

---

35. Behält ein Kaufmann nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen die Kaufmannseigenschaft bei?

I. Civilsenat. Urth. v. 4. März 1885 i. C. Th. (Bekl.) w. M. (Kl.)  
Rep. I. 497/84.

I. Landgericht Hirschberg.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Über das Vermögen des Kaufmanns Th., des jetzigen Beklagten, war Konkurs eröffnet worden, welcher 1878 durch Aktord beendet wurde. Noch bevor das den Aktord bestätigende zweitinstanzliche Urteil ergangen war, stellte der Beklagte dem Kläger einen Schein aus, worin er sich ohne Angabe eines Schuldgrundes verpflichtete, dem Kläger am 31. Dezember 1883 spätestens 2000 M zu zahlen. Der Berufungsrichter verurteilte den Beklagten auf Grund dieses Verpflichtungsscheines.

Auf Revision des Beklagten wurde dieses Urteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

. . . „Der mit der Klage überreichte Schein würde als ein kaufmännischer Verpflichtungsschein zu behandeln sein, wenn der Beklagte zur Zeit der Ausstellung desselben Kaufmann gewesen wäre. Dies kann aber nicht angenommen werden. Der Berufungsrichter nimmt an, daß der Beklagte, welcher unbestritten bis zur Konkursöffnung Kaufmann war, nicht unmittelbar durch die Konkursöffnung aufgehört habe, Kaufmann zu sein, die Kaufmannseigenschaft vielmehr während der Dauer des Konkurses, also bis zur rechtskräftigen Bestätigung des Aktordes unverändert behalten habe, wenn er auch während dieser Zeit keine Handelsgeschäfte gemacht habe. Er knüpft daran noch die Bemerkung, der Beklagte habe nicht geltend gemacht, daß er nach dem Konkurse seine

Geschäfte nicht wieder aufgenommen habe. Diese Ausführung ist rechtsirrtümlich. Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, also auch des Art. 301, ist nach Art. 4 derjenige, welcher gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt. Diese beiden Begriffe fallen auch zeitlich zusammen, so daß jemand nur so lange Kaufmann ist, als er ein Handelsgewerbe betreibt, und sobald er aufhört, Handelsgeschäfte thatsächlich zu betreiben, auch aufhört, Kaufmann zu sein. Sobald daher über das Vermögen eines Kaufmannes Konkurs eröffnet wird, hört er auf, Kaufmann zu sein, wenn er nicht etwa fortfährt, Handelsgeschäfte zu betreiben. Dies wird nach der Konkursöffnung die Regel bilden. Nach §. 4 der für den vorliegenden Fall maßgebenden preussischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 verlor der Beklagte mit dem Zeitpunkte der Konkursöffnung von Rechts wegen die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen; das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wurde von da an durch die Gläubigerschaft an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt, und zu dem Ende ein Konkursverwalter bestellt. Andererseits hört aber der Gemeinschuldner durch die Konkursöffnung nicht unter allen Umständen und notwendig auf, Kaufmann zu sein; er kann Kaufmann bleiben, wenn er fortfährt Handelsgeschäfte zu betreiben. Inwiefern dies durch Verwaltungsakte des Verwalters der Konkursmasse geschehen kann, ist hier nicht zu erörtern. Der Kridar selbst aber kann, da er durch die Konkursöffnung die Handelsfähigkeit nicht verliert, auch nach der Konkursöffnung fortfahren, Handelsgeschäfte zu betreiben, und sofern er dies gewerbemäßig thut, bleibt er Kaufmann. . . . Zu reprobieiren ist die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß der Beklagte, auch ohne während des Konkurses Handelsgeschäfte zu betreiben, bloß deshalb, weil er vor der Konkursöffnung Kaufmann gewesen sei, auch nach der Konkursöffnung Kaufmann bleibt. Es ist ferner unzutreffend und beruht auf einer Verkennung der Beweislast, wenn der Berufsrichter bemerkt, der Beklagte habe nicht geltend gemacht, daß er nach dem Konkurse seine Geschäfte nicht wieder aufgenommen habe. Es wäre Sache des Klägers gewesen, darzulegen und nachzuweisen, daß Beklagter zu der in Frage stehenden Zeit gewerbemäßig Handelsgeschäfte betrieben habe, wenn er einen Anspruch darauf gründen wollte, daß Beklagter zu der fraglichen Zeit Kaufmann gewesen sei. Das hat aber Kläger in bezug auf die Zeit der Ausstellung des Verpflichtungsscheines vom 21. Juli 1878

---

nicht behauptet. Der Art. 301 H.G.B. kann daher, da es an dem Hauptrequisite eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines, nämlich der Kaufmannseigenschaft des Ausstellers fehlt, nicht zur Aufrechterhaltung des Klagenspruches dienen. Es kann daher unerörtert bleiben, ob der Art. 301 H.G.B. nicht auch deshalb keine Anwendung leidet, weil nicht festgestellt ist, daß der Verpflichtungsschein in dem Betriebe des Handelsgewerbes des Beklagten ausgestellt ist.“