

1. Der Kaufmann kraft Gewerbebetrieb, § 1 HGB

11 Istkaufmann nach § 1 HGB

I. Gewerbe

1. Äußerliche Erkennbarkeit
2. Planmäßigkeit
3. Selbstständigkeit
4. Keine freiberufliche Tätigkeit
5. Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr
 - 📌 Weitere Kriterien: Erlaubte Tätigkeit und Gewinnerzielungsabsicht? Rn. 19 f.

II. Betrieb des Gewerbes

III. Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB

1. Art
2. Umfang

- 12 § 1 Abs. 1 HGB bestimmt zum Kaufmann kraft Gewerbebetrieb denjenigen, der ein **Handelsgewerbe betreibt**. Handelsgewerbe ist nach der gesetzlichen Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

JURIQ-Klausurtipp

Beachten Sie die Negativformulierung des § 1 Abs. 2 HGB. Er enthält eine gesetzliche Vermutung, dass ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne auch Handelsgewerbe ist. Im Streitfall wird also vermutet, dass ein Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert. In der Klausur ist eine gestaffelte Prüfung erforderlich: Zunächst ist der Gewerbebegriff im handelsrechtlichen Sinne zu prüfen, sodann, ob das Gewerbe auch Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB ist. Dabei genügt der Hinweis auf die Vermutungswirkung allein regelmäßig nicht.

a) Das Gewerbe

» Lesen Sie § 7 HGB: Eine häufig übersehene Vorschrift. «

- 13 Der Begriff des **Gewerbes** im Handelsgesetzbuch ist ein anderer als der öffentlich-rechtliche Gewerbebegriff. Das Bundesverwaltungsgericht²³ definiert das Gewerbe für das öffentliche Recht als „jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, Freiberufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens“.

Nach § 7 HGB sind die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff unerheblich.

²³ BVerwG Beschluss vom 11.3.2008 (Az: 6 B 2/08), unter Tz. 5 = NJW 2008, 1974.

Im HGB ist der Begriff des Gewerbes nicht bestimmt. Eine Anknüpfung findet sich in § 15 Abs. 2 EStG. Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne lässt sich wie folgt definieren:

Gewerbe ist jede

1. äußerlich erkennbare
2. planmäßige
3. selbstständige
4. nicht freiberufliche Betätigung, die
5. sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt.



aa) Äußerliche Erkennbarkeit

An einer äußerlichen Erkennbarkeit fehlt es zunächst, wenn die beabsichtigte Tätigkeit noch nicht aufgenommen worden ist. Dieses Merkmal deutet § 1 Abs. 1 HGB an, der ein „Betreiben“ des Gewerbes verlangt. **14**

Nicht äußerlich erkennbar ist zudem eine Tätigkeit, die der Öffentlichkeit verborgen bleibt.

Beispiel Handwerker H spekuliert abends vom heimischen Computer aus über einen Onlinebroker an der Börse. ■

Im Bereich der Gesellschaften fehlt es vor allem den allein vermögensverwaltenden Gesellschaften regelmäßig an einer äußerlichen Erkennbarkeit.²⁴

bb) Planmäßigkeit

Planmäßigkeit setzt ein Betreiben für eine gewisse Zeitdauer aufgrund eines vorgefassten Entschlusses voraus.²⁵ Der Handelnde muss eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes tätigen wollen.²⁶ Es genügt nicht, dass das einzelne Geschäft aufgrund eines jeweils neuen Entschlusses vorgenommen wird. Einer lediglich gelegentlichen Tätigkeit fehlt es an dem erforderlichen inneren Zusammenhang, sie ist daher nicht planmäßig. Eine bestimmte Zeitdauer ist nicht maßgeblich, so dass auch so genannte „Saisonbetriebe“ planmäßig betrieben werden, also solche, die nur zeitweise unterhalten werden. **15**

Beispiel Der Italiener I betreibt in den Sommermonaten in Deutschland ein Eiscafé, das er zwischen Oktober und April jeden Jahres schließt, um in Neapel zu überwintern. ■

cc) Selbstständigkeit

Selbstständig handelt, wer nach außen im eigenen Namen auftritt, im Innenverhältnis die Verantwortung und die Kosten trägt, wer also auf eigene Rechnung und Gefahr handelt und in persönlicher und sachlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden ist. Maßgeblich ist eine rechtliche, nicht eine wirtschaftliche Selbstständigkeit. Anhaltspunkt für die Abgrenzung ist § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, der die inhaltliche und zeitliche Weisungsfreiheit nennt. **16**

²⁴ OLG Hamm Beschluss vom 21.6.1993 (Az: 15 W 75/93), unter Tz. 17 = ZIP 1993, 1310.

²⁵ Die Begrifflichkeiten variieren im Detail: K. Schmidt HandelsR S. 288, verlangt eine erkennbar planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit, Canaris HandelsR S. 20f., eine Intention zum Abschluss einer Vielzahl von Geschäften.

²⁶ RG Urteil vom 5.7.1910 = RGZ 74, 150.

Beispiel Die bei Steuerberater S angestellte Steuerfachgehilfin F arbeitet dem S nach dessen Weisungen zu.

Da F in ihrer Zeit- und Arbeitseinteilung nicht frei ist, sondern S ihr die zu erledigenden Arbeiten vorgibt, ist sie nicht selbstständig tätig und betreibt daher kein Gewerbe. Als Arbeitnehmer ist sie nicht Kaufmann. ■

dd) Keine freiberufliche Tätigkeit

17 Die so genannten freien Berufe betreiben kein Gewerbe.

Freiberufler sind u.a.

- Rechtsanwälte (§ 2 Abs. 2 BRAO),
- Notare (§ 2 S. 3 BNotO),
- Wirtschaftsprüfer (§ 1 Abs. 2 S. 1, 2 WiPrO),
- Steuerberater (§ 32 Abs. 2 S. 1, 2 StBerG),
- Ärzte (§ 1 Abs. 2 BundesärzteO),
- Zahnärzte (§ 1 Abs. 4 ZahnheilkG),
- Architekten,
- Künstler,
- Dolmetscher und
- Schriftsteller.

Die Unterscheidung hat zum einen historische, zum anderen soziale Gründe.

Seit dem Mittelalter ist für die freien Berufe eine weitgehende Selbstverwaltung typisch, die sich noch heute in einem eigenen Standesrecht mit eigenen Aufsichtsgremien (Rechtsanwaltskammern, Steuerberaterkammern, Ärztekammern, Apothekerkammern) und in einer eigenständig organisierten Eigenversorgung und Fürsorge (Versorgungswerke, Künstlersozialkassen) widerspiegelt.

Die freien Berufe zeichnen sich dadurch aus, dass intellektuelle Leistungen, nicht körperliche Arbeitsleistungen erbracht werden. Typisch ist ein Zurücktreten des Erwerbszweckes hinter einem höheren Interesse an Fortbildung und Ausprägung von Wissenschaft und Kunst. Aus historischer Sicht lässt sich zugespitzt formulieren: Freiberufler sind diejenigen, die mit dem Kopf arbeiten, im Unterschied zu den Gewerbetreibenden, die mit den Händen arbeiten.

Beispiel Steuerberater S berät eine Kölner Werbeagentur. Ist S Kaufmann?

Nach § 32 Abs. 2 StBerG übt S einen freien Beruf aus und betreibt daher kein Gewerbe. Als Freiberufler ist er kein Kaufmann. ■

Die freiberufliche Tätigkeit endet indes dort, wo die Tätigkeit nicht mehr dem klassischen Berufsbild entspricht. Jenseits der klassisch freiberuflichen Tätigkeit kann der Gewerbebegriff erfüllt sein.

Beispiel Schönheitschirurg C betreibt neben seiner Arztpraxis eine private Schönheitsklinik. Die Klinik ist Gewerbebetrieb. ■

Hinweis

§ 1 Abs. 2 PartGG enthält einen nicht abschließenden Katalog der freien Berufe. Dieser ist allerdings weiter gefasst als der handelsrechtliche Begriff des freien Berufes.

ee) Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt nur dann vor, wenn der Handelnde die Grenzen des privaten Handelns überschreitet, insbesondere nicht nur privates Vermögen verwaltet oder aus privaten Geldern Kapitalanlagen tätigt. So soll die Anschaffung einzelner Wohnungen zur Vermietung nicht Gewerbe sein, anders aber die Errichtung und Verwaltung von mehr als hundert Wohnungen mit mehreren Gewerbeeinheiten.²⁷ **18**

ff) Erlaubte Tätigkeit

Ob der Gewerbebetrieb erlaubt sein muss, ist umstritten. So wird vertreten, die Geschäfte müssten zivilrechtlich wirksam und einklagbar sein, der Gesetzgeber wolle für gesetzes- oder sittenwidrige Tätigkeiten (§§ 134, 138 BGB) nicht die Rechte eines Kaufmannes gewähren.²⁸ Dem wird entgegengehalten, es bestehe kein Grund, denjenigen nicht als Kaufmann zu behandeln, der als Kaufmann gegenüber anderen auftritt, nur weil er verbotene Geschäfte betreibt.²⁹ Teilweise wird für die Anwendung der Grundsätze über den Scheinkaufmann plädiert. **19**

Der Ansicht, die auch den nicht erlaubten Handelnden dem Kaufmannsrecht unterwerfen will, ist zugute zu halten, dass die den Kaufmann treffenden Sondervorschriften des HGB insbesondere im Bereich der Handelsgeschäfte regelmäßig Verschärfungen gegenüber den allgemeinen Regelungen des BGB enthalten. Es ist nicht einzusehen, weshalb der unerlaubte Handelnde entgegen seinem Auftreten im Geschäftsverkehr aus diesen Regeln gerade wegen der fehlenden Erlaubnis entlassen werden soll. Der handelsrechtliche Begriff des Gewerbes ist wertneutral, so dass eine gesetzes- bzw. sitten gemäße Tätigkeit nicht Voraussetzung für die Anwendung des HGB ist.

JURIQ-Klausurtyp

Ein regelmäßiges Argument bei Meinungsstreitigkeiten: Derjenige, der gesetzes- oder sittenwidrig handelt, soll im Ergebnis nicht besser gestellt sein als derjenige, der sich normgemäß verhält. Dies wäre jedoch zu weiten Teilen der Fall, entließe man den nicht erlaubten Handelnden aus den Vorschriften des HGB. Im Einzelfall können diese allerdings auch einen Vorteil gegenüber den allgemeinen Regelungen des BGB darstellen.

Nochmals: Auch in diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob für die Tätigkeit eine nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderliche Erlaubnis besteht (§ 7 HGB).

gg) Absicht der Gewinnerzielung

Auch die Absicht einer Gewinnerzielung ist als Voraussetzung des handelsrechtlichen Gewerbebegriffes umstritten. Die Rechtsprechung sieht in der Gewinnerzielungsabsicht seit langem ein konstitutives Merkmal des Gewerbebegriffs,³⁰ lässt aber die Absicht genügen, so dass auch solche Betriebe dem Gewerbebegriff unterfallen, die tatsächlich keinen Gewinn erwirtschaften. Dagegen soll nach anderer Ansicht eine entgeltliche Tätigkeit ausreichen.³¹ **20**

27 Im Einzelnen Glanegger/Kirnberger/Kusterer/Ruß/Selder/Stuhlfelner-Ruß zu § 1 Rn. 32 m.w.N.

28 Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar -Brüggemann § 1 Rn. 17.

29 MünchKomm HGB-K. Schmidt § 1 Rn. 29.

30 BGH Urteil vom 22.1.1976 (Az: VII ZR 280/75), unter Tz. 4 = BGHZ 66, 48.

31 OLG Dresden Urteil vom 20.11.2001 (Az: 2 U 1928/01), unter Tz. 14 = NZG 2003, 124.

Die Ansichten werden meist zum gleichen Ergebnis kommen, da der Unterschied zwischen der Absicht der Gewinnerzielung und einem entgeltlichen Anbieten vor allem in der Perspektive liegt: Dem Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht liegt eine Gesamtbetrachtung im Sinne einer Gegenüberstellung aller Einnahmen und Ausgaben zugrunde, das Kriterium des entgeltlichen Angebotes betrachtet hingegen das einzelne Geschäft.

Beispiel Drucker D stellt auf eigene Kosten Schriften seiner Religion her und verkauft sie zum Selbstkostenpreis. D betreibt nach beiden Ansichten kein Gewerbe, da er weder mit der Absicht der Gewinnerzielung, noch entgeltlich handelt. ■

- 21 Bei privaten Wirtschaftsunternehmen vermutet die Rechtsprechung die Gewinnerzielungsabsicht, ein Gegenbeweis dürfte kaum gelingen.

Relevanz hat der Streit allenfalls noch für die **Unternehmen der öffentlichen Hand**, für die die Vermutung nicht gilt. Dabei ist jedoch zu unterscheiden:

- Unternehmen der öffentlichen Hand in privatrechtlicher Form, die bei Energieversorgungsunternehmen oder sonstigen Leistungsträgern der öffentlichen Hand üblich sind, sind Kaufleute nach § 6 HGB.
- Juristische Personen des öffentlichen Rechts, also Bund, Länder, Gemeinden und Kommunalverbände, können durch Betrieb eines Handelsgewerbes Kaufleute nach Handelsgesetzbuch ein, so etwa beim Betrieb von Mineralquellen, Brauereien oder Bergwerken.

Die Rechtsprechung tendiert allerdings für Betriebe, bei denen die Gewinnerzielungsabsicht fehlt, zu einer Verneinung der Gewerbeeigenschaft, hier vor allem für städtische Versorgungsbetriebe. Es solle nicht darauf ankommen, ob die öffentlich-rechtliche Körperschaft neben der Verfolgung der Erwerbsabsicht auch zugleich in Erfüllung gemeinnütziger öffentlich-rechtlicher Aufgaben tätig werde, da Voraussetzung für den Gewerbebegriff nur das Betreiben eines wirtschaftlichen Unternehmens ist, also eine Tätigkeit, die nicht allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird.³²

Hinweis

Der steuerrechtliche Gewerbebegriff stellt auf einen engeren Terminus der Gewinnerzielungsabsicht ab als das Handelsrecht. Deshalb heißt es zum Handelsrecht, dass bloße Entgeltlichkeit genügt.

b) Der Betrieb

- 22 Das Gewerbe betreibt gemäß § 1 Abs. 1 HGB derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden und der aus ihnen berechtigt und verpflichtet wird. In seiner Person treten die Rechtsfolgen ein.

Hinweis

Einzige Ausnahme ist der Handelsvertreter, der ein Gewerbe auch dann betreibt, wenn er als sogenannter Abschlussvertreter Geschäfte im Namen des Unternehmens abschließt.

³² BGH Urteil vom 2.7.1985 (Az: X ZR 77/84), unter Tz. 10 = NJW 1985, 3063.

So betreibt der Minderjährige im Fall des § 112 BGB selbst das Gewerbe, nicht aber sein gesetzlicher Vertreter, ebenso bei einer Betriebspacht der Pächter und nicht der Verpächter. Das zivilrechtliche Eigentum an den Betriebsmitteln, das beim Verpächter verbleibt, ist unerheblich, da ein Betreiben im Sinne von § 1 Abs. 1 HGB keine Verwendung ausschließlich eigener Gegenstände voraussetzt.

Unerheblich ist auch, für wessen Rechnung die Geschäfte geführt werden, so dass der Treuhänder das Gewerbe betreibt, nicht aber der Treugeber, denn berechtigt und verpflichtet wird der Treuhänder. Deshalb ist auch der Kommissionär Betreiber des Handelsgewerbes, nicht der Kommittent, obwohl er Waren für dessen Rechnung kauft und verkauft (§ 383 HGB).

Betreiber des Handelsgewerbes ist der Einzelkaufmann, bei den Personenhandelsgesellschaften die oHG und die KG, nicht jedoch deren Gesellschafter, da die Personenhandelsgesellschaften insoweit rechtsfähig sind.³³ Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Teilrechtsfähigkeit anerkannt ist, gilt gleiches. Daneben sind die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft regelmäßig selbst Gewerbetreibende,³⁴ nicht aber Kommanditisten, da sie gemäß § 171 Abs. 1 HGB nur beschränkt für die Verbindlichkeiten der KG haften.³⁵

Nicht Betreiber des Handelsgewerbes sind organschaftliche Vertreter bei Kapitalgesellschaften wie der Geschäftsführer der GmbH³⁶ oder der Vorstand einer AG.

c) Das Handelsgewerbe

Steht fest, dass es sich um ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne handelt, wird nach der Formulierung des § 1 Abs. 2 HGB das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung und damit das Vorliegen eines Handelsgewerbes vermutet. Der Begriff des Handelsgewerbes stellt über das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung auf das Gesamtbild des Geschäftsbetriebes nach Art und Umfang ab. **23**

Für eine kaufmännische Einrichtung typisch sind

- der **Art** nach solche Einrichtungen, die eine ordnungsgemäße Geschäftsführung ermöglichen, vor allem eine kaufmännische Buchführung, eine Kassenführung und regelmäßige Inventarisierungen, die Vielfalt der Leistungs- und Geschäftsbeziehungen und der Zahlungswege, die organisatorische Strukturierung der Angestellten;
- dem **Umfang** nach die Größe von Umsatz und Kapitaleinsatz und die Zahl der Betriebsstätten und der Angestellten.

Hinweis

Der Handelnde entgeht den Vorschriften des HGB nicht dadurch, dass er eine kaufmännische Einrichtung vermeidet. Entscheidend ist das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung.

³³ Im Einzelnen dazu in Teil 2 Rn. 330.

³⁴ BGH Urteil vom 16.2.1961 (Az: VII ZR 239/59) = BGHZ 34, 293.

³⁵ BGH Urteil vom 2.6.1966 (Az: VII ZR 292/64), unter Tz. 24f. = BGHZ 45, 282; BGH Urteil vom 22.10.1981 (Az: III ZR 149/80), unter Tz. 18 = NJW 1982, 569.

³⁶ Betreiber der GmbH ist auch nicht der Gesellschafter-Geschäftsführer, der sowohl Gesellschafter als auch Geschäftsführer ist, selbst wenn er Alleingesellschafter ist, vgl. BGH Urteil vom 8.11.2005 (Az: XI ZR 34/05), unter Tz. 14 ff. = BB 2006, 177.

Beispiel 1 Der Maschinenbaubetrieb M aus Köln erzielt einen jährlichen Umsatz von 400 000 €, hat zehn Angestellte sowie regelmäßig zehn bis fünfzehn Kunden pro Monat. M beschäftigt zur Abwicklung der Geschäftsvorfälle den Buchhalter B, der Stammkunden kulanztweise Ratenzahlung gewähren darf. Jeweils weitere fünf Mitarbeiter arbeiten an Standorten in Bonn und in Düsseldorf.

Angesichts des Umsatzes und der Anzahl der Mitarbeiter ist der Umfang des Betriebs groß. Die Leistungsbeziehungen sind nach ihrer Zahl und im Hinblick auf eine zeitlich versetzte Zahlung bei Stammkunden komplex. Eine kaufmännische Buchhaltung wird von B vorgenommen.

Nach Art und Umfang kann hier daher davon ausgegangen werden, dass ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Damit betreibt M ein Handelsgewerbe. ■

Beispiel 2 Buchhalter B kündigt bei M und eröffnet einen eigenen Maschinenbaubetrieb. Mangels technischen Sachverstands des B laufen die Geschäfte schleppend. Im ersten Jahr liegt der Umsatz aus nur zwei Verkäufen an einen einzigen Kunden bei 10 000 €, die bei Anlieferung in bar gezahlt wurden.

Angesichts des geringen Waren- und Geldumsatzes, mangels Angestellten und der einfachen Zahlungswege (Barzahlung) ergibt eine Gesamtwürdigung, dass ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist. B betreibt daher kein Handelsgewerbe. ■

d) Die Eintragung im Handelsregister

- 24 Die Eintragung des Handelsnamens, der Firma (§ 17 HGB), in das Handelsregister ist nach § 29 HGB verpflichtend, hat aber nur deklaratorische (= rechtsbekundende), nicht konstitutive (= rechtsbegründende) Bedeutung. Der Kaufmann, dessen Geschäftsbetrieb – wie regelmäßig – einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist schon deshalb und nicht wegen der Handelsregistereintragung Kaufmann, weshalb er auch als „Istkaufmann“ bezeichnet wird.

Beispiel Der Maschinenbaubetrieb M ist bisher aufgrund eines Versehens entgegen § 29 HGB nicht zur Eintragung im Handelsregister angemeldet worden. Als der Stahllieferant S im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung Metall für den Geschäftsbetrieb des M liefert, verweigert M eine Woche nach der Lieferung eine Kaufpreiszahlung unter Hinweis auf einen fehlenden Vertragsschluss. S meint jedoch, der Kaufpreis für diese Lieferung müsse ebenso wie alle vorherigen im Hinblick auf die sonstige Übung und die lange Geschäftsbeziehung gezahlt werden.

M kann sich nicht erfolgreich darauf berufen, mangels Handelsregistereintragung nicht Kaufmann zu sein, da sich die Kaufmannseigenschaft bereits aus dem Betrieb des Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 HGB) ergibt. Nach § 362 Abs. 1 HGB ist ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt und dem ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Da M schwieg, ist ein Kaufvertrag über das Metall zustande gekommen, so dass ein Kaufpreiszahlungsanspruch des S gegen M besteht. ■