

§ 1 Einführung und Grundlagen

I. Entstehungsgeschichte des HGB

Das Handelsrecht ist im Wesentlichen im **Handelsgesetzbuch (HGB)** geregelt. Das HGB ist am 7.4.1897 vom Reichstag des damaligen Deutschen Reiches verabschiedet und am 10.5.1897 vom Deutschen Kaiser ausgefertigt worden;¹ es ist – zeitgleich mit dem BGB² – am 1.1.1900 in Kraft getreten. Seit seinem Inkrafttreten hat das HGB zahlreiche Änderungen erfahren, in neuerer Zeit namentlich durch das **Handelsrechtsreformgesetz** vom 22.6.1998,³ das insbesondere den Kaufmannsbegriff des HGB reformiert und das Firmenrecht grundlegend geändert hat.⁴ Zudem wurde und wird das HGB stark durch **EG- bzw. EU-Richtlinien** beeinflusst, vor allem in den Bereichen des Registerrechts (s. die Gesellschaftsrechts-Richtlinie von 2017⁵), des Handelsvertreterrechts (s. die **Handelsvertreter-Richtlinie** von 1986⁶) und des Bilanzrechts (s. die Bilanz-Richtlinie von 2013⁷).

Vorläufer des HGB war das **Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)**. Dieses war im Anschluss an die im Jahr 1861 mit Mehrheitsbeschluss gefasste Empfehlung der Bundesversammlung des Deutschen Bundes in den Folgejahren einheitlich in den meisten Staaten des Deutschen Bundes eingeführt worden. Mit der Erklärung des ADHGB zum Bundesgesetz⁸ galt es ab 1870 in allen Staaten des Norddeutschen Bundes und ab 1871 mit der Übernahme des ADHGB als Reichsgesetz⁹ im gesamten Deutschen Reich. Es wurde zum 1.1.1900 durch das HGB abgelöst; zahlreiche Bestimmungen des ADHGB wurden jedoch in das HGB übernommen. In Liechtenstein, das seinerzeit dem Deutschen Bund angehörte, gilt das ADHGB bis zum heutigen Tag unter dieser Bezeichnung fort. In Österreich galt das ADHGB von 1863 bis 1938 unter der Bezeichnung „Allgemeines Handelsgesetzbuch“ (AHGB); nach dem Anschluss an das Deutsche Reich trat 1938 auch in Österreich das HGB an die Stelle des AHGB. Mit Wirkung vom 1.1.2007 wurde das österreichische HGB umfassend geändert und in „Unternehmensgesetzbuch“ (UGB) umbenannt¹⁰ (dazu noch Rn. 13). Trotz der Änderung und Umbenennung weist das österreichische UGB weiterhin deutliche Parallelen zum deutschen HGB auf.

1 S. RGBl. 1897, S. 219.

2 S. RGBl. 1896, S. 195.

3 S. BGBl. I 1998, S. 1474.

4 Näher dazu Körber, Jura 1998, 452 ff.

5 RL 2017/1132 v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46. In der Gesellschaftsrechts-Richtlinie ist u. a. die frühere Publizitäts-Richtlinie aufgegangen (RL 2009/101/EG v. 16.9.2009, ABl. EU Nr. L 258 v. 1.10.2009, S. 11; ursprünglich: RL 68/151/EWG v. 9.3.1968, ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8).

6 RL 86/653/EWG v. 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. EG Nr. L 382 v. 31.12.1986, S. 17.

7 RL 2013/34/EU v. 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. EU Nr. L 182 v. 29.6.2013, S. 19; ursprünglich: RL 78/660/EWG v. 25.7.1978 über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. EG Nr. L 222 v. 14.8.1978, S. 11, und RL 83/349/EWG v. 13.6.1983 über den konsolidierten Abschluß, ABl. EG Nr. L 193 v. 18.7.1983, S. 1.

8 S. Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 379.

9 S. RGBl. 1871, S. 63.

10 S. Handelsrechts-Änderungsgesetz v. 28.9.2005, öBGBl. I Nr. 120/2005.

II. Aufbau des HGB und Examensrelevanz

- 3** Das heutige HGB ist in **fünf Bücher** unterteilt:
- 1. Buch: Handelsstand (§§ 1–104 HGB);
 - 2. Buch: Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft (§§ 105–236 HGB);
 - 3. Buch: Handelsbücher (§§ 238–342e HGB);
 - 4. Buch: Handelsgeschäfte (§§ 343–475h HGB);
 - 5. Buch: Seehandel (§§ 476–905 HGB).
- 4** Im **1. Buch** des HGB (Handelsstand) finden sich insbesondere die Vorschriften über den Begriff des **Kaufmanns** (§§ 1–7 HGB) und über das **Handelsregister** (§§ 8–16 HGB) sowie das **Firmenrecht** (§§ 17–37a HGB) und das Recht der kaufmännischen **Stellvertretung** (§§ 48–58 HGB). Diese Vorschriften gehören in weiten Teilen zum Pflichtfachstoff der staatlichen Prüfung und werden daher im Folgenden näher behandelt. Ebenfalls im 1. Buch des HGB enthalten sind die Vorschriften über **Hilfspersonen** des Kaufmanns (§§ 59–83 HGB: Handlungsgehilfen und Handlungslernlinge; §§ 84–92c HGB: Handelsvertreter; §§ 93–104 HGB: Handelsmakler). Hinsichtlich dieser Vorschriften verlangen die einschlägigen Landesgesetze für die staatliche Pflichtfachprüfung kein Detailwissen, weshalb sich die vorliegende Darstellung insoweit auf einen kurSORischen Überblick beschränkt.
- 5** Das **2. Buch** des HGB enthält die Vorschriften über **Personenhandelsgesellschaften**; dies sind die Offene Handelsgesellschaft (OHG; §§ 105–160 HGB) und die Kommanditgesellschaft (KG; §§ 161–177a HGB). Die Personenhandelsgesellschaften unterscheiden sich von der in §§ 705–740 BGB geregelten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Grundform einer Personengesellschaft dadurch, dass der Gesellschaftszweck einer OHG oder KG grundsätzlich im Betrieb eines Handelsgewerbes bestehen muss (s. § 105 Abs. 1, § 161 Abs. 1 HGB; zu Ausnahmen s. § 105 Abs. 2 HGB, der über § 161 Abs. 2 HGB auch für die KG gilt). Wie die GbR (§ 124 HGB analog¹¹) sind die OHG (s. § 124 HGB) und die KG (s. § 161 Abs. 2 i. V. m. § 124 HGB) zwar **rechtsfähig**. Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften – dies sind vor allem die GmbH (s. § 13 Abs. 1 GmbHG) und die AG (s. § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG) – sind die OHG und die KG sowie die GbR aber **keine juristischen Personen**, sondern mit den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit identisch.¹² Dies kommt u. a. darin zum Ausdruck, dass die Gesellschafter einer OHG (s. § 128 HGB) bzw. KG (s. § 161 Abs. 2 i. V. m. § 128 HGB bzw. §§ 171, 172, 176 HGB) – anders als die Gesellschafter einer GmbH (s. § 13 Abs. 2 GmbHG) oder die Aktionäre einer AG (s. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG) – persönlich und akzessorisch mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Zu den Vorschriften über die Personenhandelsgesellschaften kommen die in den §§ 230–236 HGB enthaltenen Bestimmungen über die **Stille Gesellschaft** hinzu, bei der es sich um eine als solche nicht rechtsfähige Innengesellschaft handelt.¹³ Die gesamten Vorschriften des 2. Buchs des HGB gehören zum eigenständigen Rechtsgebiet des **Gesellschaftsrechts**. Sie werden daher im Folgenden nur insoweit behandelt, als sie für die Anwendung und das Verständnis der handelsrechtlichen Regelungen erforderlich sind.

11 S. BGHZ 146, 341 (343 ff.).

12 Westermann/Wertenbruch/*Wertenbruch*, Handbuch Personengesellschaften, 75. Erg.-Lfg., November 2019, Rn. I 789 f.

13 BGHZ 7, 378 (382); Westermann/Wertenbruch/Stöber, Handbuch Personengesellschaften, 75. Erg.-Lfg., November 2019, Rn. I 228.

Ebenfalls einem eigenständigen Rechtsgebiet – dem **Bilanzrecht** – sind die Bestimmungen des **3. Buchs** des HGB (Handelsbücher) zuzuordnen. Insoweit wird hier von einer Darstellung abgesehen und auf die bilanzrechtliche Spezialliteratur verwiesen. 6

Das **4. Buch** des HGB (Handelsgeschäfte) enthält zunächst in den §§ 343–372 HGB allgemeine, im Grundsatz für alle **Handelsgeschäfte** geltende Vorschriften. Es folgen in den §§ 373–381 HGB Regelungen speziell über den **Handelskauf**. Sowohl die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte als auch die Bestimmungen über den Handelskauf zählen zum Pflichtfachstoff der staatlichen Prüfung; sie werden im Folgenden näher dargestellt. Ebenfalls zum 4. Buch des HGB gehören die Vorschriften über das **Kommissionsgeschäft** (§§ 383–406 HGB); diese gehören nur in einzelnen Bundesländern (Bremen, Hamburg) zum Pflichtfachstoff, weshalb die folgende Darstellung sich auf die wichtigsten Vorschriften des Kommissionsrechts beschränkt. Schließlich finden sich im 4. Buch des HGB die Regelungen über das Frachtgeschäft (§§ 407–452d HGB), das Speditionsgeschäft (§§ 453–466 HGB) und das Lagergeschäft (§§ 467–475h HGB). Diese bilden – zusammen mit weiteren Rechtsquellen außerhalb des HGB – das sog. **Transportrecht**. Nach den landesrechtlichen Vorschriften ist bezüglich der Vorschriften des Transportrechts für die staatliche Pflichtfachprüfung kein Einzelwissen erforderlich, so dass diese nur im Überblick behandelt werden. 7

Weder Examensrelevanz noch größere praktische Relevanz haben die Bestimmungen des **5. Buchs** des HGB über den **Seehandel**, die in den gängigen Textsammelungen dementsprechend gar nicht abgedruckt sind. Auf eine Darstellung des Seehandelsrechts wird daher in diesem Buch gänzlich verzichtet. 8

III. Subjektiver Anwendungsbereich und Kaufmannsbegriff des HGB

1. Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute

Das Handelsrecht ist nach nahezu allgemeiner Ansicht das **Sonderprivatrecht der Kaufleute**¹⁴ (dazu noch u. Rn. 10 f.). Während das in erster Linie im BGB geregelte Bürgerliche Recht als allgemeines Privatrecht unterschiedlos für alle Bürger gilt, findet das Handelsrecht als Sonderprivatrecht grundsätzlich nur auf Kaufleute Anwendung. Kaufleute unterliegen vorrangig den Bestimmungen des HGB; so weit dieses keine besonderen Regelungen enthält, gelten aber auch für Kaufleute die Vorschriften des BGB und damit des allgemeinen Privatrechts (s. Art. 2 Abs. 1 EGHGB). Die Bestimmungen des HGB treten also für Kaufleute **teils ergänzend, teils modifizierend zu den allgemeinen Vorschriften des BGB** hinzu. Dementsprechend sind bei der Lösung handelsrechtlicher Fälle in aller Regel neben den spezifisch handelsrechtlichen Vorschriften des HGB auch die Regelungen des BGB heranzuziehen. 9

2. Subjektives System; Begriff des Kaufmanns im Überblick

Aufgrund der Eigenart des Handelsrechts als Sonderprivatrecht der Kaufleute ist der zentrale Begriff des HGB der des **Kaufmanns**. Der Kaufmannsbegriff ist in §§ 1 ff. HGB geregelt (eingehend zum Kaufmannsbegriff des HGB Rn. 23 ff.). Da- 10

14 A. A. K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 2 Rn. 10 ff.: Außenprivatrecht der Unternehmen.

nach können zum einen **natürliche Personen** Kaufleute sein; nach § 1 HGB ist grundsätzlich jeder **Gewerbetreibende** Kaufmann. Wenn eine natürliche Person ein kaufmännisches Unternehmen allein betreibt, bezeichnet man diese als **Einzelkaufmann**. Nach § 6 Abs. 1 HGB unterliegen auch **Personenhandelsgesellschaften**, also die OHG (§§ 105 ff. HGB) und die KG (§§ 161 ff. HGB), den für Kaufleute geltenden Vorschriften des HGB.¹⁵ Schließlich sind auch bestimmte juristische Personen, insbesondere Kapitalgesellschaften, kraft ihrer Rechtsform Kaufleute (s. § 6 Abs. 2 HGB):

- die **GmbH** (s. § 13 Abs. 3 GmbHG: „Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs“);
- die **AG** (s. § 3 Abs. 1 AktG: „Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht“);
- die **KGaA** (s. § 278 Abs. 3 i. V. m. § 3 Abs. 1 AktG);
- die **eingetragene Genossenschaft** (eG, s. § 17 Abs. 2 GenG: „Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs“);
- die mit Wirkung zum 8.10.2004 durch die SE-VO¹⁶ EU-weit eingeführte **Europäische Aktiengesellschaft** (Societas Europaea – SE; s. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c Ziff. iii SE-VO i. V. m. § 3 Abs. 1 AktG).¹⁷

11 Mit dem Anknüpfen an die Kaufmannseigenschaft eines Rechtssubjekts als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sondervorschriften folgt das HGB dem **subjektiven System**. Maßgeblich für die Anwendbarkeit des HGB ist also nicht der Umstand, dass in objektiver Hinsicht das vorgenommene Geschäft einen bestimmten Inhalt oder bestimmte Merkmale aufweist; vielmehr kommt es darauf an, dass – je nachdem – einer oder beiden der an dem Geschäft beteiligten Parteien subjektiv die Eigenschaft zukommt, Kaufmann zu sein.

3. Unternehmer: Begriff und Anwendbarkeit des HGB

12 Der Kaufmannsbegriff des HGB ist **nicht identisch mit dem Unternehmerbegriff des § 14 BGB**. Kaufleute i. S. d. § 1 HGB sind nur Gewerbetreibende, wohingegen Freiberufler vom Kaufmannsbegriff des HGB nicht und Land- und Forstwirte nur nach Maßgabe des § 3 HGB erfasst werden (s. noch Rn. 34 ff., 48 ff.). Dagegen fallen unter den Unternehmerbegriff des § 14 Abs. 1 BGB nicht nur Gewerbetreibende, sondern auch Rechtssubjekte, die zwar nicht gewerblich, aber in anderer Weise selbstständig beruflich tätig sind; dies sind ohne Weiteres auch Freiberufler sowie Land- und Forstwirte.¹⁸ Der Kaufmannsbegriff des HGB ist also enger als der Unternehmerbegriff des § 14 BGB. Dementsprechend ist jeder Kaufmann zwar Unternehmer i. S. d. § 14 BGB; nicht jeder Unternehmer ist aber zugleich Kaufmann.

13 Im **Schrifttum** wird allerdings die Auffassung vertreten, zumindest bestimmte Vorschriften des HGB seien auch auf **nichtkaufmännische Unternehmer** entsprechend anzuwenden. Diese Position nimmt namentlich *K. Schmidt* ein, der das Handelsrecht als Außenprivatrecht des Unternehmens begreift und das Handels-

¹⁵ *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 7 Rn. 33; *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 70.

¹⁶ VO (EG) 2157/2001 v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1.

¹⁷ *Spindler/Stilz/Casper*, AktG, 4. Aufl. 2019, Art. 1 SE-VO Rn. 2; *MünchKomm/Oechsler/Mihaylova*, AktG, 4. Aufl. 2017, Art. 1 SE-VO Rn. 4.

¹⁸ *S. K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 19.

recht zumindest *de lege ferenda* auf alle – d. h. auch auf nichtkaufmännische – Unternehmer anwenden will.¹⁹ Diesem Konzept folgt nunmehr der österreichische Gesetzgeber. Mit Wirkung vom 1.1.2007 wurde das österreichische HGB umfassend geändert und in „Unternehmensgesetzbuch“ (UGB) umbenannt²⁰ (s. dazu bereits Rn. 2). In Österreich gelten die handelsrechtlichen Sondervorschriften seitdem weitgehend für alle Unternehmer, ohne dass es auf den Betrieb eines Gewerbes ankommt. Der deutsche Gesetzgeber hat dagegen auch im Rahmen der Handelsrechtsreform von 1998²¹ an der Beschränkung des Anwendungsbereichs des HGB auf Kaufleute festgehalten. *De lege lata* ist daher grundsätzlich für eine (analoge) Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf nichtkaufmännische Unternehmer **kein Raum**.²²

IV. Zielsetzung der handelsrechtlichen Sondervorschriften

Die Sondervorschriften des HGB tragen den **besonderen Bedürfnissen** Rechnung, die im **kaufmännischen Geschäftsverkehr** bestehen. Im Vergleich zum Rechtsverkehr unter Privatpersonen zeichnet sich der Geschäftsverkehr unter Kaufleuten dadurch aus, dass routinemäßig eine Vielzahl von Rechtsgeschäften getätigkt wird. Es besteht daher im kaufmännischen Geschäftsverkehr ein besonderes Bedürfnis nach

- Schnelligkeit,
- Einfachheit,
- Rechtssicherheit und
- Klarheit

beim Abschluss und bei der Durchführung von Rechtsgeschäften.

Zudem haben die im kaufmännischen Geschäftsverkehr Tätigen eine **größere Geschäftsgewandtheit und -erfahrung**. Im Vergleich mit den allgemeinen Regeln des BGB sieht das HGB daher für Kaufleute

- strengere Sorgfaltspflichten (s. § 347 Abs. 1 HGB; dazu Rn. 260) und Obliegenheiten (z. B. kaufmännische Rügeobligieheit nach § 377 HGB; dazu Rn. 336 ff.),
- einen gesteigerten Verkehrs- und Vertrauensschutz und eine strengere Rechtschaffenheit (z. B. Publizität des Handelsregisters nach § 15 HGB; dazu Rn. 211 ff.) und
- ein niedrigeres Schutzniveau (z. B. Entbehrllichkeit der Schriftform für Bürgschaft nach § 350 HGB; dazu Rn. 277 ff.) vor.

V. Firma

Jeder Kaufmann hat eine Firma. Die Firma ist nur der **Name des Kaufmanns** (s. § 17 HGB). Entgegen dem alltäglichen Sprachgebrauch ist der Begriff „Firma“ nicht gleichbedeutend mit „Unternehmen“ oder „Betrieb“. Vielmehr ist die Firma allein der Name, unter dem ein Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt und auch

19 S. K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 2 Rn. 10 ff.

20 S. Handelsrechts-Änderungsgesetz v. 28.9.2005, öBGBI. I Nr. 120/2005.

21 S. Handelsrechtsreformgesetz v. 22.6.1998, BGBl. I 1998, S. 1474.

22 S. auch Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 1 Rn. 10; Oetker/Körber, HGB, 6. Aufl. 2019, § 1 Rn. 115; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Röhricht, HGB, 5. Aufl. 2019, Einl. Rn. 39.

klagen und verklagt werden kann (eingehend zum Firmenrecht des HGB s. Rn. 75 ff.).

- 17** Aufgrund des im kaufmännischen Verkehr bestehenden erhöhten Bedürfnisses an Klarheit und Rechtssicherheit muss jede Firma erkennen lassen, welche Rechtsform der Kaufmann hat. Auf diese Weise soll der Rechtsverkehr insbesondere ersehen können, ob für die im kaufmännischen Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten eine natürliche Person persönlich und uneingeschränkt haftet (so bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften; s. Rn. 5) oder ob für die Geschäftsverbindlichkeiten nur ein Gesellschaftsvermögen haftet (so bei den Kapitalgesellschaften, d. h. GmbH, AG, SE). Auch die KGaA ist eine Kapitalgesellschaft; bei ihr besteht aber die Besonderheit, dass sie – neben den Kommanditaktionären, die keine persönliche Haftung trifft – mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter haben muss, der den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (§ 278 Abs. 1 AktG). Damit die Rechtsform des Unternehmens und damit die Haftungsverhältnisse für den Rechtsverkehr erkennbar sind, muss jede Firma einen **Rechtsformzusatz** in Gestalt eines zumindest abgekürzten Hinweises auf die Rechtsform des Firmeninhabers haben:
- e. K. bei einem Einzelkaufmann, s. § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB;
 - OHG, KG bei Personenhandelsgesellschaften, s. § 19 Abs. 1 Nr. 2, 3 HGB;
 - GmbH (s. § 4 Satz 1 GmbHG), AG (§ 4 AktG), KGaA (s. § 279 Abs. 1 AktG), SE (Art. 11 Abs. 1 SE-VO) bei Kapitalgesellschaften.

VI. Handelsregister

- 18** Dem Bedürfnis nach Einfachheit, Klarheit und Rechtssicherheit im kaufmännischen Verkehr dient auch das Handelsregister, das in den §§ 8–16 HGB geregelt ist (näher dazu noch Rn. 211 ff.). Das Handelsregister ist ein **öffentliches Verzeichnis bestimmter, für den Handelsverkehr wichtiger Rechtstatsachen**. Das Handelsregister wird durch die Amtsgerichte geführt (§ 8 Abs. 1 HGB, § 23a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG, § 374 Nr. 1 FamFG).
- 19** In das Handelsregister werden zum einen Rechtstatsachen eingetragen, deren Eintragung das Gesetz zwingend vorschreibt (**eintragungspflichtige Tatsachen**), etwa die Firma des Kaufmanns (§ 29 HGB). Zum anderen werden Tatsachen eingetragen, deren Eintragung das Gesetz zulässt (**eintragungsfähige Tatsachen**), z. B. im Falle der Unternehmens- und Firmenfortführung die Vereinbarung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber des Unternehmens, dass Letzterer für die Geschäftsverbindlichkeiten des Veräußerers nicht haftet (§ 25 Abs. 2 HGB; dazu Rn. 113 f.).
- 20** Das Handelsregister hat zwei **Abteilungen**:
- **Abteilung A** für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) sowie die sie betreffenden Rechtstatsachen;
 - **Abteilung B** für Kapitalgesellschaften sowie die sie betreffenden Rechtstatsachen.
- Nach Maßgabe des § 10 HGB sind Eintragungen in das Handelsregister auch **bekannt zu machen**. Als öffentlichem Verzeichnis kommt dem Handelsregister eine **Publizitätsfunktion** zu (s. § 15 HGB; dazu noch eingehend Rn. 216 ff.).
- 21** Die Eintragung in das Handelsregister hat in der Regel nur **deklaratorische Wirkung**, d. h. die mit der Eintragung und Bekanntmachung publizierte Rechtstatsa-

che tritt materiell-rechtlich auch ohne die Eintragung ein. In bestimmten Fällen wirkt die Eintragung aber auch **konstitutiv**, so etwa bei der Gründung einer GmbH (s. § 11 Abs. 1 GmbHG), AG (s. § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder SE (s. Art. 16 Abs. 1 SE-VO): Die Kapitalgesellschaft entsteht als juristische Person jeweils erst mit ihrer Handelsregistereintragung.

Seit Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)²³ am 1.1.2007 wird das Handelsregister **elektronisch** geführt und erfolgen auch die Bekanntmachungen elektronisch. Für die elektronischen Bekanntmachungen haben die Bundesländer ein gemeinsames Internetportal eingerichtet (www.handelsregister.de).

§ 2 Der Kaufmannsbegriff des HGB

→ Lsg. Fall 1 Rn. 423

Fall 1:

Der Malermeister Malte Marder (M) betreibt ein Malerunternehmen, in dem außer M selbst nur der bei ihm angestellte Malergeselle Gunter Gans (G) tätig ist. Im Handelsregister ist M auf seinen Antrag mit der Firma „Malerei Marder e. K.“ eingetragen. M führt Maler- und Tapezierarbeiten überwiegend bei privaten Kunden in deren Wohnungen und gelegentlich auch in den Büro- oder Gewerberäumen von Geschäftskunden aus. Der jährliche Umsatz des Malerunternehmens beträgt im Durchschnitt etwa 100.000 €. Farbe, Tapete und sonstiges Material erwirbt M stets in einem der örtlichen Baumärkte. Die Buchhaltung erledigt M selbst.

Von dem mit ihm befreundeten Karl Kater (K), der Inhaber eines kleinen Obst- und Gemüseladens ist, wird M mit dem Neuaustrich des Ladenlokals des K beauftragt. Der jährliche Umsatz des Ladens beläuft sich auf ca. 80.000 €. K hat keine Angestellten und erledigt die Buchhaltung ebenfalls selbst. Obst und Gemüse bezieht K von einem Großhändler im Nachbarort. Im Handelsregister ist K nicht eingetragen. Nach Abschluss der Malerarbeiten überbringt M dem K am 2. April eine Rechnung über den vereinbarten Werklohn von 1.500 €. Bei der Entgegennahme der Rechnung äußert K, dass er mit der Arbeit des M rundum zufrieden sei. Gleichwohl zahlt K den Rechnungsbetrag monatelang nicht. Mit Rücksicht auf die langjährige Freundschaft sieht M davon ab, bei K nachzufragen. Am 2. August überweist K dann schließlich doch die 1.500 €. Verärgert über die späte Zahlung verlangt M von K nunmehr die Zahlung von Zinsen aus dem Rechnungsbetrag von 1.500 € ab dem 2. April. Zu Recht?

I. Bedeutung des Kaufmannsbegriffs

Wie bereits ausgeführt wurde (s. Rn. 9 ff.), ist das Handelsrecht das Sonderprivatrecht der Kaufleute. Dem HGB liegt das **subjektive System** zugrunde; die Sondervorschriften des Handelsrechts finden im Grundsatz nur auf Rechtssubjekte An-

²³ Gesetz v. 10.11.2006, BGBl. I 2006, S. 2553.

wendung, die nach Maßgabe der §§ 1 ff. HGB Kaufleute sind. Bei natürlichen Personen unterscheidet das Gesetz zwischen **Ist-Kaufleuten** i. S. d. § 1 HGB (grundsätzlich jeder Gewerbetreibende; dazu Rn. 24 ff.) und **Kann-Kaufleuten** i. S. d. §§ 2, 3 HGB (Kleingewerbetreibende sowie Land- und Forstwirte; dazu Rn. 46 ff.). Als Kaufleute anzusehen sind nach § 6 Abs. 1 HGB auch **Personenhandelsgesellschaften**, also die OHG (§§ 105 ff. HGB) und die KG (§§ 161 ff. HGB; dazu Rn. 53 f.). Zudem sind bestimmte juristische Personen, insbesondere Kapitalgesellschaften, kraft ihrer Rechtsform Kaufleute (sog. **Formkaufleute**, s. § 6 Abs. 2 HGB; dazu Rn. 55 f.). Hinzu kommen die in § 5 HGB geregelten **Fiktivkaufleute** (dazu Rn. 57 ff.) sowie die gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsfigur des **Scheinkaufmanns** (dazu Rn. 65 ff.).

Im **Fall 1** war M lediglich mit Anstreicherarbeiten beauftragt, die weder als Umbauarbeiten i. S. d. § 650a Abs. 1 Satz 1 BGB noch als Instandhaltungsarbeiten i. S. d. § 650a Abs. 2 BGB angesehen werden können. Es handelte sich daher nicht um einen Bauvertrag gem. § 650a BGB, sondern um einen allgemeinen Werkvertrag gem. § 631 BGB. Aus diesem ist dem M eine Werklohnforderung gegen K in Höhe von 1.500 € erwachsen (§ 631 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich des Werklohns hat M dem K keine Mahnung erteilt. Nach den allgemeinen Vorschriften des BGB kann M erst nach Ablauf von 30 Tagen nach dem am 2. April erfolgten Zugang seiner Rechnung bei K und somit erst ab dem 3. Mai Verzugszinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.500 € verlangen (s. § 288 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 i. V. m. § 286 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BGB).

§ 353 Satz 1 HGB gewährt Kaufleuten untereinander jedoch in Bezug auf Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften einen Anspruch auf **Fälligkeitszinsen**. Dieser besteht ab dem ersten Tag der Fälligkeit der Hauptforderung.²⁴ Die Fälligkeit der Werklohnforderung des M gegen K ist gem. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Abnahme der Malerarbeiten durch K am 2. April eingetreten. M kann also von K schon ab dem 2. April Zinsen in Höhe von 5 % pro Jahr (s. § 352 Abs. 2 HGB) aus 1.500 € verlangen, wenn sowohl M als auch K **Kaufmann** ist.

II. Ist-Kaufmann und Gewerbebegriff (§ 1 HGB)

1. Überblick

- 24** Ausgangsnorm für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft **natürlicher Personen** ist § 1 HGB. Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, wer ein **Handelsgewerbe** betreibt. Ein Handelsgewerbe ist nach § 1 Abs. 2 Halbs. 1 HGB **grundsätzlich jeder Gewerbetrieb**. Im Grundsatz ist also jeder Gewerbetreibende Kaufmann.
- 25** Für die Bestimmung des subjektiven Anwendungsbereichs des HGB kommt damit dem Begriff des **Gewerbes** eine zentrale Bedeutung zu. Allerdings enthält das **HGB keine Legaldefinition** des Gewerbebegriffs. Wohl aber findet sich eine Definition des Gewerbebetriebs in § 15 Abs. 2 Satz 1, 3 EStG. Nach dieser Vorschrift ist ein Gewerbebetrieb jede selbstständige nachhaltige Betätigung, die mit der – zumindest als Nebenzweck verfolgten – Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbstständige Arbeit anzusehen ist.²⁵ Freilich kann die Legaldefinition des § 15 Abs. 2 Satz 1, 3 EStG nicht einfach für das Handelsrecht übernommen werden; denn sie dient der Abgrenzung der Einkünfte aus

24 BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Stand: 15.10.2019, § 353 Rn. 14.

25 S. dazu Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 22. Aufl. 2019, Rn. 703 ff.

Gewerbebetrieb von anderen Einkunftsarten für Zwecke der Einkommenbesteuerung und stellt daher eine spezifisch steuerrechtliche Begriffsbestimmung dar.²⁶

Für das Handelsrecht haben Rechtsprechung und Schrifttum jedoch eine Definition des Gewerbebegriffs entwickelt, die der des § 15 Abs. 2 Satz 1, 3 EStG sehr ähnlich ist und heute weitgehend als gewohnheitsrechtlich anerkannt angesehen werden kann. Danach ist ein **Gewerbe** im handelsrechtlichen Sinne jede

- erlaubte (**str.**),
- nach außen in Erscheinung tretende,
- selbstständige,
- planmäßig auf gewisse Dauer
- mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit (**str.**),
- die nicht freier Beruf, künstlerische oder wissenschaftliche Betätigung oder Urproduktion (Land- oder Forstwirtschaft) ist.²⁷

2. Erfordernis einer erlaubten Tätigkeit

Nach der traditionellen Ansicht muss es sich um eine **erlaubte**, also um eine solche Tätigkeit handeln, die auf den Abschluss wirksamer Verträge gerichtet ist.²⁸ Hieran fehlt es bei einer gesetz- oder sittenwidrigen Tätigkeit (§§ 134, 138 BGB), etwa dem gegen das Betäubungsmittelgesetz verstößenden Handel mit Drogen oder dem ohne die nach dem Waffengesetz erforderliche Waffenhandelserlaubnis betriebenen Handel mit Schusswaffen oder Munition. Nach der Gegenansicht, die u. a. auf § 7 HGB verweist, steht es der Einordnung als Gewerbe jedoch **nicht entgegen**, dass die Tätigkeit gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt.²⁹ Für die letztere Ansicht spricht, dass es keinen Grund gibt, denjenigen, der einer gesetz- oder sittenwidrigen Tätigkeit nachgeht, gleichsam zu privilegieren, indem man ihn aus dem Kaufmannsbegriff herausfallen lässt und ihn so von den strengeren Pflichten und Obliegenheiten für Kaufleute entbindet.

3. Nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit

Unstreitig kann nur eine **nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit** unter den Gewerbebegriff fallen. Die betreffende Person muss sich erkennbar auf einem für sie externen Markt betätigen. Hieran fehlt es beispielsweise bei einem für Dritte nicht sichtbaren Spekulieren mit eigenem Kapital an der Börse oder bei der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens, etwa dem Halten von Aktien oder GmbH-Anteilen.³⁰

26 S. BGHZ 33, 321 (327); BGH NJW 2000, 1940 (1941); Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Kindler, HGB, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 19; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 24.

27 S. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2 ff.; Heymann/Förster, HGB, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 10; *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 5 Rn. 5; Heidel/Schall/Kefler, HGB, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 16; Staub/Oetker, HGB, 5. Aufl. 2009, § 1 Rn. 18 ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 9 Rn. 17.

28 So etwa Staub/Oetker, HGB, 5. Aufl. 2009, § 1 Rn. 42.

29 So etwa Heidel/Schall/Kefler, HGB, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 26; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 9 Rn. 35 f.

30 BGHZ 63, 32 (33); 74, 273 (277); *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; Heidel/Schall/Kefler, HGB, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 20; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 9 Rn. 27.

4. Selbstständige Tätigkeit

- 29** Ebenfalls unstreitig muss es sich um eine **selbstständige Tätigkeit** handeln. Dabei kommt es auf die **rechtliche**, nicht auf die wirtschaftliche Selbstständigkeit an.³¹ Unter Heranziehung der für das Handelsvertreterrecht geltenden Legaldefinition des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB wird als (rechtlich) selbstständig angesehen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.³² Ob eine rechtliche Selbstständigkeit in diesem Sinne besteht, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach dem **Gesamtbild** der Verhältnisse zu beurteilen, wie es sich aus der **vertraglichen Gestaltung und der tatsächlichen Handhabung** ergibt.³³ Wenn die tatsächliche Handhabung allerdings von der vertraglichen Vereinbarung abweicht, ist Erstere entscheidend.³⁴

- 30** Indizien für eine Selbstständigkeit sind beispielsweise

- das Fehlen eines Arbeitsplans und fester Arbeitszeiten;³⁵
- die Unabhängigkeit von Weisungen anderer;³⁶
- der Umstand, dass Kosten und Risiken der Tätigkeit selbst getragen werden;³⁷
- die Beschäftigung eigenen Personals;³⁸
- das Vorhandensein eigener oder gemieteter Geschäftsräume;³⁹
- das Fehlen einer festen Vergütung;⁴⁰
- die Nichtabführung von Sozialabgaben.⁴¹

5. Planmäßig auf gewisse Dauer ausgeübte Tätigkeit

- 31** Außer Streit steht auch, dass nur eine **planmäßig auf gewisse Dauer ausgeübte Tätigkeit** vom Gewerbebegriff erfasst wird. Die Tätigkeit muss also auf eine Vielzahl von Geschäften gerichtet sein und darf **nicht bloß gelegentlich** ausgeübt werden.⁴² Kein Gewerbe ist daher die hin und wieder erfolgende Veräußerung bislang privat genutzter Sachen, etwa aussortierter Kleidung auf dem Flohmarkt oder eines gebrauchten Kraftfahrzeugs.⁴³

6. Erfordernis einer Gewinnerzielungsabsicht?

- 32** Streitig ist wiederum, ob die Tätigkeit mit **Gewinnerzielungsabsicht** ausgeübt werden muss, um als Gewerbe angesehen werden zu können. Die **Rechtspre-**

31 Jung, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 5 Rn. 6; Staub/Oetker, HGB, 5. Aufl. 2009, § 1 Rn. 18 f.; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhricht, HGB, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 25.

32 BGH NJW 1999, 648 (649); Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 1 Rn. 14; Staub/Oetker, HGB, 5. Aufl. 2009, § 1 Rn. 18.

33 BGH NJW 1982, 1757 (1757 f.); NJOZ 2010, 2116 Rn. 12; BAG NJW 2010, 2455 Rn. 19; NJW 2013, 2984 Rn. 15; Oetker/Busche, HGB, 6. Aufl. 2019, § 84 Rn. 26.

34 BAG BB 2000, 826 (827); NJW 2004, 461 (462); NJW 2010, 2455 Rn. 19; NJW 2012, 2903 Rn. 13.

35 BAG BB 2000, 826 (827); ZIP 2001, 36 (37); OLG Düsseldorf NZA-RR 1998, 145 (147); Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 84 Rn. 3.

36 BGH NJW 1998, 2057 (2058); s. auch BAG ZIP 1997, 1714 (1715).

37 BAG BB 1982, 1876 (1877); Heidel/Schall/Kefler, HGB, 3. Aufl. 2020, § 84 Rn. 38.

38 S. BGH NJW 1999, 648 (650).

39 OLG München NJW 1957, 1767; Ebeneroth/Boujoung/Joost/Strohn/Löwisch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 84 Rn. 23; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 84 Rn. 3.

40 BAGE 18, 87 (102); Oetker/Busche, HGB, 6. Aufl. 2019, § 84 Rn. 29; MünchKomm-HGB/v. Hoyningen-Huene, 4. Aufl. 2016, § 84 Rn. 44.

41 BGH VersR 1964, 331; OLG Düsseldorf WM 1985, 524 (526); MünchKomm-HGB/v. Hoyningen-Huene, 4. Aufl. 2016, § 84 Rn. 47.

42 Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 6; Oetker/Körber, HGB, 6. Aufl. 2019, § 1 Rn. 16 f.; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 1 Rn. 7.

43 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 1 Rn. 13; Oetker, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 12.