

# Handelsgesetzbuch: HGB

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Dr. Hartmut Oetker, Prof. Dr. Andreas Bergmann, Dr. Katharina Vera Boesche, Prof. Dr. Jan Busche, Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou, Prof. Dr. Robert Koch, Prof. Dr. Torsten Körber, Karl Kotzian-Marggraf, Prof. Dr. Jan Lieder, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Prof. Dr. Felix Maultzsch, Rüdiger Pamp, Prof. Dr. Dr. h.c. Marian Paschke, Prof. Dr. Nicola Preuß, Prof. Dr. Jochen Schlingloff, Prof. Dr. Claudia Schubert, Dr. Norbert Vossler, Prof. Dr. Frauke Wedemann

5. Auflage 2017. Buch. XLVI, 2415 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70829 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2048 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

abstellen (→ § 2 Rn. 33). Insoweit ist allerdings zu beachten, dass diese Vorschriften teilweise (wie etwa § 15 Abs. 2 S. 1 EStG) die Land- und Forstwirtschaft ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbe- reich ausnehmen. Zu § 304 InsO (Verbraucherinsolvenzverfahren) → § 2 Rn. 34.

§ 4 [aufgehoben]

§ 5 [Kaufmann kraft Eintragung]

**Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei.**

**Schrifttum:** *Bydlinski*, Zentrale Änderungen des HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz, ZIP 1998, 1169; *Hüttemann/Meinert*, Zur handelsrechtlichen Buchführungspflicht des Kaufmanns kraft Eintragung, BB 2007, 1436; *Kaiser*, Reform des Kaufmannsbegriffs – Verunsicherung des Handelsverkehrs?, JZ 1999, 495; *Körber*, Änderungen im Handels- und Gesellschaftsrecht durch das Handelsrechtsreformgesetz, Jura 1998, 452; *Lieb*, Probleme des neuen Kaufmannsbegriffs, NJW 1999, 35; *Limbach*, Die Lehre vom Scheinkaufmann, ZHR 134, 316; *Nickel*, Der Scheinkaufmann – Wandlungen einer Lehre in acht Jahrzehnten, JA 1980, 566; v. *Olshausen*, Die Kaufmannseigenschaft der Land- und Forstwirte – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Kann-Kaufmannseigenschaft, ZHR 141 (1977), 93; *ders.*, Wider den Scheinkaufmann des ungeschriebenen Rechts, FS Raisch, 1995, 147; *K. Schmidt*, Deklaratorische und „konstitutive“ Registereintragungen nach §§ 1 ff. HGB. Neues Handelsrecht: einfach oder kompliziert?, ZHR 163 (1999), 87; *ders.*, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161; *ders.*, HGB-Reform im Regierungsentwurf, ZIP 1997, 909; *Schmitt*, Der Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes, WiB 1997, 1113; *Schön*, Die vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaft – Ein Kind der HGB-Reform, DB 1998, 1169; *Schulze-Osterloh*, Der Wechsel der Eintragungsgrundlagen der Kaufmannseigenschaft (§§ 1, 2, 105 Abs. 2 HGB) und der Anwendungsbereich des § 5 HGB, ZIP 2007, 2390; *Siems*, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003; *Staub*, Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl. 1900; *Treiber*, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP 199 (1999), 525.

Übersicht			
	Rn.		Rn.
<b>I. Allgemeines</b> .....	1–9	a) Handelsrecht .....	22
1. Normzweck .....	1	b) Gesellschaftsrecht .....	23
2. Entwicklung .....	2	c) Geschäfts- und Prozessverkehr .....	24
3. Systematische Stellung .....	3–8	d) Gesetzliche Schuldverhältnisse .....	25
a) Verhältnis zu § 1 .....	3	e) Öffentliches Recht .....	26–30
b) Verhältnis zu § 2 S. 1 .....	4, 5	<b>IV. Die Lehre vom Scheinkaufmann</b> ....	31–63
c) Verhältnis zu § 105 Abs. 2 .....	6	1. Allgemeines .....	31–35
d) Verhältnis zu § 15 .....	7	a) Zweck .....	31
e) Verhältnis zum Scheinkaufmann .....	8	b) Entwicklung .....	32
4. Anwendungsbereich des § 5 .....	9	c) Systematische Stellung .....	33, 34
<b>II. Voraussetzungen</b> .....	10–16	d) Anwendungsbereich .....	35
1. Gewerbebetrieb .....	10–12	2. Voraussetzungen .....	36–53
2. Eintragung einer Firma .....	13, 14	a) Allgemeines .....	36
3. Personenidentität .....	15	b) Objektiver Rechtsschein .....	37–44
4. Sich berufen .....	16	c) Zurechenbarkeit .....	45–47
<b>III. Rechtsfolgen</b> .....	17–30	d) Schutzwürdigkeit des Dritten .....	48, 49
1. Fiktivkaufmann .....	17	e) Kausalität des Rechtsscheins .....	50, 51
2. Persönliche Reichweite .....	18, 19	f) Beweislast .....	52, 53
3. Zeitliche Reichweite .....	20	3. Rechtsfolgen .....	54–61
4. Sachliche Reichweite .....	21–30	a) Grundsatz .....	54
		b) Wahlrecht des Dritten .....	55
		c) Grenzen .....	56–61
		4. „Schein-Nichtkaufmann“ .....	62, 63

**I. Allgemeines**

**1 1. Normzweck.** § 5 dient der **Rechtssicherheit**. Die Regelung soll Zweifel darüber beseitigen, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist.<sup>1</sup> Sie bewirkt dies, indem sie den im Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden die Berufung darauf abschneidet, das von ihnen betriebene Gewerbe sei

<sup>1</sup> BGH 19.5.1960, BGHZ 32, 307 (314) = NJW 1960, 1664 (1665); MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 1; RvWH/Röhrich Rn. 27.

kein Handelsgewerbe iSd § 1 Abs. 2, § 5 fingiert zu diesem Zweck das Vorliegen eines Handelsgewerbes und damit den Kaufmannsstatus im Sinne eines „Fiktivkaufmanns“. Die Norm ist zugleich Ausdruck eines „absoluten“, weil unabhängig von Zurechenbarkeit und Vertrauenstatbestand bestehenden **Verkehrsschutzes**.<sup>2</sup> § 5 ist keine Rechtsscheinnorm und dient nicht (nur) dem Schutz des Vertrauens gutgläubiger Dritter.<sup>3</sup>

**2. Entwicklung.** Bis zum Inkrafttreten des HRRefG 1998 schloss § 5 zweierlei aus (1.) die **2** Berufung darauf, das vom Eingetragenen betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe und (2.) die Berufung darauf, dass das Gewerbe zu den in § 4 Abs. 1 aF bezeichneten Betrieben gehöre, also nur „minderkaufmännisch“ sei. Die zweite Regelung wurde mit dem Wegfall des § 4 durch das **HRRefG 1998** obsolet und konnte daher gestrichen werden.<sup>4</sup> Die Fiktion des Handelsgewerbes ist geblieben und macht nunmehr den ganzen Inhalt des § 5 aus. Allerdings hat auch diese Facette des § 5 durch das HRRefG 1998 einen tiefgreifenden Bedeutungswandel und Bedeutungsverlust erfahren, weil die Kaufmannseigenschaft im Handelsregister eingetragener Kleingewerbetreibender, Land- oder Forstwirte sich seit 1998 in den meisten Fällen aus § 2 S. 1 bzw. § 105 Abs. 2 ableiten lässt, ohne dass es dazu eines Rückgriffs auf § 5 bedürfte (→ Rn. 4 ff., str.). Dem Vorschlag, § 5 deshalb **de lege ferenda** vom Gewerbebegriff zu lösen und zur Grundlage einer Fiktivkaufmannseigenschaft jedes eingetragenen Unternehmers bzw. Rechtsträgers zu machen,<sup>5</sup> ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Zur Frage der analogen Anwendung des § 5 auf Nicht-Gewerbetreibende → Rn. 11 f.

**3. Systematische Stellung. a) Verhältnis zu § 1.** Das Verhältnis des § 5 zu § 1 ist unproblematisch. Sind die Voraussetzungen des § 1 erfüllt, ist die Eintragung des Gewerbetreibenden für dessen Kaufmannseigenschaft irrelevant; seine Kaufmannseigenschaft folgt unmittelbar aus § 1 selbst (Istkaufmann kraft Gesetzes; → § 1 Rn. 101 f. und 108 f.). Aus der Sicht der Praxis erleichtert § 5 allerdings insoweit die Prüfung der Kaufmannseigenschaft, als dass bei eingetragenen Gewerbetreibenden nicht mehr geprüft werden muss, ob ihr Gewerbe ein Handelsgewerbe ist (→ § 1 Rn. 7).

**b) Verhältnis zu § 2 S. 1.** In Bezug auf das Verhältnis zu § 2 S. 1 ist die Frage aufgeworfen, **4** ob ein Handelsgewerbe fingiert wird, „wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist“ (so der Wortlaut des § 2 S. 1 und der verfahrensrechtliche Ansatz; → Rn. 9),<sup>6</sup> oder ob es insoweit zusätzlich auch einer auf den Erwerb der Kaufmannseigenschaft gerade durch die Eintragung gerichteten Willenserklärung bedarf (so die hL).<sup>7</sup> Nach hL erwerben Kleingewerbetreibende bzw. Land- oder Forstwirte, die ihr Wahlrecht aus § 2 oder § 3 verkennen und ihre Firma **irrtümlich zur Eintragung anmelden**, weil sie glauben, dazu durch §§ 1, 29 verpflichtet zu sein, die Kaufmannseigenschaft nicht nach § 2 S. 1; sie werden mit der Eintragung nur Fiktivkaufleute iSd § 5. Gleiches soll für einen ursprünglich pflichtgemäß nach §§ 1, 29 eingetragenen Kaufmann gelten, dessen Handelsgewerbe nachträglich **auf ein Kleingewerbe herabgesunken** ist. Aus den bei → § 2 Rn. 12 erörterten Gründen ist indes dem verfahrensrechtlichen Ansatz zu folgen, nach dem in diesen Fällen § 2 S. 1 einschlägig ist und es keines Rückgriffs auf § 5 bedarf.

**Praktische Bedeutung** hat der Streit **registerrechtlich** in Bezug auf das Lösungsverfahren, **5** weil die Firma von irrtümlich angemeldeten oder nachträglich auf ein Kleingewerbe herabgesunkenen Gewerbetreibenden nach hL zu Unrecht im Handelsregister eingetragen und daher von Amts wegen zu löschen ist, während die Löschung nach dem verfahrensrechtlichen Ansatz grundsätzlich nach § 2 S. 3 zur Disposition des Eingetragenen steht (→ § 2 Rn. 23 und 30; → § 3 Rn. 24). **Materiellrechtlich** erlangt der Streit bei Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen Relevanz, da Fiktivkaufleute iSd § 5 „echten“ Kaufleuten iSd §§ 1–3 insoweit nicht gleichgestellt sind (iE str.; → Rn. 21 ff.). Von diesen Ausnahmesituationen abgesehen genügt für die Praxis aber regelmäßig die Feststellung, dass ein Gewerbetreibender im Handelsregister eingetragen ist, um seine Kaufmannseigenschaft zu bejahen, ohne dass es insoweit darauf ankommt, ob dies aus § 2, § 3 oder § 5 resultiert.

**c) Verhältnis zu § 105 Abs. 2.** In Bezug auf **kleingewerbliche Gesellschaften** und **Vermögensverwaltungsgesellschaften**, denen § 105 Abs. 2 eine Eintragungsoption einräumt, gilt das zum **6**

<sup>2</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; *Canaris HandelsR* § 3 Rn. 53; *EBJS/Kindler* Rn. 1.

<sup>3</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; *Siems* 116; *K. Schmidt HandelsR* § 10 Rn. 26; *Canaris HandelsR* § 3 Rn. 51; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 1; krit. *Bydlinski ZIP* 1998, 1169 (1173).

<sup>4</sup> RegE, BT-Drs. 13/8444, 49 iVm 27 ff.; *Bydlinski ZIP* 1998, 1169 (1172); *Körber Jura* 1998, 452 (453 f.); *Treber AcP* 199 (1999), 525 (534 f.).

<sup>5</sup> *K. Schmidt ZIP* 1997, 909 (914); *Bydlinski ZIP* 1998, 1169 (1172).

<sup>6</sup> *Schulze-Osterloh ZIP* 2007, 2390 f.; *Treber AcP* 199 (1999), 525 (583); *Körber Jura* 1998, 452 (453 f.); *Jung HandelsR* § 6 Rn. 26 f.; *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 14; *EBJS/Kindler* Rn. 10 ff.

<sup>7</sup> *Lieb NJW* 1999, 35 (36); *Siems* 89 ff.; *Canaris HandelsR* § 3 Rn. 50; *Oetker HandelsR* § 2 Rn. 32 ff.; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 2; *KKR/M/Roth* Rn. 1.

Verhältnis von § 2 S. 1 zu § 5 Gesagte entsprechend. Folgt man der hL (→ Rn. 4), so resultiert die Einordnung dieser Gesellschaften als Handelsgesellschaften nur dann aus § 105 Abs. 2, wenn bei Anmeldung ein auf den Erwerb dieser Eigenschaft gerade durch Eintragung gerichteter Beschluss der Gesellschafter vorlag, während bei irrtümlicher Anmeldung oder bei nachträglichem Absinken auf ein Kleingewerbe konsequenterweise § 5 anzuwenden ist.<sup>8</sup> Folgt man dem zutreffenden verfahrensrechtlichen Ansatz, so ist bzw. bleibt die Gesellschaft nach § 105 Abs. 2 OHG bzw. (über § 161 Abs. 2) KG, solange ihre Firma im Handelsregister eingetragen ist und sie ein Gewerbe oder eine Vermögensverwaltung betreibt (→ § 105 Rn. 28).<sup>9</sup> Einer Anwendung des § 5 bedarf es nicht.

**7 d) Verhältnis zu § 15.** Im Verhältnis zu § 15 kommt § 5 Vorrang zu, soweit es um die Kaufmannseigenschaft eingetragener Gewerbetreibender geht. § 15 kann aber zugunsten Dritter einschlägig sein, wenn § 5 nicht (mehr) anwendbar ist.<sup>10</sup> So kann § 15 – zB bei Einstellung des Gewerbebetriebs<sup>11</sup> oder in Fällen der Unternehmensveräußerung – zu Lasten des Altinhabers zur Anwendung kommen (→ § 2 Rn. 25; → § 3 Rn. 23).<sup>12</sup> § 15 Abs. 1 erfasst insbesondere Fälle, in denen die Löschung bereits erfolgt, aber noch nicht bekannt gemacht worden ist.<sup>13</sup> § 15 Abs. 3 kann zB einschlägig sein, wenn bekannt gemacht wird, dass die Firma einer Person eingetragen worden sei, die das betreffende Gewerbe gar nicht betreibt und daher kein Fiktivkaufmann iSd § 5 ist (→ Rn. 15).<sup>14</sup>

**8 e) Verhältnis zum Scheinkaufmann.** Als gesetzliche Regelung genießt § 5 Vorrang vor der lediglich subsidiär eingreifenden, auf Rechtsscheinüberlegungen basierenden Lehre vom Scheinkaufmann (→ Rn. 31 ff.).

**9 4. Anwendungsbereich des § 5.** Folgt man dem verfahrensrechtlichen Ansatz, so besteht bei irrtümlicher Anmeldung und bei Herabsinken auf ein Kleingewerbe (→ Rn. 4 ff.) kein Bedarf für eine Anwendung des § 5, weil sich die Kaufmannseigenschaft antragsgemäß eingetragener Personen bereits aus § 2 S. 1 bzw. § 105 Abs. 2 ergibt. Dies gilt auch bei einer durch das Registergericht nach §§ 14, 29 erzwungenen Anmeldung (str.).<sup>15</sup> Dagegen bleibt Raum für die Anwendung des § 5, wenn eine Eintragung erfolgt ist, obwohl es an einer **wirksamen Anmeldung fehlt** (str.).<sup>16</sup> Dies ist der Fall, wenn der Anmeldeberechtigte (→ § 2 Rn. 14) nie eine Anmeldung vorgenommen, oder wenn er sie noch vor der Eintragung wirksam widerrufen hat,<sup>17</sup> wenn die Anmeldung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erfolgt ist<sup>18</sup> oder wenn die Anmeldung aus anderen Gründen, zB aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des Anmeldenden,<sup>19</sup> unwirksam war.<sup>20</sup>

## II. Voraussetzungen

**10 1. Gewerbebetrieb.** § 5 schließt nur die Einwendung aus, dass es sich bei dem unter der eingetragenen Firma betriebenen Gewerbe nicht um ein Handelsgewerbe iSd § 1 Abs. 2 handle, nicht dagegen die Einwendung, dass es an einem Gewerbebetrieb fehle. Das Betreiben eines Gewerbes (→ § 1 Rn. 10 ff. und 63 ff.; → § 3 Rn. 3) ist vielmehr Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5. Dies folgt aus dem Wortlaut der Norm („das unter der Firma betriebene Gewerbe“)<sup>21</sup> und entspricht ihrem Zweck, lediglich Zweifel darüber auszuschließen, ob es sich bei dem Gewerbe um

<sup>8</sup> Schön DB 1998, 1169 (1174 f.); Canaris HandelsR § 3 Rn. 50; Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 14; vgl. v. Olshausen ZHR 141 (1977), 93 (103 f.) zur Anwendung des § 3 bei land- und forstwirtschaftlichen Gesellschaften.

<sup>9</sup> Schulze-Osterloh ZIP 2007, 2390 (2932 f.); EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 19 f.; insoweit noch weiter gehend MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 15 und § 6 Rn. 17 (jede eingetragene Außen-Personengesellschaft ist kraft Eintragung OHG bzw. KG).

<sup>10</sup> Dazu ausf. Staub/Brüggemann 4. Aufl. Rn. 9 ff.; s. auch MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 16; KKRM/Roth Rn. 10.

<sup>11</sup> Canaris HandelsR § 3 Rn. 55.

<sup>12</sup> Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 6b.

<sup>13</sup> Staub/Brüggemann 4. Aufl. Rn. 12.

<sup>14</sup> Heymann/Emmerich Rn. 4; RvWH/Röhrich Rn. 14; Staub/Brüggemann 4. Aufl. Rn. 14.

<sup>15</sup> Schulze-Osterloh ZIP 2007, 2390 (2932); EBJS/Kindler Rn. 12; aA RvWH/Röhrich Rn. 8 (Eingetragener hier mangels Optionsausübung nur Fiktivkaufmann nach § 5).

<sup>16</sup> Schmitt WiB 1997, 1113 (1117) Fn. 3; Schulze-Osterloh ZIP 2007, 2390 (2932); v. Olshausen ZHR 141 (1977), 93 (104); ders. ZHR 163 (1999), 493 (496); EBJS/Kindler Rn. 16; aA MüKoHGB/K. Schmidt § 2 Rn. 19 und § 3 Rn. 26 (Vorliegen einer Anmeldung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft nach § 2 S. 1 irrelevant).

<sup>17</sup> EBJS/Kindler Rn. 16; Schmitt WiB 1997, 1113 (1117) Fn. 3.

<sup>18</sup> Schulze-Osterloh ZIP 2007, 2390 (2932).

<sup>19</sup> Dazu BHS/Bumiller FamFG § 9 Rn. 12.

<sup>20</sup> Canaris HandelsR § 3 Rn. 53; EBJS/Kindler Rn. 16.

<sup>21</sup> BGH 19.5.1960, BGHZ 32, 307 (313) = NJW 1960, 1664 (1665); 6.7.1981, NJW 1982, 45; BAG 17.2.1987, NJW 1988, 222 (223); Körber Jura 1998, 452 (454); Staub/Oetker Rn. 8; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 2; Heymann/Emmerich Rn. 3.

ein Handelsgewerbe iSd § 1 Abs. 2 handelt.<sup>22</sup> An der Voraussetzung eines Gewerbebetriebs fehlt es, wenn der Eingetragene gar nicht als Gewerbetreibender, sondern zB als Freiberufler tätig ist,<sup>23</sup> wenn er den Gewerbebetrieb endgültig (und nicht nur absehbar vorübergehend) eingestellt hat<sup>24</sup> oder wenn er das Unternehmen tatsächlich an einen neuen Betreiber übergeben hat.<sup>25</sup> § 5 ist in diesen Fällen nicht anwendbar (zur Frage einer analogen Anwendung → Rn. 11 f.). Der Verkehr wird aber ggf. durch § 15 (→ Rn. 7) sowie durch die Lehre vom Scheinkaufmann geschützt (→ Rn. 31 ff.). Zu Beginn und Ende des Gewerbebetriebs → § 1 Rn. 108 ff.

Über den Normwortlaut hinaus sollte § 5 auch **auf eingetragene Vermögensverwaltungsgesellschaften entsprechende Anwendung** finden, soweit nicht bereits § 105 Abs. 2 selbst eingreift (→ Rn. 6). Bedarf für eine analoge Anwendung besteht bei Eintragung der Firma einer Vermögensverwaltungsgesellschaft ohne wirksame Anmeldung (→ Rn. 9). Zwar handelt es sich bei der Vermögensverwaltung nicht um ein Gewerbe (→ § 1 Rn. 22), doch macht die Regelung des § 105 Abs. 2 deutlich, dass der Gesetzgeber auch Vermögensverwaltungsgesellschaften den Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung ermöglichen wollte. Die der Eintragung kleingewerblicher Gesellschaften vergleichbare Interessenlage und das Ziel des § 5, Rechtssicherheit zu schaffen, gebieten es, § 5 nicht nur auf kleingewerbliche Gesellschaften, sondern auch entsprechend auf Vermögensverwaltungsgesellschaften anzuwenden.<sup>26</sup> Für nur ihr eigenes **Vermögen verwaltende Einzelpersonen** fehlt es an einer § 105 Abs. 2 vergleichbaren Regelung; auf sie ist § 105 Abs. 2 auch nicht analog anwendbar (str.).<sup>27</sup> Sie sind nicht eintragungsfähig, so dass auch eine analoge Anwendung des § 5 in Bezug auf sie nicht in Betracht kommt.<sup>28</sup>

Der **Vorschlag**, § 5 rechtsfortbildend in der Weise zu interpretieren, dass **jeder Unternehmer**<sup>29</sup> 12 oder sogar **jeder Rechtsträger**<sup>30</sup> (unabhängig davon, ob er ein Gewerbe betreibt) als Fiktivkaufmann anzusehen ist, wenn seine „Firma“ im Handelsregister eingetragen ist,<sup>31</sup> wird von der hM zu Recht zurückgewiesen. De lege ferenda spricht Einiges für eine Änderung des § 5, die nicht nur die Zweifel an der Handelsgewerblichkeit, sondern auch solche an der Eintragungsfähigkeit beseitigen würde;<sup>32</sup> dies gilt insbesondere mit Blick auf die unscharfe Trennlinie zwischen Freiberuflern und Gewerbetreibenden (→ § 1 Rn. 35 ff.). **De lege lata** steht aber der Wortlaut des § 5 einer alle eingetragenen Rechtsträger erfassenden Auslegung entgegen. Sein nur auf die Beseitigung von Unsicherheiten in Bezug auf die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 gerichteter Zweck lässt auch **keine analoge Anwendung auf Nicht-Gewerbetreibende** (mit Ausnahme der Vermögensverwaltungsgesellschaften) zu, weil es an einer Vergleichbarkeit der Problemlagen fehlt.<sup>33</sup> Der Verkehr wird insoweit durch § 15 und durch die Lehre vom Scheinkaufmann geschützt.

**2. Eintragung einer Firma.** Zweite Voraussetzung des § 5 ist die Eintragung einer Firma in das Handelsregister. Entscheidend ist allein die **Tatsache der Eintragung**. Worauf die Eintragung beruht und ob sie in irgendeiner Weise vom Eingetragenen veranlasst wurde, ist irrelevant. § 5 ist nach hL auch<sup>34</sup> – und nach der hier vertretenen Auffassung sogar gerade – anzuwenden, wenn eine Eintragung **ohne wirksame Anmeldung** erfolgt ist, dh bei versehentlicher Eintragung ohne Anmeldung oder bei Eintragung aufgrund einer unbefugten oder aus anderen Gründen unwirksamen Anmeldung (→ Rn. 9). Ob eine **Bekanntmachung** erfolgt ist, ist – anders als bei der Vertrauensschutzregelung des § 15 Abs. 1 – irrelevant.<sup>35</sup> Da § 5 **kein Rechtsscheintatbestand** ist, kommt es

<sup>22</sup> RvWH/Röhricht Rn. 13; Staub/Brüggemann 4. Aufl. Rn. 21.

<sup>23</sup> RvWH/Röhricht Rn. 17.

<sup>24</sup> RG 30.4.1925, RGZ 110, 422 (424 f.); BGH 19.5.1960, BGHZ 32, 307 (312) = NJW 1960, 1664 (1665); BayObLG 10.3.2000, NJW-RR 2000, 1700 = BB 2000, 1211 (1212); RvWH/Röhricht Rn. 16; Staub/Oetker Rn. 12; Baumbach/Hopt/Hopt § 1 Rn. 52; Heymann/Emmerich § 1 Rn. 14.

<sup>25</sup> EBJS/Kindler § 1 Rn. 41; Staub/Brüggemann 4. Aufl. § 1 Rn. 30.

<sup>26</sup> Schön DB 1998, 1169 (1175); EBJS/Kindler Rn. 22 ff.; KKR/M/Roth Rn. 9.

<sup>27</sup> RegE, BT-Drs. 13/8444, 41; Schön DB 1998, 1169; RvWH/Röhricht § 2 Rn. 7; HK-HGB/Ruß § 1 Rn. 32; aA Siems NZG 2001, 738 (739 f.); Baumbach/Hopt/Hopt § 1 Rn. 17; EBJS/Kindler § 2 Rn. 7.

<sup>28</sup> AA EBJS/Kindler Rn. 22.

<sup>29</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 23; ders. HandelsR § 10 III 2b; Siems 122 f.

<sup>30</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 24; ders. ZHR 163 (1999), 87 (98); ders. HandelsR § 10 III 1b.

<sup>31</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 22 ff.; Siems 122 f.

<sup>32</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 3 und 22 ff.; dafür auch Bydlinski ZIP 1998, 1169 (1172).

<sup>33</sup> EBJS/Kindler Rn. 20 f.; KKR/M/Roth Rn. 9; Canaris HandelsR § 3 Rn. 56; einschr. Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 2; „Vorsichtige einzelne Analogien bleiben möglich“.

<sup>34</sup> RvWH/Röhricht Rn. 14; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 20; EBJS/Kindler Rn. 17; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 3.

<sup>35</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 27; EBJS/Kindler Rn. 19; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 3; KKR/M/Roth Rn. 4; Heymann/Emmerich Rn. 5.

auf Zurechenbarkeit,<sup>36</sup> Kausalität<sup>37</sup> und Gut- oder Bösgläubigkeit Dritter in Bezug auf die Eintragung nicht an.<sup>38</sup>

- 14 Durch das Abstellen auf die Eintragung einer **Firma** macht § 5 deutlich, dass andere Eintragungen (etwa die Eintragung als Gesellschafter oder Prokurist) nicht ausreichen, um eine Fiktivkaufmannseigenschaft des Eingetragenen zu begründen.<sup>39</sup> Die Zulässigkeit der eingetragenen Firma (§§ 17 ff.) ist für die Anwendbarkeit des § 5 irrelevant.<sup>40</sup>

- 15 **3. Personenidentität.** § 5 greift nur ein, wenn jemand unter einer Firma ein Handelsgewerbe betreibt und unter derselben Firma als Inhaber in das Handelsregister eingetragen ist,<sup>41</sup> dh wenn die **im Handelsregister eingetragene Person mit dem Betreiber des der Firma zugeordneten Unternehmens identisch** ist (str.).<sup>42</sup> Betreiber ist nicht notwendig derjenige, der tatsächlich die Geschäfte führt, sondern der Unternehmensträger (→ § 1 Rn. 85 ff.). Ist der Eingetragene verstorben, so fehlt es nur auf den ersten Blick an einem „personenidentischen“ Zuordnungssubjekt, denn mit dem Erbfall wird der Erbe Inhaber sowohl des Unternehmens als auch der Firma.<sup>43</sup> Betreibt der Erbe das von einem Fiktivkaufmann geerbte Unternehmen unter der eingetragenen Firma weiter, ist er ebenfalls Fiktivkaufmann iSd § 5.<sup>44</sup> Zur Kaufmannseigenschaft bei Unternehmensveräußerung → Rn. 7 mwN.

- 16 **4. Sich berufen.** Nach seinem Wortlaut schneidet § 5 dem Eingetragenen nur „gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft“, die Einwendung ab, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe. In der Lit. ist umstritten, ob § 5 gleichwohl von Amts wegen zu beachten ist. Teile der Lit. betonen, dass die Rechtsfolgen des § 5 kraft Gesetzes einträten und dass § 5 daher entgegen seinem insoweit missverständlichen Wortlaut von Amts wegen zu beachten sei.<sup>45</sup> Andere unterstreichen, eine Anwendung von Amts wegen komme angesichts des Normwortlauts nicht in Betracht. Vielmehr sei erforderlich, dass eine Partei ihr Begehren auf die Kaufmannseigenschaft stütze und sich dafür auf die Eintragung berufe.<sup>46</sup> Die hL löst diesen Konflikt, indem sie zu Recht zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolge differenziert: Das Prozessgericht sieht nicht von Amts wegen das Handelsregister ein. Die **Tatsache der Eintragung** muss vielmehr nach allgemeinen Regeln **von einer Partei in den Prozess eingeführt** werden, indem sie sich darauf beruft. Ist dies geschehen, so sind die **Rechtswirkungen** des § 5 grundsätzlich **von Amts wegen zu beachten**.<sup>47</sup> § 5 ist allerdings unanwendbar, wenn beide Seiten einvernehmlich davon ausgehen, dass der Gewerbetreibende trotz Eintragung kein Handelsgewerbe betreibt.<sup>48</sup>

### III. Rechtsfolgen

- 17 **1. Fiktivkaufmann.** Sind die Voraussetzungen des § 5 erfüllt, so wird das Vorliegen der Handelsgewerblichkeit und dadurch zugleich die Kaufmannseigenschaft des eingetragenen Gewerbetreibenden fingiert. Er ist kraft Eintragung Fiktivkaufmann.<sup>49</sup>

<sup>36</sup> *Canaris HandelsR* § 3 Rn. 53; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 3.

<sup>37</sup> *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 3; *KKRM/Roth* Rn. 5.

<sup>38</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 26; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 3; *KKRM/Roth* Rn. 6 und 8; insoweit missverständlich noch BGH 29.11.1956, BGHZ 22, 234 (239) = NJW 1957, 179; krit. *Bydlinski ZIP* 1998, 1169 (1173).

<sup>39</sup> *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 19.

<sup>40</sup> *EBJS/Kindler* Rn. 18; *RvWH/Röhrich* Rn. 14; *Heymann/Emmerich* Rn. 5; *KKRM/Roth* Rn. 6.

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf 29.12.1993, NJW-RR 1995, 93 (94) (bei einer GmbH die GmbH selbst und nicht deren Geschäftsführer).

<sup>42</sup> *Heymann/Emmerich* Rn. 4; *RvWH/Röhrich* Rn. 14; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* Rn. 6b; *EBJS/Kindler* Rn. 18; *KKRM/Roth* Rn. 5; *Staub/Oetker* Rn. 11; eher terminologisch als in der Sache **aA** *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 3 und *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 18.

<sup>43</sup> RG 26.3.1931, RGZ 132, 138 (142).

<sup>44</sup> *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 18.

<sup>45</sup> *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 28; *KKRM/Roth* Rn. 6.

<sup>46</sup> *Jung HandelsR* § 6 Rn. 30; *Oetker HandelsR* § 2 Rn. 56.

<sup>47</sup> *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* Rn. 9b; *HK-HGB/Ruß* Rn. 5; *Heymann/Emmerich* Rn. 4; *EBJS/Kindler* Rn. 26; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 4; auch *K. Schmidt HandelsR* § 10 Rn. 36.

<sup>48</sup> *Oetker HandelsR* § 2 Rn. 56; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 6 aE; krit. *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 38 (§ 5 nicht dispositiv, aber abweichende vertragliche Abreden möglich).

<sup>49</sup> Vgl. mit praktisch irrelevanten Differenzierungen im Detail *Canaris HandelsR* § 3 Rn. 52; *Jung HandelsR* § 6 Rn. 26 und *KKRM/Roth* Rn. 2 (Fiktivkaufmann); *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 1 und *Staub/Brüggemann* 4. Aufl. Rn. 2 ff. (Kaufmann kraft unwiderleglicher Vermutung); *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 30 (Kaufmann im Rechtssinne kraft Eintragung); *EBJS/Kindler* Rn. 27 ff. und *Staub/Oetker* Rn. 16 (nur Fiktion des Handelsgewerbes und nicht der Kaufmannseigenschaft).



**2. Persönliche Reichweite.** In subjektiver Hinsicht wirkt § 5 **für und gegen alle**, dh – anders als die Lehre vom Scheinkaufmann (→ Rn. 31 ff.) – nicht nur zulasten, sondern auch zugunsten des Fiktivkaufmanns.<sup>50</sup> Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten ist irrelevant (→ Rn. 13). In Bezug auf den zu Unrecht Eingetragenen steht § 242 BGB der Anwendung des § 5 grundsätzlich nicht entgegen.<sup>51</sup> Doch kann die Berufung auf die eigene Kaufmannseigenschaft ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich sein (§§ 242, 138, 826 BGB).<sup>52</sup> § 5 wirkt auch zulasten **Minderjähriger** oder **Geschäftsunfähiger**. Die Schutzbedürftigkeit dieser Personen steht einer Anwendung des § 5 nicht entgegen, denn sie werden hinreichend dadurch geschützt, dass die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte nach §§ 104 ff. BGB (schwebend) unwirksam sind (str.).<sup>53</sup>

§ 5 erfasst auch **Personengesellschaften**, die (soweit dies nicht bereits aus § 105 Abs. 2 folgt) auch bei tatsächlichem Rückgang ihres Gewerbebetriebs auf ein Kleingewerbe als OHG bzw. KG zu behandeln sind, bis ihre Firma aus dem Handelsregister gelöscht oder der Betrieb (nach Abschluss der Liquidation) endgültig eingestellt wird.<sup>54</sup> § 5 fingiert nicht die Existenz einer Gesellschaft, die nie existiert hat bzw. noch nicht oder nicht mehr besteht,<sup>55</sup> ebenso wenig die Gesellschaftereigenschaft fälschlich als Gesellschafter im Handelsregister eingetragener Personen, die sich allenfalls nach § 15 als Gesellschafter behandeln lassen müssen.<sup>56</sup>

**3. Zeitliche Reichweite.** In zeitlicher Hinsicht entfaltet § 5 Wirkung in Bezug auf Rechtsverhältnisse, die begründet werden, **während die unrichtige Eintragung besteht**, dh vom Vollzug der Eintragung bis zum Vollzug der Löschung.<sup>57</sup> Der Zeitpunkt der Berufung auf § 5 ist irrelevant.<sup>58</sup>

**4. Sachliche Reichweite.** Während der Fiktivkaufmann kraft Eintragung iSd § 5 in persönlicher und zeitlicher Hinsicht dem Kaufmann kraft Eintragung iSd §§ 2 und 3 nicht nachsteht, bestehen in sachlicher Hinsicht einige Einschränkungen, obwohl auch hier im Grundsatz gilt, dass der Fiktivkaufmann als Kaufmann anzusehen ist. Richtiger, wenngleich im Detail str. Auffassung zufolge gilt § 5 für den **gesamten Privatrechtsverkehr einschließlich des Zivilprozessrechts** (→ Rn. 22 ff.), während eine darüber hinausgehende Anwendung auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse (einschließlich des Register-, Steuer- und Strafrechts) nicht in Betracht kommt (→ Rn. 26 ff.). Die nachfolgenden Ausführungen gelten gleichermaßen für Fiktiveinzelkaufleute wie für Fiktivhandelsgesellschaften.

**a) Handelsrecht.** Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften des HGB finden grundsätzlich auch auf den Fiktivkaufmann Anwendung. Er unterliegt der **Registerpublizität** (§ 15) und dem **Firmenrecht** (§§ 17 ff., 37a), er kann **Prokura** und **Handlungsvollmacht** erteilen (§§ 48 ff.),<sup>59</sup> und er ist bei Abschluss von **Handelsgeschäften** den kaufmannsrechtlichen Sondervorschriften unterworfen, zB § 348 (keine Herabsetzung der Vertragsstrafe), § 350 (Formfreiheit der Bürgschaft), §§ 352, 353 (kaufmännische Zinsen) und § 377 (Rügeobliegenheit).<sup>60</sup> Der die Firma fortführende Erwerber kann seiner Haftung für Altverbindlichkeiten (§ 25) nicht die Kleingewerblichkeit des erworbenen Unternehmens entgegenhalten, wenn die Firma im Handelsregister eingetragen ist.<sup>61</sup> Zu Rechnungslegungspflichten und registerrechtlichem Verfahren → Rn. 28, 30.

**b) Gesellschaftsrecht.** Ist eine GbR fälschlich im Handelsregister eingetragen und wird deshalb über § 5 fingiert, dass es sich bei ihr um eine **OHG** oder **KG** handelt (→ Rn. 19), so gelten für sie und ihre Gesellschafter die §§ 105 ff., insbesondere auch die Regelungen der §§ 128 ff. zur Gesellschaftshaftung.<sup>62</sup> Die Regeln über die **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff.) sind auf das durch § 5 fingierte Handelsgewerbe ebenfalls anwendbar.<sup>63</sup>

<sup>50</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 31; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; Canaris HandelsR § 3 Rn. 51.

<sup>51</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 26.

<sup>52</sup> Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 3; KKRm/Roth Rn. 8.

<sup>53</sup> v. Olshausen ZHR 141 (1977), 93 (104); Canaris HandelsR § 3 Rn. 53; aA RvWH/Röhrich Rn. 36.

<sup>54</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; BAG 17.2.1987, NJW 1988, 222 (223); BayObLG 13.11.1984, NJW 1985, 982; OLG München 14.9.1987, NJW 1988, 1036 (1037); EBJS/Kindler Rn. 30; Heymann/Emmerich Rn. 9.

<sup>55</sup> RG 25.5.1938, RGZ 157, 369 (372); Heymann/Emmerich Rn. 9a; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 18; EBJS/Kindler Rn. 32; KKRm/Roth Rn. 7.

<sup>56</sup> HK-HGB/Ruß Rn. 4.

<sup>57</sup> Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 7; EBJS/Kindler Rn. 31; Heidel/Schall/Keffler Rn. 11.

<sup>58</sup> HK-HGB/Ruß Rn. 2.

<sup>59</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 33; EBJS/Kindler Rn. 43 f.

<sup>60</sup> EBJS/Kindler Rn. 34; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 36; RvWH/Röhrich Rn. 29.

<sup>61</sup> BGH 29.11.1957, BGHZ 22, 234 (239) = NJW 1957, 179; OLG Frankfurt 31.1.1992, OLGR 1992, 12; RvWH/Röhrich Rn. 29.

<sup>62</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 34; EBJS/Kindler Rn. 35; RvWH/Röhrich Rn. 29.

<sup>63</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 34.

- 24 **c) Geschäfts- und Prozessverkehr.** Der Fiktivkaufmann iSd § 5 steht im Geschäftsverkehr und im damit zusammenhängenden Prozessverkehr den Kaufleuten iSd §§ 1–3 gleich (→ Rn. 22 zu Handelsgeschäften).<sup>64</sup> Er kann unter der im Handelsregister eingetragenen Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2).<sup>65</sup> Er ist Kaufmann iSd §§ 95 ff. GVG (**Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen**).<sup>66</sup> Er kann wirksame **Erfüllungs- und Gerichtsstandsvereinbarungen** treffen (§§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO).<sup>67</sup> Für Fragen der Prozess-, Partei- und Insolvenzfähigkeit spielt die Kaufmannseigenschaft nach § 5 allerdings keine besondere Rolle mehr, seit diese Eigenschaften durch den BGH<sup>68</sup> bzw. durch § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch der GbR zugesprochen worden sind.<sup>69</sup> Für die Frage, ob ein **Verbraucherinsolvenzverfahren** in Betracht kommt, ist nicht die Eintragung im Handelsregister, sondern die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen des § 304 InsO entscheidend (→ § 2 Rn. 34).<sup>70</sup> Für die Frage der **Unternehmereigenschaft** iSd § 14 BGB ist ebenfalls die materielle Rechtslage und nicht die Eintragung ausschlaggebend (→ § 2 Rn. 33).<sup>71</sup>
- 25 **d) Gesetzliche Schuldverhältnisse.** Ob und inwieweit Fiktivkaufleute auch in Bezug auf gesetzliche Schuldverhältnisse (**GoA, §§ 812 ff. BGB**) und **deliktische Ansprüche** (zB §§ 823 ff. BGB) den kaufmannsrechtlichen Sonderregeln unterliegen, ist umstritten.<sup>72</sup> Nach der **hL**, die insoweit den Normzweck des Verkehrsschutzes in den Vordergrund rückt, gilt § 5 in Bezug auf solche Ansprüche **nur, wenn sie mit dem Geschäftsverkehr zusammenhängen** (zB Delikt im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung, Wettbewerbsverstoß, Bereicherungsanspruch wegen Zuviellieferung).<sup>73</sup> Nach der mit Blick auf das primäre Ziel der Rechtssicherheit vorzugswürdigen **Gegenauffassung** gilt § 5 auch in Bezug auf privatrechtliche Ansprüche aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen uneingeschränkt<sup>74</sup> und damit letztlich für das **gesamte Privatrecht** einschließlich des „Unrechtsverkehrs“.<sup>75</sup> Die praktische Bedeutung dieses Streits ist heute gering. Früher lag sie insbesondere bei der Frage, ob **§ 31 BGB** auch auf eine im Handelsregister eingetragene und dadurch zur Fiktiv-OHG gewordene GbR anzuwenden war (mit der Folge einer Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB).<sup>76</sup> Mittlerweile hat der BGH entschieden, dass § 31 BGB – unabhängig von der Eintragung im Handelsregister – analog auf GbR anwendbar ist und dass GbR-Gesellschafter analog § 128 HGB für deliktische Gesellschaftsverbindlichkeiten haften müssen.<sup>77</sup>
- 26 **e) Öffentliches Recht.** Während der Fiktivkaufmann privatrechtlich weitestgehend dem Kaufmann iSd §§ 1–3 gleichgestellt ist, gilt für das öffentliche Recht das Gegenteil: **§ 5 entfaltet grundsätzlich keine Wirkung** im öffentlichen Recht einschließlich des Register-, Steuer- und Strafrechts.<sup>78</sup> Dies entspricht der Intention des historischen Gesetzgebers, der die Anwendung des § 5 auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse beschränkt sehen wollte,<sup>79</sup> und auch dem Sinn und Zweck der Norm. Der Staat kann nicht fälschlich eine Person in das Handelsregister eintragen und dann aus diesem staatlichen Versagen negative Rechtsfolgen gegen den zu Unrecht Eingetragenen ableiten.
- 27 § 5 findet mithin keine Anwendung im **Verwaltungsrecht** einschließlich des **Ordnungswidrigkeitenrechts**.<sup>80</sup> Auch für die Verpflichtung zur Zahlung der **IHK-Umlage** ist nach zutreffender Auffassung die wahre Rechtslage entscheidend und nicht die durch § 5 bewirkte Fiktion.<sup>81</sup>

<sup>64</sup> BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45; RvWH/Röhrich Rn. 29; EBJS/Kindler Rn. 34 ff.; Staub/Oetker Rn. 19; Heymann/Emmerich Rn. 10; GK-HGB/Ensthaler Rn. 7 f.; Canaris HandelsR § 3 Rn. 57; K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 40; Oetker HandelsR § 2 Rn. 57.

<sup>65</sup> EBJS/Kindler Rn. 36; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 41; Heymann/Emmerich Rn. 10.

<sup>66</sup> Vgl. Staub/Brüggemann 4. Aufl. Rn. 24.

<sup>67</sup> RvWH/Röhrich Rn. 29; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 41; EBJS/Kindler Rn. 36.

<sup>68</sup> BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

<sup>69</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 41.

<sup>70</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 41.

<sup>71</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 37.

<sup>72</sup> Offenlassend BGH 6.7.1981, NJW 1982, 45.

<sup>73</sup> Staub/Oetker Rn. 21; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; EBJS/Kindler Rn. 37 ff.; Canaris HandelsR § 3 Rn. 58; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 9a; Heymann/Emmerich Rn. 10; HK-HGB/Ruß Rn. 3.

<sup>74</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 39 f.; KKRM/Roth Rn. 8; GK-HGB/Ensthaler Rn. 9.

<sup>75</sup> K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 41.

<sup>76</sup> Canaris HandelsR § 3 Rn. 58; EBJS/Kindler Rn. 39; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; GK-HGB/Ensthaler Rn. 9.

<sup>77</sup> BGH 24.2.2003, BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445.

<sup>78</sup> RG 13.11.1905, DJZ 1906, 263; 2.4.1912, JW 1912, 951 (952); 21.9.1931, HRR 1932 Nr. 218; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 33 und 42 ff.; EBJS/Kindler Rn. 41 ff.; RvWH/Röhrich Rn. 40; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; Canaris HandelsR § 3 Rn. 57.

<sup>79</sup> Hahn/Mugdan 203 f.; Hüttemann/Meinert BB 2007, 1436 (1438); K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 43.

<sup>80</sup> RvWH/Röhrich Rn. 40; EBJS/Kindler Rn. 46; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 43.

<sup>81</sup> Hüttemann/Meinert BB 2007, 1436 (1439); RvWH/Röhrich Rn. 40; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; EBJS/Kindler Rn. 46; aA OVG NRW 23.10.1986, BB 1987, 1130; BayVG 23.10.1980, GewA 1981, 162 (164).



Der Fiktivkaufmann ist nach hM **nicht rechnungslegungspflichtig** iSd §§ 238 ff. HGB.<sup>82</sup> Schon deshalb scheidet auch eine Anwendung des **Insolvenzstrafrechts** (§§ 283 ff. StGB) auf ihn aus.<sup>83</sup> Eine Strafbarkeit des Fiktivkaufmanns nach diesen Vorschriften wäre aber auch dann zu verneinen, wenn man mit der Gegenauffassung eine Buchführungspflicht bejahen würde, weil der Staat strafrechtliche Sanktionen nicht auf eine fehlerhafte Registereintragung stützen kann. Straf- und Bußgeldvorschriften, die sich an Kaufleute wenden, gelten nur gegenüber Personen, die wirklich Kaufleute sind.<sup>84</sup>

Eine Anwendung der Bestimmungen des **Steuerrechts** einschließlich des **Steuerstrafrechts**<sup>85</sup> scheitert (abgesehen von den in → Rn. 28 erwähnten Gründen) regelmäßig bereits daran, dass diese Vorschriften nicht an den Kaufmannsbegriff oder an die Eintragung im Handelsregister, sondern an die Begriffe des „Gewerbebetreibenden“ bzw. des „Unternehmers“ anknüpfen (vgl. etwa § 15 EStG oder § 141 AO, → § 2 Rn. 33).<sup>86</sup> Auch eine Indizwirkung der Eintragung im Handelsregister für die Annahme eines gewerbsteuerpflichtigen Unternehmens (→ § 2 Rn. 9) ist bei Fiktivkaufleuten abzulehnen.<sup>87</sup>

Schließlich gilt die Fiktion des § 5 auch nicht im **Verhältnis zum Registergericht**, das von Amts wegen prüft, ob die Voraussetzungen der §§ 1–3 bzw. §§ 105, 161 vorliegen und das durch § 5 nicht daran gehindert wird, eine zu Unrecht bestehende Eintragung nach § 395 FamFG zu löschen (→ § 2 Rn. 30), um den Registerinhalt auf diese Weise wieder in Einklang mit der wahren Rechtslage zu bringen.<sup>88</sup> Im Gegenteil ist es dazu verpflichtet, dafür zu sorgen, dass das Register mit der wahren Rechtslage übereinstimmt.

#### IV. Die Lehre vom Scheinkaufmann

**1. Allgemeines. a) Zweck.** Die §§ 5, 15 erfassen nicht alle Fälle, in denen Dritte schutzbedürftig sind, weil der unzutreffende Eindruck entstanden ist, ein Nichtkaufmann sei Kaufmann iSd §§ 1 ff. Die Lehre vom Scheinkaufmann **schließt** diese **Schutzlücke**, indem sie denjenigen, der in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt, Kaufmann zu sein, **zugunsten gutgläubiger Dritter**, die im Vertrauen auf diesen Schein Dispositionen treffen, wie einen Kaufmann behandelt.<sup>89</sup> Liegen die Voraussetzungen der Lehre vom Scheinkaufmann vor, so führt sie zur **Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften** auf Nichtkaufleute, und zwar – im Gegensatz zu § 5 – nur zu Lasten (und nicht auch zugunsten) des Scheinkaufmanns und nur im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten (und nicht mit Wirkung für und gegen jedermann).<sup>90</sup>

**b) Entwicklung.** Die **Lehre vom Scheinkaufmann** geht auf *Staub* zurück, der formulierte „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann“.<sup>91</sup> Nach heute ganz hM geht diese Formulierung zu weit und ist ebenso wie ihre Verankerung in § 5 abzulehnen, weil sie letztlich das ausdifferenzierte System der §§ 1 ff. gegenstandslos machen würde.<sup>92</sup> Stattdessen wird die **dogmatische Grundlage** der Lehre vom Scheinkaufmann in der maßgeblich von *Canaris* geprägten **allgemeinen Rechtsscheinlehre** gesehen.<sup>93</sup> Die praktische Bedeutung der Rechtsscheinlehre für die

<sup>82</sup> OLG Celle 31.7.1968, NJW 1968, 2119; EBJS/Kindler Rn. 45; RvWH/Röhrich Rn. 40; KKRM/Roth Rn. 8; aA Hüttemann/Meinert BB 2007, 1436 (1439 f.); Staub/Hüffner 4. Aufl. § 238 Rn. 8; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 35; vgl. auch allg. § 241a zur Befreiung von Einzelkaufleuten von der Buchführungs- und Inventarisierungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen.

<sup>83</sup> OLG Celle 31.7.1968, NJW 1968, 2119; EBJS/Kindler Rn. 45, 48 sowie Vor § 1 Rn. 71 ff.; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; Heymann/Emmerich Rn. 12.

<sup>84</sup> Hüttemann/Meinert BB 2007, 1436 (1441); RvWH/Röhrich Rn. 40.

<sup>85</sup> Dazu auch Hüttemann/Meinert BB 2007, 1436 (1441).

<sup>86</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 42, 44; EBJS/Kindler Rn. 47.

<sup>87</sup> EBJS/Kindler Rn. 47; in Bezug auf das Verwaltungsrecht vorsichtig abw. MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 43.

<sup>88</sup> BayObLG 13.11.1984, NJW 1985, 982; LG Nürnberg 4.11.1976, DB 1977, 252; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 33; EBJS/Kindler Rn. 42; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 6; RvWH/Röhrich Rn. 39; GK-HGB/Ensthaler Rn. 9; HK-HGB/Ruß Rn. 3.

<sup>89</sup> Vgl. *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 8 ff.; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 1; EBJS/Kindler Rn. 49 ff.; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 9.

<sup>90</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 9; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 5.

<sup>91</sup> *Staub*, Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl. 1900, Exkurs zu § 5 Anm. 1; ihm folgend RG 27.3.1907, RGZ 65, 412 (413 f.).

<sup>92</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 7 und 9; vgl. *K. Schmidt HandelsR* § 10 Rn. 114; EBJS/Kindler Rn. 49 f.; zur Entwicklung *Limbach ZHR* 134 (1970), 289 (291 ff.); v. *Olshausen FS Raisch*, 1995, 147 (150 ff.); *Nickel JA* 1980, 566 ff.

<sup>93</sup> BGH 4.7.1966, NJW 1966, 1915 (1916); *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 8; EBJS/Kindler Rn. 50; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 9; krit. v. *Olshausen FS Raisch*, 1995, 147 (153 ff.).

Anwendung des HGB ist allerdings in jüngerer Zeit stark zurückgegangen.<sup>94</sup> Gründe dafür sind insbesondere die deutliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 1 durch das HRRefG 1998 (→ § 1 Rn. 3 f.) und der Umstand, dass der BGH heute die §§ 128 ff. unabhängig davon auf GbR-Gesellschafter anwendet, ob diese als GbR oder als „Schein-OHG“ auftreten.<sup>95</sup>

**33 c) Systematische Stellung.** Die Lehre vom Scheinkaufmann ist **gegenüber** den geschriebenen Kaufmannstatbeständen der §§ 1 ff. **subsidiär**.<sup>96</sup> Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu § 5, der in seinem Anwendungsbereich sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Fiktivkaufmanns wirkt und der Lehre vom Scheinkaufmann vorgeht.<sup>97</sup> Wer bereits Kaufmann ist, weil er ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1) oder weil seine Firma im Handelsregister eingetragen ist (§§ 2, 3, 5), kann nicht zugleich „nur“ Scheinkaufmann sein.

**34** Bei Eintragungs- und Bekanntmachungsfehlern schützt – sofern bereits nicht § 5 einschlägig ist – § 15 die Interessen gutgläubiger Dritter, zB bei noch nicht erfolgter bzw. noch nicht bekannt gemachter Löschung einer Firma nach Einstellung oder Veräußerung des Gewerbebetriebs (→ Rn. 7). Auch § 15 geht der Lehre vom Scheinkaufmann grundsätzlich vor.<sup>98</sup> Allerdings kann ein spezieller Vertrauenstatbestand (wie die Lehre vom Scheinkaufmann) ausnahmsweise gegenüber Verlautbarungen des Handelsregisters (§ 15 Abs. 2) vorrangig sein.<sup>99</sup> Eine früher als Kaufmann im Handelsregister eingetragene Person kann sich danach trotz Löschung der Firma samt entsprechender Bekanntmachung gutgläubigen Dritten gegenüber nicht darauf berufen, kein Kaufmann mehr zu sein, wenn sie in qualifizierter Weise (zB durch Weiterverwendung von Firmenbögen<sup>100</sup> oder durch Unterlassen der Aufklärung eines ständigen Geschäftspartners über die Änderung)<sup>101</sup> den unzutreffenden Rechtschein fortdauernder Kaufmannseigenschaft gesetzt hat.<sup>102</sup>

**35 d) Anwendungsbereich.** Raum für die Lehre vom **Scheinkaufmann** bleibt nur, wenn ein Nichtkaufmann sich als Kaufmann geriert, obwohl er entweder (zB als Freiberufler) gar kein Gewerbe oder nur ein nicht eingetragenes Gewerbe iSd §§ 2 oder 3 betreibt (→ Rn. 7 ff.)<sup>103</sup> und wenn keine bereits von §§ 5 oder 15 erfassten Eintragungs- oder Bekanntmachungsdefizite vorliegen. Entsprechendes gilt für die Frage, ob eine Person sich als **Scheingesellschafter** wie ein persönlich haftender Gesellschafter einer (existierenden oder nicht existierenden) Handelsgesellschaft behandeln lassen muss (→ § 128 Rn. 104) sowie für die Frage, ob sich eine GbR aufgrund eines zurechenbaren Rechtsscheins als **Scheinhandelsgesellschaft** (Schein-OHG, Schein-KG; → § 105 Rn. 96 f.) behandeln lassen muss.<sup>105</sup> Zur gesunkenen Relevanz der letzten beiden Fallgruppen → Rn. 2 aE.

**36 2. Voraussetzungen. a) Allgemeines.** Die Lehre vom Scheinkaufmann kommt zur Anwendung, wenn der mutmaßliche Scheinkaufmann (1.) nicht bereits aufgrund der §§ 1–6 Kaufmann ist oder sich nach § 15 so behandeln lassen muss (Subsidiarität der Lehre vom Scheinkaufmann; → Rn. 33 ff.) und wenn die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinhaftung vorliegen, dh wenn (2.) ein objektiver Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft besteht (→ Rn. 37 ff.), wenn dieser Rechtsschein (3.) dem mutmaßlichen Scheinkaufmann zugerechnet werden kann (→ Rn. 45 ff.), wenn (4.) ein Dritter aufgrund seines Vertrauens auf den Rechtsschein schutzwürdig ist (→ Rn. 48 f.) und wenn (5.) dieser Dritte im Vertrauen auf den Rechtsschein Dispositionen getroffen hat (Kausalität; → Rn. 50 f.). Die Beweislast für diese Voraussetzungen trägt (6.) grundsätzlich der Dritte, dem allerdings in der Praxis diverse Erleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zugute kommen (→ Rn. 52 f.).

<sup>94</sup> Dazu auch MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 6.

<sup>95</sup> BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 314 = NJW 2001, 1056; 27.9.1999, BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483.

<sup>96</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 5 und 12 f.; EBS/Kindler Rn. 52.

<sup>97</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 9; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 13.

<sup>98</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 10; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 14; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 18.

<sup>99</sup> BGH 15.1.1990, NJW 1990, 2678 (2679); 18.3.1974, BGHZ 62, 216 (223) = NJW 1974, 1191 (1192); OLG Karlsruhe 28.12.1967, JZ 1971, 335; Baumbach/Hopt/Hopt § 15 Rn. 15; s. aber auch BGH 22.1.1970, JZ 1971, 334 (335).

<sup>100</sup> OLG Hamm 10.5.1994, NJW-RR 1995, 418 (419); MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 14.

<sup>101</sup> BGH 8.5.1972, NJW 1972, 1418 (1419).

<sup>102</sup> BGH 8.5.1972, NJW 1972, 1418 (1419) (Berufung auf § 15 Abs. 2 rechtsmissbräuchlich); Canaris HandelsR § 5 Rn. 38 und K. Schmidt HandelsR § 14 Rn. 4 (teleologische Reduktion des § 15 Abs. 2).

<sup>103</sup> Oetker HandelsR § 2 Rn. 59; EBS/Kindler Rn. 54 f.

<sup>104</sup> BGH 11.3.1955, BGHZ 17, 13 (16) = NJW 1955, 985; K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 122. Zur Haftung der Gesellschafter einer fälschlich als GmbH firmierenden UG (haftungsbeschränkt) analog § 179 BGB s. BGH 12.6.2012, NJW 2012, 2871 m. abl. Anm. Altmeyen NJW 2012, 2833; zur Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters als Scheingesellschafter s. BGH 17.1.2012, NZG 2012, 221 (222).

<sup>105</sup> K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 120; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 37 ff.

**b) Objektiver Rechtsschein.** Wie jede Rechtsscheinhaftung setzt die Lehre vom Scheinkauf- 37  
mann zunächst objektiv voraus, dass der unzutreffende (dh nicht mit dem wahren Sachverhalt übereinstimmende) Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gesetzt wird. Dazu muss der Eindruck hervorgerufen werden, der mutmaßliche Scheinkaufmann betreibe ein Handelsgewerbe, obwohl er in Wirklichkeit gar kein Gewerbe oder nur ein nicht eingetragenes Gewerbe iSd §§ 2 oder 3 betreibt. Dies kann im Einzelfall schwierig sein. Vergleichsweise einfach ist die Annahme eines hinreichenden Rechtsscheins bei Vorliegen einer ausdrücklichen Erklärung. Fehlt eine solche Erklärung, kann der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft im Einzelfall auch aus sonstigen Anhaltspunkten, namentlich aus der Nutzung kaufmännischer Einrichtungen, abgeleitet werden.

**aa) Ausdrückliche Erklärungen.** Wer einem Dritten gegenüber unaufgefordert oder auf Nachfrage, ausdrücklich **in Wort oder Schrift** erklärt, Kaufmann kraft Handelsgewerbes oder kraft Eintragung zu sein, muss sich diesem gegenüber nach ganz hM auch als solcher behandeln lassen.<sup>106</sup> Eine ausdrückliche Erklärung liegt insbesondere vor, wenn der mutmaßliche Scheinkaufmann einen Kaufleuten oder Handelsgesellschaften vorbehaltenen **Rechtsformzusatz** (zB eingetragener Kaufmann, e.Kfm., e.Kfr., OHG, KG) verwendet.<sup>107</sup> 38

Aus der Erklärung muss hervorgehen, dass der mutmaßliche Scheinkaufmann sich als Kaufmann 39  
im Sinne eines kaufmännischen Unternehmensträgers iSd §§ 1–6 ausgibt. Die Verwendung der eher auf die berufliche Qualifikation bezogenen **Berufsbezeichnung** „(Diplom-) Kaufmann“ ist für sich genommen als Rechtsscheinträger unzureichend.<sup>108</sup> Ebenso wenig reichen dafür die Eintragung des Wortes „Kaufmann“ als Beruf eines GmbH-Geschäftsführers im Handelsregister<sup>109</sup> oder eine dem mutmaßlichen Scheinkaufmann in den AGB des Vertragspartners **untergeschobene Erklärung** aus, Kaufmann zu sein.<sup>110</sup>

Umstritten ist, ob die ausdrückliche Erklärung der Kaufmannseigenschaft in sich schlüssig und 40  
plausibel sein muss. Dies spielt zB eine Rolle, wenn ein Freiberufler (Arzt, Architekt) sich als Kaufmann ausgibt, obwohl er dies in Ermangelung eines Gewerbes objektiv gar nicht sein kann (→ § 1 Rn. 35). *Canaris* lehnt für solche Fälle einen hinreichenden Rechtsschein mangels **Schlüssigkeit** ab,<sup>111</sup> andere verlangen dafür zusätzlich, dass die Unschlüssigkeit ohne besondere Rechtskenntnisse erkennbar ist.<sup>112</sup> Systematisch stimmiger erscheint es, auf ein Schlüssigkeitserfordernis in Bezug auf den objektiven Rechtsschein zu verzichten und die Frage, ob der Dritte die Unschlüssigkeit erkennen und zum Anlass weiterer Nachprüfungen nehmen musste, erst im Zusammenhang mit der Schutzwürdigkeit des Dritten (→ Rn. 48 f.) zu prüfen.<sup>113</sup>

**bb) Kaufmännische Einrichtungen.** Der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft kann bei 41  
Fehlen einer ausdrücklichen Erklärung grundsätzlich auch aus tatsächlichen Anzeichen und konkludenten Erklärungen abgeleitet werden. Der Anschein der Kaufmannseigenschaft kann namentlich daraus resultieren, dass ein Nichtkaufmann Gebrauch von **Rechtseinrichtungen** (Rechtsinstituten) macht, die von Rechts wegen Kaufleuten vorbehalten sind. Hierzu zählt insbesondere die Erteilung von **Prokura** (§§ 48 ff.).<sup>114</sup> Allerdings ist Zurückhaltung geboten, denn aus der Vornahme vereinzelter Rechtsakte in einer nur Kaufleuten zugänglichen Form (zB mündliches Bürgschaftsversprechen nach § 350<sup>115</sup> oder Gerichtsstandsvereinbarungen nach § 38 Abs. 1 ZPO) auf die Kaufmannseigenschaft zu schließen, würde den Schutzzweck dieser Vorschriften vereiteln (→ Rn. 59 f.).<sup>116</sup> Anders kann der Fall liegen, wenn ein Nichtkaufmann sich in ständiger Übung solcher kaufmännischer Handlungsformen bedient.

<sup>106</sup> *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 11; *Oetker* HandelsR § 2 Rn. 61; *RvWH/Röhricht* Anh. § 5 Rn. 15; *MüKoHGB/K. Schmidt* Anh. § 5 Rn. 18; *EBJS/Kindler* Rn. 56; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* Rn. 14; **aA** *Limbach ZHR* 134 (1970), 289 (302).

<sup>107</sup> *BGH* 25.6.1973, *BGHZ* 61, 59 = *NJW* 1973, 1691 (Schein-KG); *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 13; *RvWH/Röhricht* Anh. § 5 Rn. 11; *MüKoHGB/K. Schmidt* Anh. § 5 Rn. 18; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 10; *KKRM/Roth* § 15 Rn. 47.

<sup>108</sup> *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 11; *MüKoHGB/K. Schmidt* Anh. § 5 Rn. 20.

<sup>109</sup> *OLG Düsseldorf* 29.12.1993, *NJW-RR* 1995, 93.

<sup>110</sup> *EBJS/Kindler* Rn. 58; *MüKoHGB/K. Schmidt* Anh. § 5 Rn. 20.

<sup>111</sup> *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 12 (allenfalls Einwand des Rechtsmissbrauchs).

<sup>112</sup> *RvWH/Röhricht* Anh. § 5 Rn. 15 (Rechtsschein bei Architekt möglich).

<sup>113</sup> *EBJS/Kindler* Rn. 56 und 71; vgl. *OLG Karlsruhe* 28.12.1967, *JZ* 1971, 335 und *BGH* 22.1.1970, *JZ* 1971, 334 f. (für einen Fall der Selbstdarstellung als Einpersonen-KG).

<sup>114</sup> *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 16; *Oetker* HandelsR § 2 Rn. 61; *K. Schmidt* HandelsR § 10 Rn. 131; *EBJS/Kindler* Rn. 59; *RvWH/Röhricht* Anh. § 5 Rn. 7.

<sup>115</sup> *OLG Düsseldorf* 29.12.1993, *NJW-RR* 1995, 93 (94).

<sup>116</sup> *MüKoHGB/K. Schmidt* Anh. § 5 Rn. 20; *ders.* HandelsR § 10 VIII 4a; *Canaris* HandelsR § 6 Rn. 25.

- 42 Nicht unproblematisch ist auch die Ableitung eines Rechtsscheins aus dem Gebrauch einer Firma. Der Gebrauch einer **Firma** ist nach § 17 Abs. 1 Kaufleuten vorbehalten. Verwendet ein Nichtkaufmann eine Firma einschließlich des durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 vorgeschriebenen Rechtsformzusatzes, so begründet dies den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft (→ Rn. 38). Fehlt es aber an einem solchen Zusatz, so reicht das Führen einer Firma im Allgemeinen nicht mehr als Rechtsscheinträger aus, da die Grenzen zu bloßen Geschäftsbezeichnungen seit der Liberalisierung des Firmenrechts durch das HRRefG 1998<sup>117</sup> fließend sind und deshalb eine klare Abgrenzung schwierig ist.<sup>118</sup> Gleiches gilt für das „&“-**Zeichen**<sup>119</sup> und für den „**Inhaber**“-**Zusatz**,<sup>120</sup> die in der Praxis ebenfalls nicht nur von Kaufleuten verwendet werden. Die Verwendung einer Firma ohne Rechtsformzusatz kann allenfalls dann den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft tragen, wenn es sich eindeutig um eine kaufmännische Firma handelt,<sup>121</sup> zB bei Vortäuschung eines Großunternehmens (Firmierung als „A-Möbelfabrik“ oder „B-Großhandel“).<sup>122</sup>
- 43 Vorsicht ist auch in Bezug auf Schlussfolgerungen aus der Nutzung **tatsächlicher kaufmännischer Einrichtungen** geboten. Bedarf ein Unternehmen kaufmännischen Einrichtungen, so liegt nach § 1 Abs. 2 (unabhängig davon, ob es tatsächlich über solche Einrichtungen verfügt) ein Handelsgewerbe vor, und die Kaufmannseigenschaft folgt unmittelbar aus § 1 (→ § 1 Rn. 48 ff.). Das tatsächliche **Vorhandensein** kaufmännischer Einrichtungen kann umgekehrt für Zwecke des § 1 Abs. 2 deren Erforderlichkeit indizieren.<sup>123</sup> Doch reicht das bloße Vorliegen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs für sich genommen nicht aus, um den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft zu begründen.<sup>124</sup> Anderes gilt wiederum nur dann, wenn eine nicht vorhandene Unternehmensgröße vorgespiegelt wird, gerade um den unzutreffenden Anschein eines kaufmännischen Unternehmens zu erwecken.
- 44 Als Rechtsscheinträger erst recht ungeeignet sind **früher kaufmannstypische Verhaltensweisen**, die heute auch außerhalb des kaufmännischen Verkehrs weit verbreitet sind, zB das Bewirken der Eintragung in einem Branchenfernsprechbuch, das Führen mehrerer Konten, die Verwendung von AGB, Formularverträgen, aufwendigen Briefköpfen oder modernen Kommunikationstechniken sowie die Teilnahme am Wechselverkehr.<sup>125</sup>
- 45 **c) Zurechenbarkeit.** Der objektiv vorhandene Rechtsschein führt nur dann zur Annahme der Scheinkaufmanns-Eigenschaft, wenn er dem mutmaßlichen Scheinkaufmann auch subjektiv zurechenbar ist. Dies ist der Fall, wenn der mutmaßliche Scheinkaufmann den Rechtsschein **selbst gesetzt** hat (zB durch die Behauptung, Kaufmann bzw. als solcher im Handelsregister eingetragen zu sein), wenn er einen von einem Dritten gesetzten Rechtsschein gekannt und **geduldet** hat (Parallele zur Duldungsvollmacht)<sup>126</sup> oder wenn er ihn zwar nicht gekannt hat, aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt **hätte erkennen und unterbinden können** (Parallele zur Anscheinsvollmacht).<sup>127</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, muss sich der Unternehmensinhaber auch das Handeln seiner **Bediensteten** zurechnen lassen.<sup>128</sup>
- 46 Für die Fälle aktiver Setzung oder Duldung des Rechtsscheins gilt das **Veranlassungsprinzip**. Ein Verschulden ist nicht erforderlich, so dass die Lehre vom Scheinkaufmann auch dann Anwendung findet, wenn der mutmaßliche Scheinkaufmann aufgrund eines unverschuldeten Irrtums davon aus-

<sup>117</sup> Dazu K. Schmidt NJW 1998, 2161 (2167 f.); Körber Jura 1998, 452 (455 f.).

<sup>118</sup> HM, zB Canaris HandelsR § 6 Rn. 14; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 9 f.; vgl. schon OLG Stuttgart 26.8.1986, BB 1987, 147; aA noch OLG Frankfurt 30.9.1974, BB 1974, 1366 (1367); EBJS/Kindler Rn. 60; vgl. auch BGH 29.11.1956, BGHZ 22, 234 (237 f.) = NJW 1957, 179.

<sup>119</sup> K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 132; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 12.

<sup>120</sup> OLG Stuttgart 26.8.1986, BB 1987, 147 m. abl. Anm. Wessel; aA OLG Frankfurt 30.9.1974, BB 1974, 1366 (1367).

<sup>121</sup> RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 9.

<sup>122</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 14; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 18.

<sup>123</sup> BGH 28.4.1960, BB 1960, 917; Baumbach/Hopt/Hopt § 1 Rn. 23; MüKoHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 72.

<sup>124</sup> HM, zB Kaiser JZ 1999, 495 (500); Canaris HandelsR § 6 Rn. 17; Oetker HandelsR § 2 Rn. 61 Fn. 3; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 8; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 19; KKRm/Roth § 15 Rn. 48; aA Limbach ZHR 134 (1970), 289 (310 f.); Nickel JA 1980, 566 (572); EBJS/Kindler Rn. 64.

<sup>125</sup> HM, zB RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 6 f.; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 20; EBJS/Kindler Rn. 62; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 10; abw. Limbach ZHR 134 (1970), 289 (314 f.); Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 13.

<sup>126</sup> RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 27; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 21; EBJS/Kindler Rn. 66.

<sup>127</sup> RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 27; EBJS/Kindler Rn. 66; KKRm/Roth § 15 Rn. 53; s. auch OLG Hamm 28.9.2010, NZG 2011, 137 zur Haftung eines freien Mitarbeiters einer Scheinsozietät.

<sup>128</sup> K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 136; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 28; weitergehend v. Gierke/Sandrock § 12 III 2, 169 (Handeln der Bediensteten immer zurechenbar).

geht, tatsächlich Kaufmann zu sein.<sup>129</sup> Dagegen ist dem dritten Fall des *pflichtwidrigen* Unterlassens der Beseitigung eines Rechtsscheins ein Verschuldenserfordernis immanent.<sup>130</sup> Mit Blick auf vorrangige Verkehrsschutzinteressen und da der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft nicht auf einer Willenserklärung beruht, ist nach hM seine **rückwirkende Beseitigung durch Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB ausgeschlossen**.<sup>131</sup>

Eine Zurechnung scheidet grundsätzlich aus, wenn der mutmaßliche Scheinkaufmann **geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt** ist.<sup>132</sup> Der Schutz solcher Personen ist grundsätzlich gegenüber dem Schutzbedürfnis des Verkehrs vorrangig.<sup>133</sup> Allerdings müssen sich Minderjährige das Verhalten ihrer gesetzlichen Vertreter zurechnen lassen.<sup>134</sup> Ist einem Minderjährigen Teilgeschäftsfähigkeit nach **§ 112 BGB** eingeräumt (→ § 1 Rn. 68), so ist er grundsätzlich auch im Hinblick auf die Scheinkaufmannseigenschaft zurechnungsfähig.<sup>135</sup> Umgekehrt schließt die Geschäftsunfähigkeit eines Vertreters die Zurechnung zu Lasten eines (geschäftsfähigen) Vertretenen nicht aus.<sup>136</sup>

**d) Schutzwürdigkeit des Dritten.** Anders als die Fiktion der Kaufmannseigenschaft nach § 5 wirkt der Rechtsschein nach allgM nicht für und gegen jedermann, sondern nur zugunsten desjenigen, der auf die Richtigkeit des Rechtsscheins vertraut, dh **gutgläubig** ist. Bösgläubigkeit liegt nach allgM vor, wenn der Dritte die Unrichtigkeit **kennt oder kennen musste**, dh nur in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (vgl. § 932 Abs. 2 BGB). **Str. ist, ob auch einfache Fahrlässigkeit** zur Bösgläubigkeit führt. Dies wird von der wohl hM bejaht,<sup>137</sup> teils aber auf Fälle der **Evidenz** beschränkt<sup>138</sup> (was in der Sache eher dem Maßstab grober Fahrlässigkeit entspricht).<sup>139</sup> Andere lassen einfache Fahrlässigkeit – auch mit Blick auf die heute eher hohen Anforderungen an die Annahme eines Rechtsscheins (→ Rn. 37 ff.) – nicht ausreichen.<sup>140</sup> Die praktische Relevanz des Streits ist gering. Die Rspr. stellt oftmals eine Einzelfallabwägung an (→ Rn. 49 aE), ohne der förmlichen Abgrenzung zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit entscheidendes Gewicht beizumessen.<sup>141</sup> Der BGH hat allerdings unterstrichen, es sei Aufgabe desjenigen, der die Rechtsscheinsfolgen nicht gegen sich gelten lassen wolle, darzulegen und zu beweisen, „dass sein Vertragsgegner die wahren Verhältnisse kannte oder kennen musste oder dass diese für ihn im konkreten Fall keine Rolle gespielt haben“. <sup>142</sup> Dies spricht für das Erfordernis **grober Fahrlässigkeit**.<sup>143</sup>

Grundsätzlich besteht nach der Rspr. **keine Nachforschungsobliegenheit** (oder gar Nachforschungspflicht) des Dritten.<sup>144</sup> Insbesondere reicht das Unterlassen der **Einsichtnahme in das Handelsregister** nicht ohne Weiteres aus, um eine Bösgläubigkeit zu begründen (→ Rn. 34 zum Verhältnis zu § 15 Abs. 2).<sup>145</sup> Dies gilt erst recht, wenn sich die Rechtsverhältnisse eines in ständiger

<sup>129</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 20; *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 27; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 21; *EBJS/Kindler Rn.* 66; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 53; *HK-HGB/Ruß* § 5 Rn. 7; **abw.** *Nickel JA* 1980, 566 (574) (auch bei Duldung ist Verschulden erforderlich).

<sup>130</sup> *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 27; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 53; vgl. BGH 27.9.1956, *NJW* 1956, 1673 (1674) zur Anscheinsvollmacht; OLG Karlsruhe 28.12.1967, *JZ* 1971, 335 (336) zur Schein-KG.

<sup>131</sup> *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 30; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 21; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 11; *EBJS/Kindler Rn.* 79; diff. *KKRm/Roth* § 15 Rn. 61.

<sup>132</sup> *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 29; *EBJS/Kindler Rn.* 68; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 54; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 11.

<sup>133</sup> HM, dazu allg. BGH 12.10.1976, *NJW* 1977, 622 (623); hM in Bezug auf Lehre vom Scheinkaufmann, zB *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn.* 15; *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 29; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 11; **aA** *K. Schmidt HandelsR* § 10 Rn. 136.

<sup>134</sup> *K. Schmidt HandelsR* § 10 Rn. 136; *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 29; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 54.

<sup>135</sup> Ausf. *EBJS/Kindler Rn.* 67 ff.; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 54.

<sup>136</sup> BGH 1.7.1991, BGHZ 115, 78 = *NJW* 1991, 2566; *EBJS/Kindler Rn.* 66; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 54.

<sup>137</sup> BGH 22.1.1970, *JZ* 1971, 334 (335); *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 71 (§§ 173, 405 BGB iVm § 122 Abs. 2 BGB); *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 12; *Hübner HandelsR* § 1 Rn. 71.

<sup>138</sup> So *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 71.

<sup>139</sup> So zu Recht auch *EBJS/Kindler Rn.* 72; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 22.

<sup>140</sup> v. *Gierke/Sandrock* § 12 III 2, 169; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 22; *ders. HandelsR* § 10 VIII 3b aa; *Staub/Oetker Rn.* 37; *EBJS/Kindler Rn.* 72; tendenziell auch OLG Karlsruhe 28.12.1967, *JZ* 1971, 335 (336); diff. *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 31.

<sup>141</sup> Vgl. *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 31; *KKRm/Roth* § 15 Rn. 55.

<sup>142</sup> BGH 12.6.2012, *NJW* 2012, 2871 (2873) mit Verweis auf BGH 3.2.1975, BGHZ 64, 11 (18 f.).

<sup>143</sup> So auch *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 31.

<sup>144</sup> BGH 22.1.1970, *JZ* 1971, 334 (335); *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 71; *EBJS/Kindler Rn.* 72; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 12.

<sup>145</sup> OLG Karlsruhe 28.12.1967, *JZ* 1971, 335 (336); *RvWH/Röhricht Anh.* § 5 Rn. 32; *EBJS/Kindler Rn.* 73; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 22; **aA** *HK-HGB/Ruß* § 5 Rn. 8; grds. auch *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn.* 16b.



Geschäftsbeziehung zum Dritten stehenden Unternehmens ändern, denn in diesem Fall trifft den mutmaßlichen Scheinkaufmann eine Hinweispflicht dem Dritten gegenüber.<sup>146</sup> Nachforschungen zur wahren Rechtslage sind dem Dritten nur zuzumuten, wenn **besondere Umstände** vorliegen, die Misstrauen und gesteigerte Vorsicht in Bezug auf die Kaufmannseigenschaft gebieten.<sup>147</sup> Nach der Rspr. ist insoweit grundsätzlich **abzuwägen**, ob es billiger ist, dem Dritten eine Überprüfung der wahren Rechtsverhältnisse zuzumuten, oder denjenigen, der den unzutreffenden Rechtsschein veranlasst hat, daran festzuhalten. Dabei gebührt dem Schutz des auf den Rechtsschein Vertrauenden grundsätzlich der Vorrang (→ Rn. 52 zur Beweislast).<sup>148</sup> Entscheidend sind aber die Umstände des Einzelfalles. Als Abwägungsfaktoren kommen insbesondere in Betracht: die Aktualität, Schlüssigkeit (→ Rn. 40) und Stärke einerseits des Rechtsscheins (ausdrückliche Erklärung oder nur Indizien?) und andererseits der die Zweifel nahe legenden Warnsignale, ferner ua die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts (kein alltägliches Geschäft?) und der Nachforschungsaufwand (Klärung durch einfache Einsichtnahme in das Handelsregister möglich?).<sup>149</sup>

- 50 e) Kausalität des Rechtsscheins.** Der Dritte muss den Rechtsschein gekannt und gerade im Vertrauen darauf eine tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Disposition getroffen haben.<sup>150</sup> Die **Kenntnis des Dritten vom Rechtsschein** folgt regelmäßig daraus, dass ihm die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft ergibt.<sup>151</sup> Ob der Dritte sich klare Vorstellungen über die sich aus diesen Tatsachen ergebende Rechtslage gemacht hat, ist irrelevant.<sup>152</sup> Es reicht aus, dass er den Tatsachen entnimmt, der mutmaßliche Scheinkaufmann sei Kaufmann.<sup>153</sup> Kennt der Dritte die Tatsachen nicht, so reicht es nach der Rspr. sogar aus, dass andere dem Dritten die allgemeine Überzeugung mitgeteilt haben, der mutmaßliche Scheinkaufmann sei Kaufmann.<sup>154</sup>
- 51** Der Dritte bedarf des Schutzes durch die Lehre vom Scheinkaufmann nur, wenn er eine rechtliche oder tatsächliche **Disposition im Vertrauen auf den Rechtsschein** getroffen hat. Dabei kann es sich um ein Tun (zB Vertragsschluss) oder Unterlassen (zB Verzicht auf Beweissicherung im Vertrauen auf die Rügeobliegenheit nach § 377) handeln.<sup>155</sup> Zwischen Rechtsschein und Vertrauensdisposition muss ein **Ursachenzusammenhang** in dem Sinne bestehen, dass der Dritte die Disposition bei Kenntnis des wahren Sachverhalts typischerweise nicht (so) getroffen hätte.<sup>156</sup>
- 52 f) Beweislast.** Der Beweis für die Voraussetzungen der Scheinkaufmannseigenschaft obliegt nach allgemeinen Regeln grundsätzlich dem Dritten als der Partei, die sich auf den Rechtsscheintatbestand beruft.<sup>157</sup> Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für den Nachweis des **objektiven Rechtsscheintatbestandes**. Hinsichtlich der **Zurechenbarkeit** kommen Beweiserleichterungen in Betracht, sofern dafür Aspekte (wie zB die hinreichende innerbetriebliche Organisation) ausschlaggebend sind, die in der Sphäre des mutmaßlichen Scheinkaufmanns liegen.<sup>158</sup>
- 53** Die **Gutgläubigkeit** des Dritten wird sogar vermutet, wenn der objektive Rechtsscheintatbestand feststeht.<sup>159</sup> Auch hinsichtlich der **Kenntnis** vom Rechtsschein und dessen **Kausalität** für die Disposition des Dritten geht die Rspr. von einer „tatsächlichen Vermutung“ aus, da es nach den Erfahrungen des täglichen Lebens in der Regel nahe liege, anzunehmen, dass die Disposition im Vertrauen auf den Rechtsschein getätigt wurde.<sup>160</sup> Für Fälle, in denen pflichtwidrig ein auf eine Haftungsbe-

<sup>146</sup> BGH 6.4.1987, NJW 1987, 3124 (3125); 8.5.1972, NJW 1972, 1418 (1419); EBJS/Kindler Rn. 74.

<sup>147</sup> BGH 22.1.1970, JZ 1971, 334 (335); OLG Hamm 10.5.1994, NJW-RR 1995, 418 (419).

<sup>148</sup> BGH 11.3.1955, BGHZ 17, 13 (16) = NJW 1955, 985.

<sup>149</sup> BGH 22.1.1970, JZ 1971, 334 f.; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 31; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 16a.

<sup>150</sup> BGH 17.12.1975, BB 1976, 902 (aktienrechtliche Vertretungsmacht); Canaris HandelsR § 6 Rn. 73 ff.; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 33; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 13; EBJS/Kindler Rn. 75 f.

<sup>151</sup> BGH 15.12.1955, NJW 1956, 460 (Vollmacht); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 13.

<sup>152</sup> BGH 25.6.1973, BGHZ 61, 59 (64) = NJW 1973, 1691 (1692) mit insoweit zust. Anm. Canaris NJW 1974, 455.

<sup>153</sup> Vgl. KKR/M/Roth § 15 Rn. 56.

<sup>154</sup> So BGH 28.3.1962, NJW 1962, 1003 (Vollmacht); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 13.

<sup>155</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 73; Oetker HandelsR § 2 Rn. 62; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 23; EBJS/Kindler Rn. 75.

<sup>156</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 23; Oetker HandelsR § 2 Rn. 62; Nickel JA 1980, 566 (575).

<sup>157</sup> BGH 4.7.1966, NJW 1966, 1915 (1917); 11.3.1955, BGHZ 13, 17 (18) = NJW 1955, 985; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 34; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 24; HK-HGB/Ruß § 5 Rn. 12.

<sup>158</sup> RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 34.

<sup>159</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 72; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 24; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 34; Staub/Oetker Rn. 51.

<sup>160</sup> BGH 4.7.1966, NJW 1966, 1915 (1917); 11.3.1955, BGHZ 13, 17 (18) = NJW 1955, 985; ebenso Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 13; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 34; vgl. Staub/Oetker Rn. 51 (erster Anschein spricht für Ursächlichkeit).

schränkung hinweisender Rechtsformzusatz weggelassen wurde (zB entgegen § 4 GmbHG), nimmt die Rspr. sogar eine **Beweislastumkehr** zu Lasten des mutmaßlichen Scheinkaufmanns in Bezug auf Gutgläubigkeit, Kenntnis und Kausalität vor, wenn und weil dieser den Rechtsschein zurechenbar veranlasst hat.<sup>161</sup> Dies gilt auch für Gesellschaften ausländischen Rechts.<sup>162</sup> Diese Beweislastumkehr wird in der Lit. verbreitet verallgemeinert und gefordert, der mutmaßliche Scheinkaufmann müsse in Anlehnung an § 932 Abs. 2 BGB und im Dienste der praktischen Effizienz der Rechtsscheinhaftung die Bösgläubigkeit<sup>163</sup> sowie das Fehlen von Kenntnis und Kausalität nachweisen.<sup>164</sup>

**3. Rechtsfolgen. a) Grundsatz.** Sind die Voraussetzungen der Lehre vom Scheinkaufmann erfüllt, 54 so kann sich der Scheinkaufmann gutgläubigen Dritten gegenüber nicht darauf berufen, in Wirklichkeit gar kein Kaufmann zu sein. Er muss sich diesen gegenüber an dem zurechenbar gesetzten Rechtsschein festhalten und **wie ein Kaufmann** behandeln lassen.<sup>165</sup> Dies gilt nicht nur in Bezug auf die in Betreff der Kaufleute gegebenen **Vorschriften des HGB**. Die Scheinkaufmannseigenschaft kann auch in Bezug auf zivilrechtliche und zivilprozessuale **Vorschriften außerhalb des HGB** relevant werden, zB bei Gerichtsstandsvereinbarungen nach § 38 Abs. 1 ZPO (str.; → Rn. 59 f.) oder bei Anwendung des § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung durch Vortäuschung der Kaufmannseigenschaft.<sup>166</sup>

**b) Wahlrecht des Dritten.** Der Rechtsschein wirkt nach allgM **nur zugunsten des Dritten** und 55 nicht auch zu dessen Lasten (oder zugunsten des Scheinkaufmanns). Deshalb steht dem Dritten ein Wahlrecht zu. Er kann den Scheinkaufmann wie einen Kaufmann oder auch der wahren Rechtslage entsprechend als Nichtkaufmann behandeln.<sup>167</sup> Dieses Wahlrecht ist nach zu Recht hM allerdings **ungeteilt auszuüben** und der Scheinkaufmann in Bezug auf die konkreten Dispositionen entweder als Kaufmann oder als Nichtkaufmann zu behandeln (keine „Rosinenpickerei“),<sup>168</sup> denn der Dritte darf durch den Rechtsschein einerseits nicht schlechter gestellt werden als nach der wahren Rechtslage, andererseits aber auch nicht besser als bei Zutreffen des Rechtsscheins.<sup>169</sup> Eine **verbindliche Festlegung** erfolgt erst im Prozess.<sup>170</sup> Das Wahlrecht kann nicht schon vorher durch bloße Nichtausübung verwirkt werden.<sup>171</sup> Ob der nach Wahl des Dritten als Scheinkaufman Behandelte für ihn positive Reflexwirkungen dieser Wahl dadurch verwirkt hat, dass er den Rechtsschein wissentlich falsch gesetzt hat,<sup>172</sup> erscheint zweifelhaft.<sup>173</sup>

**c) Grenzen. aa) Persönliche Grenzen.** Die Scheinkaufmannseigenschaft besteht nicht absolut, 56 sondern immer nur **relativ zugunsten** eines konkreten, in Bezug auf die Kaufmannseigenschaft gutgläubigen Dritten. Umgekehrt wirkt sie auch nur **relativ zu Lasten** desjenigen, der zurechenbar den Rechtsschein gesetzt bzw. nicht beseitigt hat (→ Rn. 45 ff.). Sie wirkt daher nicht gegen Geschäftsunfähige und in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkte (→ Rn. 47) und erst recht **nicht gegen völlig unbeteiligte Dritte**. Daher ist nach zu Recht hM ein gutgläubiger Erwerb nach § 366 vom Scheinkaufmann zu Lasten des wahren Berechtigten ausgeschlossen.<sup>174</sup>

<sup>161</sup> BGH 12.6.2012, NJW-RR 2012, 2871 Rn. 27; 15.1.1990, NJW 1990, 2678 (2679); 3.2.1975, BGHZ 64, 11 (18 f.) = NJW 1975, 1166 (1168).

<sup>162</sup> Für die Limited OLG Karlsruhe 7.4.2004, GmbHR 2004, 1016 (1017); für die BV BGH 5.2.2007, NJW 2007, 1529 (1530).

<sup>163</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 72 und 74; *EBJS/Kindler Rn.* 78; *HK-HGB/Ruß* § 5 Rn. 12; *aA RvWH/Röhrich Anh.* § 5 Rn. 34 (Beweislast beim Dritten, wenn mutmaßlicher Scheinkaufmann konkrete Umstände für Bösgläubigkeit darlegt).

<sup>164</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 77 f.; *ders.* NJW 1974, 455; *Hübner HandelsR* § 1 Rn. 74; für bestimmte „starke Rechtsscheintatbestände“ auch *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 13; dagegen *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 24.

<sup>165</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 80; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 14; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 25; *EBJS/Kindler Rn.* 80.

<sup>166</sup> *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 18.

<sup>167</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 81; *EBJS/Kindler Rn.* 80; krit. *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 27; einschr. *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 15 (kein Wahlrecht bezüglich Anscheinsvollmacht, kaufmännisches Bestätigungsschreiben und § 362).

<sup>168</sup> *EBJS/Kindler Rn.* 80; *RvWH/Röhrich Anh.* § 5 Rn. 42; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 15.

<sup>169</sup> *Canaris HandelsR* § 6 Rn. 81; *RvWH/Röhrich Anh.* § 5 Rn. 42; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 15; *EBJS/Kindler Rn.* 80; krit. *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 27.

<sup>170</sup> Vgl. *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 27; unklar bzgl. des „Wann“ der Ausübung *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 15 (Ausübung des Wahlrechts auch konkludent möglich, erfolgte Ausübung verbindlich).

<sup>171</sup> Wohl *aA Staub/Briggemann* 4. Aufl. Anh. § 5 Rn. 43 (wegen Notwendigkeit zügiger Abwicklung von Handelsgeschäften).

<sup>172</sup> So *Staub/Briggemann* 4. Aufl. Anh. § 5 Rn. 44.

<sup>173</sup> So auch *RvWH/Röhrich Anh.* § 5 Rn. 42.

<sup>174</sup> OLG Düsseldorf 18.11.1998, NJW-RR 1999, 615; *EBJS/Kindler Rn.* 87; *MüKoHGB/K. Schmidt Anh.* § 5 Rn. 32; *Baumbach/Hopt/Hopt Rn.* 16 und § 366 Rn. 4; *aA Canaris HandelsR* § 6 Rn. 26; *KKRM/Roth* § 15 Rn. 60; *RvWH/Röhrich Anh.* § 5 Rn. 47; *Staub/Oetker Rn.* 47 aE; offenlassend BGH 9.11.1998, NJW 1999, 425 (426).

- 57 **bb) Sachliche Grenzen.** Der Scheinkaufmann ist **kein „Kaufmann kraft Rechtsscheins“**. Die Rechtsscheinhaftung begründet nicht den Status eines Kaufmannes, sondern bewirkt lediglich, dass sich der Scheinkaufmann in Bezug auf konkrete Rechtsverhältnisse konkreten Dritten gegenüber wie ein solcher behandeln lassen muss.<sup>175</sup>
- 58 Die Rechtsscheinhaftung kann zudem **nicht weiter reichen als das Vertrauen** des Dritten in die Kaufmannseigenschaft (→ Rn. 50 f.). Deshalb werden von ihr nur Dispositionen rechtlicher oder tatsächlicher Art erfasst, die im Zusammenhang mit dem geschäftlichen Verkehr stehen. Eine Anwendung im reinen **Unrechtsverkehr** und erst recht in Bezug auf **öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse** (→ Rn. 26 ff.) scheidet aus.<sup>176</sup>
- 59 Umstritten ist, inwieweit die Scheinkaufmannseigenschaft geeignet ist, **zwingende Vorschriften des Zivilrechts** zu verdrängen, die dem Schutz von Nichtkaufleuten dienen (zB §§ 343, 766, 780 ff. BGB). Die **wohl hM** räumt dem **Verkehrsschutz Vorrang** vor den Anliegen dieser Schutzvorschriften ein und wendet daher auch kaufmannsrechtliche Sondervorschriften auf Scheinkaufleute an, die auf dem Gedanken geringerer Schutzbedürftigkeit der Kaufleute beruhen wie zB §§ 348, 350 HGB und §§ 29, 38 ZPO.<sup>177</sup> Dem entspricht es, dass der BGH einem Scheinunternehmer die Berufung auf das Verbrauchsgüterkaufrecht verwehrt hat.<sup>178</sup> Die **Gegenauffassung** betont demgegenüber, der Scheinkaufmann könne nicht durch eine (möglicherweise sogar nur konkludente) Erklärung Kaufmann zu sein, auf den Schutz zwingender Vorschriften verzichten; anderes gelte nur dann, wenn er die Kaufmannseigenschaft arglistig vorgetäuscht habe.<sup>179</sup> Eine **vermittelnde Ansicht** tritt dafür ein, zwischen unternehmerischen und nicht unternehmerischen Scheinkaufleuten zu differenzieren und grundsätzlich nur der ersten Gruppe (dh Kannkaufleuten iSd §§ 2 und 3 und anderen Unternehmern, namentlich Freiberuflern) den Schutz der zwingenden Vorschriften zu verwehren, wenn sie als Scheinkaufleute auftreten, während Nichtunternehmern nur in Fällen des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB die Berufung auf den Schutz der zwingenden zivilrechtlichen Vorschriften versagt werden soll.<sup>180</sup> Schließlich wird auch vorgeschlagen, nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Schutznormen zu differenzieren.<sup>181</sup>
- 60 Mit Blick auf diesen Streit müssen zwei Fragestellungen sorgfältig unterschieden werden: Die **erste Frage** ist, ob jemand bereits dadurch, dass er sich wie ein Kaufmann geriert, zB indem er sich vereinzelt mündlich iSd § 350 verbürgt oder eine Gerichtsstandsvereinbarung iSd § 38 Abs. 1 ZPO trifft, den **Rechtsschein** seiner Kaufmannseigenschaft setzt. Dies ist zu verneinen; die sporadische Nutzung handlungsrechtlicher Handlungsformen reicht dafür grundsätzlich nicht aus (→ Rn. 41 aE). Die **zweite Frage** ist, ob ein Nichtkaufmann dadurch den **Schutz zwingender Normen verlieren** kann, dass er – nach Maßgabe der unter → Rn. 37 beschriebenen hohen Anforderungen – den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft veranlasst. Dies ist mit der hM zu bejahen. In der Praxis dürften die beschriebenen Auffassungen selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Denkbar ist insbesondere der Fall, dass ein Nichtkaufmann sich aus „Wichtigtuerei“ im Rechtsverkehr einer kaufmännischen Firma bedient (→ Rn. 42). Wenn ein solches Verhalten im Einzelfall nicht bereits als arglistig einzustufen ist, wird man jedenfalls – unabhängig davon, ob es sich um einen Unternehmer handelt oder nicht – dem Schutz gutgläubiger Dritter und des Verkehrs Vorrang vor dem Schutz eines solchen Aufschneiders einräumen müssen.<sup>182</sup>
- 61 **cc) Zeitliche Grenzen.** Die Rechtsscheinhaftung tritt ein, sobald der zurechenbare Rechtsschein besteht und der Dritte in gutem Glauben darauf Dispositionen trifft.<sup>183</sup> Sie **entfällt ex nunc** (mit Wirkung für die Zukunft), **sobald der Dritte bösgläubig wird**. Der Scheinkaufmann kann dies auch selbst herbeiführen, indem er den Dritten über den wahren Sachverhalt aufklärt. Der bloße Wegfall der den Rechtsschein begründenden Tatsachen reicht nicht aus, um die Rechtsscheinhaftung entfallen zu lassen.<sup>184</sup> In Bezug auf Dispositionen, die vor Eintritt der Bösgläubigkeit erfolgt sind, muss sich der Scheinkaufmann auch nach Eintritt der Bösgläubigkeit des Dritten weiter wie ein

<sup>175</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 30.

<sup>176</sup> RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 48; EBS/Kindler Rn. 88; K. Schmidt HandelsR § 10 Rn. 141; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16.

<sup>177</sup> OLG Frankfurt 30.9.1974, BB 1974, 1366 (1367) zu § 38 ZPO; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 25; ders. HandelsR § 10 VIII 4a; RvWH/Röhrich Anh. § 5 Rn. 44.

<sup>178</sup> BGH 22.12.2004, NJW 2005, 1045.

<sup>179</sup> Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan Rn. 19 f.; HK-HGB/Ruß § 5 Rn. 11.

<sup>180</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 23; Oetker HandelsR § 2 Rn. 66; Staub/Oetker Rn. 46; EBS/Kindler Rn. 83; KKR/M/Roth § 15 Rn. 59.

<sup>181</sup> Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16.

<sup>182</sup> AA Canaris HandelsR § 6 Rn. 25.

<sup>183</sup> BAG 17.2.1987, NJW 1988, 222 (223); MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 29; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 17.

<sup>184</sup> BGH 11.3.1955, BGHZ 17, 13 (17 f.) = NJW 1955, 985 (986).

Kaufmann behandeln lassen.<sup>185</sup> Auch eine rückwirkende Anfechtung des Rechtsscheins nach §§ 119 ff. BGB ist nicht möglich (→ Rn. 46 aE).

**4. „Schein-Nichtkaufmann“.** Denkbare Gegenstück zum Scheinkaufmann ist der sog. „Schein-Nichtkaufmann“, der tatsächlich Kaufmann iSd §§ 1–6 ist, aber den zurechenbaren **Rechtsschein** veranlasst hat, **kein Kaufmann zu sein**. Diese Konstellation wirft die Frage auf, ob sich der „Schein-Nichtkaufmann“ entsprechend der Lehre vom Scheinkaufmann gutgläubigen Dritten gegenüber zu seinen Lasten als Nichtkaufmann behandeln lassen muss. Dies ist zB für den Fall bejaht worden, dass eine Handelsgesellschaft sich als GbR ausgab und dadurch Vertrauen dahingehend erzeugte, eine Gerichtsstandsvereinbarung iSd § 38 Abs. 1 ZPO sei unwirksam.<sup>186</sup> Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Wer als Kaufmann fälschlich vorgibt, kein Kaufmann zu sein, muss sich daran festhalten lassen.

Allerdings ist eine differenzierte Sichtweise geboten: Für eine Lehre vom „Schein-Nichtkaufmann“ ist jedenfalls kein Raum, soweit § 15 reicht (→ Rn. 34). Ein nicht im Handelsregister eingetragener Istkaufmann iSd § 1 (bzw. eine nicht eingetragene, aber nach § 123 Abs. 2 nach Außen wirksam gewordene Handelsgesellschaft) kann sich bereits nach § 15 Abs. 1 nicht darauf berufen, Kaufmann (bzw. OHG oder KG) zu sein, es sei denn der Dritte kennt den wahren Sachverhalt (→ § 1 Rn. 61).<sup>187</sup> Sofern daneben überhaupt Raum für eine allgemeine Rechtsscheinhaftung bleibt, darf man einen **Rechtsschein** der Nicht-Kaufmannseigenschaft nicht leichtfertig bejahen. Das bloße Weglassen des durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 vorgeschriebenen **Rechtsformzusatzes** („e.Kfm.“ etc) kann hierfür jedenfalls – anders als das Weglassen eines eine Haftungsbeschränkung kenntlich machenden Zusatzes (zB nach § 4 GmbHG) oder die ausdrückliche Führung des Zusatzes „GbR“ – nicht ausreichen (str.).<sup>188</sup> Zudem dürfte in den (allenfalls wenigen) verbleibenden Fällen eine **Anwendung des § 242 BGB** (Rechtsmissbrauch) ausreichen, um eine Berufung auf die Kaufmannseigenschaft auszuschließen und den berechtigten Interessen Dritter gerecht zu werden. Einer Lehre vom „Schein-Nichtkaufmann“ bedarf es dafür nicht.<sup>189</sup>

§ 6 [Handelsgesellschaften; Formkaufmann]

**(1) Die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.**

**(2) Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, bleiben unberührt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen.**

**Schrifttum:** Müller-Gugenberger, EWIV – Die neue europäische Gesellschaftsform, NJW 1989, 1449; K. Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161; ders., Personengesellschaften als Formkaufleute – Betrachtungen und 14 Thesen für ein praxisgerechtes Verständnis des § 105 Abs. 2 HGB, FS Kreutz, 2010, 837; Schulze-Osterloh, Kapitalgesellschaft & Co. – Handelsgesellschaft kraft Rechtsform? – Zugleich ein Beitrag zur steuerlichen Gepräge theorie, NJW 1983, 1281; Siems, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003.

	Übersicht	
	Rn.	Rn.
<b>I. Allgemeines</b> .....	1	5. Anzuwendendes Recht .....
<b>II. Handelsgesellschaften (Abs. 1)</b> .....	2–17	16, 17
1. Begriff .....	2, 3	<b>III. Formkaufleute (Abs. 2)</b> .....
2. Personengesellschaften .....	4–7	18–24
3. Kapitalgesellschaften .....	8–10	1. Anwendungsbereich .....
4. Negativabgrenzung .....	11–15	18–21
		a) Körperschaften .....
		b) Personengesellschaften .....
		19
		2. Negativabgrenzung .....
		20, 21
		22–24

**I. Allgemeines**

**Abs. 1** stellt klar, dass alle Handelsgesellschaften Kaufleute sind und dass auf sie deshalb auch die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften Anwendung finden. Dies bewirkt eine Ver-

<sup>185</sup> RvWH/Röhricht Anh. § 5 Rn. 49; MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 29; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 17.

<sup>186</sup> LG Freiburg, 24.9.1998, NJW-RR 1990, 1505.

<sup>187</sup> RegE, BT-Drs. 13/8444, 48; Canaris HandelsR § 6 Rn. 19 und § 5 Rn. 9; krit. Kaiser JZ 1999, 495 (500 f.).

<sup>188</sup> Canaris HandelsR § 6 Rn. 19; aA Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 10; KKR/M/Roth § 15 Rn. 47.

<sup>189</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Anh. § 5 Rn. 36 f.; Staub/Oetker Rn. 53; aA EBJS/Kindler Rn. 89; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 10; KKR/M/Roth § 15 Rn. 47.