

Kaufmann kraft Eintragung gemäß § 5 HGB

Autor:

Kaufmann kraft Eintragung gemäß § 5 HGB

In diesem Beitrag wollen wir uns weiter mit dem Kaufmannsbegriff auseinandersetzen und betrachten den Kaufmann kraft Eintragung gemäß § 5 HGB.

§ 5 stellt klar, dass eine Firma, die im Handelsregister eingetragen ist, sich demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen kann, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei.

Diese Vorschrift dient der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz. Beide Anliegen sind im Handelsverkehr von besonderer Bedeutung. Der Rechtsverkehr soll auf die Eintragungen im Handelsregister vertrauen können! § 5 fingiert in diesen Fällen die Kaufmannseigenschaft.

Hierbei handelt es sich um eine Fiktion und nicht um einen Rechtsscheintatbestand. D.h. die Voraussetzungen, die beim Rechtsscheintatbestand ansonsten geprüft werden müssen, müssen vorliegend nicht berücksichtigt werden. § 5 setzt voraus, dass eine Firma im Handelsregister eingetragen ist. Ob eine Bekanntmachung stattgefunden hat, ist dabei nicht relevant. Auch Fehler im Rahmen der Anmeldung werden nicht berücksichtigt. Auch dies ist Ausdruck des Verkehrsschutzes. Allerdings müssen der Eingetragene und der tatsächlich Gewerbetreibende identisch sein.

Es ist teilweise streitig, ob das Betreiben eines Gewerbes Voraussetzung der Vorschrift ist. Mit Blick auf den Wortlaut ist dies jedoch wohl zu bejahen. Nach dieser Ansicht kann sich der in Anspruch Genommene darauf berufen kein Gewerbe zu betreiben. Bezüglich der Fiktion gilt es zu berücksichtigen, dass die Vorschrift auf das Privatrecht beschränkt ist.

Streitig ist auch das Verhältnis von § 5 zu § 2. Folgende Fälle sind in diesem Zusammenhang relevant:

- Eine Eintragung nach § 29 wird aufgrund einer irrtümlichen Annahme einer entsprechenden Verpflichtung durch den Kleingewerbetreibenden vorgenommen
- Die Eintragung erfolgt aufgrund der Verpflichtung nach § 29. Sodann fallen die Voraussetzungen von § 1 Abs. 2 weg

Hier stellt sich die Frage, ob sich die Kaufmannseigenschaft schon aus § 2 ergibt oder auf § 5 abgestellt werden muss. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass § 5 gerade nur auf das Privatrecht bezogen wird und die Eintragung nach § 2 in allen Rechtsbereichen zu berücksichtigen ist (im öffentlichen Recht zum Beispiel).

Für die Anwendbarkeit von § 5 spricht, dass der Kleingewerbetreibende gerade selbstbewusst wählen dürfen soll, ob er eine konstitutive Eintragung vornimmt oder nicht. Daran fehlt es gerade in den Fällen von § 29. Insoweit ist auch der Wesensunterschied zwischen einer Eintragung nach § 29 und § 2 zu berücksichtigen. Die Eintragung nach § 29 erfolgt in Einhaltung einer Pflicht und § 2 ist dagegen eine Willenserklärung mit materiellen Rechtsfolgen!

Für § 2 wird insbesondere vorgetragen, dass bloß eine Eintragung ins Handelsregister gefordert wird, nicht jedoch eine Eintragung nach § 2 HGB. Manche wollen in der Eintragung nach § 29 einen konkludenten Antrag auf Eintragung nach § 2 bei Absinken der Voraussetzungen von § 1 auf § 2 sehen. Auch wird teilweise im Unterlassen der Löschung ein Absinken der Anforderungen als konkludenter Antrag auf Eintragung nach § 2 angesehen.

Dagegen lässt sich jedoch vortragen, dass das Unterlassen der Löschung gerade keine bewusste Ausübung der gesetzlichen Wahlmöglichkeit darstellt.

In der Klausur ist hier Vieles vertretbar. Entscheidend ist die Argumentation.

<https://www.juracademy.de>

Stand: 26.07.2021