

Handels- und Gesellschaftsrecht

Folien II

Kaufmannsbegriff und
Anwendbarkeit des HGB

Anwendbarkeit des HGB: Kaufleute

- Kaufmannsbegriff definiert in § 1 I HGB:
 - Betrieb eines Handelsgewerbes.
- Handelsgewerbe wiederum definiert in § 1 II HGB:
 - Jeder Gewerbebetrieb,
 - Sofern er nicht nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert.
- Maßgeblich sind daher:
 - (1) Betreiben eines Gewerbes;
 - (2) Geschäftsgegenstand (Art) und Größe (Umfang) des Unternehmens.

Bedeutung der Merkmale:

- Das Merkmal 1 ist zwingend erforderlich
- Liegt kein Gewerbe vor oder wird es nicht mehr betrieben, ist HGB unanwendbar.
- Eine Eintragung in das Handelsregister ist nicht zulässig.
- Selbst wenn sie (fehlerhafterweise) doch erfolgt sein sollte, ist der Betreffende nicht Kaufmann: Auch § 5 setzt ein Gewerbe voraus.

Bedeutung der Merkmale:

- Treffen Merkmale 1 und 2 zusammen, so ist der Betreffende stets Kaufmann:
 - Tatbestand des § 1 HGB führt zur entsprechenden Rechtsfolge
- Eintragung in das Handelsregister ist zwar Pflicht (§ 29 HGB), aber nicht Voraussetzung für die Kaufmannseigenschaft
 - Sog. deklaratorische Wirkung der Eintragung
 - Gilt unabhängig von Willen und Bewusstsein der beteiligten Personen.

Bedeutung der Merkmale:

- Das Kriterium „Art und Umfang“ kann ersetzt werden, § 2 HGB:
- Unternehmer, der nicht schon unter § 1 II fällt, erlangt die Kaufmannseigenschaft durch freiwillige Eintragung ins HR
- Eintragung hat konstitutive Wirkung
 - Bewusste Entscheidung der Beteiligten für die Kaufmannseigenschaft
 - Kann rückgängig gemacht werden (§ 2 aE), sofern jetzt nicht Eintragungspflicht besteht.
 - „Kannkaufmann mit Rückfahrkarte“

Voraussetzungen Gewerbe:

- Nach außen gerichtete Tätigkeit (= Auftreten als Anbieter am Markt), fehlt zB bei reiner Vermögensanlage, Bet. als stiller Gesellschafter (§ 230 HGB)
- (im Grundsatz) erlaubt, str.
- selbständig (rechtliche, nicht wirtschaftliche Unabhängigkeit)
- nicht freiberuflich; die Ausnahme für freie Berufe ist historisch bedingt. Freie Berufe sind RA, Ärzte, Architekten, WP, Steuerberater, Künstler, Schriftsteller uä., näher siehe Liste in § 1 PartGG)
- planmäßig und auf Dauer (fehlt zB bei Arbeitsgemeinschaften und Konsortien)
- Gewinnerzielungsabsicht (kann fehlen bei gemeinnütziger Tätigkeit), str.
- Landwirtschaft in § 3 besonders geregelt.

Voraussetzungen Betreiber:

- Derjenige, in dessen Namen und auf dessen Kosten das Unternehmen betrieben wird;
- Nicht der Angestellte ("Bankkaufmann")
- Nicht der Geschäftsführer bei AG und GmbH:
 - Betrieben wird das Unternehmen für Rechnung der Gesellschaft, nur diese haftet
- Nicht der Kommanditist in der KG und der stille Gter,
- Str. für die persönlich haftenden Gesellschafter der OHG:
 - Das Unternehmen wird im Namen der OHG (und nicht der Gter) betrieben (§ 124),
 - Aber Gter haften persönlich und sind automatisch Geschäftsführer der OHG (§ 114). Daher sind sowohl Ges als auch Gter Kaufleute (str.)
- Kaufmannseigenschaft endet, wenn Betrieb des Unternehmens eingestellt wird.

Voraussetzungen Art und Umfang

- Maßgeblich sind Geschäftsgegenstand (Art) und Größe (Umfang) des Unternehmens
- Kein reines Größenkriterium
 - Komplizierter Geschäftsgegenstand kann geringen Umsatz kompensieren
 - Und umgekehrt
- Umsatz < 25 T€ p.a. ist Indiz gegen kaufmännisches Unternehmen.

Voraussetzungen Art und Umfang

- Indizien
 - Zahl der Geschäftsvorgänge
 - Höhe von Kapital und Umsatz
 - Zahl der Beschäftigten
 - Vielfalt der angebotenen Leistungen
 - Teilnahme am Kreditverkehr
 - Verwendung von Wechseln und Schecks
 - Notwendigkeit eines kaufmännischen Rechnungswesens (siehe § 238 I 1 HGB)
- Keine wirklich rechtssichere Abgrenzung
 - Wird jedoch zT durch Möglichkeit freiwilliger Eintragung nach § 2 kompensiert.
 - Gewerblicher Unternehmer, der eingetragen ist, ist immer Kaufmann (§ 5)
 - Prüfung der Indizien entbehrlich

Kaufmann nach § 2

- Gewerbe ist und bleibt erforderlich
- Freiwillige Eintragung ersetzt Kriterium „Art und Umfang“
- Rücknahme der Eintragung auf Antrag möglich
- Problem:
 - „Herabsinken“ zum Kleingewerbetreibenden bei ursprünglicher Pflicht- Eintragung
 - Kaufmann nach § 2?
 - Besonderer Antrag erforderlich oder einfach „weiter so“?
 - Bedeutung des § 5?

Bedeutung § 5

- h.M.: marginal, da „Gewerbe“ als Tatbestandsmerkmal verstanden wird
 - Nicht- Gewerbetreibende (insbes. Freiberufler) können nicht unter § 5 fallen, selbst wenn sie eingetragen sind.
 - Kleingewerbetreibende sind hingegen bei Eintragung bereits nach § 2 Kaufmann
- Für § 5 verbleibt nur der Schrumpfung- Fall, s.o.
- Und Prüfungserleichterung im Bereich Art und Umfang
 - Im Fall der Eintragung muss nur Gewerbe festgestellt werden
 - Kaufmannseigenschaft folgt im übrigen aus § 5 HGB.

Als Kaufmann wird ferner behandelt:

- Die vermögensverwaltende offene Handelsgesellschaft (oder Kommanditgesellschaft, § 161), wenn sie ins HR eingetragen ist, § 105 II HGB.
 - Eigentlich nicht gewerblich tätig (Geldanlage kein Gewerbe)
 - Keine anbietende Tätigkeit am Markt
- Trotzdem Eintragung nach § 2 HGB möglich
- Unsystematische, aber praktisch wichtige Ausnahme
 - Gesellschaften ohne aktiven Geschäftsbetrieb sollen die Kaufmannseigenschaft behalten dürfen
 - Mit Rücksicht auf beschränkte Haftung, §§ 161 ff. HGB

Problem bei Vermögensverwaltungs- Gesellschaft

- Verwaltung „nur“ eigenen Vermögens
 - Jede Gesellschaft, die Vermögen hat, verwaltet es auch
 - Anwalts- GbR zB die überschüssige Liquidität.
- Denkbare Lösung:
 - Jede Gesellschaft mit Vermögen kann unter § 105 fallen (K. Schmidt DB 1998, 61 ff.)
 - hM. zu Recht dagegen: Vermögensverwaltung muss nicht alleinige Tätigkeit, aber Schwerpunkt sein.
 - Gesetzgeber wollte keine Freiberufler- OHG/KG.
 - Dazu ablehnend BGH ZIP 2011, 1664-1668.

Als Kaufmann wird ferner behandelt:

- Der eingetragene Landwirt
 - Landwirtschaft wurde ursprünglich nicht als Gewerbe angesehen
 - Heute weitgehende Gleichstellung durch § 3
 - Dabei Unterscheidung in Haupt- (§ 3 I und II) und Nebenbetrieb (§ 3 III).
- Für den Hauptbetrieb gilt:
 - § 1 II nicht anwendbar, also kein Musskaufmann
 - Freiwillige Eintragung nach § 3 II
 - Grds. ohne Rückfahrkarte
 - Ausnahme: Kleingewerbe, Verweis auf die allgemeinen Vorschriften
- Nebenbetrieb ist nach § 3 III separat zu beurteilen
- Landwirt kann also beide, eines oder keines eintragen lassen.

Als Kaufmann wird ferner behandelt:

- Der sog. Scheinkaufmann
- Jemand, der sich selbst im Verkehr als Kaufmann bezeichnet
 - Außerhalb des HR, sonst gelten § 15 I – III HGB als *lex specialis*
 - zB in Geschäftsbriefen oder auf der Homepage eines Unternehmens
- Fall der allgemeinen handelsrechtlichen Rechtsscheinhaftung (Siehe Canaris, Vertrauenshaftung, 1972)
- Siehe auch BGH NJW 2012, 3368.
- Regeln gelten auch für Scheingesellschafter und Scheininhaber eines tatsächlich existierenden Unternehmens

Scheinkaufmann und Rechtsscheinhaftung

- Voraussetzungen:
 - Erzeugung eines falschen Rechtsscheins (außerhalb des HR)
 - Zurechenbar
 - Fehlt bei den „4 V“: **V**erfälschung (und Fälschung), **V**ertretungsmacht, **v**is absoluta, **v**ollkommene Blödheit (=Mangel des Geschäftsfähigkeit)
 - Gutgläubigkeit der anderen Partei
 - Str., ob einfache Fahrlässigkeit (wie bei § 173 BGB) oder nur grobe (wie bei § 932 BGB) schadet.
 - Geschäftliche Disposition der anderen Partei im Vertrauen auf die falsche Bezeichnung
 - Dadurch verursachter Schaden.
- Allg. Rechtsgrundsatz des Vertrauens im Handelsverkehr
 - Näheres dazu später im Zusammenhang mit § 15 HGB

Kaufmannseigenschaft der Gesellschaften, § 6

- § 6 II spricht von Vereinen, es sind „Vereinigungen“ gemeint
- Kaufmann, wenn ihnen ein Gesetz außerhalb des HGB die Kaufmannseigenschaft zuweist
 - So zB die GmbH, § 13 GmbHG und die AG, § 3 AktG.
 - Bei diesen Gesellschaften kommt es nicht darauf an, dass sie ein Gewerbe betreiben und die Merkmale des § 1 II HGB erfüllen
- Sog. Formkaufmann
 - Entscheidung des Gesetzes mit Rücksicht auf Haftungsverhältnisse und Pflicht zur Rechnungslegung (§ 238 HGB)

Anders bei den Personengesellschaften:

- Bei Ihnen gilt § 6 I:
- Es ist erforderlich, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird, so zB bei der OHG, § 105, und der KG, § 161.
- Handelsgewerbe ist Tatbestandsvoraussetzung des § 105
- Daher müssen die Merkmale nach § 1 II vorliegen wie bei einem Einzelkaufmann.
 - OHG = „Kaufmann zu zweit“
- Eintragungsmöglichkeit nach § 105 trotz fehlenden Gewerbes für Vermögensverwaltungs- Gesellschaft
 - Rechtspolitische Plausibilität? Reformbedarf?
 - Zur Vertiefung Schüppen, BB 2012, 783 ff.

Kaufmannsbegriff und Rechtsform

- Über § 6 II steht die Kaufmannseigenschaft immer offen
 - Eine Gesellschaft, deren Eigenschaft als Handelsgesellschaft vom Gesetz bestimmt wird (GmbH und AG), ist immer Kaufmann, unabhängig von der Art des betriebenen Geschäfts
- zB Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH
 - Eigentlich kein Gewerbe, aber Gesellschaft ist Kaufmann.
- Unternehmen ohne Gewinnerzielungsabsicht als GmbH
 - zB Handelshochschule Leipzig GmbH
 - Kommunale Unternehmen in der Rechtsform der GmbH
- GmbH als „Allzweckvehikel“
 - Mit ein Grund für ihre Beliebtheit

Kaufmannsbegriff und Rechtsform

- Eine Personengesellschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt, ist OHG, § 105 HGB.
 - Es gelten dieselben Regeln wie bei der Einzelperson:
 - HGB setzt Handelsgewerbe voraus
 - Auch hier sind daher Gewerbebetrieb und Größenkriterium (§ 1 II HGB) erforderlich
- Wo beides gegeben ist, ist die Gesellschaft ohne weiteres OHG.

Kaufmannsbegriff und Rechtsform

- Wegen § 105 HGB kann GbR nur vorliegen, wenn kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betrieben wird.
- Keine Entscheidungsfreiheit der Beteiligten, sondern gesetzliche Entscheidung
 - Rechtsform hängt nicht vom Willen ab, sondern davon, ob die Merkmale des § 1 HGB erfüllt sind
 - Nicht wenige Unternehmen, die sich als GbR bezeichnen, sind in Wahrheit OHG.

Kaufmannsbegriff und Rechtsform

- Anwendungsbereich der GbR: Kein Handelsgewerbe!
- Also entweder kein Gewerbe:
 - zB. Freiberufler- Sozietät, Gelegenheitsgesellschaft, Lotto-Tippgemeinschaft.
 - Ausnahme: Vermögensverwaltungs-Gesellschaft
- Oder kein Art und Umfang
 - Gewerbliches Kleinunternehmen

Kaufmannsbegriff und Rechtsform

- Bei Fehlen von Art und Umfang gilt § 2:
 - Durch Eintragung ins HR ändert sich die Rechtsform (§ 105 II HGB);
 - Aber auch dadurch, dass das Unternehmen wächst und nun die Vssg. des § 1 II HGB erfüllt;
 - Rechtsformwechsel kann von Gesetzes wegen eintreten, ohne dass die Beteiligten es wollen oder auch nur merken.
 - Also:
 - Eine nicht eingetragene GbR kann zur OHG wachsen
 - Eine nicht eingetragene OHG kann zur GbR schrumpfen
 - Jeweils ohne Willen der Beteiligten
 - Rechtsformangabe ist dann falsa demonstratio