

2. Einheit: Der Kaufmann

2.1 Inhalt und Lernziele

Das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft bei zumindest einem der an dem Rechtsverhältnis Beteiligten ist **Anknüpfungspunkt** für die Anwendung handelsrechtlicher Normen (**subjektives System**).¹²⁹ Somit hat der Kaufmannsbegriff zentrale Bedeutung für das gesamte Handelsrecht, denn es gilt der Grundsatz: Ohne Kaufmann, kein Handelsrecht.

In dieser Einheit werden die Anforderungen an die Kaufmannseigenschaft einer natürlichen oder juristischen Person dargestellt. Voraussetzung dafür ist die Definition der Begriffe „Gewerbe“ und „Handelsgewerbe“.

Der Übungsfall zeigt, wie die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften von der Kaufmannseigenschaft eines Beteiligten abhängt. Wobei es für die Lösung des Falls vor allem darauf ankommt, dass die Voraussetzungen des §1 Abs.2 HGB mit dem Vorliegen eines Handelsgewerbes sauber geprüft werden.

2.2 Systematik des Kaufmannsbegriffs

Das HGB kennt drei **Kaufmannskategorien**:

1) Kaufmann aufgrund **Betreibens eines Handelsgewerbes** gem. §§1–3 HGB

- **Gewerbe** ist jedes Handelsgewerbe (dazu unten Ziff. 2.3.1),
- Der Betreiber ist ohne weiteres von Rechts wegen nach §1 HGB Kaufmann (**Istkaufmann**),

Ist das Gewerbe kein Handelsgewerbe, kann der Betreiber durch fakultative Eintragung der Firma in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft nach §2 HGB herbeiführen (**Kannkaufmann**).

Ein Gewerbe der Land- und Forstwirtschaft, das nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, kann durch **fakultative** Eintragung der Firma in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft nach §3 HGB erhalten (**uneigentlicher Kannkaufmann**).

2) Kaufmannseigenschaft **kraft Eintragung**, §5 HGB

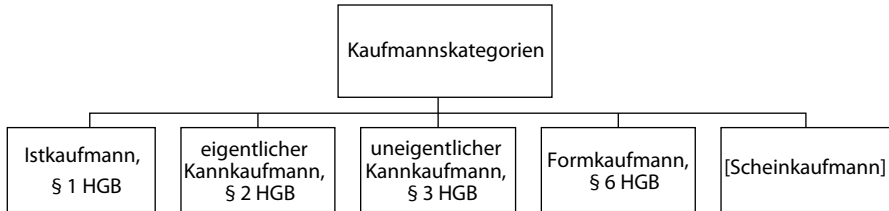
Nach der Neuregelung des §2 HGB hat §5 HGB keinen eigenen Regelungsgehalt mehr.

3) Kaufmannseigenschaft **kraft Rechtsform**, §6 HGB (**Formkaufmann**)

¹²⁹ *Canaris*, Handelsrecht, §1 Rn. 1 u. 3.

Hinzu kommt die ungeschriebene Kaufmannseigenschaft **kraft Rechtsscheins**. Der sog. Scheinkaufmann ist kein Kaufmann, er muss sich aber so behandeln lassen (dazu unten Ziff. 2.3.4).

Übersicht: Kaufmannskategorien



2.3 Kategorien im Einzelnen

2.3.1 Kaufmann kraft Betreibens eines Handelsgewerbes, §§ 1–3 HGB

Die Kaufmannseigenschaft aufgrund Betreibens eines Handelsgewerbes (sog. Istkaufmann) erfordert

- die Eigenschaft des Unternehmens als **Gewerbe**,
- die Eigenschaft des Unternehmens als **Handelsgewerbe**,
- die **Betreibereigenschaft** des betreffenden Rechtssubjekts.

2.3.1.1 Eigenschaft des Unternehmens als Gewerbe

Es gibt keine nähere Umschreibung des Begriffs „Gewerbe“ im Handelsrecht, sondern lediglich einen Negativkatalog in § 6 GewO und eine steuerrechtliche Definition in § 15 Abs. 2 S. 1 EStG. Für die Bestimmung eines handelsrechtlichen Gewerbebegriffs werden hierdurch allerdings nur unverbindliche Anhaltspunkte gegeben.

Gewerbe =_{def} Jede selbständige entgeltliche Tätigkeit, die nach außen erkennbar und auf Dauer angelegt ist und nicht als freier Beruf betrieben wird.

Für einige Berufsgruppen hat der Gesetzgeber aber ausdrücklich entschieden, dass diese **nicht** gewerblich tätig sind, z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (vgl. § 2 Abs. 2 BRAO, § 32 Abs. 2 StBerG, § 2 Abs. 2 S. 2 WPO).

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gewerbes sind:

a. Selbständigkeit (vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB)

Selbständig ist, wer ein Unternehmerrisiko übernimmt und in persönlicher Unabhängigkeit seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten kann; dabei wird auf das eigenständige Auftreten am Markt zur Ausnutzung unternehmerischer Chancen abgestellt.

Maßgeblich ist die **rechtliche** Selbständigkeit; die (wirtschaftliche) Abhängigkeit von Kreditgebern, Lieferanten oder Kunden ist dagegen unschädlich (und im Wirtschaftsleben ohnehin die Regel).

Das Merkmal der Selbständigkeit ist nur für den Einzelkaufmann von Bedeutung, da es ihn vom Arbeitnehmer und Beamten unterscheidet; die Handelsgesellschaften sind bereits aufgrund ihrer Natur stets selbständige Unternehmensträger.

b. Erkennbarkeit nach außen

Die bloße innere Absicht, ein Gewerbe zu betreiben, reicht nicht aus, erforderlich ist ein **Anbieten einer Leistung am Markt**.¹³⁰

Negativ-Beispiel:

eine Beteiligung als stiller Gesellschafter gem. §§ 230 ff. HGB ist kein Gewerbe, es bedarf einer Manifestation dieser Absicht nach außen (z. B. Angabe auf dem Briefkopf); heimliches Spekulieren an der Börse

c. Planmäßigkeit und Ausrichtung auf Dauer

Die Tätigkeit muss von vornherein auf eine Vielzahl von Geschäften gerichtet sein; eine lang andauernde oder ununterbrochene Tätigkeit ist aber nicht erforderlich.

Beispiel:

auch die Eisdielen, die nur in den Sommermonaten betrieben wird, und der Süßwarenstand auf dem Oktoberfest sind Gewerbe

Negativ-Beispiel:

gelegentlicher Verkauf von überschüssigem Obst aus dem Garten ist keine gewerbliche Tätigkeit

d. Erlaubtheit

Nach der heute herrschenden Lehre (h. L.) kommt es auf die Erlaubtheit der Tätigkeit oder die Wirksamkeit der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte **nicht** an.¹³¹

Beispiel:

auch ein Unternehmen, das Kredite zu wucherischen Bedingungen vergibt, kann Gewerbe sein, ebenso der Heiratsvermittler

Nach einer älteren Ansicht sollen die von der Rechtsordnung geächteten Gewerbe ausgegrenzt werden, danach können gem. §§ 134, 138 BGB gesetzes- oder sittenwidrige Tätigkeiten nicht Gewerbe sein. Ein sitten- oder gesetzeswidriges Gewerbe wird (nach beiden Ansichten) nicht ins Handelsregister eingetragen, sondern ist zu unterbinden.

Die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Betriebs ist nach § 7 HGB für den Gewerbebegriff ebenfalls **unerheblich**.

Beispiel:

ob Wirt W eine Gaststättenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 GastG hat, ist für die Frage nach seiner Kaufmannseigenschaft irrelevant

¹³⁰ *Canaris*, Handelsrecht, § 2 Rn. 7.

¹³¹ *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 9 Rn. 35.

e. Entgeltlichkeit/Gewinnerzielungsabsicht

Nach heute h. L. ist erforderlich, dass ein **Entgelt als Vergütung** gefordert wird. Die früher herrschende Meinung forderte dagegen eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, einen den Aufwand übersteigenden Ertrag (Gewinn) zu erwirtschaften. Entscheidend ist die Absicht, auf die tatsächliche Gewinnerzielung kommt es nicht an.¹³² Die Gewinnerzielung muss auch nicht das einzige Motiv der Tätigkeit sein (Stichwort: Motivbündel). Relevant wird diese Unterscheidung etwa bei defizitären Unternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge und Abschreibungsgesellschaften

f. Keine freiberufliche Tätigkeit

Die Ausgrenzung der freien Berufe aus dem Gewerbebegriff ist durch standesrechtliche Tradition (Abgrenzung zum Kaufmannsstand) bedingt. Zum (beispielhaften) Katalog der Freiberufler kann auf §1 Abs. 2 PartGG verwiesen werden.¹³³

2.3.1.2 Eigenschaft des Unternehmens als Handelsgewerbe

Bestimmte Gewerbe sind Handelsgewerbe (als eigentliche Handelsgewerbe gem. §1 Abs. 2 HGB) oder gelten als solche (uneigentliche Handelsgewerbe nach §§2, 3 HGB).

a. **eigentliches** Handelsgewerbe nach §1 Abs. 2 HGB (Istkaufmann)

Handelsgewerbe =_{def} jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang (beides muss vorliegen) einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Die **Art** des Geschäftsbetriebes meint die Geschäftsstruktur. Dabei handelt es sich um ein qualitatives Kriterium mit folgenden Anhaltspunkten: Natur und Vielfalt der gewöhnlich vorkommenden Geschäfte, Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, Art des Kundenkreises, Lagerhaltung, Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr, Inanspruchnahme und Gewährung von Kredit, Umfang der Korrespondenz.¹³⁴

Dagegen meint der **Umfang** des Geschäftsbetriebs die Größenordnung des Gewerbes. Bei diesem quantitativen Kriterium werden folgende Faktoren berücksichtigt: Betriebskapital, Umsatzvolumen,¹³⁵ Zahl der Beschäftigten, Lohnsumme, Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe.

Die **kaufmännische Einrichtung** zeichnet sich typischerweise durch den Einsatz kaufmännischen Personals mit oder ohne Vertretungsmacht aus, durch Aufgliederung in Geschäfts- bzw. Zuständigkeitsbereiche, durch eine kaufmännische Buchführung, eine Aufbewahrung der Korrespondenz sowie durch eine Firmenführung zur Identifikation des Geschäftsinhabers.

¹³² *Baumbach/Hopt*, HGB, §1 Rn. 15.

¹³³ BGH NJW 2011, 3036.

¹³⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, §1 Rn. 23.

¹³⁵ BGH NJW 1982, 577.

Eine derartige Einrichtung ist **erforderlich**, wenn sie zur ordentlichen und übersichtlichen Geschäftsführung bzw. zum Schutz der Geschäftspartner notwendig ist.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, besteht die Eigenschaft des Gewerbes als Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB auch ohne Eintragung der Firma in das Handelsregister. Die Eintragung ist zwar für den Betreiber eines Handelsgewerbes i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB nach § 29 HGB obligatorisch, so dass das zuständige Registergericht ggf. Maßnahmen des Registerzwangs ergreifen kann, diese Eintragung hat aber nur rechtsbekundende, deklaratorische Bedeutung.

Die Eigenschaft eines Gewerbes als Handelsgewerbe ist meist von dem unsicheren, für den Rechtsverkehr schwer erkennbaren **Kriterium der Erforderlichkeit** abhängig. Dieser Rechtsunsicherheit tritt der Gesetzgeber durch eine vom Gewerbetreibenden zu widerlegende Vermutung entgegen (Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in § 1 Abs. 2 HGB: „es sei denn, dass [...]“)

Beispiel:

Kaufmann K verlangt vom (nicht eingetragenen) Gewerbetreibenden G Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB. Da diese Vorschrift nur für Kaufleute gilt, müsste K nun die für ihn günstige Tatsache beweisen, dass G Kaufmann ist. Dies bleibt ihm aufgrund der Formulierung in § 1 Abs. 2 HGB erspart. G selbst kann jedoch die Vermutung widerlegen, wenn es ihm gelingt nachzuweisen, dass er kein Handelsgewerbe betreibt.

b. uneigentliches Handelsgewerbe nach § 2 HGB (Kannkaufmann)

Uneigentliches Handelsgewerbe =_{def} Nach § 2 S. 1 HGB gilt als Handelsgewerbe auch ein Gewerbebetrieb, der nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe), sofern die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Eintragung der Firma (§ 17 HGB) hat folgende Konsequenzen:

- durch die **fakultative** Eintragung erwirbt der Kleingewerbetreibende konstitutiv (rechtsbegründend) die Kaufmannseigenschaft,
- nach § 105 Abs. 2 HGB besteht für (eingetragene) Kleingewerbetreibende auch die Möglichkeit der Gründung einer Personenhandels-gesellschaft,
- der Registerrichter wird von der Prüfung entbunden, ob das angemeldete Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht.

Beispiele:

allein arbeitende Friseure (Dienstleistungen), kleine Bäckereien (Warenumsatz)

Bereut der Kleingewerbetreibende, durch die Eintragung in das Handelsregister Kaufmann geworden zu sein, kann er dies durch Einleitung eines Lösungsverfahrens rückgängig machen (§ 2 S. 3 HGB). Er ist ein „Kannkaufmann mit Rückfahrkarte“.¹³⁶

¹³⁶ Vgl. K. Schmidt NJW 1998, 2161 (2162).

Nichteingetragene Kleingewerbetreibende können dennoch in folgenden Fällen handelsrechtlichen Vorschriften unterliegen („Nicht-aber-teils-doch-Kaufleute“)¹³⁷:

- als Scheinkaufmann (siehe unten Ziff. 2.3.4),
- durch die Regelungen bzgl. Kommissions-, Fracht-, Speditions- und Lagergeschäften gelten für gewerbsmäßige Kommissionäre, Spediteure, etc., handelsrechtliche Vorschriften, auch wenn es sich dabei um kein Handelsgewerbe i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB handelt (vgl. für das Kommissionsgeschäft § 383 Abs. 2 S. 1 HGB; ähnliche Vorschriften finden sich auch bei den anderen genannten Geschäften); daneben gelten mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte (vgl. § 383 Abs. 2 S. 2 HGB).

Merke: Im Recht des Verbraucherschutzes stehen die nicht eingetragenen Kleingewerbetreibenden als Unternehmer i. S. v. § 14 BGB ohnehin weitgehend den Kaufleuten gleich (§ 310 Abs. 1 BGB).

c. **uneigentliches Handelsgewerbe nach § 3 HGB** (uneigentlicher Kannkaufmann)

Ein land- oder forstwirtschaftliches Hauptgewerbe erwirbt unter folgenden Voraussetzungen die Eigenschaft eines Handelsgewerbes:

- Es handelt sich um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb: Voraussetzung ist die Gewinnung und Verwertung pflanzlicher oder tierischer Rohstoffe durch Bodennutzung,
- Erforderlichkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs (dieselben Voraussetzungen wie oben unter a. dargestellt),
- Eintragung der Firma in das Handelsregister gem. § 2 HGB.

Die Eintragung ist **fakultativ** und **konstitutiv** wie beim Kannkaufmann des § 2 HGB; im Unterschied zu diesem kann der Land- oder Forstwirt die Löschung seiner Firma aber nicht mehr ohne weiteres herbeiführen: Bestehen die bei der Eintragung gegebenen Voraussetzungen nach § 3 HGB fort, muss er Kaufmann bleiben¹³⁸ („Kannkaufmann ohne Rückfahrkarte“).

3. Betreibereigenschaft

Nur derjenige ist Kaufmann, der ein Handelsgewerbe **betreibt**. Das Handelsgewerbe wird von demjenigen betrieben, in dessen Namen die zum Handelsgewerbe gehörenden Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden.¹³⁹ Es kommt auf die Frage an, wer aus dem jeweiligen Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird. Unerheblich ist demnach, ob der Betreiber persönlich in „seinem“ Handelsgewerbe tätig ist, ob er Inhaber des Geschäftsvermögens ist, eine bestimmte Eignung besitzt oder eine öffentlich-rechtliche Gewerbeurlaubnis hat.

Beispiel:

B hat eine Kleiderfabrik. Er selbst befindet sich im Winter beim Skifahren und im Sommer beim Segeln. Sein Generalbevollmächtigter führt die Geschäfte. Betreiber ist nach obigem Grundsatz B; G schließt für ihn gem. § 164 BGB, § 54 HGB (also als Stellvertreter) die Verträge.

¹³⁷ Vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 10 Rn. 70 ff.

¹³⁸ Baumbach/Hopt, HGB, § 3 Rn. 8.

¹³⁹ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 54.

2.3.2 Kaufmann kraft Betreibens eines eingetragenen Gewerbes, § 5 HGB

§ 5 HGB hat keinen eigenen Anwendungsbereich mehr, denn entweder wird das Vertrauen in die Kaufmannseigenschaft eines eingetragenen Gewerbetreibenden auch vollständig durch § 2 HGB geschützt oder die Vorschrift greift in Ermangelung eines Gewerbetriebs tatbestandlich nicht ein.

2.3.3 Kaufmann kraft Gesellschaftsform, § 6 HGB

§ 6 HGB enthält zwei sich im Anwendungsbereich überschneidende, aber dennoch unterschiedliche Regelungen, welche die Kaufmannseigenschaft von Gesellschaften (= alle der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks dienenden organisierten Personenvereinigungen, die durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, den Gesellschaftsvertrag, zustande gekommen sind, vgl. unten Einheiten 10–12) betreffen:

- Die Kaufmannseigenschaft von Handelsgesellschaften: Nach § 6 Abs. 1 HGB gilt das gesamte Handelsrecht auch für die Handelsgesellschaften. Handelsgesellschaften sind alle Gesellschaften, die in das Handelsregister eingetragen werden (OHG, KG, AG, GmbH, KGaA, SE, EWIV).
- Die Kaufmannseigenschaft der Körperschaften: Nach § 6 Abs. 2 HGB ist ein Verein, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, auch dann Kaufmann, wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB nicht vorliegen.

2.3.4 Scheinkaufmann

2.3.4.1 Begriff

Scheinkaufmann ist, wer durch zurechenbares Verhalten den Anschein erweckt oder unterhält, Kaufmann zu sein. Gegenüber einem gutgläubigen Dritten, der sein Verhalten von diesem Anschein bestimmen ließ, muss er sich in gewisser Hinsicht als Kaufmann behandeln lassen und somit auch die entsprechenden Nachteile in Kauf nehmen. Die Lehre vom Scheinkaufmann ist ein Unterfall der Haftung für zurechenbar erzeugten Rechtsschein,¹⁴⁰ die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruht und ihren Ausdruck in verschiedenen gesetzlichen Regelungen gefunden hat, z. B. auch in § 15 HGB.

2.3.4.2 Voraussetzungen

Die Voraussetzungen entsprechen den allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung:

¹⁴⁰ BGH NJW 1966, 1915 (1916).

- Unanwendbarkeit vorrangiger gesetzlicher Regelungen: die §§ 2, (5), 15 HGB sind vorrangig zu prüfen, nur wenn sie nicht einschlägig sind, kommt eine Anwendung der Regeln zum Scheinkaufmann in Betracht.
- Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft: durch ein nach außen gerichtetes Verhalten des Betroffenen oder eines Dritten wird entgegen den tatsächlichen Verhältnissen der Anschein erweckt, dass dieser Kaufmann sei. Dies beurteilt sich nach dem objektivierten Empfängerhorizont.¹⁴¹

Beispiel:

Nichtkaufmann N gibt auf seinen Geschäftsbögen mehrere Geschäftskonten an und führt die einem Kaufmann vorbehaltene Firma „Modehaus N e.K.“

- Zurechenbarkeit des Rechtsscheins: die Zurechenbarkeit ist zu bejahen, wenn der Rechtsschein durch Tun gesetzt oder durch pflichtwidriges Unterlassen aufrechterhalten wird (auf ein Verschulden kommt es nur bei einem Unterlassen an). Wurde der Rechtsschein von einem Dritten gesetzt, ist eine Zurechenbarkeit nur dann gegeben, wenn der Scheinkaufmann das Verhalten des Dritten kannte oder zumindest hätte kennen können und ihm ein Einschreiten zur Zerstörung des Rechtsscheins zumutbar gewesen wäre.¹⁴² Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit schließen eine Zurechenbarkeit aus.

Beispiel:

M ist Mitarbeiter in dem nichtkaufmännischen Gewerbe des N. Gegenüber einem Geschäftspartner tritt er mit Ns Wissen als „Prokurist“ auf. Damit wird der Rechtsschein durch M erweckt, bei dem Gewerbe des N handele es sich um ein kaufmännisches. Da N das Verhalten des M kannte, ist es ihm auch zurechenbar.

- Gutgläubigkeit des Dritten: der Dritte ist bei positiver Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des wahren Sachverhalts nicht schutzwürdig. Den Dritten trifft aber grundsätzlich keine Nachforschungspflicht, insbesondere nicht die Pflicht zur Einsichtnahme in das Handelsregister.
- Kausale Vertrauensbestätigung: der Dritte muss tatsächlich in Kenntnis und im Vertrauen auf den Rechtsschein zu Entschließungen rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art veranlasst worden sein.
- Privatrechtlicher Geschäftsverkehr: Die Lehre vom Scheinkaufmann ist in ihrer Geltung auf den privatrechtlichen Geschäftsverkehr beschränkt; im reinen Deliktsrecht entfällt der Tatbestand bereits mangels kausaler Vertrauensbetätigung, denn niemand lässt sich im Vertrauen auf die Kaufmannseigenschaft schädigen.

2.3.4.3 Rechtsfolgen

Der Rechtsschein wirkt nur unter den Beteiligten, also relativ, und nicht auch gegenüber unbeteiligten Dritten. Der Rechtsschein wirkt nur zugunsten, nicht zuungunsten des gutgläubigen Dritten. Außerdem sind nur die HGB-Normen

¹⁴¹ Vgl. BGH NJW 2012, 3368 (3369).

¹⁴² Baumbach/Hopt, HGB, § 5 Rn. 11.