

Der Kaufmannsbegriff, §§ 1 – 6 HGB

Das Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute. Das HGB kommt folglich nur zur Anwendung, wenn Kaufleute am Geschäft beteiligt sind. Grundsätzlich genügt, dass lediglich ein am Geschäft Beteiligter „Kaufmann“ ist (sog. einseitiges Handelsgeschäft). Wenn es allerdings wirtschaftlich besonders „gefährlich“ wird, verlangt das HGB, dass beide Geschäftspartner Kaufleute sind (sog. Beiderseitiges Handelsgeschäft, vgl. §§ 346, 353, 369, 377, 391 HGB).

I. Die Kaufleute nach §§ 1 – 3 HGB

Definition: **Gewerbe** (keine Legaldefinition, auch nicht in der GewO)
Ein Gewerbe ist jede erlaubte selbstständige zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommene nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist.

- Freie Berufe, also kein Gewerbe sind: Anwalt, § 2 BRAO, Arzt, § 1 II BundesärzteO, § 1 IV ZahnheilkundeG, Steuerberater, § 1 II SteuerBerG

Problem: **Stiftungen des öffentlichen Rechts** (z.B. städtische Abwasserbeseitigung, Rundfunk- und Fernsehanstalt im Programmbereich, Wasser- und Bodenverband):

Notwendig ist das Betreiben eines Gewerbes in Form eines wirtschaftlichen Unternehmens.

Es muss eine Tätigkeit ausgeübt werden, die nicht nur allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird. Denn eine solche Tätigkeit ist keine Gewerbeausübung. Dabei kann auch in Erfüllung öffentlich-rechtlicher oder gemeinnütziger Aufgaben eine öffentliche Körperschaft Gewinn anstreben, Dies ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, wobei es genügt, einen wirtschaftlichen Erfolg am Markt erzielen zu wollen (**OLG München, 25.07.2012 – 34 AR 196/12**).

- Dass ein Gewerbe „**erlaubt**“ sein muss, meint nicht eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis, da hiervon die Kaufmannseigenschaft gem. § 7 HGB gerade nicht abhängt. Vielmehr geht es um die Ausgrenzung der von der Rechtsordnung geächteten „Gewerbe“, z.B. Hehler, Waffenschieber, Rauschgifthändler.
- Wenn eine „kaufmännische Einrichtung“ erforderlich ist, also ein Handelsgewerbe betrieben wird, ist der Gewerbetreibende automatisch sog. Istkaufmann, § 1 HGB. Die Eintragung im Handelsregister gem. § 29 HGB wirkt in diesem Fall nur deklaratorisch.
- Wenn ein Kleingewerbe betrieben wird, ist der Gewerbetreibende zunächst kein Kaufmann, kann sich aber freiwillig für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft entscheiden. In diesem Fall wird er mit der Eintragung im Handelsregister sog. Kannkaufmann, § 2 HGB. Die Eintragung im Handelsregister wirkt in diesem Fall konstitutiv, also rechtsbegründend.

Merke: § 2 HGB hat ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal:
Die freiwillige und bewusste Unterwerfung des Kleingewerbetreibenden unter das Kaufmannsrecht.

Problem: Wann ist eine kaufmännische Einrichtung erforderlich?

Mit der Formulierung „es sei denn“ in § 1 II HGB wird demjenigen, der behaupten will, dass ein Gewerbetreibender nicht Kaufmann ist, dafür die **Darlegungs- und Beweislast** auferlegt.

Beachte: Für die **Klausur** bedeutet das:

Ergibt sich aus einem Sachverhalt, dass eine Person ein Gewerbe betreibt, so ist sie Kaufmann. Lediglich dann, wenn der Sachverhalt Angaben enthält, die zweifelhaft erscheinen lassen, ob nach Art und Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, ist dies zu überprüfen.

Als **Kriterien** können herangezogen werden:

Hinsichtlich der **Art des Geschäftsbetriebs** die Vielfalt des Geschäftsgegenstandes; die Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge; die Inanspruchnahme von Kredit- und Teilzahlungen; erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr; der Umfang der Geschäftskorrespondenz; die Art und Weise der betrieblichen Organisation.

Hinsichtlich des **Umfangs des Geschäftsbetriebs** die Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens; die Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe; die Anzahl der Beschäftigten; die Lohnsumme.

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.

Merke: Wer ein Handelsgewerbe betreibt, **ist** folglich gem. § 1 HGB automatisch **Kaufmann**.

Der Kleingewerbetreibende **kann** sich gemäß **§ 2 HGB** zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft entschließen und unterwirft sich somit freiwillig dem gesamten Kaufmannsrecht.

Der Kannkaufmann kann seine Eintragung gem. § 2 I 3 HGB rückgängig machen, solange er noch ein Kleingewerbe betreibt („Rückfahrchein“). Allerdings gilt diese Lösung natürlich nur ex nunc, also für die Zukunft.

Folgende Aspekte können für oder gegen die Eintragung gem. § 2 HGB sprechen:

PRO EINTRAGUNG	ZWEISCHNEIDIG	CONTRA EINTRAGUNG
<ul style="list-style-type: none"> ▶ Provisionsanspruch (§ 354 HGB) ▶ Berufung auf Grundsatz der Entgeltlichkeit ▶ „Strahlkraft“ des Handels-Registers ▶ Akzeptanz als Vertragspartner durch andere Kaufmänner 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Rügepflicht (§ 377 HGB) ▶ Zinssatz und Fälligkeitszinsen (§§ 352, 353 HGB) ▶ Zurückbehaltungsrecht (§ 363 HGB) ▶ Kontokorrent (§ 355 HGB) 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Schutzverlust (§§ 348 - 350 HGB) ▶ Eintragungspflichten ▶ Vertrauenshaftung aufgrund von Register-eintragungen (§ 15 HGB) ▶ Strafrechtliche Risiken (§§ 283 ff. StGB) ▶ Strengere Sorgfaltsanforderungen (§ 347 HGB)

Der Bereich der **Land- und Forstwirtschaft** (sog. „Urproduktion“) ist aus dem Anwendungsbereich des § 1 HGB herausgenommen. Auch hier gilt, dass sich der Land-/Forstwirt freiwillig dem Kaufmannsrecht unterwerfen kann. Er ist dann ebenfalls sog. „**Kannkaufmann**“ gem. § 3 HGB. Die Eintragung im Handelsregister wirkt in diesem Fall konstitutiv, also rechtsbegründend.

Beispiel: A erbt einen ca. 4 Hektar großen stillgelegten Bauernhof. Er errichtet in der stillgelegten Scheune eine moderne Legestätte mit ca. 150.000 Hühnern. Die Küken werden nicht selbst ausgebrütet, sondern zugekauft, ebenso das Futter. Muss sich A gem. § 29 als Kaufmann ins Handelsregister eintragen lassen?

Lösung:

„Eigentlich“ betreibt A gem. § 1 I HGB ein Handelsgeschäft.

Es könnte aber der Ausschluss des § 1 HGB wegen Betreibens eines landwirtschaftlichen Betriebs eingreifen, § 3 I HGB.

Zwar erfolgt eine Gewinnung und Verwertung pflanzlicher oder tierischer Rohstoffe, aber keine Ausnutzung des Bodens. Die Landwirtschaft muss dem Unternehmen das Gepräge geben. Zur Landwirtschaft werden auch Erzeugnisse tierischer Produkte wie Fleisch, Milch und Eier aus eigener Bodennutzung gezählt. In der Regel ist dabei auch ein branchenüblicher Zukauf un-schädlich; nicht aber, wenn hauptsächlich gekauftes Futter und/oder fremde Erzeugnisse verarbeitet werden.

Fazit: Der Bodenertrag ernährt die Küken nicht, also scheidet § 3 I HGB aus.

Die Pflicht zur Anmeldung zum Handelsregister gem. § 29 HGB besteht.

Merke: Kaufmann ist stets nur der **Betreiber**, in dessen Namen der Gewerbebetrieb ausgeübt wird. Nicht also z.B. der Prokurist oder der Insolvenzverwalter.

II. Fiktivkaufmann, § 5 HGB

Die zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr würde leiden, wenn die Kaufmannseigenschaft des Geschäftspartners jeweils besonders nachgeprüft werden müsste. Erwägungen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes können es daher notwendig machen, dass auch solche Personen als Kaufleute behandelt werden, die es „eigentlich“ nicht sind.

1. Kaufmann gem. § 5 HGB

§ 5 HGB stellt im Interesse der Rechtssicherheit die unwiderlegliche Vermutung auf, dass die im Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden Kaufleute sind. Auch in diesem Fall hat die Eintragung im Handelsregister eine konstitutive Wirkung.

Problem: Abgrenzung von § 2 und § 5 HGB

Nach wohl h.M. greift § 5 HGB vor allem ein, wenn nach Eintragung ein Gewerbebetrieb gem. § 1 II HGB zu einem Kleingewerbe herabsinkt. Da die Anmeldung gem. §§ 29 i.V.m. 1 II HGB nicht zugleich die für den Antrag nach § 2 HGB erforderliche Willenserklärung enthält, sind die Voraussetzungen der Kaufmannsstellung kraft § 2 HGB (trotz des insoweit weiten Wortlauts von § 2 S. 1 HGB) nicht erfüllt. Dies ergibt sich aus dem Gegensatz zwischen der Erfüllung einer rechtlichen Pflicht (im Fall des § 29 i.V.m. § 1 II HGB) und der Verwirklichung einer freien Entscheidung (im Fall des § 2 HGB).

Beispiel zu § 2 HGB: Der Kleingewerbetreibende K will unbedingt von Kaufmann M beliefert werden. M akzeptiert aber nur Kaufleute als Vertragspartner. K unterwirft sich deshalb durch Eintragung als Kaufmann in das Handelsregister dem Kaufmannsrecht und wird dadurch sog. Kann-Kaufmann.

Beispiel § 5 HGB: Der Großgewerbetreibende G ist als Kaufmann im Handelsregister eingetragen. Nach einigen Jahren laufen die Geschäfte des G immer schlechter und sein Betrieb sinkt auf das Niveau eines Kleingewerbes herab. G kümmert sich nicht um die weiterhin bestehende Eintragung und ist folglich Fiktivkaufmann („Kaufmann Kraft Eintragung“).

Im Ergebnis ist es damit „egal“, ob sich die Kaufmannsstellung aus § 2 HGB oder § 5 HGB ergibt. Dennoch muss ein Jurist die Rechtsfolge natürlich aus der richtigen Vorschrift herleiten

2. Der nicht eingetragene Scheinkaufmann

Die Kaufmannseigenschaft oder das Bestehen einer Handelsgesellschaft kann auch auf andere Weise vorgetäuscht werden als durch unrichtige Registereintragungen. Hier gilt der gewohnheitsrechtliche Satz: Wer im Rechtsverkehr als Inhaber oder Mitinhaber eines kaufmännischen Unternehmens auftritt, muss sich – soweit Treu und Glauben es erfordern – im Geschäftsverkehr Gutgläubigen gegenüber als solcher behandeln lassen.

Die **Lehre vom Scheinkaufmann** ist im Verhältnis zu §§ 2, 5 HGB und § 15 I, III HGB **subsidiär** (Jung, Kap. 2 Rn 40).

a) Voraussetzungen:

- (1) Zurechenbares Setzen eines Rechtsscheins
- (2) Ursächlichkeit (Vertrauen auf den Rechtsschein)
- (3) Gutgläubigkeit des Vertragsgegners („Vertrauendürfen“)
- (4) Verkehrsgeschäft

(1) Zurechenbares Setzen eines Rechtsscheins

Verschulden ist nicht erforderlich. Ein einmal gesetzter Rechtsschein dauert fort, wird aber im Laufe der Zeit schwächer.

Beispiel: Führen einer Firma, Bezeichnung eines Handlungsgehilfen als „Prokurist“.

Keinesfalls darf der Rechtsschein allein durch die zu beurteilende und die Kaufmannseigenschaft voraussetzende Rechtshandlung begründet werden, da sonst ein Zirkelschluss gegeben wäre (Jung, Kap. 2 Rn 41). Vielmehr muss zuerst der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gesetzt worden sein und die Rechtshandlung entweder danach oder gleichzeitig vorgenommen worden sein.

Beispiel 1: Kleingewerbetreibender K bestellt beim Kaufmann V Waren. Um in den Genuss eines „Kaufmann-Rabatts“ zu kommen, tätigt er die Bestellung mit einem Briefkopf, der ihn als „e.K.“ ausweist. Da die Firmierung als „e.K.“ und die Warenbestellung zwei trennbare Komponenten sind, gilt K als Scheinkaufmann und muss die kaufmännische Rügepflicht gem. § 377 HGB gegenüber V beachten.

Beispiel 2: Kleingewerbetreibender K gibt mündlich ein abstraktes Schuldanerkenntnis ab. Hier darf nun nicht argumentiert werden, dass K durch die bloß mündliche Erklärung den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft setze, an welchem er gem. § 350 HGB festzuhalten sei. Mit dieser Begründung würde nämlich die Formvorschrift der §§ 780, 781 BGB stets leer laufen.

Die Zurechenbarkeit setzt nach h.M. weiterhin die **volle Geschäftsfähigkeit** voraus. Denn der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen geht auch im Handelsrecht dem Verkehrsschutz grundsätzlich vor (Canaris, § 6 Rn 70; Jung, Kap 8 Rn 43).

Nur bei einem **Unterlassen** der Beseitigung eines Rechtsscheins ist ein **Verschulden** erforderlich.

(2) Ursächlichkeit des Rechtsscheins für das Verhalten des Vertragsgegners. Umstritten ist, ob der Dritte die Ursächlichkeit des Rechtsscheins zu beweisen hat (so z.B. Baumbach/Hopt, § 5 Rn 13) oder eine Beweislastumkehr zu Lasten des Scheinkaufmanns eingreift (so z.B. Canaris, § 6 Rn 77).

(3) Gutgläubigkeit des Vertragsgegners. Einfache Fahrlässigkeit schadet bereits (BGH, JZ 1971, 334), wobei den Dritten jedoch keine Nachforschungspflicht trifft (BGH, NJW 1987, 3124 (3126), vor allem nicht die Pflicht zur Einsichtnahme in das Handelsregister (OLG Karlsruhe, JZ 1971, 335 [336])).

(4) Verkehrsgeschäft. Nur bei einem Verkehrsgeschäft kann es zur Bildung von Vertrauenstatbeständen kommen. Im deliktischen Bereich ist dies ausgeschlossen.

b) Rechtsfolge

Der Handelnde gilt gegenüber Gutgläubigen als Kaufmann, ist aber keiner. Somit sind die Rechtsfolgen der Scheinkaufmannseigenschaft im Vergleich zu § 5 HGB, der eine Kaufmannseigenschaft begründet, eingeschränkt:

- Der Schein der Kaufmannseigenschaft wirkt nur unter den Beteiligten und greift **nicht zu Lasten** eines am Geschäft unbeteiligten **Dritten** ein (OLG Düsseldorf, DB 1999, 89 (90)). Vorsicht ist hier vor allem bei § 366 HGB – guter Glaube an die Verfügungsbefugnis – geboten.
- Der Schein der Kaufmannseigenschaft wirkt **nur für**, nicht auch gegen **den gutgläubigen Dritten**.
- Nach wohl h.M. muss sich der Scheinkaufmann nur außerhalb des Geltungsbereichs zwingender Schutzvorschriften wie ein Kaufmann behandeln lassen (Großkomm/Brügge-mann, Anh. § 5 Rn 45; a.A. Baumbach/Hopt, § 5 Rn 14). So sind also z.B. die §§ 347, 362 und 377 HGB zu Lasten des Scheinkaufmanns anwendbar, nicht jedoch die §§ 348, 350 HGB (Jung, Kap 8 Rn 47). Möglich ist jedoch stets die Erhebung der Arglistinrede.

Stets ist auch zu beachten, wer der nachteilig Betroffene von einer die Kaufmannseigenschaft voraussetzenden Norm ist. So ist z.B. bei § 366 I HGB zu beachten, dass der Rechtsnachteil bei Anwendung auf den Scheinkaufmann (der Verkäufer ist) nicht den Veräußerer trifft, sondern den eigentlich Berechtigten, der den Rechtsschein nicht gesetzt bzw. veranlasst hat. Insofern gilt § 366 I HGB nicht bei einem Verkäufer, der Scheinkaufmann ist (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 615, 616; a.A. Canaris, § 6 Rn 26).

