

2. Handelsrecht

2.1 Kaufmann, §§ 1 – 7 HGB

1. Einleitung
2. Begriff des Kaufmanns
3. Unterschiede zum Kaufmannsbegriff vor Handelsrechtsreform-Gesetz
4. Beginn und Ende der Kaufmannseigenschaft

zu 1:

Der Kaufmannsbegriff wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22.6.1998 (Handelsrechtsreform-Gesetz), welches am 1.7.1998 in Kraft getreten ist, neu konzipiert. Das Gesetz diente der bis dahin lange diskutierten Modernisierung des HGB.

zu 2:

Durch das Handelsrechtsreform-Gesetz ist ein einheitlicher Kaufmannsbegriff geschaffen worden. Es wird nicht mehr unterschieden zwischen Muss- und Sollkaufmann und zwischen Voll- und Minderkaufmann.

Angehörige der Freien Berufe werden weiterhin nicht in den Anwendungsbereich des HGB einbezogen; für Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft gilt die Sonderregelung in § 3 HGB. Der Begriff der „Kauffrau“ existiert nur in Form der „*eingetragenen Kauffrau*“, § 19 Abs. 1 HGB.

Kaufmann ist ohne Rücksicht auf die Branche jeder Gewerbetreibende außer den Kleingewerbetreibenden. Letztere können sich eintragen lassen und freiwillig Kaufmann werden. Unterschieden werden folgende Kaufmannsbegriffe:

a) Istkaufmann, § 1 HGB (entspricht §§ 1, 2 HGB a. F. – Musskaufmann, Sollkaufmann)

Istkaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, § 1 Abs. 1 HGB. Ein **Handelsgewerbe** ist jeder Gewerbebetrieb; es setzt den An- und Verkauf von Waren voraus; keine Anschaffung liegt beim originären Erwerb vor, was vor allem für die sog. „Urproduktion“ gilt. Nichtkaufleute sind daher Inhaber von Betrieben, die, wie z. B. der Bergbau oder die Land- und Forstwirtschaft Bodenschätze ausbeuten. Sie veräußern zwar bewegliche Sachen; diese wurden von ihnen aber nicht angeschafft.

Istkaufmann sind somit alle Gewerbetreibende, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, § 1 Abs. 2 HGB. Damit sind die früheren Minderkaufleute (§ 4 HGB a. F.) aus dem Kaufmannsbegriff herausgenommen und dem Handelsrecht grundsätzlich nicht mehr unterstellt.

→ Gewerbebetrieb (eine Tätigkeit, die selbständig ist, auf Dauer angelegt ist, planmäßig betrieben wird, auf dem Markt erkennbar ist, nach außen in Erscheinung tritt und nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist)

- Gewinnerzielungsabsicht muss gegeben sein; Gewinn muss jedoch nicht tatsächlich erzielt werden
- Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs; ist aufgrund der Gesamtwürdigung und der Verhältnisse zu beurteilen:
 - Vielfalt des Geschäftsgegenstandes
 - Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge
 - Art und Weise der betrieblichen Organisation
 - Art und Gestaltung der Bankverbindungen
 - Höhe des Umsatzes
 - Höhe des Anlage- und Betriebskapitals
 - Anzahl und Größe der Betriebsstätten

Die Anmeldung eines Istkaufmanns zum Handelsregister ist obligatorisch; die Eintragung im Handelsregister ist *deklaratorisch*.

b) Kannkaufmann, § 2 HGB (entspricht § 3 HGB a. F. – Kannkaufmann)

Ein Gewerbetreibender, der nicht Istkaufmann ist, hat nach § 2 HGB die Option, seine Firma im Handelsregister eintragen zu lassen; er wird durch Eintragung im Handelsregister zum Kannkaufmann. Dies ist der Fall bei Kleingewerbetreibenden, die sich im Handelsregister eintragen lassen.

Auch ein Betrieb der Land- und Forstwirtschaft kann nach § 3 Abs. 2 HGB Kannkaufmann sein. Durch Löschantragsrecht (§ 2 Satz 3 HGB) kann der Unternehmer seine Kaufmannseigenschaft wieder aufheben. Dies gilt auch für die KG und die OHG, die hierdurch die Umwandlung kraft Gesetzes in eine GbR herbeiführen können. Die Löschungsoption gilt jedoch nicht für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft; d. h. solange ein Betrieb der Land- und Forstwirtschaft die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, kann er sich nicht wieder löschen lassen. Für kleine Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gilt die Löschungsoption des § 2 Satz 3 HGB, dessen Geltung von § 3 Abs. 1 HGB nicht ausgeschlossen ist.

Die Anmeldung eines Kannkaufmanns zum Handelsregister ist fakultativ; die Eintragung selbst wirkt, anders als bei der Eintragung des Istkaufmanns, *konstitutiv*. Die Kaufmannseigenschaft entsteht beim Kannkaufmann also erst mit Eintragung im Handelsregister.

c) Formkaufmann, § 6 HGB (entspricht § 6 HGB a. F. – Formkaufmann)

Handelsgesellschaften¹ gelten als Kaufmann, unabhängig davon, ob sie ein Handelsgewerbe betreiben, § 6 Abs. 1 HGB. Formkaufmann ist gemäß § 6 Abs. 2 HGB auch jeder Verein, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt; das sind die AG, die KGaA, die GmbH, die EWIV, die eingetragene Genossenschaft (eG). Die eG ist zwar keine Handelsgesellschaft, gilt aber als Kaufmann i. S. d. HGB (§ 17 Abs. 2 GenG); ebenso die größeren VVaG (§§ 16, 53 VAG Die EWIV gilt gemäß § 1 letzter Halbsatz EWIV-AG als Handelsgesellschaft. Die Regelung des § 6 Abs. 2 HGB erfasst also auch solche

1 Zum Begriff Handelsgesellschaften vgl. Kapitel 3.4.

Vereine, die Handelsgesellschaften sind und somit bereits über § 6 Abs. 1 HGB erfasst sind (AG, GmbH, KGaA).

OHG und KG sind keine Formkaufleute, weil sie keine Vereine (Körperschaften) i. S. d. § 6 Abs. 2 HGB sind; sie sind Vollkaufleute kraft ihres Handelsgewerbes, §§ 105, 161 HGB. Kaufmann sind nach h. M. auch der persönlich haftende Gesellschafter der KG und die Gesellschafter der OHG.

Folgende Organisationsformen sind weder Handelsgesellschaften noch Formkaufleute:

- ▶ stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB
- ▶ Reederei, §§ 484 ff. HGB
- ▶ GbR, §§ 705 ff. BGB
- ▶ eingetragener Verein, §§ 21 ff. BGB
- ▶ nicht eingetragener Verein, § 54 BGB
- ▶ Partnerschaftsgesellschaft

Formkaufleute sind z. B. auch ehemalige öffentlich-rechtliche Institutionen: die Bundesbahn AG; die Deutsche Post AG, die Deutsche Postbank AG, die Deutsche Telekom AG (§ 6 HGB i. V. m. § 3 AktG).

Die Eigenschaft des Formkaufmanns setzt dessen Eintragung im Handelsregister oder Genossenschaftsregister voraus.

Die Anmeldung eines Formkaufmanns zum Handelsregister ist obligatorisch; seine Eintragung im Handelsregister ist *konstitutiv*.

d) Scheinkaufmann, § 5 HGB (entspricht § 5 HGB a. F. – Scheinkaufmann)

Wer im Handelsregister mit seiner Firma eingetragen ist, gilt als Kaufmann; ebenso wer sich tatsächlich verhält wie ein Kaufmann (z. B. Auftreten unter einer Firmenbezeichnung wie „Großhandel“, „Zentrale“, „Möbelwerke“ u. Ä.).

Scheinkaufmann liegt z. B. vor, wenn der Gewerbebetrieb eines Istkaufmanns auf den Umfang eines Kleingewerbes schrumpft. Hat der Eingetragene sein Gewerbe endgültig stillgelegt und sich zur Ruhe gesetzt, gilt § 5 HGB für und gegen ihn nicht mehr.

zu 3:

Nach *altem Recht* wurde unterschieden zwischen Muss- und Sollkaufmann; **Musskaufmann** konnte sein ein Vollkaufmann oder ein Minderkaufmann. **Vollkaufmann** war, wer ein Handelsgewerbe betrieb. **Minderkaufmann** war ein Gewerbetreibender, dessen Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erforderte; er war aber zwingend Kaufmann, konnte jedoch z. B. keine Firma führen und keine Prokura erteilen.

Sollkaufmann war ein Gewerbetreibender, der gerade kein Handelsgewerbe betrieb, dessen Betrieb allerdings nach Art und Umfang den Betrieb eines in kaufmännischer Weise geführten Geschäftsbetriebs erforderte, Der Sollkaufmann wurde erst kraft pflichtgemäßer Eintragung in das Handelsregister zum Kaufmann. Der Sollkaufmann war verpflichtet, sich eintragen zu lassen. Daneben kannte auch das alte Recht die Begriffe **Kannkaufmann**, **Formkaufmann** und **Schein-**

kaufmann. Diese waren weitgehend inhaltsgleich mit den heutigen Begriffen Kannkaufmann, Formkaufmann und Scheinkaufmann.

In der Praxis kam es häufig zu Abgrenzungsproblemen zwischen den einzelnen Kaufmannsbegriffen. Dem wurde durch die Schaffung des einheitlichen Kaufmannsbegriffs mit der Handelsrechtsreform Rechnung getragen.

zu 4:

Beginn:

- ▶ Istkaufmann – mit Geschäftsaufnahme, da Eintragung nur deklaratorisch
- ▶ Kannkaufmann – mit Eintragung, da Eintragung konstitutiv
- ▶ Formkaufmann – mit Eintragung, da Eintragung konstitutiv
- ▶ Scheinkaufmann – mit Eintragung, da insoweit Eintragung konstitutiv

Ende:

- ▶ Istkaufmann – mit Aufgabe Geschäftsbetrieb
- ▶ Kannkaufmann – mit Löschung der Eintragung
- ▶ Formkaufmann – mit Löschung der Eintragung
- ▶ Scheinkaufmann – mit Löschung der Eintragung

2.2 Handelsregister, Unternehmensregister, §§ 8 – 16 HGB

1. Begriff des Handelsregisters
2. Funktion des Handelsregisters und Einsichtsrecht
3. Unternehmensregister
4. Wirkung der Eintragung im Handelsregister
5. Eintragungsfähige und eintragungspflichtige Tatsachen
6. Publizitätswirkung des Handelsregisters

zu 1:

Das Handelsregister ist ein öffentlich geführtes Verzeichnis, das der Veröffentlichung von für den kaufmännischen Rechts- und Geschäftsverkehr bedeutsamer Tatsachen dient, §§ 8 – 16 HGB; §§ 125 ff. FGG. Mit dem Handelsregister soll die Zugehörigkeit von Gewerbetreibenden zum Handelsstand dokumentiert werden. Das Handelsregisterrecht ist durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10.11.2006 (**EHUG**), welches zum 1.1.2007 in Kraft getreten ist, umfassend reformiert und auf Internetnutzung umgestellt worden; die §§ 8 – 16 HGB wurden entsprechend geändert oder neu gefasst; § 8b HGB wurde neu eingefügt. Das EHUG ist ein Artikelgesetz, das Änderungen insbesondere des HGB und der Registerordnungen vorsieht, aber auch Änderungen des AktG, GmbHG, GenG, UmwG etc. Die für die Praxis wesentlichsten Änderungen sollen nachfolgend dargestellt werden.

Das EHUG trägt der europarechtlich vorgeschriebenen Elektronisierung des Handelsregisters Rechnung. Danach müssen ab 1.1.2007 alle Offenlegungspflichtigen Daten über ein Unterneh-