

1. Kapitel Handelsrecht

I. Einleitung

Das Handelsrecht als **Sonderprivatrecht der Kaufleute** (§§ 1 ff. BGB) ergänzt das im BGB geregelte bürgerliche Recht. Das Handelsrecht betont die Selbstverantwortlichkeit des Kaufmanns; daneben sind **Regelungszwecke** die Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs. Beispiele dafür sind die Formerleichterungen in § 350 HGB, die Fiktion, dass Schweigen in bestimmten Fällen die Annahme eines Vertragsangebotes darstellt (§ 362 HGB) sowie die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim Handelskauf (§ 377 HGB). Im Zusammenhang damit stehen Regelungen zur handelsrechtlichen Publizität (die in erster Linie das Handelsregister vermittelt, §§ 8 ff. HGB) und zum Vertrauensschutz (u.a. § 15 HGB; Rechtsscheinregelungen).¹

Die Qualifizierung des Handelsrechts als Sonderprivatrecht der Kaufleute ist als Schlagwort richtig, bedarf aber der Ergänzung. Zunächst enthält das HGB nicht ausschließlich Privatrecht, sondern teilweise auch **Öffentliches Recht** (s. etwa die Regelungen zum Handelsregister, §§ 8 ff. HGB, sowie zur kaufmännischen Buchführung, §§ 238 ff. HGB). Überdies regelt das Handelsrecht teilweise auch die Rechtsverhältnisse von **Nichtkaufleuten** (s. etwa § 84 Abs. 4 HGB, § 93 Abs. 3 HGB).

Das Handelsrecht ist **kein umfassendes Unternehmensrecht**. Zunächst sind zahlreiche für Unternehmen wichtige Rechtsmaterien nicht im HGB geregelt, sondern in anderen Gesetzen. Darüber hinaus erfasst der Anwendungsbereich des Handelsrechts nicht alle Unternehmen. Indem der Kaufmann der zentrale Anknüpfungspunkt für die Regelungen des HGB ist, fallen insbesondere die Kleingewerbetreibenden aus dessen Anwendungsbereich heraus (§ 1 Abs. 2 HGB), daneben nach herrschender (wenn auch kritisierte) Auffassung auch sämtliche Freiberufler (also etwa Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte).²

II. Der Kaufmann

Fall 1: Der Ist-Kaufmann (§ 1 HGB)

Karl ist Inhaber eines Elektro-Großhandels. Er beliefert unter anderem das kleine Geschäft des Friedrich. Dieser möchte einen weiteren Laden eröffnen. Hierfür nimmt er bei der Berg Bank ein Darlehen in Höhe von € 25.000 auf und bittet Karl, für ihn zu bürgen. Karl ist einverstanden, weil er auf eine Ausweitung seiner Geschäfte mit Friedrich hofft. Karl schickt ein Telefax an die Berg Bank, in dem er sich für deren Forderung gegen den Friedrich verbürgt. Als Friedrich bereits die erste Rate nicht bezahlt, nimmt die Berg Bank Karl aus der Bürgschaft in Anspruch. Dieser beruft sich auf die Formunwirksamkeit seiner Bürgschaft. Hilfsweise erhebt er die Einrede der Vorausklage.

Kann die Berg Bank von Karl Zahlung von € 25.000 verlangen?

Problemstellung

Kaufleute und Nichtkaufleute sind den Regelungen des BGB unterworfen. Für Kaufleute gelten darüber hinaus die besonderen Rechte und Pflichten des HGB. Das HGB ist damit ein **Sonderprivatrecht für Kaufleute**, das das BGB modifiziert (s. bereits Rn. 1 ff.).

1 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., Einl. vor § 1 Rn. 1 ff.

2 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 19.

- 5 **Kaufmann** im Sinne des HGB ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 HGB) oder nach den §§ 2 ff. HGB aus anderen Gründen als Kaufmann zu qualifizieren ist. Ein Handelsgewerbe ist nach § 1 Abs. 2 HGB – verkürzt gesprochen – ein „großes“ Gewerbe. Der Begriff des Gewerbes ist im HGB nicht definiert. Was darunter zu verstehen ist, ist Gegenstand unseres Falles.
- 6 Indem der Anwendungsbereich des Handelsrechts von Eigenschaften der handelnden Person(-en) abhängt, folgt das Handelsrecht einem **subjektiven System**. In einem objektiven System würde die Anwendbarkeit des Handelsrechts dagegen von der Art der geschlossenen Geschäfte abhängen.³

Lösung

- 7 Die Berg Bank könnte gegen Karl einen Anspruch auf Zahlung von € 25.000 aus § 765 Abs. 1 BGB haben.
- 8 Die hierfür erforderliche **Hauptforderung** (Akzessorietät der Bürgschaft) ist der Anspruch der Bank gegen Friedrich auf Rückzahlung von € 25.000 aus dem Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.
- 9 Die Berg Bank und Karl müssten einen Bürgschaftsvertrag i.S.v. § 765 BGB geschlossen haben. Ein Bürgschaftsvertrag ist durch Annahme und Angebot zustande gekommen (§§ 145 ff. BGB). Der Vertrag könnte aber nach § 125 S. 1 BGB wegen Formmangels unwirksam sein. Für die Erklärung des Bürgen bedarf es nach § 766 S. 1 BGB der Schriftform gemäß § 126 BGB. Diese setzt eine eigenhändige Unterzeichnung voraus. Ein Telefax (bei dem der Empfänger nur eine (Fern-)Kopie der unterschriebenen Erklärung erhält), entspricht der Schriftform daher nicht.⁴ Danach ist das Bürgschaftsverprechen nach § 125 S. 1 BGB nichtig, wenn nicht die Ausnahmeregelung des § 350 HGB greift. Nach dieser gilt § 766 S. 1 BGB nicht (sodass auch etwa ein mündliches Bürgschaftsverprechen gültig ist), wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Dies setzt zunächst voraus, dass der Bürge Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB ist (s. § 343 HGB).⁵
- 10 Karl könnte Kaufmann gemäß § 1 HGB (**Ist-Kaufmann**) sein. Dazu müsste er ein **Handelsgewerbe** betreiben. Ein Handelsgewerbe ist nach § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass dieser nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB).
- 11 Der Begriff des **Gewerbes** (§ 1 Abs. 2 HGB) ist im HGB nicht definiert. Darauf, ob eine Tätigkeit nach anderen Gesetzen ein Gewerbe ist, etwa nach der GewO oder nach § 15 EStG, kommt es nicht an. Im Handelsrecht wird unter einem **Gewerbe** verstanden eine selbstständige, (erkennbar) planmäßige (also auf Dauer angelegte) Tätigkeit am Markt, die auf Gewinnerzielung gerichtet oder jedenfalls entgeltlich ist, nicht freiberuflich, wissenschaftlich oder künstlerisch ist, und nicht verboten ist (str.).⁶
- 12 Für den Begriff der **Selbstständigkeit** kann (als Anhaltspunkt, in den Einzelheiten gibt es Abweichungen) die Legaldefinition in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB herangezogen werden. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Auf wirtschaftliche Abhängigkeiten kommt es nicht an. Nicht selbstständig sind typischerweise Arbeitnehmer. Im Fall ist Karl als Inhaber des Großhandels selbstständig tätig.

3 Denkbar wäre etwa die Anknüpfung an jegliche Wertpapiergeschäfte oder an jegliche Warenumsätze, die bestimmte Größenordnungen erreichen.

4 BGH, Urt. v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91, NJW 1993, S. 1126 ff.

5 Ein einseitiges Handelsgeschäft aus Sicht des Bürgen ist ausreichend.

6 Der Gewerbebegriff ist in manchen Einzelheiten streitig. Die hier verwendete Definition ist an jene von *Hopt* angelehnt (*Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. § 1 Rn. 12).

- Planmäßig (auf Dauer angelegt)** ist eine Tätigkeit, wenn sich die Absicht des Handelnden erkennbar auf eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes richtet. Die Mehrzahl einzelner Gelegenheitsgeschäfte reicht nicht aus.⁷ Karls Unternehmung ist auf Dauer angelegt und damit planmäßig. **13**
- Eine **Tätigkeit am Markt** scheidet insbesondere bei reiner Vermögensverwaltung (private Kapitalanlage in Wertpapieren oder Vermietung von Immobilien zu Zwecken der Kapitalanlage) aus.⁸ **14**
- Eine **Gewinnerzielung** muss lediglich beabsichtigt sein. Nicht entscheidend ist, ob Gewinne tatsächlich erzielt werden. Ob überhaupt die Absicht, Gewinne zu erzielen, nötig ist, oder ob es ausreicht, dass Einnahmen erzielt werden sollen, ist streitig. Die frühere Rechtsprechung forderte Gewinnerzielungsabsicht, das herrschende Schrifttum lässt Entgelterzielungsabsicht ausreichen. Der BGH hat die Frage zuletzt offen gelassen.⁹ Im Fall hatte Karl die Absicht, Entgelte und darüber hinaus Gewinne zu erzielen. Die Streitfrage muss daher nicht entschieden werden. **15**
- Um ein Gewerbe zu sein, darf eine Tätigkeit weiter **nicht** den **freien Berufen**, der **Wissenschaft** oder **Kunst** zuzuordnen sein. Diese Berufe betreiben nach ihrem historisch gewachsenen Berufsbild und der Verkehrsanschauung kein Gewerbe. Hierzu zählen insbesondere Rechtsanwälte (vgl. § 2 Abs. 2 BRAO), Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte, Wissenschaftler und Künstler. **16**
- Ob eine **verbotene Tätigkeit** kein Gewerbe sein kann, ist umstritten.¹⁰ Im Fall ist die Frage nicht relevant, da Karl eine legale Tätigkeit ausübt. **17**
- Alle Voraussetzungen für die Annahme eines Gewerbes i.S.d. Handelsrechts sind danach erfüllt. Das Gewerbe müsste nach § 1 Abs. 1 HGB ein **Handelsgewerbe** sein. Nach § 1 Abs. 2 HGB ist jeder Gewerbebetrieb Handelsgewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.¹¹ Aus der „es sei denn“-Formulierung ergibt sich eine widerlegliche **Vermutung** für das Vorliegen eines Handelsgewerbes.¹² Bei dem Großhandel des Karl kann daher von einem Handelsgewerbe ausgegangen werden. **18**
- Das Handelsgewerbe müsste schließlich von Karl **betrieben** werden. Betreiber eines Handelsgewerbes ist derjenige, in dessen Namen die Geschäfte geschlossen werden¹³ (also etwa nicht die Organe oder Vertreter einer juristischen Person).¹⁴ Karl ist selbst Inhaber des Großhandels. Damit betreibt er ein Handelsgewerbe und ist Kaufmann gemäß § 1 HGB. **19**

7 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 13.

8 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 17.

9 BGH, Urt. v. 24.6.2003 – XI ZR 100/02, NJW 2003, S. 2742 (2743) m.w.N. zum Streitstand. Jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers § 14 BGB) nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, NJW 2006, S. 2250 [2251]).

10 Jedenfalls führt nicht jeder Verstoß gegen Vorschriften des Öffentlichen Rechts (z.B. gegen die GewO) dazu, dass ein Gewerbe zu verneinen ist (§ 7 HGB).

11 Hierzu gehören insbesondere eine kaufmännische Buchführung und Bilanzierung, vgl. ausführlich zu § 1 Abs. 2 HGB Rn. 27 ff.

12 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 25.

13 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 1 Rn. 17.

14 Viel diskutiert wird die Frage danach, ob die **Gesellschafter einer Personengesellschaft** Kaufleute sind oder ob auf sie jedenfalls Handelsrecht Anwendung findet – s. dazu Rn. 666 ff.

- 20 Die Bürgschaft müsste für Karl ferner ein **Handelsgeschäft** sein. Handelsgeschäfte sind nach der Legaldefinition in § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Nach § 344 Abs. 1 HGB wird dies im Zweifel für alle vom Kaufmann abgeschlossenen Rechtsgeschäfte vermutet. Karl hat das Bürgschaftsversprechen gerade in der Hoffnung auf eine Steigerung seiner Umsätze mit Friedrich abgegeben. Daher ist ein Handelsgeschäft zu bejahen.
- 21 Nach allem liegen sämtliche Voraussetzungen des § 350 HGB vor, sodass das Bürgschaftsversprechen des Karl formwirksam ist. Ein Anspruch der Berg Bank auf Zahlung von € 25.000 gemäß § 765 Abs. 1 BGB ist entstanden.
- 22 Der Anspruch ist nicht untergegangen. Er könnte aber wegen der von Karl erhobenen **Einrede der Vorausklage** gemäß § 771 S. 1 BGB nicht durchsetzbar sein. Grundsätzlich ist die Haftung eines Bürgen nach dieser Regelung subsidiär. Die Berg Bank müsste sich danach vorrangig an Friedrich halten (und bei diesem sogar zunächst die Zwangsvollstreckung versuchen). Die Einrede der Vorausklage ist jedoch gemäß § 349 S. 1 HGB ausgeschlossen, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft darstellt. Das ist hier der Fall (s.o.). Karl konnte die Einrede der Vorausklage daher nicht wirksam erheben.
- 23 Die Bank hat gegen Karl nach allem einen Anspruch auf Zahlung von € 25.000 aus § 765 Abs. 1 BGB, der auch durchsetzbar ist.

Fall 2: Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes (§ 1 Abs. 2 HGB)

Manni betreibt eine Kfz-Werkstatt mit einem Jahresumsatz von etwa € 450.000. Er beschäftigt acht Mitarbeiter. Neben dem Reparaturbetrieb verkauft er Ersatzteile, von denen er eine Vielzahl immer auf Lager hat. Eine kaufmännische Buchführung oder Bilanzierung hält er für ebenso überflüssig wie eine Eintragung in das Handelsregister.

Das Registergericht fordert Manni auf, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen und droht ein Zwangsgeld an, wenn Manni der Aufforderung nicht nachkommen sollte.

Muss Manni tatsächlich befürchten, dass ein Zwangsgeld gegen ihn festgesetzt wird?

Problemstellung

- 24 Eintragungen in das Handelsregister (§§ 8 ff. HGB) erfolgen in aller Regel nur auf Antrag. Das Handelsregister trägt also nicht von Amts wegen ein, wenn es von einzutragenden Tatsachen Kenntnis erhält. Damit Eintragungspflichten erfüllt werden, ist das Registergericht gemäß § 14 HGB ermächtigt und verpflichtet, die Erfüllung von Anmelde- und Einreichungspflichten zum Handelsregister durch Androhung und Verhängung von Zwangsgeldern durchzusetzen. Die Vorschrift findet nur auf **eintragungspflichtige Tatsachen** Anwendung. Für bloß **eintragungsfähige Tatsachen** gilt sie nicht (zur Unterscheidung s. noch Rn. 199 ff.). Bei der Kaufmannseigenschaft gemäß § 1 HGB handelt es sich gemäß § 29 HGB um eine eintragungspflichtige Tatsache, deren Anmeldung vom Registergericht verlangt werden kann.

Lösung

- 25 Das Handelsregister kann gegen Manni nach § 14 HGB ein **Zwangsgeld** festsetzen, wenn Manni einer Pflicht zur Anmeldung oder zur Einreichung von Dokumenten zum Handelsregister nicht nachgekommen ist. Eine Anmeldepflicht könnte sich aus § 29 HGB ergeben. Danach hat jeder Kaufmann (u.a.) seine Firma zum Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift begründet die grundlegende Verpflichtung für jeden Kaufmann, seine Eintragung im Handelsregister zu veranlassen. Manni müsste, um § 29

HGB zu unterliegen, Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB sein. Hier könnte er Kaufmann gemäß § 1 HGB (Ist-Kaufmann) sein.

§ 1 HGB setzt zunächst ein **Gewerbe** voraus. Ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne ist jede selbstständige, (erkennbar) planmäßige (also auf Dauer angelegte) Tätigkeit am Markt, die auf Gewinnerzielung gerichtet oder jedenfalls entgeltlich ist, nicht freiberuflich, wissenschaftlich oder künstlerisch ist, und nicht verboten ist (str.).¹⁵ Mannis Werkstatt-Unternehmen erfüllt diese Voraussetzungen. **26**

Ist-Kaufmann nach § 1 HGB ist nur, wer ein **Handelsgewerbe** betreibt. Handelsgewerbe ist gemäß § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, das Unternehmen erfordert nach Art oder Umfang nicht einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgewerbes, s. bereits Rn. 18). Entscheidend ist nicht, ob kaufmännische Einrichtungen vorhanden sind, sondern nur, ob sie **erforderlich** sind.¹⁶ Allerdings ist das Vorhandensein ein Indiz für die Erforderlichkeit. **27**

Ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb umfasst die Einrichtungen, die ein Kaufmann normalerweise mit Rücksicht auf die Arbeitnehmer, Kunden und Gläubiger schaffen muss, um eine ordentliche, übersichtliche und zuverlässige Geschäftsführung zu gewährleisten.¹⁷ Unter **kaufmännische Einrichtungen** fallen insbesondere kaufmännische Buchführung und Bilanzierung,¹⁸ Finanzierung und Inventarisierung, Aufbewahrung der Korrespondenz, Firmenführung,¹⁹ kaufmännische Vertretung sowie Beschäftigung kaufmännisch vorgebildeten Personals und eine Lohnbuchhaltung.²⁰ Die Notwendigkeit der Einrichtungen muss sich kumulativ aus **Art und Umfang** des Gewerbebetriebs ergeben. Kriterien hierfür sind u. a. die Organisation des Unternehmens, das Umsatzvolumen, die Zahl der Beschäftigten, die Inanspruchnahme von Kredit, die Zahl und Art der Geschäftsabschlüsse, umfangreiche Werbung und größere Lagerhaltung.²¹ **28**

Mannis Umsatz von € 450.000 im Jahr deutet auf die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen hin.²² Der Umsatz allein ist aber kein ausreichendes Kriterium. Generell gibt kein einzelnes Kriterium den Ausschlag für oder gegen die Kaufmannseigenschaft. Den Ausschlag gibt vielmehr das **Gesamtbild** des Betriebes, das sich aus einer umfassenden Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls ergibt.²³ Manni beschäftigt acht Mitarbeiter. Zudem bietet seine Werkstatt nicht nur Reparaturen, sondern auch den Verkauf von Ersatzteilen an. Dafür hat er eine Lagerhaltung eingerichtet. Dass bislang kaufmännische Einrichtungen in der Werkstatt fehlen, schließt deren Erforderlichkeit nicht aus. Vielmehr muss anhand von Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Manni von der Notwendigkeit solcher Einrichtungen ausgegangen werden. Daher handelt es sich bei Mannis Unternehmen um ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB. **29**

15 S. dazu ausführlich Rn. 10 ff.

16 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 1 Rn. 42.

17 Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 1 Rn. 46.

18 Regelungen hierzu enthalten vor allem die §§ 238 ff. HGB.

19 Zur Firma (§§ 17 ff. HGB) s. Rn. 58 ff.

20 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 1 Rn. 43.

21 Häufig wird zwischen qualitativen und quantitativen Merkmalen unterschieden. Weitere Kriterien und Beispiele bei Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 23 f.

22 Derzeit dürfte die Umsatzschwelle bei etwa € 250.000 liegen, vgl. m.w.N. Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 1 Rn. 52. Kritisch zur Bedeutung des Umsatz-Kriteriums Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 1 Rn. 23.

23 Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 1 Rn. 51.

- 30 Um Kaufmann zu sein, müsste Manni **Betreiber** des Handelsgewerbes sein. Betreiber eines Handelsgewerbes ist derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden.²⁴ Dies ist in unserem Fall Manni.
- 31 Folglich ist Manni Ist-Kaufmann gemäß § 1 HGB. Da es sich bei der Kaufmannseigenschaft um eine eintragungspflichtige Tatsache (also dem Registerzwang unterliegende) Tatsache handelt (§ 29 HGB), kann das Registergericht nach § 14 HGB eine Eintragung ins Handelsregister verlangen und diese mittels eines Zwangsgeldes durchsetzen.

Fall 3: Kaufmann kraft Eintragung und Fiktivkaufmann (§§ 2, 5 HGB)

Ausgangsfall: Meyer betreibt einen kleinen Friseursalon. Sein Betrieb erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB). Dennoch lässt er sich als Kaufmann in das Handelsregister eintragen. In den folgenden Jahren wächst sein Betrieb stetig an, so dass kaufmännische Einrichtungen für sein Unternehmen erforderlich werden. Meyer, der inzwischen auch die negativen Seiten der Kaufmannseigenschaft kennen gelernt hat, möchte sich nun wieder „vom Handelsregister abmelden“. Das Registergericht versagt ihm die Löschung. Zu Recht?

Abwandlung: Meyer lässt seinen kleinen Friseursalon zunächst nicht ins Handelsregister eintragen. Erst als der Betrieb gewachsen ist und ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB darstellt, kommt er seiner gesetzlichen Pflicht nach und beantragt die Eintragung. In der Folgezeit läuft das Geschäft jedoch immer schlechter, sodass kaufmännische Einrichtungen nicht mehr notwendig sind. Meyer unterlässt es, eine Löschung seiner Eintragung im Handelsregister zu beantragen. Unterliegt er dem HGB?

Problemstellung

- 32 Nach § 2 HGB haben Kleingewerbebetreibende die Möglichkeit, sich freiwillig ins Handelsregister eintragen zu lassen („**Kann-Kaufmann**“ oder „**Kaufmann kraft Eintragung**“). Nach der Eintragung hat der Kann-Kaufmann dieselbe Rechtsstellung wie ein Kaufmann i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB („Ist-Kaufmann“).
- 33 Voraussetzung für eine Eintragung nach § 2 HGB ist allein der Betrieb eines **Gewerbes**, das kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB ist. Die **Eintragung** lässt dann mit **konstitutiver Wirkung** die Rechtsstellung als Kaufmann entstehen.²⁵ Wie die Entstehung der Kaufmannseigenschaft liegt deren Beendigung grundsätzlich in der Hand des Gewerbebetreibenden: Er kann nach § 2 S. 3 HGB grundsätzlich die Löschung aus dem Handelsregister beantragen (ein Grundsatz „einmal Kaufmann, immer Kaufmann“ gilt also nicht).
- 34 Hat ein Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betrieben hat, seine Eintragung vornehmen lassen, um der gesetzlichen Pflicht aus §§ 1, 29 HGB nachzukommen, und besteht die Eintragung im Handelsregister fort, obwohl der Betrieb inzwischen zum Kleingewerbe herabgesunken ist, stellt sich die Frage, ob er als „Kann-Kaufmann“ nach § 2 HGB oder als „**Fiktivkaufmann**“ nach § 5 HGB dem Handelsrecht unterliegt.

Lösung

- 35 **Ausgangsfall:** Der Antrag auf Löschung kann gemäß § 2 S. 3 HGB vom Registergericht zurückgewiesen und eine Eintragung damit aufrechterhalten werden, wenn die Eintragung ursprünglich auf § 2 HGB beruhte (also freiwillige Eintragung eines Kleingewerbebetreibenden) und der Betrieb inzwischen nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtungen bedarf

²⁴ Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 1 Rn. 17.

²⁵ Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 2 Rn. 2.

(die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB also erfüllt sind). Bei dem entstandenen Handelsgewerbe besteht inzwischen nämlich die Eintragungspflicht gemäß §§ 1, 29 HGB.²⁶

§ 2 S. 3 HGB setzt voraus, dass ursprünglich ein **Kleingewerbe** vorlag. Ein Kleingewerbe i.S.v. § 2 HGB ist jedes Gewerbe,²⁷ das nicht Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB ist. Meyers Friseursalon war nach dem Sachverhalt ursprünglich ein Kleingewerbe. **36**

Der Betrieb erfordert aber heute kaufmännische Einrichtungen i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB. Daher ist Meyer „Ist-Kaufmann“ geworden, sodass eine Löschung der (freiwillig herbeigeführten) Eintragung im Handelsregister nicht mehr verlangt werden kann (§ 2 S. 3 HGB). Damit hat das Registergericht zu Recht die Löschung versagt. **37**

Abwandlung: Meyer unterliegt dem Handelsrecht, wenn er Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB ist. Ursprünglich war Meyer nicht Kaufmann. Sein Gewerbe war klein, sodass er nicht Ist-Kaufmann nach § 1 HGB war. Er war auch mangels Eintragung im Handelsregister nicht Kann-Kaufmann nach § 2 HGB. Durch das Heranwachsen seines Betriebes zum Handelsgewerbe ist Meyer dann zum „Ist-Kaufmann“ gemäß § 1 HGB geworden. Die erfolgte Eintragung im Handelsregister (die Meyer nach § 29 HGB beantragen musste) hatte nur deklaratorische Wirkung. **38**

Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass durch den Rückgang der Geschäftstätigkeit der Betrieb inzwischen auf den Umfang eines Kleingewerbes geschrumpft ist, sodass kaufmännische Einrichtungen i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB für den Betrieb nicht mehr erforderlich sind. Dadurch hat Meyer jedenfalls die Eigenschaft als „Ist-Kaufmann“ nach § 1 HGB verloren. **39**

Meyer betreibt aber nach wie vor ein Gewerbe und ist ins Handelsregister eingetragen. Er könnte daher Kaufmann sowohl nach § 2 HGB (**Kann-Kaufmann**) als auch nach § 5 HGB (**Fiktiv-Kaufmann**) sein. Beide Regelungen setzen ein Gewerbe, das kein Handelsgewerbe ist, sowie eine Eintragung im Handelsregister voraus. Weitere Voraussetzungen werden jeweils nicht aufgestellt. Beide Regelungen sind damit ihrem Wortlaut nach erfüllt. Es stellt sich die Frage, ob die eine oder andere Vorschrift nur unter weiteren – ungeschriebenen – Voraussetzungen anwendbar ist. Konkret ist umstritten, ob Kann-Kaufmann nach § 2 HGB nur ist, wer freiwillig einen Eintragungsantrag i.S.d. § 2 HGB gestellt hat (das hat Meyer hier nicht getan). **40**

Nach einer **objektiven Auffassung** ist ein freiwilliger Eintragungsantrag für § 2 HGB nicht erforderlich.²⁸ Vielmehr genüge (rein objektiv) die erfolgte Eintragung des Gewerbetreibenden. § 5 HGB hat nach dieser Auffassung neben § 2 HGB keinen eigenen Anwendungsbereich. **41**

Die Gegenauffassung (**subjektive Auffassung**) verlangt für § 2 HGB einen freiwillig gestellten Eintragungsantrag.²⁹ Wer seine Eintragung – wie in unserem Fall Meyer – aufgrund der Verpflichtung in § 29 HGB beantragt hat, ist danach nicht Kann-Kaufmann nach § 2 HGB, sondern Fiktiv-Kaufmann nach § 5 HGB. Für diese Sichtweise spricht unter systematischen Gesichtspunkten, dass dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist, dass er dieselbe Regelung doppelt (nämlich in § 2 HGB und in § 5 HGB) getroffen hat. Zudem betont § 2 S. 2 HGB, dass die Eigenschaft als Kann-Kaufmann auf einer freiwilligen Entscheidung beruht. Damit verträgt es sich nicht, die Vorschrift auch **42**

26 Röbriecht, in: Röbriecht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 2 Rn. 22; vgl. auch Fall 2.

27 Zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff s. Rn. 10 ff.

28 Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 5 Rn. 13.

29 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 5 Rn. 1.

dann anzuwenden, wenn eine Eintragung – wie hier – darauf beruht, dass ein Ist-Kaufmann der Verpflichtung gemäß § 29 HGB nachgekommen ist.

- 43 Daher ist Meyer Fiktiv-Kaufmann i.S.v. § 5 HGB und unterliegt als solcher dem Handelsrecht.

Ergänzende Hinweise

- 44 Fälle, in denen der im Fall dargestellte Meinungsstreit zum Verhältnis zwischen §§ 2, 5 HGB eine Rolle spielt, sind:
- Herabsinken des Gewerbebetriebes von vormaligem Handelsgewerbe zu Kleingewerbe (unser Fall);
 - Eintragung aufgrund der irrtümlichen Annahme einer Eintragungspflicht;
 - Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes (z.B. §§ 104 ff. BGB) beim Eintragungsantrag.

Fall 4: Der Scheinkaufmann

Walter ist Angestellter des Schumacher, der weder ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB betreibt noch ins Handelsregister eingetragen ist. Bei einem Geschäftsabschluss mit Kaufmann Kuhn stellt sich Walter als Prokurist des Schumacher vor. Auf dem Briefkopf fügt er außerdem hinter dem Namen des Schumacher „e. K.“ hinzu und unterschreibt mit dem Zusatz „ppa.“ hinter seinem eigenen Namen. Kuhn geht daher davon aus, dass Schumacher Kaufmann sei. Schumacher kontrolliert den Schriftverkehr, schenkt den geschilderten Umständen aber keine Beachtung. Als Schumacher eine fällige Zahlung nicht sofort begleicht, verlangt Kuhn Zinsen ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Zu Recht?

Problemstellung

- 45 Nach dem Bürgerlichen Recht (§ 288 BGB) ist der Schuldner grundsätzlich erst mit Eintritt des Verzugs verpflichtet, Zinsen zu zahlen. Nach § 353 S. 1 HGB werden Zinsen dagegen schon ab Fälligkeit geschuldet. Voraussetzungen hierfür sind ein **beiderseitiges Handelsgeschäft**, eine **Geldforderung** sowie die **Fälligkeit** dieser Forderung.³⁰
- 46 Zu prüfen ist hier insbesondere die Kaufmannseigenschaft des Schumacher, der kein Kaufmann nach §§ 1, 2 oder 5 HGB ist. Er könnte jedoch **Scheinkaufmann** sein. Scheinkaufmann ist, wer im Geschäftsverkehr in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt hat, Kaufmann zu sein. Im Einzelnen ist zu prüfen,
- ob ein **Rechtsscheintatbestand** besteht,
 - dieser **zurechenbar veranlasst** wurde,
 - ein darauf vertrauender Dritter **gutgläubig** war,
 - und ob der Dritte im Vertrauen auf die Kaufmannseigenschaft zu einer rechtsgeschäftlichen Handlung veranlasst wurde (**Kausalität**).

Lösung

- 47 Kuhn könnte gegen Schumacher einen Anspruch auf Zahlung von Fälligkeitszinsen gemäß § 353 S. 1 HGB haben. Dazu müsste zunächst ein beiderseitiges Handelsgeschäft (§ 343 HGB) vorliegen. Beide Vertragsparteien müssten dafür zunächst Kaufleute im Sinne des HGB sein.³¹ Kuhn ist nach dem Sachverhalt Kaufmann. Fraglich ist, ob dies auch für Schumacher gilt. Er betreibt kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB, so dass er nicht „Ist-Kaufmann“ ist. Mangels Eintragung im Handelsregister ergibt sich die Kaufmannseigenschaft auch nicht aus § 2 HGB oder § 5 HGB.

30 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 353 Rn. 3.

31 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 345 Rn. 2.

In Betracht kommt jedoch, dass Schumacher ein **Scheinkaufmann** ist. Dies hätte zwar nicht zur Folge, dass er in allen Belangen die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns hätte. Er müsste sich aber gegenüber einem gutgläubigen Dritten, der sich auf die Geltung von Handelsrecht beruft, danach behandeln lassen.³² **48**

Damit Schumacher Scheinkaufmann ist, müsste zunächst ein entsprechender **Rechtsscheintatbestand** vorliegen. Dies ist bei Auftreten als Kaufmann der Fall. Dieses Auftreten kann in ausdrücklichen oder konkludenten Erklärungen liegen sowie darin, dass kaufmännische Rechtsinstitute wie etwa die Prokura in Anspruch genommen werden.³³ Dabei spielt es erst im Rahmen der Zurechnung eine Rolle, ob der Rechtsschein durch ein Verhalten des Betroffenen selbst oder durch einen Dritten hervorgerufen wird. Im Fall lag eine Erklärung der Kaufmannseigenschaft lag zum einen in der Benutzung des Kürzels „e. K.“ für „eingetragener Kaufmann“ auf dem Briefkopf. Zum anderen hat sich Walter als Prokurist des Schumacher ausgegeben und mit „ppa.“ („per procura“) unterzeichnet. Die Erteilung einer Prokura nach §§ 48 ff. HGB ist jedoch Kaufleuten vorbehalten. Damit wurde der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gesetzt. **49**

Der entstandene Rechtsschein müsste Schumacher **zurechenbar** sein. Zurechenbar ist der Rechtsschein – ohne Rücksicht auf Verschulden – demjenigen, der ihn gesetzt hat.³⁴ Das kann durch Tun oder pflichtwidriges Unterlassen geschehen. Schumacher hat nicht selbst gehandelt, sodass ein Tun ausscheidet. Möglicherweise muss er sich aber das Handeln seines Mitarbeiters Walter zurechnen lassen. Der durch einen Angestellten hervorgerufene Rechtsschein ist dem Unternehmensträger nur zuzurechnen, wenn er ihn geduldet hat oder fahrlässig nicht zu seiner Beseitigung eingeschritten ist, obwohl ihm dies zumutbar war.³⁵ Schumacher hatte durch die Kontrolle des Schriftverkehrs Kenntnis von den Tatsachen, die den Rechtsschein begründeten. Er hat weder Walter zur Ordnung gerufen noch Kuhn über die tatsächlichen Umstände aufgeklärt. Etwaige Gründe für eine Unzumutbarkeit des Einschreitens sind nicht ersichtlich. Daher ist Schumacher der Rechtsschein der eigenen Kaufmannseigenschaft zurechenbar. **50**

Schutzbedürftig ist Kuhn aber nur, wenn er **gutgläubig** gewesen ist. An der Gutgläubigkeit fehlt es, wenn der Dritte Kenntnis von der wahren Rechtslage hat oder sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.³⁶ Positive Kenntnis von der nicht bestehenden Kaufmannseigenschaft hatte Kuhn nicht. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf kann ihm nur gemacht werden, wenn er trotz Zweifel eine Nachprüfung der wahren Rechtslage nicht vorgenommen hat. Es besteht jedoch keine generelle Pflicht, das Handelsregister einzusehen oder derartige Nachprüfungen anzustellen.³⁷ Für Kuhn gab es keine Anhaltspunkte, die gegen die Kaufmannseigenschaft des Schumacher sprachen. Er war daher gutgläubig. **51**

Schließlich müsste **Kausalität** bestehen zwischen Kuhns Vertrauen auf den Rechtsschein und dem abgeschlossenen Geschäft. Das bedeutet, dass der Dritte den Rechtsschein bei Vertragsschluss gekannt und sich darauf verlassen haben muss.³⁸ Der Rechtsschein bestand gerade bei dem Geschäftsabschluss zwischen Beteiligten, da hier Walter die entsprechenden Zusätze („e.K.“, „ppa.“) benutzte. Demgemäß kann von einem Vertrauen des Kuhn in die Kaufmannseigenschaft des Schumacher ausgegangen werden. Somit ist die erforderliche Kausalität gegeben. **52**

32 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 5 Rn. 14.

33 Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 5 Rn. 56 ff.

34 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 5 Rn. 11.

35 Röbriht, in: Röbriht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., Anh. § 5 Rn. 28.

36 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 15 Rn. 55.

37 Röbriht, in: Röbriht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., Anh. § 5 Rn. 32.

38 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 5 Rn. 13.

- 53 Damit liegen alle Voraussetzungen für die Behandlung Schumachers als Scheinkaufmann vor. Schumacher ist damit zwar nicht in allen Belangen Kaufmann. Insbesondere kann er sich nicht selbst auf Handelsrecht berufen, wenn ein Vertragspartner dessen Geltung ablehnt. Gegenüber einem gutgläubigen Dritten – hier dem Kuhn – muss Schumacher aber Handelsrecht gegen sich gelten lassen, wenn der Dritte diese Geltung verlangt. Das ist hier im Hinblick auf die Zinsregelung in § 353 S. 1 HGB der Fall.
- 54 Kuhn hat daher gegen Schumacher einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen gemäß § 353 S. 1 HGB.

Ergänzende Hinweise

- 55 Zur Kaufmannseigenschaft von **Gesellschaften**: Nach § 6 Abs. 1 HGB finden „[d]ie in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften [...] auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung“. Handelsgesellschaften sind zunächst oHG und KG (s. die Überschrift des zweiten Buches des HGB). OHG und KG unterliegen damit stets dem Kaufmannsrecht.
- 56 Überdies sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch die GmbH und die AG Handelsgesellschaften i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB (s. § 13 Abs. 3 GmbHG: „Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches“; ähnlich § 3 AktG). Auch diese Gesellschaftsformen unterliegen also nach § 6 Abs. 1 HGB als Handelsgesellschaften dem Kaufmannsrecht.
- 57 Für (insbesondere) die GmbH und die AG enthält § 6 Abs. 2 HGB die Klarstellung, dass es für die Kaufmannseigenschaft nicht darauf ankommt, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird („**Formkaufmann**“).

III. Die Firma

Fall 5: Firmenbildung (§§ 18 ff. HGB)

Nach Ansicht des Rechtspflegers des zuständigen Registergerichts liegt in den folgenden Fällen jeweils ein Verstoß gegen die Grundsätze der Firmenbildung nach §§ 18 ff. HGB vor. Trifft dies zu?

Fall a): Alfred betreibt ein Textilunternehmen und möchte unter dem Namen „Cotton Line“ firmieren.

Fall b): Bernd ist Dolmetscher mit Sitz in Düsseldorf und beantragt eine Eintragung ins Handelsregister als „Dolmetscher-Institut Düsseldorf e.K.“.

Fall c): Die Brüder Christoph und Dieter Braun betreiben die „Blumenhandel Gebrüder Braun oHG“. Nachdem Christoph aus der Gesellschaft ausscheidet, möchte Dieter das Geschäft ohne Änderung der Firma fortführen.

Problemstellung

- 58 Die **Firma** im Rechtssinne ist – anders als teilweise in der Umgangssprache – nicht das Unternehmen, sondern der **Name des Kaufmanns**, unter dem dieser seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1 HGB). Unter der Firma kann der Kaufmann nach § 17 Abs. 2 HGB klagen und verklagt werden. Die Firma ist nach § 29 HGB (neben weiteren Umständen) zum Handelsregister anzumelden. Zudem muss die Firma auf allen Geschäftsbriefen (auch E-Mails und Telefax) angegeben werden (§ 37a HGB; u.a. sind danach auch Registergericht und -nummer dort anzugeben).
- 59 Durch die Firma soll der Inhaber des Unternehmens im Rechtsverkehr individualisiert werden können. Damit dies möglich ist, regeln u.a. die §§ 18, 19 HGB, welche Firmen zulässig sind und welche nicht (**Firmenbildungsrecht**).