Skript Handelsrecht

Braasch

19. Auflage 2022
ISBN 978-3-86752-805-4
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Überblick

Das Handelsrecht ist das **besondere Privatrecht der Kaufleute**. Es dient den Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das bürgerliche Recht nicht immer ausreichende Regelungen enthält („Im Handelsrecht weht ein härterer Wind"). So sind die Bedürfnisse des kaufmännischen Rechtsverkehrs insbesondere gerichtet auf: **1**

- rasche Abwicklung (z.B. unverzügliche Mängelrüge, § 377 HGB),
- Rechtsklarheit, Publizität und erhöhten Vertrauensschutz (§§ 5, 15, 366 HGB),
- stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, § 346 HGB,
- Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit, §§ 353, 354 HGB,
- Selbstverantwortung des Handelnden, §§ 348 ff. HGB u.a.

Das Handelsrecht steht aber nicht isoliert neben dem BGB, sondern ist mit diesem eng verknüpft. So werden manche Regelungen des bürgerlichen Rechts durch das Handelsrecht lediglich ergänzt (für die Mängelgewährleistung z.B. § 377 HGB neben §§ 434 ff. BGB), andere durch Sondernormen ersetzt (nach § 350 HGB sind die Formvorschriften der §§ 766 S. 1, 780, 781 BGB unanwendbar). Man kann sich das HGB als das sechste Buch des BGB vorstellen.

Nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB kommen in Handelssachen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB etwas anderes bestimmt ist. Das HGB hat damit als spezielleres Gesetz Vorrang gegenüber dem allgemeineren BGB.

Zum Handelsrecht im engeren Sinne gehören **2**

- das Recht des **Handelsstands** (1. Buch des HGB, also das Recht der Kaufleute und ihrer Hilfspersonen) und
- das Recht der **Handelsgeschäfte** (4. Buch des HGB).

Nur diese beiden Gebiete werden im Folgenden dargestellt.

Im weiteren Sinne zählen zum Handelsrecht auch das Recht der Handelsgesellschaften (§§ 105 ff. HGB [2. Buch des HGB], AktG, GmbHG, GenG), die Vorschriften über die Handelsbücher (3. Buch des HGB: §§ 238–342 e HGB), das Bank- und Börsenrecht, das Wettbewerbs- und Markenrecht, das Wertpapierrecht, das Versicherungsrecht und das Seehandelsrecht (5. Buch des HGB: §§ 476 ff. HGB). Diese Rechtsgebiete bleiben hier außer Betracht. Soweit sie für das Examen von Bedeutung sind, wird auf das AS-Skript Gesellschaftsrecht verwiesen.

Maßgebend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist der Begriff des **Kaufmanns**. Die Abgrenzung zum übrigen Zivilrecht erfolgt also nach einem **subjektiven System**. Hierbei handelt es sich um eine Fortwirkung des Ständewesens. Entscheidend ist (zunächst) nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts („was?"), sondern der Status der beteiligten Personen („wer?"). **3**

Anders das objektive System in anderen Rechtsordnungen, bei dem ein bestimmter Inhalt des einzelnen Rechtsgeschäftes über die Anwendung von Sondernormen entscheidet.

Grundsätzlich gilt das Handelsrecht demnach **nur für Kaufleute**. Zum Teil wird dieses subjektive System jedoch mit objektiven Kriterien verbunden: So sind die Regeln über Handelsgeschäfte in den §§ 343 ff. HGB teilweise auch dann anwendbar, wenn an dem Geschäft auf einer Seite ein Nichtkaufmann beteiligt ist (vgl. § 345 HGB).

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

In Ausnahmefällen gelten handelsrechtliche Vorschriften auch für Nichtkaufleute:

Nach den §§ 84 Abs. 4, 93 Abs. 3 und 383 Abs. 2 S. 1 HGB gelten die Vorschriften über Handelsvertreter, Handelsmakler und Kommissionäre auch dann, wenn das jeweilige Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Auch die Regeln über das Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft setzen keinen kaufmännischen, sondern lediglich einen gewerblichen Betrieb voraus. Darüber hinaus sind beim Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft die allgemeinen Vorschriften über die Handelsgeschäfte (4. Buch, 1. Abschnitt, §§ 343–372 HGB) mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB anwendbar (§§ 383 Abs. 2 S. 2, 407 Abs. 3 S. 2, 453 Abs. 3 S. 2, 467 Abs. 3 S. 2 HGB).

Nach Rechtsscheinsgrundsätzen können handelsrechtliche Normen für Scheinkaufleute gelten (vgl. unten Rn. 238 ff.).

Diese Ausnahmen ändern nichts an der grundsätzlichen Konzeption, dass das Handelsrecht ein Sonderprivatrecht für Kaufleute ist. In der Klausur ist häufig die entscheidende Frage, ob die beteiligten Personen Kaufleute und Sondernormen des HGB demnach anwendbar sind. Während der Großteil der rechtlichen Probleme in der Regel im bürgerlichen Recht angesiedelt ist, führt dann innerhalb der Prüfung ein Exkurs in das HGB.

Beispiel: A erklärt sich telefonisch gegenüber B bereit, für eine Verbindlichkeit des C zu bürgen. Als C bei Fälligkeit nicht zahlt, nimmt B den A aus der Bürgschaft in Anspruch.

Nach dem BGB hat B keinen Anspruch gegen A aus § 765 Abs. 1 BGB, da das Schriftformerfordernis des § 766 BGB nicht eingehalten wurde. Anders sieht es jedoch aus, wenn die Bürgschaft für A ein Handelsgeschäft ist. Dann findet § 766 BGB nach § 350 HGB keine Anwendung. Handelsgeschäfte sind nach § 343 Abs. 1 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Entscheidend für den Anspruch des B ist also die Frage, ob A Kaufmann ist.

4 Der Begriff des Kaufmanns darf nicht mit dem des **Unternehmers** verwechselt werden, § 14 BGB. Letzterer stammt aus dem Verbraucherschutzrecht der EU und bildet den Gegenbegriff zum Verbraucher, § 13 BGB. Trotz vieler Überschneidungen ist der Unternehmerbegriff weiter als der Kaufmannsbegriff. Gewerbliche Tätigkeiten i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB umfassen jedes planmäßige Anbieten von Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt. Es kommt nicht darauf an, ob die weiteren Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (siehe im Folgenden) vorliegen.

1. Abschnitt: Der Kaufmann

Die Kaufmannseigenschaft einer Person bestimmt sich nach den §§ 1–6, 105 HGB.

5
- Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt". Was als Handelsgewerbe anzusehen ist, bestimmen § 1 Abs. 2 HGB und § 2 HGB.
- Für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gilt als Sonderregelung § 3 HGB.
- Formkaufleute gemäß § 6 Abs. 2 HGB sind u.a. die GmbH, die AG, die KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien) und die Genossenschaft.
- Auch ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes ist nach § 105 Abs. 2 HGB die eingetragene Vermögensverwaltungsgesellschaft Kaufmann.
- Gemäß § 5 HGB müssen sich im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende als Kaufleute behandeln lassen.
- Nach Rechtsscheinsgrundsätzen (§ 5 HGB analog, § 242 BGB) werden unter bestimmten Voraussetzungen die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf Nichtkaufleute angewandt.

A. Kaufmann nach §§ 1 und 2 HGB

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt". **6**

- Ein Handelsgewerbe setzt voraus,
  - dass die ausgeübte Tätigkeit überhaupt ein **Gewerbe** darstellt und
  - nach den §§ 1 und 2 HGB als **Handels**gewerbe zu behandeln ist.
- Das Handelsgewerbe muss **betrieben** werden.

I. Der Begriff des Gewerbes

Gewerbe ist nach h.M. jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung (bzw. entgeltlich) ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf" ist. Umstritten ist, ob und inwieweit die Tätigkeit „erlaubt" sein muss. **7**

Der Begriff des Gewerbes und die Abgrenzung zu den freien Berufen sind auch in anderen Rechtsgebieten relevant, so etwa im öffentlich-rechtlichen Gewerberecht (GewO) sowie im Steuerrecht (§§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 2 GewStG).

- Die Tätigkeit muss **nach außen** hin in Erscheinung treten. **8**

  Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht reicht allein nicht aus, wie z.B. das heimliche Spekulieren an der Börse oder die stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB). Auch Besitzgesellschaften und reine Vermögensverwaltungsgesellschaften treten nicht nach außen hin auf und betreiben damit kein Gewerbe.[1] Sie können aber nach § 105 Abs. 2 S. 2 HGB i.V.m. § 2 S. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen werden und sind dann als Handelsgesellschaften gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute.

- Es muss eine **rechtliche**, nicht notwendigerweise wirtschaftliche **Selbstständigkeit** vorliegen. Abgrenzungskriterien zur unselbstständigen Tätigkeit enthält für den Handelsvertreter § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, die aber auch in anderen Fällen herangezogen werden können. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.[2] **9**

- Zum Begriff des Gewerbes gehört weiterhin, dass es **planmäßig auf gewisse Dauer**, also nicht nur gelegentlich betrieben wird. **10**

  Die Arbeitsgemeinschaft (Arge) als Zusammenschluss von Fachunternehmen zur gemeinsamen Durchführung eines Bauvorhabens wird grundsätzlich nicht gewerblich tätig. Da die Bau-Arge nur einmalig gegenüber einem einzelnen Bauherrn oder gegenüber einer bestimmten Anzahl von Bauherren tätig wird, fehlt es an einer planmäßigen, auf Dauer ausgerichteten Tätigkeit.[3] Als nicht gewerblich tätiger Zusammenschluss ist die Arge eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.[4] Bei umfangreichen Bauvorhaben wird teilweise eine gewerbliche Tätigkeit der Arge bejaht und eine OHG angenommen.[5] Nach h.M. ist jedoch nicht der Umfang des Bauvorhabens entscheidend, sondern die Frage, ob sich der Zweck der Arge auf ein Bauvorhaben beschränkt (was regelmäßig der Fall ist) oder ob ausnahmsweise eine Vielzahl von Bauvorhaben durchgeführt werden sollen. Nur im letzteren Fall ist eine gewerbliche Tätigkeit zu bejahen.[6]

---

1 K. Schmidt ZIP 1997, 909, 914; Schön DB 1998, 1169.

2 Zur Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer vgl. AS-Skript Arbeitsrecht (2021), Rn. 17 ff.

3 K. Schmidt DB 2003, 703, 704.

4 BGHZ 170, 206.

5 OLG Dresden DB 2003, 703; LG Bonn ZIP 2003, 2160.

6 MünchKommBGB/Schäfer Vor § 705 Rn. 44; K. Schmidt DB 2003, 703, 705; Schmitz EWiR 2004, 341, 342; OLG Karlsruhe BauR 2006, 1190; offengelassen in BGHZ 155, 240, 245; BGH NJW 2006, 2250.

11 ■ Ob für ein Gewerbe eine **Gewinnerzielungsabsicht** erforderlich ist, ist umstritten.

- Insbesondere nach der überwiegenden Rspr. muss die Tätigkeit **auf Gewinnerzielung gerichtet** sein, d.h. es muss die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen.[7] Ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, ist dagegen unerheblich.[8] Bei einem Privatunternehmen wird die Gewinnerzielungsabsicht vermutet. Dagegen muss sie bei einem Unternehmen der öffentlichen Hand im Einzelfall festgestellt werden.

- In der Lit. und Teilen der Rspr. wird vertreten, dass eine Gewinnerzielungsabsicht für den Gewerbebegriff entbehrlich sei.[9] Überwiegend wird dabei angenommen, dass anstelle der Gewinnerzielungsabsicht zu prüfen sei, ob eine **anbietende, entgeltliche Tätigkeit** am Markt gegeben ist.[10]

- Die Frage der Gewinnerzielungsabsicht hat nur geringe praktische Bedeutung. Sie ist zumeist für Unternehmen der öffentlichen Hand diskutiert worden, z.B. bei Eigenbetrieben einer Gemeinde (z.B. Stadtwerken)[11] oder der ehemaligen Bundesbahn.[12] Die Frage hat jedoch zunehmend an Bedeutung verloren, da öffentliche Unternehmen in der Regel als zivilrechtliche Gesellschaften (AG, GmbH) betrieben werden. Diese Gesellschaften sind Handelsgesellschaften und als solche gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute, unabhängig von der Frage, ob sie ein Gewerbe betreiben. Bei anderen Rechtsformen – etwa öffentlich-rechtlich organisierten Zweckverbänden – liegt jedenfalls dann kein Gewerbebetrieb vor, wenn die erbrachten Leistungen (z.B. Wasserversorgung) nicht in privatrechtlichen Verträgen vereinbart, sondern ausschließlich mittels hoheitlicher, öffentlich-rechtlicher Handlungsformen (z.B. Verwaltungsakt) geregelt werden.[13]

- Für das Merkmal der gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB (Unternehmereigenschaft) hat der BGH eine Gewinnerzielungsabsicht nicht für erforderlich gehalten; eine Entgeltlichkeit der Tätigkeit reicht hier aus.[14]

12 ■ Als „negatives Tatbestandsmerkmal" setzt der Begriff des Gewerbes voraus, dass die Tätigkeit **nicht** zu den **freien Berufen** gehört, die durch Tätigkeiten „höherer Art" geprägt sind. Diese Ausnahme rechtfertigt sich heute allein aus historischen Gründen und aus der sozialen Anschauung. Deshalb üben z.B. Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Architekten kein Gewerbe aus. Oftmals wird dies durch Spezialgesetze bestimmt.

---

7 OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120.

8 Zu § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.: BGHZ 74, 273, 276; BGHZ 83, 382, 386; BGHZ 95, 155, 157; BGH NVwZ 1991, 606; zu § 1 HGB: BGHZ 114, 257, 258; GK/Ensthaler § 1 Rn. 2 b.

9 OLG München NJW 1988, 1036; OLG Dresden NJW-RR 2003, 257; LG Dortmund, Beschl. v. 11.03.2013 – 6 O 231/12, BeckRS 2014, 2381; K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; Oetker/Körber § 1 Rn. 29; Staub/Oetker § 1 Rn. 39; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 31; Baumbach/Hopt/Merkt § 1 Rn. 15 ff.; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries § 1 Rn. 50; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 14.

10 OLG Dresden NJW-RR 2003, 257; K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 28, 31; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 3.

11 BGH NVwZ 1991, 606.

12 BGHZ 95, 155.

13 OLG Brandenburg NZG 2020, 423.

14 BGHZ 155, 240, 245; BGH NJW 2006, 2250.

§ 2 BRAO: „Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe."; ähnlich § 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung, § 1 Abs. 4 des Zahnheilkundegesetzes, § 32 Abs. 2 des Steuerberatungsgesetzes u.a.

§ 18 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) enthalten (identische) Aufzählungen freier Berufe. Die damit beschriebenen Begriffe gelten jedoch nur für die jeweiligen Gesetze.[15] Der Begriff der freien Berufe i.S.d. EStG und PartGG ist für das Handelsrecht zu weit. In § 18 Abs. 1 EStG und § 1 Abs. 2 PartGG sind z.B. Journalisten und Bildberichterstatter als freie Berufe genannt. Ein Pressebildservice ist aber handelsrechtlich nach überwiegender Auffassung ein Gewerbe und kein freier Beruf.[16] Auch Ingenieure sind nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet, werden aber – bei Entwicklung und Vertrieb von Software – als Gewerbetreibende im Sinne des Handelsrechts angesehen.[17]

Aufgrund der Verkehrsanschauung unterfallen **wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten** ebenso wie die freien Berufe nicht dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff.[18]

Als wissenschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne wird nur die ursprüngliche wissenschaftliche Schöpfung angesehen, z.B. in Form von Formeln, Erfindungen, Gutachten, Manuskripten, Vorträgen, nicht hingegen die Weiterverarbeitung von wissenschaftlichen Materialien wie z.B. im Rahmen des Wissenschaftsjournalismus.[19] Die künstlerische Tätigkeit sollte zumindest einen gewissen schöpferischen Anspruch und eine „Einmaligkeit" haben, die z.B. bei einem Opernsänger noch gewahrt sein, aber bei einer „austauschbaren" Casting-Band fehlen soll.[20]

- Fraglich ist, ob und inwieweit die Tätigkeit **„erlaubt"** sein muss. Aus § 7 HGB ergibt sich, dass eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis nicht als Voraussetzung für ein Gewerbe angesehen werden kann. Umstritten ist, ob der Gewerbebegriff ein „Erlaubtsein" in dem Sinne voraussetzt, dass die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossenen Geschäfte nicht gesetzeswidrig oder sittenwidrig (§§ 134, 138 BGB) sein dürfen. **13**
  - Nach der traditionellen und wieder zunehmend vertretenen Lehre muss die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit den Abschluss rechtlich wirksamer Verträge zum Gegenstand haben. Gewerbsmäßiger Wucher, Hehlerei und Schmuggel begründen danach kein Gewerbe.[21]
  - Die Gegenansicht bejaht auch bei einer gesetzes- oder sittenwidrigen Tätigkeit ein Gewerbe. Der Gewerbebegriff sei nicht dazu da, „Gut und Böse" zu trennen. Im Übrigen sei der Streit eher akademisch. Die Prüfung, ob ein nach § 134 BGB nichtiger Kaufvertrag ein Handelskauf sei, mache keinen Sinn. Auch würden z.B. Streitigkeiten zwischen Waffenhändlern wohl kaum vor den Kammern für Handelssachen ausgetragen.[22]

15 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 36; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries § 1 Rn. 67 ff.; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth § 1 Rn. 13a; GK/Ensthaler § 1 Rn. 6.

16 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 36.

17 BayObLG NJW-RR 2002, 968; kritisch Siems NJW 2003, 1296, 1297.

18 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 32; Baumbach/Hopt/Merkt § 1 Rn. 19; K. Schmidt § 9 IV 2 a cc, S. 282.

19 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 33.

20 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 33; Oetker/Körber § 1 Rn. 43; ablehnend Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries § 1 Rn. 61.

21 GK/Ensthaler § 1 Rn. 9; Staub/Oetker § 1 Rn. 42; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth § 1 Rn. 11.

22 K. Schmidt § 9 IV 2 b cc, S. 286; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 29; EBJS/Kindler § 1 Rn. 31; Canaris § 2 Rn. 13; Baumbach/Hopt/Merkt § 1 Rn. 21.

II. Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 HGB

14 Nach § 1 Abs. 2 HGB ist **jeder Gewerbebetrieb** ein Handelsgewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe).

Gemäß § 2 HGB gilt jedes **im Handelsregister eingetragene** gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe, selbst wenn es „nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist", d.h. auch dann, wenn es sich um ein Kleingewerbe handelt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Kleingewerbe sind grundsätzlich nicht kaufmännisch, sie können sich aber im Handelsregister eintragen lassen.

Hieraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

- Ist das Unternehmen im Handelsregister eingetragen?
- Falls nicht: Ist nach Art und Umfang ein kaufmännischer Betrieb erforderlich?

Gewerbebetriebe

Für die Frage, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, unterscheidet das Gesetz zunächst danach, ob **Art und Umfang** einen kaufmännischen Betrieb erfordern.

Unter einem in „kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb" sind diejenigen Einrichtungen zu verstehen, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt.

Dazu gehören beispielsweise die kaufmännische Buchführung, Inventarerrichtung, Bilanzerstellung, Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz; also das, was notwendig ist, um einen Betrieb übersichtlich und zuverlässig abwickeln zu können.

15 Ein Gewerbetreibender ist demnach bereits dann kein Kaufmann, wenn sein Betrieb entweder nur der Art oder aber nur dem Umfang nach eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Ist eine solche sogar nach Art und Umfang nicht erforderlich, so ist er erst recht kein Kaufmann.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Kriterien für die (Nicht-)Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes

Art	Umfang
■ Vielfalt des Geschäftsgegenstandes ■ Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge ■ Inanspruchnahme von Kredit- oder Teilzahlungen ■ Erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr ■ Bilanzierung ■ Umfang der Geschäftskorrespondenz ■ Art und Weise der betrieblichen Organisation	■ Umsatz ■ Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens ■ Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe ■ Anzahl der Beschäftigten ■ Lohnsumme

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des **Gesamtbildes** des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.[23] Häufig ist ein entscheidendes Kriterium, ob die Geschäftsvorgänge so komplex sind, dass eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist.

Beispiele:

1. Ein Dönerimbiss mit einem Jahresumsatz vom 240.000 €, Abwicklung sämtlicher Geschäfte im Barverkehr und keinem Lieferantenkreis erfordert keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb.[24]

2. Das Unternehmen eines Optikers mit einem Jahresumsatz von ca. 90.000 € (im Jahr 1967)[25] erfordert einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb, wenn die Abwicklung der Geschäftsvorgänge kompliziert ist, weil mit verschiedenen Krankenkassen für ca. 2.000 Kunden abgerechnet werden muss und eine unbare verzögerte Zahlungsweise üblich ist.[26]

16 Materiell-rechtlich liegt demnach kein Handelsgewerbe vor, wenn ein Kleingewerbe nicht eingetragen ist. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist aber, dass mit der Formulierung „es sei denn" demjenigen die Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird, der sich auf das Vorliegen eines Kleingewerbes berufen will. Für die Rechtsanwendung kann man daher davon ausgehen, dass **jeder Gewerbetreibende Kaufmann** ist.[27] Nur wenn ein Sachverhalt Angaben über Art und Umfang des Gewerbebetriebes enthält, ist zu prüfen, ob danach ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist.

23 OLG Dresden NJW-RR 2002, 33; OLG Brandenburg, Urt. v. 04.04.2007 – 7 U 170/06, BeckRS 2009, 05899; Kaiser JZ 1999, 495.

24 KG, Urt. v. 21.10.2002 – 8 U 255/01, BeckRS 2002, 30288780.

25 Der Entscheidung liegt ein Umsatz von 170.000 DM im Jahr 1967 zu Grunde. Inflationsbereinigt wäre hier im Jahr 2021 ein Betrag in Höhe von ca. 340.000 € anzusetzen.

26 OLG Hamm OLGZ 1969, 131.

27 Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries § 1 Rn. 119 ff.; Mönkemöller JuS 2002, 30 ff.

Fall 1: Bürgschaft

Der Bäckermeister B ist nicht im Handelsregister eingetragen. Für eine Darlehensschuld seines Bruders D gibt B der G-Bank gegenüber schriftlich eine Bürgschaftserklärung ab. Nach einigen Monaten nimmt G den B in Anspruch. B wendet ein, G müsse sich zunächst an D halten. Er sei kein Kaufmann. Der Betrieb des B hat einen Jahresumsatz von 500.000 €. Die von B mit einem Gesellen und zwei Auszubildenden hergestellten Backwaren werden von seiner Ehefrau und der Tochter in der im Haus des B befindlichen Bäckerei verkauft. Die Bäckerei wird nur von zwei Lieferanten versorgt. Die Abrechnung mit diesen erfolgt teils durch Barzahlung, teils durch Banküberweisung. Teilzahlungs- oder Wechselgeschäfte werden nicht getätigt.

17 Anspruch der G-Bank gegen B aus Bürgschaft gemäß § 765 Abs. 1 BGB

I. G und B haben sich wirksam darüber geeinigt, dass B verpflichtet sein sollte, für die Erfüllung der Darlehensschuld des D einzustehen. Ob die Bürgschaftserklärung der Form des § 766 BGB bedarf oder dies gemäß § 350 HGB entbehrlich ist, kann offenbleiben, da die Schriftform eingehalten wurde.

II. Grundsätzlich kann der Bürge jedoch die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (§ 771 BGB, Einrede der Vorausklage). Diese Einrede steht dem B jedoch nach § 349 HGB nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft darstellt. Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Fraglich ist, ob B ein Kaufmann ist.

1. B betreibt ein **Gewerbe** i.S.d. § 1 HGB.

2. Da B nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist er gemäß § 1 Abs. 2 HGB kein Kaufmann, wenn sein Betrieb nach **Art oder Umfang** einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

   a) Bei der Bäckerei des B handelt es sich dem Umfang nach um einen einfach strukturierten Familienbetrieb. Die Betriebsräume sind im Wohnhaus des B und neben einem Gesellen und zwei Auszubildenden sind nur die Ehefrau und die Tochter beschäftigt. Doch der Umsatz i.H.v. 500.000 € ist erheblich und erfordert regelmäßig kaufmännische Einrichtungen.

   b) Dennoch ist B kein Kaufmann, wenn der Betrieb seiner Art nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert. Da der B die Waren nur von zwei Lieferanten bezieht und sie regelmäßig sofort aus eigenen oder aus Mitteln eines eingeräumten Kredits bezahlt, ist die Betriebsführung insoweit einfach und durchsichtig. Die Weiterveräußerung erfolgt überwiegend gegen Barzahlung, sodass eine einfache Gewinn- und Verlustrechnung einen hinreichenden Überblick über die finanzielle Lage des Betriebes gewährt. Zudem ist keine umfangreiche Lohnbuchhaltung geboten, sodass bei Würdigung des Gesamt-

bildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes die Art des Betriebes keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert.

B ist kein Kaufmann. Da § 349 HGB nicht eingreift, kann sich B auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB berufen.

III. Das Betreiben des Handelsgewerbes

1. Liegt ein Handelsgewerbe vor, so ist nach § 1 Abs. 1 HGB derjenige Kaufmann, der es „betreibt". Betreiber ist derjenige, in dessen Namen das Handelsgewerbe geführt wird und der aus den im Handelsgewerbe geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird.[28] **18**

Keine Kaufleute sind gesetzliche Vertreter, Insolvenzverwalter, Vorstandsmitglieder einer AG, mithin solche Personen, die Geschäfte im fremden Namen oder als Verwalter fremden Vermögens abschließen. Kaufmann ist vielmehr der Vertretene (auch der Minderjährige, vgl. § 112 BGB), der Insolvenzschuldner, die AG, die GmbH etc.

Irrelevant ist, für wessen Rechnung die Verträge abgeschlossen werden oder wem die Betriebsmittel gehören. Kaufmann ist demnach auch der Kommissionär, obwohl er Waren für fremde Rechnung kauft oder verkauft (§ 383 HGB); ebenso der Strohmann, der Pächter oder Nießbraucher.

Insbesondere der **Geschäftsführer einer GmbH** ist kein Kaufmann im Sinne des HGB, da nicht er, sondern nur die GmbH das Handelsgewerbe betreibt. Nur die GmbH ist gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann. Dies gilt sogar dann, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig auch Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist.[29] **19**

2. Bei den Handelsgesellschaften betreibt die Gesellschaft selbst das Gewerbe. Bei den **Gesellschaftern** ist zu unterscheiden: **20**

a) Keine Kaufleute sind die Gesellschafter der juristischen Personen (GmbH, AG, KGaA, Genossenschaft), da ausschließlich die juristische Person selbst das Handelsgewerbe betreibt.[30]

b) Für die **Gesellschafter** der Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) gilt Folgendes: **21**

aa) Kommanditisten, die für Verbindlichkeiten der KG nur beschränkt haften (§ 171 Abs. 1 HGB), sind keine Kaufleute.[31]

bb) Fraglich ist, ob die Gesellschafter einer OHG und die persönlich haftenden Gesellschafter einer KG (Komplementäre) das Handelsgewerbe betreiben und daher als Kaufleute anzusehen sind. Da die Handelsgesellschaften rechtsfähig sind, ist der Unternehmensträger die Gesellschaft selbst. Die in dem Handelsgewerbe geschlossenen Geschäfte werden im Namen der Gesellschaft geschlossen; diese ist auch die aus diesen

---

28 Vgl. mit geringfügigen Unterschieden: Baumbach/Hopt/Merkt § 1 Rn. 30; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 5; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries § 1 Rn. 73; GK/Ensthaler § 1 Rn. 10.

29 BGH BB 2006, 177.

30 BGH NJW-RR 1987, 42; BGH NJW-RR 1991, 757; BGHZ 121, 224, 228.

31 BGH NJW 1980, 1572, 1574; BGH NJW 1982, 569, 570; Baumbach/Hopt/Roth § 161 Rn. 5.

Geschäften unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete. Für die persönlich haftenden Gesellschafter, die danach eigentlich keine Kaufleute sind, werden jedoch wegen der persönlichen und unbeschränkten Haftung gemäß § 128 HGB die für Kaufleute geltenden Vorschriften (zumindest teilweise) entsprechend angewandt.[32]

B. Die Sonderregelung für Land- und Forstwirte, § 3 HGB

22 Land- und Forstwirte sind gemäß § 3 Abs. 1 HGB grundsätzlich keine Kaufleute. Sie können sich jedoch optional in das Handelsregister eintragen lassen, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3 Abs. 2 HGB). Das Gleiche gilt gemäß § 3 Abs. 3 HGB für Nebenbetriebe. Ein Land- oder Forstwirt, der von der Möglichkeit der freiwilligen Eintragung in das Handelsregister Gebrauch macht, wird als Kannkaufmann bezeichnet. Die Eintragung wirkt wie bei § 2 HGB konstitutiv. Die Eigenschaft als Kannkaufmann hat drei Voraussetzungen:

- Es muss sich um ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen oder einen Nebenbetrieb (z.B. Molkerei) hierzu handeln.
- Das Unternehmen muss nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 3 Abs. 2 HGB).
- Der Land- oder Forstwirt hat sich – freiwillig – ins Handelsregister eintragen lassen.

Landwirtschaftliche Tätigkeit setzt voraus, dass der Grund und Boden in bestimmter Weise genutzt wird (Ackerbau, Gemüse-/Obstanbau, Viehzucht). So betreiben z.B. Gärtnereien und Baumschulen nur dann Landwirtschaft i.S.d. § 3 HGB, wenn der Betrieb auf die Gewinnung und Züchtung von Pflanzen im Eigenanbau gerichtet ist. Werden dagegen lediglich gekaufte Pflanzen vertrieben, liegt keine Landwirtschaft vor.

C. Gesellschaften als Kaufleute

I. Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1 HGB) und Genossenschaften

23 Nach § 6 Abs. 1 HGB finden die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf die **Handelsgesellschaften** Anwendung. Handelsgesellschaften sind Gesellschaften, die als solche im Handelsregister eingetragen werden.

24 **OHG und KG** sind die Handelsgesellschaften des HGB. Für sie hat § 6 Abs. 1 HGB allerdings im Regelfall keine Bedeutung. Diese Gesellschaften sind regelmäßig schon deswegen Kaufleute, weil sie ein Handelsgewerbe betreiben. Die Gesellschaften sind dann Kaufleute nach § 1 HGB und § 2 HGB (i.V.m. § 105 Abs. 1 [§ 161 Abs. 2] HGB).

Eine Gesellschaft, die nur ein Kleingewerbe betreibt, kann sich in das Handelsregister eintragen lassen. Letzteres ist in § 105 Abs. 2 HGB ausdrücklich bestimmt, auch wenn man es schon aus § 105 Abs. 1 HGB i.V.m. § 2 HGB schließen kann.[33]

OHG und KG können ausnahmsweise auch ohne den Betrieb eines Gewerbes Handelsgesellschaften sein und zwar dann, wenn sie nur eigenes Vermögen verwalten und sich in das Handelsregister eintra-

32 BGH NJW 1966, 1960; Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 19 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 67, 100.
33 K. Schmidt § 10 VII 1, S. 321.