting* § 27 Rz. 674). Denn das Interesse des Unternehmers, den Namen fortzuführen, insbesondere wegen des Bekanntheitsgrades des Namens, ist anerkanntswert. Diesem sogenannten »Bestandsschutzinteresse« wird in den §§ 21, 22 und 24 HGB Rechnung getragen (*Canaris* § 11 Rz. 17 ff.).

Im vorliegenden Fall ist § 24 HGB einschlägig (aufschlagen!), der nämlich auch dann eingreift, wenn einer von zwei Gesellschaftern aus einer Handelsgesellschaft ausscheidet und damit nur noch ein Einzelhandelsunternehmen verbleibt (unstreitig:



BGH ZIP **2018**, 1494; BGH NJW **1989**, 1798; *Baumbach/Hopt* § 24 HGB Rz. 9). Als Rechtsfolge sieht § 24 Abs. 1 HGB vor, dass die bisherige Firma auch dann fortgeführt werden kann, wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers oder den Namen von Gesellschaftern enthält. Dies gilt aber nur mit einer Einschränkung: Gemäß § 24 Abs. 2 HGB ist die ausdrückliche Einwilligung des ausscheidenden Gesellschafters notwendig, wenn dessen Name in der Firma enthalten ist. Das heißt also, dass B den D noch um die Einwilligung in die Firmenfortführung bitten muss.

**III.** Wichtig ist schließlich zu erkennen, dass sich § 24 HGB nur auf den **Firmenkern** bezieht. Dies folgt nicht aus der Vorschrift selbst, sondern ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 19 Abs. 1, Einleitungssatz HGB (*Canaris* § 11 Rz. 28; *Jung* § 15 Rz. 24). Diese Norm sieht nämlich vor, dass auch bei einer Firmenfortführung nach den §§ 21, 22 und 24 HGB ein entsprechender Rechtsformzusatz erforderlich ist. Diesem Erfordernis kann auf zwei verschiedenen Wegen Rechnung getragen werden: Erstens hat B die Möglichkeit, den Firmenkern beizubehalten und den Zusatz »oHG« zu streichen und durch »e. Kfm.« zu ersetzen. Die zweite Möglichkeit ist, die bisherige unveränderte Firma durch einen Nachfolgezusatz zu ergänzen, der die nunmehr gegebene Rechtsform eindeutig offenlegt (vgl. OLG Hamm DB **1999**, 1946 f.; Bachmann in EWiR 2000, 87). Würde B nach letzterer Methode firmieren, würde die Firma lauten: »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG, Nachfolger Breit e. Kfm.«

**Ergebnis:** B kann – die Einwilligung von D vorausgesetzt – die Firma fortführen, wobei er entweder den Rechtsformzusatz ändern oder einen Nachfolgevermerk anhängen muss.

## Gutachten

Der Rechtspfleger des zuständigen Registergerichts wird die »ABND, An- und Verkauf oHG« in das Handelsregister gemäß §§ 29, 105 HGB eintragen, sofern kein Verstoß gegen einen firmenrechtlichen Grundsatz der §§ 18 ff. HGB vorliegt.

**I.** Insoweit ist zunächst festzustellen, dass den §§ 18 ff. HGB seit der Handelsrechtsreform keine Einschränkung mehr bezüglich der Art der Firma zu entnehmen ist. Das heißt, es ist uneingeschränkt die Verwendung einer Personen-, Sach-, Phantasie- und Mischfirma zulässig. daher ist es unbedenklich, dass die von B und D ausgesuchte Firmierung sowohl Elemente einer Phantasie- als auch einer Sachfirma enthält, also eine Mischfirma darstellt.

**II.** Wegen der Benutzung des Passus »ABND« kommt aber eine Verletzung des Grundsatzes der Firmenunterscheidbarkeit in Betracht. Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit ergibt sich zunächst aus § 18 Abs. 1 HGB. Gemäß § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma »zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen«.

**1.** Fraglich ist zunächst, ob – wie es der Gesetzeswortlaut aufgrund der Formulierung »und« nahe legt – zwischen den Begriffen »Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« zu differenzieren ist. Dies wird in der Literatur zum Teil befürwortet. Dagegen spricht aber, dass im Gesetzgebungsverfahren nicht streng zwischen diesen Begriffen unterschieden wurde. Aus diesem Grunde ist auch mit der ständigen Rechtsprechung darauf abzustellen, dass die Kennzeichnungseignung eher eine Folge der Unterscheidungskraft als ein eigenständiger Rechtsbegriff ist. Dementsprechend ist bei der Prüfung

der Firmenunterscheidbarkeit im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB allein das Merkmal der Unterscheidungskraft zugrunde zu legen.

2. Die Unterscheidungskraft ist zu bejahen, wenn die Firma generell geeignet ist, den Kaufmann von anderen zu unterscheiden, also zu individualisieren. Wann dies der Fall ist, kann nicht nach einer allgemein gültigen Formel bestimmt werden. Vielmehr sind insofern die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen heranzuziehen. Eine der Fallgruppen betrifft den Gebrauch von Buchstabenfolgen, die als Wort nicht auszusprechen sind. Insoweit hat die Rechtsprechung früher eine individualisierende Wirkung verneint. Hiergegen spricht aber, dass sich der Rechtsverkehr längst an Abkürzungen in Form von Buchstabenfolgen gewöhnt hat, wenn man beispielsweise an Firmen wie BMW, TUI oder LTU denkt. Mit anderen Worten ist der Rechtsverkehr in der Lage – auch wenn er die Bedeutung der Buchstaben nicht (er-)kennt – eine Zuordnung zwischen »Buchstaben« und einem bestimmten Unternehmen vorzunehmen. Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt und daher grundsätzlich die Unterscheidungskraft bejaht. Eine Ausnahme wird lediglich bei der Verwendung von gleichförmigen Buchstabenfolgen gemacht. B und D haben keine einheitliche Buchstabenreihe verwendet. Folglich stehen der Verwendung des Passus »ABND« in der Firma unter diesem Gesichtspunkt keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Diese Abkürzung für die Namen der Gesellschafter hat Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB.

3. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit kommt dennoch in Betracht. Eine weitere Ausprägung dieses Grundsatzes findet sich in § 30 Abs. 1 HGB. Gemäß § 30 Abs. 1 HGB muss sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Aus dem Tatbestandsmerkmal »deutlich« folgt, dass bereits ein Verstoß gegen diesen Grundsatz anzunehmen ist, wenn eine »ernstliche Verwechslungsgefahr« besteht. Dabei ist der Gesamteindruck der Firmen beziehungsweise das »Klangbild für Auge und Ohr« entscheidend. Dieser Gesamtbetrachtung sind die Firmen zugrunde zu legen, wie sie in das Handelsregister eingetragen/einzutragen sind. Eine audiovisuelle Betrachtung des Firmenkerns zeigt nur eine geringe Verwechslungsgefahr. Denn »ABND« wird im Gegensatz zu »ABEND« buchstabiert. Zwischen einem buchstabierten Wort und einem im Ganzen gesprochenen Wort besteht typischerweise ein hörbarer Unterschied. Jedoch ergibt sich eine große Ähnlichkeit zwischen den Firmen bei einer visuellen Betrachtung des Firmenkerns. Denn die beiden Firmen gleichen sich bis auf einen Buchstaben (das »E«). Dabei wird eine Verwechslungsgefahr durch die Verwendung von Großbuchstaben begünstigt. Somit besteht im Firmenkern eine Verwechslungsgefahr. Fraglich ist aber, ob für die Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB nicht ausreichend ist, dass sich die Firmen im Rechtsformzusatz unterscheiden – Herr Abend hat als Zusatz »e. Kfm.«, während B und D den Zusatz »oHG« angefügt haben. Hiergegen spricht aber, dass dem Rechtsformzusatz keine für das Auge und Ohr entscheidende Bedeutung zukommt. Mithin verstößt die Firma »ABND, An- und Verkauf oHG« gegen die Firmenunterscheidbarkeit im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB.

**Ergebnis:** Somit wird der Rechtspfleger die Eintragung der Firma in das Handelsregister nicht vornehmen.