

Teil 1 Handelsrecht

§ 1 Kaufmannsbegriff

Inhalt

	Rdn		Rdn
A. Allgemeines	1	2. Forstwirtschaft	46
I. Begriff des Handelsrechts	1	3. Gemischte Betriebe	47
II. Subjektives System des deutschen Handelsrechts	4	III. Land- und Forstwirte mit kaufmännischem Geschäftsbetrieb	48
III. Verwandte Rechtsgebiete	5	1. Wahlrecht der Eintragung	48
B. Kaufmann kraft Gewerbebetriebs nach § 1 HGB	8	2. Voraussetzungen	49
I. Allgemeines	8	3. Löschung der Firma	51
II. Begriff des Gewerbes	9	4. Rechtsnachfolger	52
1. Äußerliche Erkennbarkeit und wirtschaftliche Tätigkeit am Markt	10	IV. Nebengewerbe	53
2. Planmäßige, auf Dauer angelegte Tätigkeit	11	V. Kleingewerbliche Land- und Forstwirte	56
3. Selbstständigkeit	12	E. Kaufmann kraft Eintragung	57
4. Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht	13	I. Allgemeines	57
5. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit	14	II. Voraussetzungen	58
6. Erlaubtsein der Tätigkeit	16	1. Eintragung	58
III. Betreiben eines Gewerbes	19	2. Gewerbebetrieb	59
IV. In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb	21	3. Keine sonstigen Voraussetzungen	60
V. Beginn der Kaufmannseigenschaft und Rechtsfolgen	23	III. Anwendungsbereich des § 5 HGB	61
VI. Ende der Kaufmannseigenschaft	26	IV. Rechtsfolgen der Eintragung	62
1. Einstellung der gewerblichen Tätigkeit	26	1. Reichweite des § 5 HGB	62
2. Herabsinken auf kleingewerbliches Niveau	28	2. Geltung im Geschäfts- und Prozessverkehr	66
a) Erlöschen der Firma	29	3. Einwendungen	68
b) Bestehenlassen der Eintragung	31	4. Bindung des Registergerichts	69
C. Kaufmannseigenschaft von Klein-gewerbetreibenden nach § 2 HGB	33	F. Kaufmann kraft Rechtsform	70
I. Erwerb der Kaufmannseigenschaft	33	I. Allgemeines	70
II. Eintragungsoption	36	II. Personenhandelsgesellschaften	71
III. Eintragungsverfahren	37	III. Kapitalgesellschaften	72
IV. Löschung der Firma auf Antrag	39	IV. Genossenschaften	73
V. Rechtsnachfolger	41	V. Keine Handelsgesellschaften	74
D. Sonderregelung für Land- und Forstwirte	42	G. Kaufmann kraft Rechtsscheins	75
I. Allgemeines	42	I. Lehre von der Rechtsscheinhafung	75
II. Land- und Forstwirte	43	II. Tatbestandsvoraussetzungen	78
1. Landwirtschaftliche Tätigkeit	43	1. Rechtsscheintatbestand	79
		2. Zurechenbarkeit des Rechtsscheins	80
		3. Schutzwürdigkeit des Geschäftsgegners	83
		4. Kausalität des Rechtsscheins	84
		5. Beweislast	85
		III. Wirkung des Rechtsscheins	86
		IV. Schein-Nichtkaufmann	89
		H. Checkliste: Kaufmannsbegriffe	90

Kommentare und Gesamtdarstellungen:

Baumbach/Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 39. Aufl. 2020; *Brox/Henssler*, Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 22. Aufl. 2016; *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020; *Ensthaler*, Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. 2015; *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl. 2007; *Heymann*, Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2019; *Hofmann*, Handelsrecht, 11. Aufl. 2002; *Hübner*, Handelsrecht, 5. Aufl. 2004; *Icking*, Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, 2000; *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019; *Koller/Kindler/Roth/Drüen*, HGB, 9. Aufl. 2019; *Krejci/Schmidt, K.*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz, 2003; *Lieb*, Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften, 1999; *Merk*, Unternehmenspublizität, 2001; *MüKo zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2016; *Oetker*, Handelsrecht, 9. Aufl. 2019; *ders.*, HGB, 6. Aufl. 2019; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010; *Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl. 2019; *Pfeiffer*, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999; *Schäch*, Die kaufmannsähnlichen Personen als Ergänzung zum normierten Kaufmannsbegriff, 1989; *Schmidt, K.*, Handelsrecht, 6. Aufl.

2014; *Schmitt*, Die Rechtsstellung des Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003; *Schumacher*, Handelsrechtsreformgesetz, 1998; *Siems*, Der personelle Anwendungsbereich des Handelsrechts nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 1999; *Staub*, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2009; *Wörlen/Kokemoor*, Handelsrecht mit Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2019.

Formularbücher und Mustersammlungen:

Fleischhauer/Preuß, Handelsregisterrecht, 4. Aufl. 2019; *Gustavus/Böhringer/Melchior*, Handelsregister-Anmeldung, 9. Aufl. 2017.

Aufsätze und Rechtsprechungsübersichten:

Ballerstedt, K., Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, 253; *Bodens*, Die Eintragung einer GmbH in die Handwerksrolle als Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, GmbHR 1984, 177; *Bülow/Artz*, Neues Handelsrecht, JuS 1998, 680; *Busch*, Reform des Handels- und Registerrechts, Rpfleger 1998, 178; *Bydlinski*, Zentrale Änderungen des HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz, ZIP 1998, 1169; *Gustavus*, Möglichkeiten zur Beschleunigung des Eintragungsverfahrens bei der GmbH, GmbHR 1993, 259; *Heinemann*, Handelsrecht im System des Privatrechts, in: FS Fikentscher, 1998, S. 349; *Henssler*, Gewerbe, Kaufmann und Unternehmen, ZHR 161 (1997), 13; *Hohmeister*, Die Bedeutung des § 5 HGB seit der Handelsrechtsreform, NJW 2000, 1921; *Hüttemann/Meinert*, Zur handelsrechtlichen Buchführungspflicht des Kaufmanns kraft Eintragung, BB 2007, 1436; *Kaiser*, Reformen des Kaufmannsbegriffs – Verunsicherung des Handelsverkehrs, JZ 1999, 495; *Kögel*, Der nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtete Geschäftsbetrieb – eine unbekannte Größe, DB 1998, 1802; *ders.*, Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes, BB 1997, 793; *Körber*, Änderungen im Handels- und Gesellschaftsrecht durch das Handelsrechtsreformgesetz, Jura 1998, 452; *Kornblum*, Vom Bauern zum Kaufmann, in: FS für Kaufmann, 1993, S. 193; *ders.*, Zu Änderungen des Registerrechts im Regierungsentwurf des Handelsrechtsreformgesetzes, DB 1997, 1217; *Kort*, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 453; *ders.*, Kriterien für das Betreiben eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB, DB 2019, 771; *Krebs*, Reform oder Revolution? – Zum Referentenentwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes, DB 1996, 2013; *ders.*, Probleme des neuen Kaufmannsbegriffs, NJW 1999, 35; *Limbach*, Die Lehre vom Scheinkaufmann, ZHR 134 (1970), 289; *Merk*, Der internationale Anwendungsbereich des deutschen Rechnungslegungsrechts, ZGR 2017, 460; *Mönkemöller*, Die Kleingewerbetreibenden nach neuem Kaufmannsrecht, JuS 2002, 30; *Neuner*, Handelsrecht – Handelsgesetz – Grundgesetz, ZHR 157 (1993), 243; *Nickel*, Der Scheinkaufmann, JA 1980, 566; *von Olshausen*, Die Kaufmannseigenschaft der Land- und Forstwirte, ZHR 141 (1977), 93; *ders.*, Wider den Scheinkaufmann des ungeschriebenen Rechts, in: FS für Raisch, 1995, S. 147; *ders.*, Fragwürdige Redeweisen im Handelsrechtsreformgesetz, JZ 1998, 717; *Priester*, Handelsrechtsreformgesetz – Schwerpunkte aus notarieller Sicht, DNotZ 1998, 691; *Raisch*, Zur Analogie handelsrechtlicher Normen, in: FS für Stimpel, 1985, S. 29; *ders.*, Freie Berufe und Handelsrecht, in: FS für Rittner 1991, S. 471; *Ring*, Das neue Handelsrecht, 1999; *ders.*, Kaufmannsbegriff und Handelsrechtsreform, BuW 1996, 826; *Schaefer*, Das Handelsrechtsreformgesetz nach Abschluss des parlamentarischen Verfahrens, DB 1998, 1269; *Schmidt, K.*, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafter, ZIP 1986, 1510; *ders.*, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161; *ders.*, „Konstitutive“ und „deklaratorische“ Eintragungen nach §§ 1 ff. HGB, ZHR 163 (1999), 87; *ders.*, Fünf Jahre „neues Handelsrecht“, JZ 2003, 585; *ders.*, „Unternehmer“ – „Kaufmann“ – „Verbraucher“, BB 2005, 837; *Schulze-Osterloh*, Der Wechsel der Eintragungsgrundlage der Kaufmannseigenschaft (§§ 1, 2, 105 Abs. 2 HGB) und der Anwendungsbereich des § 5 HGB, ZIP 2007, 2390; *Siems*, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003; *Steding*, Landwirtschaftsbetrieb – Unternehmer nach BGB und/oder Kaufmann nach HGB?, NL-BzAR 2004, 440; *Treber*, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP 199 (1999), 525; *Winkler*, Das Verhältnis zwischen Handwerksrolle und Handelsregister – Gedanken zum Beschluß des BGH vom 9.11.1987, ZGR 1989, 107; *ders.*, Kaufmann – quo vadis?, 1999; *Zimmer*, Der nicht eingetragene Kaufmann: Ein „eingetragener Kaufmann“ i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB?, ZIP 1998, 2050.

A. Allgemeines

I. Begriff des Handelsrechts

- 1 Das Handelsrecht wird gemeinhin als **Sonderprivatrecht der Kaufleute** bezeichnet, gilt also nur für einen Ausschnitt des Privatrechtsbereichs: für die Kaufleute.¹ Es unterstützt den Wirtschaftsverkehr durch Rechtsklarheit, Publizität und erhöhten Vertrauensschutz (§§ 5, 15, 366 HGB) und zielt auf eine rasche Abwicklung der Handelsgeschäfte (z.B. § 377 HGB: unverzügliche Mängelrüge²).

¹ Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 2; Hofmann, Handelsrecht, § 1 I; MüKo-HGB/K. Schmidt, vor § 1 Rn 3.

² Vgl. etwa BGH NJW 1985, 2417, 2418; BGHZ 110, 130; BGH NJW 2016, 2645 – Rn 14.

Darüber hinaus zeichnet es sich durch eine stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten (§ 346 BGB) sowie Professionalität (insb. Entgeltlichkeit, §§ 353, 354 HGB) aus. I.Ü. wird es von der Selbstverantwortung des Handelnden geprägt (z.B. §§ 348 ff. HGB).

Das Handelsrecht ist eng mit dem bürgerlichen Recht verknüpft. Die Vorschriften des BGB kommen aber nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB oder EGHGB ein anderes bestimmt ist (Art. 2 EGHGB). So ergänzt das Handelsrecht einerseits das BGB (z.B. ergänzt das Kommissionsrecht nach §§ 383 ff. BGB das Geschäftsbesorgungsrecht der §§ 675, 662 ff. BGB) und verdrängt es andererseits (z.B. § 348 HGB verdrängt § 343 BGB, § 349 HGB verdrängt die §§ 771, 778 BGB und § 350 HGB erklärt die §§ 766 Satz 1 und 2, 780, 781 Satz 1 und 2 BGB für unanwendbar).³

Als Recht der Kaufleute ist das Handelsrecht insbesondere im Ersten und Vierten Buch des HGB, aber teilweise auch außerhalb des HGB kodifiziert. Zahlreiche Vorschriften sehen dabei unmittelbar die Kaufmannseigenschaft als Anwendungsvoraussetzung vor (z.B. §§ 17 ff., 238, 346 ff. HGB, §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO). Insoweit spricht man vom oben erwähnten Sonderprivatrecht der Kaufleute bzw. Handelsrecht im engeren Sinne. Kleingewerbetreibende sind nach § 1 Abs. 2 HGB seit dem Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998⁴ grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Handelsrechts ausgenommen. Dennoch sind verschiedene handelsrechtliche Normen doch wieder auf sie anwendbar. So verlangen die für Handelsvertreter, Handelsmakler und Kommissionäre geltenden Sonderregeln (§§ 84 Abs. 4, 93 Abs. 3, 383 Abs. 2 HGB) seit der Handelsrechtsreform vom 22.6.1998 und der Transportrechtsreform vom 25.6.1998⁵ keine Kaufmannseigenschaft mehr. Darüber hinaus wird zur Anwendbarkeit des überwiegenden transportrechtlichen Regelwerks für den Frachtführer, Spediteur und Lagerhalter nur noch die Gewerblichkeit ihrer Unternehmen vorausgesetzt, nicht dagegen deren Kaufmannseigenschaft (§§ 407 Abs. 3 S. 2, 453 Abs. 3 S. 2, 467 Abs. 3 S. 2 HGB). Insoweit kann man vom **Sonderprivatrecht der Gewerbetreibenden** oder dem Handelsrecht im weiteren Sinne sprechen.⁶

II. Subjektives System des deutschen Handelsrechts

Grundlage der **Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsrechts** kann entweder objektiv das Handelsgeschäft oder subjektiv der Kaufmannsbegriff sein. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 als Vorgängergesetz zum heutigen HGB stellte das Handelsgeschäft in den Mittelpunkt. Kaufmann war, wer ein solches Geschäft betrieb (objektives System). Das Handelsgesetzbuch von 1897 löste sich hiervon, definierte in den §§ 1 ff. HGB zunächst den Kaufmann und erklärte sodann dessen Geschäfte zu Handelsgeschäften (subjektives System). Dieses subjektive System gilt heute fort und wurde durch das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 bekräftigt.⁷ Somit entscheidet die Kaufmannseigenschaft, ob eine Handelsregistereintragung erforderlich ist (§ 29 HGB), das Firmenrecht gilt (§ 17 HGB) oder die Regeln über Geschäftsbriefe (§ 37a HGB) sowie Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten (§ 238 HGB) erfüllt sein müssen.⁸

III. Verwandte Rechtsgebiete

Im HGB finden sich neben den beschriebenen handelsrechtlichen Vorschriften zahlreiche weitere Regelungen. In den §§ 105 ff., 161 ff. und 230 ff. HGB sind die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft geregelt. Sie knüpfen im Grundsatz allesamt an das Handelsgewerbe als das sie prägende Element an. Insoweit leuchtet ihre Verortung im HGB ein. In der Rechtsanwendung und -diskussion werden sie allerdings überwiegend dem **Gesellschaftsrecht**, bisweilen auch dem Handelsrecht im weiteren Sinne, jedenfalls aber nicht dem originären Handelsrecht zugeordnet. Zum Gesellschaftsrecht zählen auch die sonstigen Handelsgesellschaften (GmbH und AG), aber auch die Genossenschaft, der Verein und die GbR.

3 Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 12.

4 BGBl. I 1998, S. 1474.

5 BGBl. I 1998, S. 1588.

6 Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 2.

7 Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 3; MüKo-HGB/K. Schmidt, vor § 1 Rn 3, 16; ders. BB 2005, 837, 840.

8 K. Schmidt, BB 2005, 837, 840.

- 6 Die Vorschriften über die Handelsbücher (§§ 238 bis 342a HGB) sind ebenfalls im HGB festgeschrieben, werden aber häufig unter dem Begriff **Bilanzrecht** als eigenständige Materie behandelt. Sie regeln zwar Sonderrechte der Kaufleute, unterfallen aber nach traditioneller Ansicht dem öffentlichen Recht und nicht dem Privatrecht.⁹ Spezifisches Handelsrecht im oben beschriebenen Sinne können sie daher nicht sein.
- 7 Kein Sonderrecht der Kaufleute ist zudem das **Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht**. Das **Börsenrecht** ist als öffentliches Recht ebenfalls kein spezifisches Handelsrecht. Gleiches gilt für das **Bankrecht**, jedenfalls für das öffentliche Bankaufsichtsrecht nach dem KWG. Das Bankvertragsrecht ist demgegenüber zwar Privatrecht, aber überwiegend bürgerliches Recht i.S.v. §§ 488 ff., 675 ff. BGB.¹⁰

B. Kaufmann kraft Gewerbebetriebs nach § 1 HGB

I. Allgemeines

- 8 Das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 hat eine grundlegende Reform des Kaufmannsrechts gebracht. Das HGB definiert den **Kaufmannsbegriff** an erster Stelle materiell über das **Betreiben eines Handelsgewerbes** (§§ 1, 105 Abs. 1 HGB). Daneben kann die Kaufmannseigenschaft auch durch formellen Eintragungsakt begründet werden. Kaufmann ist demnach auch, wer mit konstitutiver Wirkung in das Handelsregister eingetragen ist (§§ 2, 5, 105 Abs. 2 HGB) oder kraft Rechtsform mit der Registereintragung Kaufmann ist (§ 6 HGB, §§ 3 Abs. 1, 278 Abs. 3 AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 17 Abs. 2 GenG, § 1 EWIV-AusfG).

In der Praxis wird zur Bestimmung der Kaufmannseigenschaft typischerweise wie folgt vorgegangen:¹¹ Zunächst wirft man einen Blick in das Handelsregister. Ist dort ein Unternehmen eingetragen, erübrigt sich jede weitere Prüfung. Die Kaufmannseigenschaft liegt vor. Fehlt dagegen eine Handelsregistereintragung, kann ein Unternehmen nur unter den Voraussetzungen des § 1 HGB Kaufmann sein (sog. „**Istkaufmann**“). Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. **Handelsgewerbe** ist nach § 1 Abs. 2 HGB definiert als jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. § 1 HGB gibt damit das Prüfprogramm vor: Erforderlich ist ein Gewerbe. Dieses muss betrieben werden. Und zuletzt muss dieser Gewerbebetrieb in kaufmännischer Weise eingerichtet sein.

II. Begriff des Gewerbes

- 9 Im geltenden Recht gibt es keinen einheitlichen Gewerbebegriff. Das HGB selbst enthält keine gesetzliche Definition. Nach herrschender Meinung¹² ist Gewerbe jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung angelegte oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt, die nicht freiberufliche, wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit ist. Ob die Tätigkeit erlaubt sein muss, ist umstritten (vgl. Rdn 18).

1. Äußerliche Erkennbarkeit und wirtschaftliche Tätigkeit am Markt

- 10 Eine innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht, wie z.B. stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe oder das ständige Spekulieren mit Wertpapieren an der Börse, reicht allein nicht aus. Die

9 Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 5; Icking, Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, 2000, 166 ff.; MüKo-HGB/K. Schmidt, vor § 1 Rn 2; a.A. Baumbach/Hopt/Merkel, HGB, 38. Aufl. 2018, § 238 Rn 4 (in der 39. Aufl. 2020 fehlt diese Stellungnahme); ders., ZGR 2017, 460 ff.

10 Vgl. Canaris, Handelsrecht, § 1 Rn 8.

11 Siehe auch K. Schmidt, Handelsrecht, § 10 Rn 10 ff.

12 Vgl. etwa BGHZ 63, 32, 33; 66, 48, 49; 74, 273, 276; 83, 382, 386; BAG, NJW 1988, 222; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120; Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 12; Heymann/Emmerich, HGB, § 1 Rn 5; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, § 1 Rn 3 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Kindler, HGB, § 1 Rn 20 ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 17 ff.

Tätigkeit muss vielmehr nach außen in Erscheinung treten und anbietend sein.¹³ Daher betreibt eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, wenn sie nicht nach außen hin auftritt, kein Gewerbe. Sie kann aber nach den §§ 6 Abs. 1, 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB Handelsgesellschaft sein (s. hierzu unten Rdn 71).

2. Planmäßige, auf Dauer angelegte Tätigkeit

Die **Absicht des Handelnden** muss sich auf eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes richten.¹⁴ Das Gewerbe darf also nicht nur gelegentlich betrieben werden. Unschädlich sind Unterbrechungen oder der Betrieb als Nebentätigkeit.

3. Selbstständigkeit

Weitere unentbehrliche Voraussetzung eines Gewerbes ist die selbstständige Tätigkeit. Begrifflich kann man sich an die **Legaldefinition der Selbstständigkeit** in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB anlehnen. Selbstständig ist danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Die Selbstständigkeit muss hierbei rechtlich, nicht notwendigerweise wirtschaftlich sein.¹⁵

4. Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht

Die Rechtsprechung verlangte für den Gewerbebegriff, dass der Betrieb auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist.¹⁶ Es musste also die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen. Ob dies tatsächlich geschieht, ist unbeachtlich.

Problematisch ist dieses Merkmal insbesondere bei karitativen Unternehmen und öffentlichen Versorgungsunternehmen. Solche Unternehmen können unter Umständen von vornherein nicht darauf ausgerichtet sein, Gewinne zu erzielen. Sie deswegen allerdings pauschal nicht als Gewerbe einzustufen, wäre merkwürdige Folge eines restriktiven Begriffsverständnisses. Die Rechtspraxis hilft sich, um praxisgerechte Ergebnisse zu erhalten, mit der Vermutung, dass Gewinne erzielt werden.¹⁷ Diese Vermutung ist jedoch überflüssig, wenn man mit starken Stimmen zu Recht auf das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht verzichtet.¹⁸ Stattdessen wird geprüft, ob eine entgeltliche Tätigkeit am Markt gegeben ist.¹⁹ Eine solche entgeltliche Tätigkeit am Markt liegt nicht vor, wenn ein öffentlich-rechtlicher Betrieb seine Leistungen nicht in privatrechtlichen Verträgen vereinbart, sondern sich ausschließlich hoheitlicher, öffentlich-rechtlich bestimmter Handlungsformen bedient (z.B. Beiträge, Kostenersatz oder Benutzungsgebühren).²⁰ In der Praxis kann die Frage nach der Gewerbe-eigenschaft aber häufig dahinstehen, wenn die kommunalen Versorgungsbetriebe in der Rechtsform der AG oder GmbH geführt werden. Prominentes Beispiel ist die Deutsche Bahn AG.

5. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit

Nach ihren historisch gewachsenen Berufsbildern und der Verkehrsanschauung betreiben die freien Berufe, Wissenschaftler und Künstler kein Gewerbe. Eine Definition der freien Berufe ist aus § 1 Abs. 2 PartGG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG bekannt. Dieser aus dem Steuerrecht herrührende Katalog

13 Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 4, 7; K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 26 ff.

14 RGZ 74, 150; Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 13.

15 Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 1 Rn 25; Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 14.

16 BGHZ 33, 325; 36, 276; 49, 260; 53, 223; 57, 199; 66, 49; 83, 386; 95, 157; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120.

17 K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 39.

18 Vgl. OLG Brandenburg, NZG 2020, 423, 424, Rn 14; Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 3, 14; Heymann/Emmerich, HGB, § 1 Rn 125; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, § 1 Rn 10; Ebenroth/Boujong/Joost/Kindler, HGB, § 1 Rn 27; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 1 Rn 50; Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 15 ff.; Treber, AcP 199 (1999), 525, 567; K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 37 ff.

19 OLG Dresden, NZG 2003, 124, 126; OLG Brandenburg, NZG 2020, 423, 424, Rn 14; Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 3; Treber, AcP 199 (1999), 525, 567; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 3 Rn 31.

20 OLG Brandenburg, NZG 2020, 423, 424, Rn 16 (zur Frage, ob ein kommunaler Zweckverband, der einen Wasserversorgungs- und Abwasserbetrieb unterhält, ein Gewerbe betreibt).

gilt allerdings nicht für den handelsrechtlichen Gewerbebegriff. So sind etwa Ingenieure, insbesondere aus dem EDV-Bereich, Angehörige der freien Berufe im Sinne der § 1 Abs. 2 PartGG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, können aber dennoch ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne betreiben.²¹ Die Abgrenzung ist im Einzelfall nicht immer leicht. An einigen Stellen hilft jedoch das Gesetz. Bestimmten freien Berufen wird ausdrücklich die Gewerbeeigenschaft abgesprochen.

Beispiele

Rechtsanwälte (§ 2 Abs. 2 BRAO),²² Patentanwälte (§ 2 Abs. 2 PAO), Notare (§ 2 Satz 3 BNotO), Wirtschaftsprüfer (§ 1 Abs. 2 WPO),²³ Steuerberater (§ 32 Abs. 2 StBerG),²⁴ Architekten,²⁵ Ärzte (§ 1 Abs. 2 BÄO),²⁶ Zahnärzte (§ 1 Abs. 4 ZHG), Tierärzte, öffentlich bestellte Vermessungsingenieure.²⁷

- 15** Keine Freiberufler sind dagegen z.B. Apotheker,²⁸ Heilpraktiker,²⁹ Krankengymnasten, Masseure, Treuhänder, Werbeberater, Softwareentwickler³⁰ oder Fahrlehrer.

Bei **gemischten Betrieben**, die teils freiberuflich, teils gewerblich geführt werden, z.B. Arztpraxis mit angeschlossenem Kurbetrieb, kommt es auf das Gesamtbild an. Je nachdem können auch Freiberufler Gewerbetreibende i.S.d. § 1 HGB sein. Hier ist vieles umstritten. Privatschulen werden teilweise als Gewerbe eingeordnet.³¹ Ebenso sollen Krankenhäuser gewerblich tätig sein.³²

6. Erlaubtsein der Tätigkeit

- 16** Für die Bestimmung des Gewerbebegriffs ist es **unbeachtlich, ob die gewerbliche Tätigkeit öffentlich-rechtlich erlaubt** ist.³³ Ein Gewerbe kann nach § 7 HGB auch vorliegen, wenn dessen Ausübung nicht öffentlich-rechtlich erlaubt ist. Zweck des § 7 HGB ist die Erleichterung des kaufmännischen Verkehrs durch Trennung des Handelsrechts von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, namentlich dem Gewerberecht, und die damit verbundene Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Anwendbarkeit des HGB.³⁴ § 7 HGB beschränkt zugleich die Prüfungskompetenz des Registergerichts. Durch die Trennung von Fragen der gewerberechtlichen Zulässigkeit soll das Eintragungsverfahren erleichtert und Rechtssicherheit geschaffen werden, indem die Eintragung nur von den handelsrechtlichen Vorgaben der §§ 1 ff. HGB abhängig gemacht wird.³⁵ Das Prüfungsrecht liegt allein bei den zuständigen Behörden, wie z.B. der Gewerbeaufsicht oder der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Sie haben den Betrieb nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu untersagen. Mit der daraus resultierenden Betriebseinstellung verliert das Unternehmen seinen Gewerbecharakter – allerdings nicht wegen der öffentlich-rechtlichen Gewerbeuntersagung als solcher, sondern da die handelsrechtlichen Vorschriften der §§ 1 ff. HGB nicht mehr erfüllt sind.

Hinweis

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)³⁶ wurden § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG und § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG ersatzlos gestrichen. Damit ist für AG und GmbH mit einem genehmigungsbedürftigen Unternehmensgegenstand die

21 BayObLG NZG 2002, 718, 719; vgl. auch K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 23.

22 BGHZ 72, 287; s.a. BGH, 18.7.2011 – AnwZ (Brfg) 18/10; AGH Bayern, 15.11.2010 – I – 1/10.

23 BGHZ 94, 69.

24 BGHZ 72, 324; s.a. OVG Nordrhein-Westfalen, StBW 2012, 330.

25 BGH, WM 1979, 559; s.a. OLG Brandenburg v. 16.2.2011 – 4 U 79/10; OLG Düsseldorf v. 28.10.2016 – 22 U 84/16.

26 BGHZ 33, 325; 86, 320; OLG Nürnberg, NJW 1973, 1414.

27 BGHZ 97, 245.

28 BGH, NJW 1983, 2086.

29 LG Tübingen, NJW 1983, 2093.

30 Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 19; a.A. Maier, NJW 1986, 1909.

31 K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 24; a.A. Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 11.

32 OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120; a.A. Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 11.

33 BGH, NZG 2017, 1226; KG, NJW 1958, 1828; OLG Celle, BB 1972, 145; OLG Braunschweig, Rpfleger 1977, 363; OLG Frankfurt am Main, BB 1984, 13; NZG 2019, 346; Baumbach/Hopt, HGB, § 7 Rn 3.

34 BGH NZG 2017, 1226, 1227, Rn 8; s.a. OLG Frankfurt am Main, NZG 2019, 346, 347.

35 BGH, NZG 2017, 1226, 1227, Rn 9.

36 BGBl. I 2008, S. 2026.

Erteilung der Genehmigung nicht mehr Eintragungsvoraussetzung und vom Registergericht nicht zu überprüfen. Ebenso wenig darf der Registerrichter eine Amtslöschung des Unternehmensgegenstandes einer GmbH nach §§ 395, 393 FamFG vornehmen, wenn die Ausübung des konkret ausgeübten Gewerbes rechtskräftig untersagt wurde.³⁷

Nach einer teilweise vertretenen Ansicht soll eine Eintragung in das Handelsregister ausnahmsweise ausgeschlossen sein, wenn unzweifelhaft feststeht, dass ein **evidentes und unbehebbares rechtliches Hindernis** der Ausübung des Gewerbes entgegensteht.³⁸ Diese Ansicht hat der BGH zu Recht abgelehnt.³⁹ Solche ungeschriebenen Ausnahmen widersprechen dem Zweck des § 7 HGB für Rechtssicherheit und -klarheit zu sorgen.⁴⁰

Anders könnte man entscheiden bei Unternehmen, deren sämtliche Geschäfte verboten und nach **§ 134 BGB nichtig oder nach § 138 BGB sittenwidrig** sind (z.B. Drogen- oder Waffenhandel, gewerbsmäßiger Schmuggel, Hehlerei oder Wucher). Es leuchtet ein, dass solche Unternehmungen nicht in das Handelsregister eingetragen werden sollten.⁴¹ Der BGH hat gleichwohl die Frage der Eintragungsfähigkeit bislang offengelassen.⁴² Ungeachtet der registerrechtlichen Handhabung ist unklar, ob solche Unternehmen ein Gewerbe betreiben. Teilweise wird das verneint.⁴³ So soll etwa ein Ehevermittler wegen der Unklagbarkeit seiner Forderung (§ 656 BGB) kein Gewerbe betreiben.⁴⁴ Einleuchtend ist diese Restriktion nicht, denn der Gewerbebegriff ist nicht dazu da „Gut und Böse“ zu trennen.⁴⁵ Zudem ist nicht ersichtlich, wieso solche Unternehmen nicht den strengeren handelsrechtlichen Vorschriften unterfallen sollen.⁴⁶

III. Betreiben eines Gewerbes

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe *betreibt*. Dieses Tatbestandsmerkmal entscheidet, in welcher Person die Kaufmannseigenschaft bejaht wird. Das Gewerbe betreibt die natürliche oder juristische Person, in deren Namen das Handelsgewerbe ausgeübt wird.⁴⁷ Ohne Bedeutung ist, für wessen Rechnung die Verträge abgeschlossen werden bzw. wem die Betriebsmittel gehören. Kaufmann ist daher auch der Kommissionär (§ 383 HGB). Gleiches gilt für den Strohmann,⁴⁸ Pächter⁴⁹ oder Nießbraucher.⁵⁰

Keine Kaufleute sind demgegenüber Personen, die Geschäfte in fremdem Namen abschließen. Danach fehlt die Kaufmannseigenschaft sorgeberechtigten Eltern und Organmitgliedern (Vorstand einer AG, Geschäftsführer einer GmbH).⁵¹ In diesen Fällen ist der Vertretene (der Minderjährige, die AG, die GmbH) der Kaufmann.⁵²

37 OLG Frankfurt am Main, NZG 2019, 346; a.A. OLG Düsseldorf, NZG 2013, 1183.

38 OLG Düsseldorf, BB 1985, 1933; OLG Hamm, BB 1985, 1415; OLG Karlsruhe, GesR 2016, 325.

39 BGH, NZG 2017, 1226, 1228, Rn 24; s.a. OLG Frankfurt am Main, BB 1984, 14; Baumbach/Hopt, HGB, § 7 Rn 6; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 7 Rn 4.

40 BGH, NZG 2017, 1226, 1228, Rn 24.

41 Baumbach/Hopt, HGB, § 7 Rn 2; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 7 Rn 3.

42 BGH, NZG 2017, 1226, 1228, Rn 19.

43 HK/Ruß, HGB, § 1 Rn 38; Ensthaler/Nickel, GK-HGB, § 1 Rn 9; Brox, Handels- und Wertpapierrecht, Rn 21.

44 Zu § 2 HGB a.F. OLG Frankfurt am Main, NJW 1955, 716; BayObLG NJW 1972, 1327.

45 K. Schmidt, Handelsrecht, § 9 Rn 32; s.a. Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 21.

46 Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 13.

47 Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 30; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666, 1668; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 1 Rn 73.

48 Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 1 Rn 79.

49 OLG Köln, NJW 1963, 541; BayObLGZ 78, 6.

50 Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 30.

51 Für die Auslegung des HGB spielt es keine Rolle, dass die Tätigkeit eines Geschäftsführers einer GmbH nach der neueren Rspr. des BFH, BB 2005, 1206 als selbstständig i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG zu beurteilen sein kann.

52 Zu den Kapitalgesellschaften s. BGH, NJW-RR 1987, 42; NJW-RR 1991, 757; BGHZ 121, 224, 228.

Ebenso wenig ist Kaufmann, wer als Verwalter fremden Vermögens auftritt, wie etwa der Insolvenzverwalter.⁵³ Er tritt zwar aufgrund der Amtstheorie im eigenen Namen auf, allerdings nur mit Wirkung für und gegen die Masse. Gewerbetreibender ist nach wie vor der Gemeinschuldner.⁵⁴

- 20** Bei Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) ist zu unterscheiden. Die **Kommanditisten einer KG** haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur beschränkt (§ 171 Abs. 1 HGB). Sie sind daher nach ganz herrschender Ansicht keine Kaufleute.⁵⁵ Hinsichtlich der Gesellschafter einer OHG und der Komplementäre einer KG nahm die früher überwiegend vertretene Ansicht an, dass die Personengesellschaft nicht selbst Rechtssubjekt sei. Die Gesellschafter hätten daher als Unternehmensträger das Handelsgewerbe betrieben.⁵⁶ Die heute vorherrschende Auffassung geht demgegenüber von der **Rechtsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaften** aus, so dass auch diese selbst das Handelsgewerbe betreiben.⁵⁷ Die für Kaufleute geltenden Vorschriften werden aber – zumindest teilweise – auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechend angewandt.⁵⁸

IV. In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb

- 21** Die Frage, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, entscheidet sich nach § 1 Abs. 2 HGB danach, ob das Unternehmen nach Art und Weise einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb **erfordert**. Der kaufmännisch eingerichtete Geschäftsbetrieb muss nur erforderlich, nicht tatsächlich vorhanden sein. Im Interesse des Rechtsverkehrs enthält § 1 Abs. 2 Hs. 2 HGB die widerlegliche Vermutung („es sei denn“), dass jeder Gewerbetreibende Kaufmann ist. Die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvorliegen eines Handelsgewerbes trägt, wer sich auf das Vorliegen eines Kleingewerbes berufen will.
- 22** Das Vorliegen eines kaufmännischen Gewerbebetriebes richtet sich nach **Art und Umfang** des Geschäftsbetriebes. Der Gesetzestext spricht von „Art oder Umfang“, was allerdings nur an der negativen Formulierung („es sei denn“) liegt. Bedeutendes Kriterium ist der Umsatz des Gewerbebetriebes, auch wenn er nicht alleine maßgeblich sein kann.⁵⁹ Entscheidend ist – unter besonderer Berücksichtigung des Umsatzes – stets die Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Betrieb.⁶⁰ Häufig kann dabei darauf abgestellt werden, ob die Geschäftsvorgänge so komplex sind, dass eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist. Nur gleichförmige Geschäfte erfordern keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb.⁶¹ Kriterien für die Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes und das Gesamtbild können sein, ohne dass sie sämtlich vorliegen müssen: Vielfalt des Geschäftsgegenstandes, Schwierigkeitsgrad der Geschäftsvorgänge, Inanspruchnahme von Kredit- und Teilzahlungen, Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr, Bilanzierung, Umfang der Geschäftskorrespondenz, Umsatz, Anlage- und Kapitalvermögen, Anzahl der Betriebsstätten, Anzahl der Beschäftigten, Lohnsumme und Kundenstamm.

V. Beginn der Kaufmannseigenschaft und Rechtsfolgen

- 23** Der Beginn der Kaufmannseigenschaft hängt im Fall des § 1 Abs. 2 HGB von dem Beginn der gewerblichen Tätigkeit ab. **Planung einschließlich Gründung einer Handelsgesellschaft** durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages rechtfertigen noch keinen Beginn. Entscheidend ist die

53 OLG Zweibrücken, NZI 2019, 54; BGH NJW 1987, 1940 – zum Konkursverwalter.

54 Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 19.

55 BGH, NJW 1980, 1572, 1574; NJW 1982, 569, 570; Canaris, Handelsrecht, § 2 Rn 21; K. Schmidt, ZIP 1986, 1510, 1515; a.A. Ballerstedt, JuS 1963, 253, 259.

56 Vgl. etwa BGHZ 34, 293, 296 ff.; Ballerstedt, JuS 1963, 253, 259.

57 Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 49; K. Schmidt, ZIP 1986, 1510, 1515; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 1 Rn 67; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 1 Rn 4.

58 Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn 19 ff.; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666, 1668; Weyer, WM 2005, 490, 497.

59 OLG Celle, DB 1983, 659; Kort, DB 2019, 771.

60 BGH, BB 1960, 917; BGH, BB 2015, 2177; BayObLG, NJW 1985, 982, 983; OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 420; OLG Dresden, NJW-RR 2002, 33; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120; OLG Köln, GWR 2014, 460; FG Berlin-Brandenburg, BB 2012, 1788; LG Münster, IBR 2015, 455; LG Neubrandenburg v. 30.6.2015 – 4 O 55/15; LAG Düsseldorf, BB 2016, 1140; Kaiser, JZ 1999, 495; Kögel, DB 1998, 1802; Kort, DB 2019, 771.

61 OLG Celle, NJW 1963, 540; Rpfleger 1981, 114; vgl. LG Bonn, 16.4.2015 – 18 O 433/10.

Aufnahme von Vorbereitungsgeschäften im Außenverhältnis oder eine entsprechende Mitteilung an Dritte.⁶² Ausreichend sind die Anmietung von Geschäftsräumen, Einstellung von Personal, Eröffnung eines Bankkontos oder der Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages.⁶³

Ein Kaufmann kraft Gewerbebetriebs i.S.d. § 1 HGB unterliegt in vollem Umfang dem Handelsrecht. Er ist gem. § 29 HGB verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Eintragung wirkt nur **deklaratorisch**. Außerdem unterliegt er dem Registerzwang nach § 14 HGB. Die fehlende Eintragung kann nach § 14 HGB, §§ 388 ff. FamFG erzwungen werden. Die Anmeldung bedarf gem. § 12 Abs. 1 HGB der öffentlichen Beglaubigung; sie ist elektronisch beim Handelsregister einzureichen.



Muster 1.1: Handelsregisteranmeldung der Neuaufnahme eines Gewerbebetriebes

UR-Nr. _____/20 _____

Amtsgericht _____

– Handelsregister –

Neuanmeldung eines Einzelkaufmanns unter der Firma „_____ e.K.“ mit Sitz in _____

Ich, Herr/Frau _____, geb. am _____, wohnhaft in _____, betreibe unter der Firma _____ e.K.

ein Handelsgewerbe.

Gegenstand des Geschäfts ist _____

Sitz: _____

Die inländische Geschäftsanschrift lautet: _____. Dies ist auch die Lage der Geschäftsräume.

_____, den _____

Vorstehende, vor mir vollzogene Unterschrift von

Herrn/Frau _____,

geb. am _____,

wohnhaft in _____,

– ausgewiesen durch gültigen deutschen Personalausweis –

wird hiermit beglaubigt.

_____, den _____

(Notar)



Hinweis

Für die Erstanmeldung eines Einzelunternehmens beträgt der Geschäftswert gem. § 105 Abs. 2, 3 Nr. 1 GNotKG immer 30.000,00 EUR. Fertigt der Notar den Entwurf an, entsteht eine Gebühr von 0,5 nach KV 21201 Nr. 5, 24102 GNotKG. Zusätzlich ist eine XML-Gebühr von 0,3 aus 30.000,00 EUR zu erheben (KV 22114).

VI. Ende der Kaufmannseigenschaft

1. Einstellung der gewerblichen Tätigkeit

Ebenso wie der Beginn der Kaufmannseigenschaft wird die Beendigung des Handelsgewerbes nicht durch die Eintragung im Handelsregister (Löschung) ausgelöst. Entscheidend ist vielmehr die **tatsächliche Betriebsaufgabe** oder **Umstellung** auf eine Tätigkeit, die kein Gewerbe ist.⁶⁴ Mit der endgültigen Einstellung des Gewerbebetriebes erlischt die Firma kraft Gesetzes. Die Löschung im Register ist nicht Erfordernis des Erlöschens. Das **Erlöschen der Firma** ist aber gem. § 31 Abs. 2 Satz 1 HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

⁶² Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 51.

⁶³ BGH, NJW 1996, 3217.

⁶⁴ Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn 51.

24

25

26

1.2

▼
Muster 1.2: Handelsregisteranmeldung des Erlöschens der Firma (Geschäftsaufgabe)

27

UR-Nr. _____/20

Amtsgericht _____

– Handelsregister –

Zum Handelsregister des Amtsgerichts _____, HR A _____

„_____“ mit dem Sitz in _____

Ich melde zur Eintragung in das Handelsregister an:

Die Firma ist erloschen.

Das unter dieser Firma bisher betriebene Geschäft wurde aufgegeben.

_____, den _____

(Anm.: Beglaubigungsvermerk wie unter Rdn 25)

**Hinweis**

Die Anmeldung des Erlöschens der Firma ist eine spätere Anmeldung i.S.d. § 105 Abs. 4 GNotKG. Für diese beträgt der Geschäftswert gem. § 105 Abs. 4 Nr. 4 GNotKG 30.000,00 EUR. Bei Fertigung des Entwurfs durch den Notar, fällt eine Gebühr von 0,5 nach KV 21201 Nr. 5, 24102 GNotKG und die XML-Gebühr (KV 22114) an.

2. Herabsinken auf kleingewerbliches Niveau

28

Fällt ein Kaufmann i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB später auf ein kleingewerbliches Niveau zurück, war zuvor aber nicht im Handelsregister eingetragen, so entfällt ohne weiteres seine Kaufmannseigenschaft.⁶⁵ Zu differenzieren ist, wenn der Kaufmann aufgrund der Anmeldung seiner Firma nach §§ 29, 1 Abs. 2 HGB im Handelsregister eingetragen ist. Er kann entweder das Erlöschen seiner Firma anmelden (a)) oder seine Eintragung bestehen lassen (b)).

a) Erlöschen der Firma

29

Sofern der Kaufmann im Handelsregister auf Grundlage seiner Eintragungspflicht nach §§ 29, 1 HGB eingetragen war, kann er das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anmelden, wenn er auf das kleingewerbliche Niveau zurückgefallen ist. Mit der Löschung verliert er seine Kaufmannseigenschaft (§ 2 S. 3 HGB analog).

1.3

30

▼
Muster 1.3: Handelsregisteranmeldung des Erlöschens der Firma (Herabsinken auf kleingewerbliches Niveau)

UR-Nr. _____/20

Amtsgericht _____

– Handelsregister –

Zum Handelsregister des Amtsgerichts _____, HR A _____

„_____“ mit dem Sitz in _____

Ich melde zur Eintragung in das Handelsregister an:

Die Firma ist erloschen.

Der Geschäftsbetrieb erfordert nach Art und Umfang keine kaufmännische Einrichtung mehr.

_____, den _____

(Anm.: Beglaubigungsvermerk wie Rdn 25)



⁶⁵ Oetker/Körber, HGB, § 2 Rn 22.

Hinweis

Gem. § 35 HRV kann auf Antrag des Inhabers des Gewerbebetriebes der Grund der Löschung (Nichterfordernis eines nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes) in der Bekanntmachung angegeben werden.

b) Bestehenlassen der Eintragung

Von der Anmeldung des Erlöschens der Firma kann der Unternehmer aber auch absehen und in Ausübung der **Eintragungsoption nach § 2 HGB** die Firma bestehen lassen.⁶⁶ Er muss seine Wahl durch einen materiell-rechtlichen Antrag zum Ausdruck bringen. Denn in einer auf §§ 29, 1 HGB gestützten Erklärung liegt grundsätzlich kein gleichzeitiger Antrag nach § 2 HGB.⁶⁷ Die Tatbestände sind strukturverschieden. §§ 29, 1 HGB ist eine Pflichtanmeldung, § 2 verkörpert dagegen ein freiwilliges Wahlrecht. Stellt der Gewerbetreibende den materiellen Antrag nicht, wird das Registergericht das Lösungsverfahren einleiten. Widerspricht der Unternehmer der Amtslöschung, ist hierin eine Ausübung seiner Option zu sehen.⁶⁸ Er ist dann Kaufmann kraft Eintragung gem. § 2 HGB. Solange der Unternehmer im Handelsregister ohne Ausübung der Option eingetragen ist, beruht seine Kaufmannseigenschaft nach herrschender Meinung zumindest auf § 5 HGB.⁶⁹

Sofern das Registergericht über die nachträgliche Ausübung des Wahlrechts nach § 2 HGB informiert werden soll, könnte man einen Antrag an das Registergericht auf Bestehenlassen der Eintragung stellen. Hierin ist ein formaler Antrag nach § 12 HGB zu sehen. Es wird zwar keine Anmeldung „zur Eintragung“ erklärt, wohl aber eine Anmeldung zum Bestehenlassen einer erfolgten Eintragung, die in der Sache nicht anders behandelt werden sollte. Ein Muster könnte wie folgt aussehen:

31

**Muster 1.4: Antrag an das Handelsregister auf Bestehenlassen der Eintragung**

UR-Nr. []/20

Amtsgericht []

– Handelsregister –

Zum Handelsregister des Amtsgerichts [], HR A []

„[]“ mit dem Sitz in []

Im Handelsregister ist die Firma [] e.K. eingetragen. Der Geschäftsbetrieb erfordert nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb mehr.

Ich beantrage, die vorgenannte Firma gleichwohl im Handelsregister eingetragen zu lassen.

Die inländische Geschäftsanschrift lautet: []. Dies ist auch die Lage der Geschäftsräume.

[], den []

(Anm.: Beglaubigungsvermerk wie unter Rdn 25)



32

C. Kaufmannseigenschaft von Kleingewerbetreibenden nach § 2 HGB**I. Erwerb der Kaufmannseigenschaft**

Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, gilt gem. § 2 Satz 1 HGB als Handelsgewerbe, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 HGB beschränkt sich auf Kleingewerbetreibende. Es gibt für die Anwendbarkeit des § 2 HGB dabei keine Untergrenze. Auch Kleinstbetriebe können daher Kaufmann werden. Sie können sich freiwillig (§ 2 S. 2 HGB) in das Handelsregister eintragen lassen und sind dann Kaufleute.

33

⁶⁶ Baumbach/Hopt, HGB, § 2 Rn 6; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 2 Rn 13.

⁶⁷ Canaris, Handelsrecht, § 3 Rn 21 f.; a.A. K. Schmidt, Handelsrecht, § 10 Rn 62.

⁶⁸ Röhrich/v. Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, § 2 Rn 13; Lieb, NJW 1999, 36; R. Schmitt, WiB 1997, 1117 sieht im bloßen Unterlassen eines Lösungsantrages die Ausübung der Option.

⁶⁹ Baumbach/Hopt, HGB, § 2 Rn 6; Canaris, Handelsrecht, § 3 Rn 22; Oetker, Handelsrecht, § 2 Rn 31 ff.; Lieb, NJW 1999, 36; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, § 1 Rn 25; a.A. MüKo-HGB/K. Schmidt, § 1 Rn 84.