

ANNE SPRINGOB

Der verbraucherrechtliche Unternehmerbegriff

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

353

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

353

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Anne Springob

Der verbraucherrechtliche Unternehmerbegriff

Seine Übertragung auf das deutsche HGB nach
Vorbild der UGB-Reform in Österreich

Mohr Siebeck

Anne Springob, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Münster und der Universität de Barcelona; LL.M.-Studium (Global Business Law), La Trobe University, Melbourne; Referendariat OLG Düsseldorf (Stammdienststelle Düsseldorf); 2012 zweites Staatsexamen JPA Düsseldorf; 2015 Promotion; derzeit als Rechtsanwältin in Düsseldorf tätig.

Zugl.: Köln, Univ., Diss. 2015

e-ISBN PDF 978-3-16-154150-6

ISBN 978-3-16-154104-9

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2014 vom rechtswissenschaftlichen Fachbereich der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Oktober 2014 berücksichtigt.

Herzlichen Dank möchte ich meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald aussprechen, die mich nicht nur bei der Auswahl des Themas unterstützt hat, sondern deren Anregungen auch während der Erstellung der Arbeit stets hilfreich waren. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Joachim Hennrichs für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Für die Durchsicht der Arbeit und die gemeinsamen Studienreisen nach Wien, die maßgeblich zum Fortschritt dieser Arbeit beitrugen, bedanke ich mich außerdem bei Frau Anna Vorspohl.

Ganz besonders dankbar bin ich schließlich meinen Eltern, nicht nur für ihre Anmerkungen für den Feinschliff der Arbeit, sondern auch für ihre ansonsten in jeglicher Hinsicht gewährte Unterstützung.

Düsseldorf im Oktober 2015

Anne Springob

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Systematik und Aufbau des HGB	3
III. Lösungsansätze zur Weiterentwicklung des Handelsrechts	5
IV. Keine unklare Reichweite des Unternehmerbegriffs	15
V. Gang der Bearbeitung	20
B. Rechtslage in Deutschland	21
I. Kaufmannsbegriff im HGB	21
II. Anwendungsbereich deutscher Personengesellschaften	50
III. Unternehmerbegriff im Verbraucherrecht	64
C. Rechtslage in Österreich	79
I. Begriffe und Anwendungsbereich des UGB sowie Folgen der Reform für das frühere österreichische Handels- bzw. Unternehmensrecht	79
II. Anwendungsbereiche der österreichischen Personengesellschaften sowie Auswirkungen der UGB-Reform auf das Personengesellschaftsrecht	115
III. Der Unternehmerbegriff im österreichischen Verbraucherrecht	142
D. Übertragbarkeit dank vergleichbarer Ausgangsrechtslage	154
I. Vergleichbarkeit der betreffenden Rechtssysteme	154
II. Vergleich der Begrifflichkeiten im Verbraucherrecht und im Handels-/Unternehmensgesetzbuch in Deutschland und Österreich	157
III. Abstimmung von Verbraucherrecht und Unternehmensrecht in Österreich	159
IV. Vergleich der Personengesellschaftssysteme	162

V.	Übertragbarkeit der österreichischen Anpassungen auf die deutsche Rechtslage	162
E.	Gründe für die wesentliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des HGB	166
I.	Keine für die Nichtanwendung des HGB ausreichenden Unterschiede zwischen Freiberuflern, Land- und Forstwirten und (anderen) Gewerbetreibenden	166
II.	Weitere rechtspolitische Gründe für die Erweiterung des Anwendungsbereichs	190
III.	Keine Nachteile durch Einbeziehung	204
F.	Auswirkungen der Übertragung des Unternehmerbegriffs nach § 14 BGB auf die neuen Adressaten	214
I.	Grundsätzlich einzubeziehende Unternehmer	214
II.	Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Ersten Buchs	215
III.	Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Zweiten Buchs des HGB	229
IV.	Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Dritten Buchs des HGB	235
V.	Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Vierten Buchs	246
VI.	Folgeanpassungen	266
G.	Abschließende Zusammenfassung	270
H.	Fazit	273
	Literaturverzeichnis	277
	Sachverzeichnis	295

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Systematik und Aufbau des HGB	3
III. Lösungsansätze zur Weiterentwicklung des Handelsrechts	5
1. Analoge Anwendung der HGB-Vorschriften	5
2. Berufsrechtlicher Ansatz	7
3. Hinwendung zum HGB als Teil des Außenprivatrechts für Unternehmen	8
4. Grundlegende Umstrukturierung des Handels- bzw. Unternehmensrechts	11
5. Der österreichische Lösungsansatz	14
IV. Keine unklare Reichweite des Unternehmerbegriffs	15
1. Verschiedene Unternehmerbegriffe	16
2. Anlehnung an den verbraucherrechtlichen Unternehmerbegriff beugt mangelnder Konkretisierung vor	17
V. Gang der Bearbeitung	20
B. Rechtslage in Deutschland	21
I. Kaufmannsbegriff im HGB	21
1. Grundlagen	21
2. Istkaufleute	22
a) Gewerbebegriff des HGB	22
aa) Auf Dauer angelegte Tätigkeit	22
bb) Selbständige wirtschaftliche Tätigkeit auf einem Markt	23
cc) Gewinnerzielungsabsicht / Entgeltlichkeit	23
dd) Erlaubtheit / keine Sittenwidrigkeit	24

e) Keine freiberufliche Tätigkeit	25
b) Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	29
c) Betreiben eines Gewerbes	30
d) Stellungnahme zur Anknüpfung an den Kaufmanns- und insbesondere an den Handelsgewerbebegriff	31
aa) Unklare Definition eines Handelsgewerbes	32
bb) Keine bestehende Defizite ausreichend auffangende Beweis- lastumkehr	34
e) Ausgewählte Sonderfälle	35
aa) Gewerblichkeit von Existenzgründern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts	35
bb) Gewerblichkeit eigener Vermögensverwaltung	36
cc) Gewerblichkeit gemeinnütziger Organisationen	37
dd) Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern / Leitungsorganen	38
3. Kannkaufleute	39
a) Allgemeines	39
b) Stellungnahme zur Behandlung von Kannkaufleuten	40
aa) Vorteile freiwilliger Eintragung und Löschung von Kleingewerbetreibenden	40
bb) Inkonsequente Systematik bezüglich bestimmter Geschäfte	42
4. Behandlung von Land- und Forstwirten	43
5. Kaufmann kraft Eintragung	46
6. Handelsgesellschaften und Formkaufleute	49
II. Anwendungsbereich deutscher Personengesellschaften	50
1. Gesellschaften bürgerlichen Rechts	50
2. Offene Handelsgesellschaften	51
3. Kommanditgesellschaften	52
4. Partnerschaftsgesellschaften	52
a) Grundlagen der PartG	52
b) Allgemeines	53
5. Vergleich der deutschen Personengesellschaften	55
6. Stellungnahme zum heutigen Personengesellschaftssystem	58
a) Zweifelhafte Abgrenzung von und zwischen OHG und PartG, insbesondere Kritikwürdigkeit des Katalogs freier Berufe im PartGG	59
b) Unbegründete privilegierende Haftungsbeschränkung von PartG	61
c) Zum Teil überflüssige, zum Teil systematisch besser ins Berufsrecht passende Vorschriften im PartGG	63
III. Unternehmerbegriff im Verbraucherrecht	64
1. Grundlagen zum Verbraucherrecht	65
a) Gründe für den Verbraucherschutz	65
b) Situative, typisierende Betrachtung	65
c) Entwicklung des deutschen Verbraucherrechts	66

2. Auslegung der aktuellen deutschen Vorschriften	67
a) Auslegung des Unternehmerbegriffs	67
aa) Mögliche Unternehmer	67
(1) Existenzgründer und juristische Personen des öffentlichen Rechts	67
(2) Eigene Vermögensverwaltung, insbesondere Vermietung oder Verpachtung	68
(3) Gemeinnützige Organisationen	69
(4) Leitungsorgane / Gesellschafter	69
(5) Verkäufer bei Internetauktionen	71
(6) Rechtsscheintatbestände	72
bb) Ausübung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit	72
cc) Relevanter Zeitpunkt: Bei Abschluss des Geschäfts	73
dd) Beurteilungsmaßstab und Beweislast	74
b) Auslegung des Verbraucherbegriffs	76
aa) Verbrauchereigenschaft von GbR mit privater Zweckrichtung	76
bb) Verbrauchereigenschaft von juristischen Personen mit gemeinnützigem Zweck / Idealvereinen	77
 C. Rechtslage in Österreich	 79
 I. Begriffe und Anwendungsbereich des UGB sowie Folgen der Reform für das frühere österreichische Handels- bzw. Unternehmensrecht	 79
1. Anwendungsbereich des öHGB vor der UGB-Reform	79
a) Definition und Auslegung des Kaufmannsbegriffs im öHGB	79
aa) Mußkaufleute	80
bb) Sollkaufleute	81
cc) Minderkaufleute	81
dd) Kaufleute kraft Eintragung	82
ee) Formkaufleute	82
b) Behandlung der freien Berufe und Land- und Forstwirte	82
c) Kritik am damaligen Kaufmannsbegriff	83
2. Heutiger Anwendungsbereich des österreichischen UGB	85
a) Grundlagen zur UGB-Reform	85
b) Gründe für die Erweiterung des Anwendungsbereichs	86
c) Definition und Auslegung der Begriffe und des Anwendungs- bereichs des UGB nach §§ 1 bis 5	87
aa) Unternehmer	87
(1) Betreiben eines Unternehmens	87
(a) Auf Dauer angelegte Organisation	88
(b) Selbständige wirtschaftliche Tätigkeit auf einem Markt	89

(c) Kein Erfordernis einer Gewinnerzielungsabsicht . . .	89
(d) Kein Erfordernis einer Mindestgröße	90
(2) Sonderfälle Freiberufler und Land- und Forstwirte	91
(3) Weitere ausgewählte Sonderfälle	91
(a) Unternehmereigenschaft von Existenzgründern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts . .	91
(b) Unternehmereigenschaft der Verwaltung eigenen Vermögens	92
(c) Unternehmensfähigkeit von Rechtsträgern ohne Gewinnerzielungsabsicht, insbesondere gemein- nützigen Einrichtungen	92
(d) Unternehmereigenschaft von Leitungsorganen / Gesellschaftern	94
bb) Unternehmer kraft Rechtsform	95
cc) Unternehmer kraft Eintragung	95
3. Auswirkungen der Änderung des Anwendungsbereichs des öHGB .	96
a) Auswirkungen auf frühere Adressaten des öHGB	97
b) Auswirkungen auf Freiberufler	99
c) Auswirkungen auf Land- und Forstwirte	100
d) Auswirkungen auf nichtgewerbliche bzw. gewerbliche Kleinunternehmer außerhalb des Grundhandelsgewerbe- katalogs des § 1 Abs. 2 öHGB	101
e) Auswirkungen auf Sonderfälle, insbesondere Existenzgründer und juristische Personen des öffentlichen Rechts	101
f) Zusammenfassende Tabelle	102
4. Stellungnahme zum neuen Anwendungsbereich des UGB	103
a) Sachgerechte Anknüpfung an den Unternehmensbegriff	103
b) Zu befürwortende Abschaffung des Erfordernisses einer Gewinnerzielungsabsicht	105
c) Vom Ansatz her gerechtfertigte, aber inkonsequente Einbeziehung von Freiberuflern und Land- und Forstwirten	106
d) Sachgerechte Einbeziehung von Kleinunternehmern	111
e) Nachvollziehbare Lösung für Existenzgründer und juristische Personen öffentlichen Rechts	112
f) Sachgerechte Einbeziehung von gemeinnützigen Vereinigungen und Einzelfallbetrachtung bei der Verwaltung eigenen Vermögens	113
g) Sonstiges	114
II. Anwendungsbereiche der österreichischen Personengesellschaften sowie Auswirkungen der UGB-Reform auf das Personengesellschaftsrecht	115
1. Das österreichische Personengesellschaftssystem vor Inkrafttreten des UGB	115
a) Österreichische Gesellschaften bürgerlichen Rechts	115
b) Österreichische offene Handelsgesellschaften	117
c) Österreichische Kommanditgesellschaften nach dem öHGB	118

d) Erwerbsgesellschaften nach dem EGG	118
aa) Grundlagen der Erwerbsgesellschaften	118
bb) Allgemeines	119
e) Vergleich zwischen den österreichischen Personengesellschaften vor der UGB-Reform	120
f) Kritik an damaliger Systematik	124
2. Das österreichische Personengesellschaftssystem seit der UGB-Reform und die Auswirkungen der Reform auf die früheren Gesellschaftsformen	126
a) Grundlagen des neuen Personengesellschaftssystems nach dem UGB	126
b) Gesellschaftsrechtliche Gründe für die UGB-Reform	126
c) Auswirkungen auf die öGbr	127
aa) Änderungen des Anwendungsbereichs der öGbr	127
(1) Gesonderte Übertragung der Vermögenswerte bei Eintragung	128
(2) Ausnahme für Freiberufler und Land- und Forstwirte	130
bb) Anwendbare Vorschriften des UGB	130
d) Auswirkungen der Ersetzung der öOHG und der OEG durch die OG	132
aa) Änderungen des Anwendungsbereichs hin zur OG	132
bb) Sonstige maßgebliche Änderungen	133
cc) Anwendbare Vorschriften des UGB	134
e) Auswirkungen der Ersetzung der öKG nach dem öHGB und der KEG durch die öKG nach dem UGB	135
3. Stellungnahme zu den Änderungen des Anwendungsbereichs der Gesellschaften	137
a) Weitestgehend systemkonforme Erweiterung des Anwendungsbereichs	137
b) Vorteilhaftes Normativsystem	139
c) Zu befürwortende individuelle Beurteilung eines etwaigen unternehmerischen Zwecks	140
d) Zweckmäßigkeit einer Eintragungspflicht ab Erreichen bestimmter Schwellenwerte	141
III. Der Unternehmerbegriff im österreichischen Verbraucherrecht	142
1. Grundlagen zum österreichischen Verbraucherschutz	142
2. Auslegung des Unternehmerbegriffs im österreichischen Verbraucherrecht	143
a) Auf Dauer angelegte Organisation selbständiger Tätigkeit	144
b) Mögliche Unternehmer	144
aa) Existenzgründer und juristische Personen des öffentlichen Rechts	145
bb) (Eigene) Vermögensverwaltung	146
cc) (Gemeinnützige) Vereine	146
dd) Leitungsorgane / Gesellschafter	147
ee) Rechtscheintatbestände	149

ff) Weitere Sonderfälle	150
c) Keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich	151
d) Betriebszugehörigkeit des Geschäfts	151
e) Beurteilungsmaßstab und Beweislast	152
3. Auslegung des Verbraucherbegriffs im österreichischen Verbraucherrecht	152
D. Übertragbarkeit dank vergleichbarer Ausgangsrechtslage	154
I. Vergleichbarkeit der betreffenden Rechtssysteme	154
1. Gleiche historische Wurzeln im Handels-/Unternehmensrecht	154
2. Europäischer Einfluss durch Richtlinien im Verbraucherrecht	155
II. Vergleich der Begrifflichkeiten im Verbraucherrecht und im Handels-/Unternehmensgesetzbuch in Deutschland und Österreich	157
1. Vergleich der Unternehmerbegriffe im deutschen und österreichischen Verbraucherrecht	157
2. Vergleich der Adressatenkreise von Kaufleuten und Unternehmern nach dem UGB	158
III. Abstimmung von Verbraucherrecht und Unternehmensrecht in Österreich	159
IV. Vergleich der Personengesellschaftssysteme	162
V. Übertragbarkeit der österreichischen Anpassung auf die deutsche Rechtslage	162
E. Gründe für die wesentliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des HGB	166
I. Keine für die Nichtanwendung des HGB ausreichenden Unterschiede zwischen Freiberuflern, Land- und Forstwirten und (anderen) Gewerbetreibenden	166
1. Tradierte Berufsbilder sind nicht mehr zeitgemäß	166
a) Überholter Kaufmannsbegriff	167
b) Freiberufliche Unternehmer	167
c) Land- und Forstwirte	170
2. Vergleichbarkeit der Tätigkeiten von Freiberuflern, Land- und Forstwirten und (anderen) Gewerbetreibenden	173
3. Ziele und Charakteristika des HGB sind auch für andere Unternehmer gültig	178
4. Charakteristika der Freiberufler bieten keine ausreichende Grundlage für eine Ungleichbehandlung	181
a) Besondere berufliche Qualifikation	182

b) Enge persönliche Bindung / Vertrauensverhältnis	183
c) Fachliche Unabhängigkeit / eigenverantwortliches Handeln	185
d) Nutzen für die Allgemeinheit	186
e) Berufsrecht / Verkammerung	187
5. Charakteristika der Land- und Forstwirte bieten ebenfalls keine ausreichenden Gründe für eine Ungleichbehandlung	189
II. Weitere rechtspolitische Gründe für die Erweiterung des Anwendungsbereichs	190
1. Unterscheidung ist dem EU-Recht fremd	190
2. Legislative Entwicklung in Richtung Unternehmerbegriff	192
a) Allgemeine Entwicklung weg vom Kaufmannsbegriff und hin zur häufigeren (jedenfalls mittelbaren) Bezugnahme auf den verbraucherrechtlichen Unternehmerbegriff	193
b) Annäherung im Gesellschaftsrecht	194
c) Sonstige Liberalisierung bei Behandlung von Freiberuflern	195
3. Erhöhung der Rechtssicherheit	197
a) Vereinheitlichung der Rechtsordnung	197
b) Abbau von Abgrenzungsschwierigkeiten	199
c) Abbau inkonsequenter Handhabung im Einzelfall	201
d) Verringerung momentaner Streitpunkte	203
4. Vereinfachung der Verwaltung durch Beschränkung auf ein Register	203
III. Keine Nachteile durch Einbeziehung	204
1. Keine überhöhten Anforderungen an Kleinunternehmer	204
2. Sonderregelungen durch Berufsrecht möglich	206
3. Keine zwangsläufige Abschaffung steuerrechtlicher Vorteile	209
4. Österreichische Problemfelder stellen sich in Deutschland nicht in gleichem Ausmaß	212
F. Auswirkungen der Übertragung des Unternehmerbegriffs nach § 14 BGB auf die neuen Adressaten	214
I. Grundsätzlich einzubeziehende Unternehmer	214
II. Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Ersten Buchs	215
1. Eintragungspflicht	215
2. Besondere Firmenvorschrift für Freiberufler	216
3. Stellungnahme	216
a) Keine Beibehaltung der Opt-in-Möglichkeit für Freiberufler und Land- und Forstwirte	217
b) Notwendigkeit einer Pflicht zur Eintragung ab Erreichen gewisser Schwellenwerte	218
c) Umsatzgrenzen sind taugliches Kriterium für die Unterscheidung zwischen Klein- und Großunternehmern	220

d) Sinnvolle Erstreckung der Vorschriften über die Firma und die Firmenfortführung auf die neuen Adressaten	222
e) Sinnvolle Erstreckung der Vorschriften über Prokura und Handlungsvollmacht auf die neuen Adressaten	227
III. Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Zweiten Buchs des HGB	229
1. Auswirkungen auf GbR	229
2. Schaffung von freiberuflichen Kommanditgesellschaften	229
3. Etwaig zu übertragende Haftungsnormen des PartGG	231
4. Sonstige Anpassungen	233
IV. Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Dritten Buchs des HGB	235
1. Rechnungslegungspflichtige Adressaten	235
2. Schwellenwerte des Dritten Buchs	237
3. Ausnahmen von der Rechnungslegungspflicht	238
4. Stellungnahme	240
a) Feste Umsatzgrenzen auch für Rechnungslegungspflichtigen sinnvoll	240
b) Wünschenswerte Erstreckung der Rechnungslegungspflichten auf Freiberufler aufgrund vergleichbarer Interessenlagen	241
c) Ebenfalls erstrebenswerte Erstreckung der Rechnungslegungs- pflichten auf Land- und Forstwirte aufgrund gleicher Interessenlage	245
V. Auswirkungen im Hinblick auf die Anwendung des Vierten Buchs	246
1. Anwendungsbereich des Vierten Buchs	246
2. Stellungnahme	247
a) Systemkonforme Einbeziehung von Freiberuflern und Land- und Forstwirten	247
b) Systemkonforme Einbeziehung von Kleinunternehmern	248
c) Keine bevorzugte Behandlung von Existenzgründern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts	250
3. Übertragbarkeit einzelner Vorschriften des Vierten Buchs	251
a) Vermutung für ein Handelsgeschäft und Anwendbarkeit auf einseitige Handelsgeschäfte	252
b) Vorschriften zu Handelsbräuchen / sonstige allgemeine Vorschriften	252
c) Handelsrechtliche Zinsvorschriften	255
d) Entgeltlichkeitsprinzip	257
e) Modifizierung der Abtretungsvorschriften	257
f) Kontokorrentvorschriften	258
g) Vorschriften über das Indossament	258
h) Gutglaubensvorschriften	259
i) Vertragsstrafe und Bürgschaftsvorschriften	259
j) Modifikation des bürgerlich-rechtlichen Pfandrechts	261

k) Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht	261
l) Annahmeverzug / Fixhandelskauf	262
m) Kaufmännische Rügeobliegenheit	263
n) Sonstige Vorschriften ohne allgemeine praktische Relevanz	265
o) Zusammenfassung der Reichweite der Erstreckung	265
VI. Folgeanpassungen	266
1. Folgeanpassungen im HGB	266
2. Folgeanpassungen im Prozessrecht	266
3. Folgeanpassungen im Wirtschaftsrecht	268
4. Folgeanpassungen im Strafrecht	269
G. Abschließende Zusammenfassung	270
H. Fazit	273
Literaturverzeichnis	277
Sachverzeichnis	295

Abkürzungsverzeichnis

4. EVHGB	4. Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch
a. A.	andere Auffassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt (EU)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ähnl.	ähnlich
Allg. M.	Allgemeine Meinung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGH	Bundesgerichtshof
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRE	Bundesratsentwurf
Bsp.	Beispiel
bsp.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Erwerbsgesellschaften
EGG	Erwerbsgesellschaftengesetzes (Österreich)
EHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
E/B/J/S	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
Erl RV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage (Österreich)
ESTG	Einkommensteuergesetz
ecolex	ecolex: Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIVG	EWIV-Ausführungsgesetz
f./ff.	folgende
FR	Finanz-Rundschau Ertragsteuerrecht
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.A.	herrschende Auffassung
Hg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRRG	Handelsrechtsreformgesetz
i. Erg.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAB	Bericht des Justizausschusses (Österreich)
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBL	Juristische Blätter
jdf.	jedenfalls
JURA	Juristische Ausbbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KEG	Kommanditerwerbsgesellschaft (Österreich)
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
KREIS	Konsumentenrecht – Entscheidungssammlung
KRES	Konsumentenrecht – Entscheidungssammlung
LG	Landgericht
LGZ Wien	Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien
m.w.Bsp.	mit weiteren Beispielen
MedR	Medizinrecht
MinE	Ministerialentwurf
MDR	Monatszeitschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MMR	MultiMedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdb	Münchener Handbuch

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitung
NJW	Neue Juristische Zeitung
NJW-RR	Neue Juristische Zeitung Rechtsreport
NJW-Spezial	Neue Juristische Zeitung Spezial
NZ	Österreichische Notariatzeitung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAnwBl.	Österreichisches Anwaltsblatt
ÖBA	BankArchiv – ÖBA
öBGBl	Bundesgesetzblatt (Österreich)
OEG	offene Erwerbsgesellschaft (Österreich)
öGbR	österreichische Gesellschaft bürgerlichen Rechts
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öKG	österreichische Kommanditgesellschaft
öHGB	österreichisches Handelsgesetzbuch
öOHG	österreichische offene Handelsgesellschaft
ÖZG	Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften
OG	offene Gesellschaft (Österreich)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht (Österreich und Deutschland)
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PartGmbH	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
RA	Rechtsausschuss
RDW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegB	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
s. a.	siehe auch
SE	Societas Europaea
sog.	sogenannte
StBerG	Steuerberatergesetz
SWK	Steuer- und Wirtschaftskanzlei
SZ	Sammlung Zivilsachen, Sammlung bürgerlichrechtlicher Entscheidungen in Österreich
u. a.	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch (Österreich)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VR	Versicherungsrundschau (Österreich)
VuR	Verbraucher und Recht – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiPrO	Wirtschaftsprüferordnung
wobl	Wohnrechtliche Blätter
WM	WertpapierMitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WT	Der Wirtschaftstreuhandler
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung

Zur Einführung in das Thema, ob das deutsche Handelsgesetzbuch (HGB) nach dem Vorbild der österreichischen Unternehmensgesetz-Reform (UGB-Reform) geändert werden sollte, folgt zunächst ein Überblick über die Problemstellung, die Lösungsansätze zur Weiterentwicklung des Handelsrechts sowie die Geeignetheit der Anknüpfung an den Unternehmerbegriff des § 14 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

I. Problemstellung

Vor circa dreißig Jahren schien der Weg vom Handelsgesetzbuch (HGB) zu einem Unternehmensrecht noch in weiter Ferne zu liegen.¹ Jahrzehntlang erntete der Anwendungsbereich des HGB sowohl in Deutschland als auch in Österreich massive Kritik. Als Österreich sich schließlich anschickte, den Anwendungsbereich seines HGB zu erweitern, hatten die Kontroversen einen Punkt erreicht, an dem die seinerzeitige Lage wegen der „legistischen ebenso wie der rechtstatsächlichen Entwicklung beinahe als Trümmerfeld“ bezeichnet wurde.²

Nach langen Diskussionen und dem Blick nach Deutschland, das 1998 den deutschen Kaufmannsbegriff reformiert hatte, ging Österreich mit der Reform seines Handelsrechts einen großen Schritt weiter. Am 1. Januar 2007 änderte sich nicht nur der Name des österreichischen Handelsgesetzbuchs (öHGB) von „Handels-“ zu „Unternehmensgesetzbuch“ (UGB), sondern es wurde auch der Anwendungsbereich des Gesetzes erheblich erweitert, indem der Kaufmannsbegriff durch den Unternehmerbegriff ersetzt wurde.

Dabei orientiert sich der Unternehmerbegriff weitestgehend am Äquivalent des österreichischen Verbraucherschutzrechts. So ist die Erweiterung des HGB zu einem Unternehmensrecht die rechtssystematisch konsequente Folge der internationalen Entwicklung des Verbraucherrechts, das ebenfalls nur auf den Unternehmerstatus abstellt.³ Außerdem trägt die Entwicklung dem Bedürfnis Rechnung, dass es aufgrund der vielen verschiedenen Unternehmensarten erforderlich ist, für die Ko-

¹ Vgl. dazu *K. Schmidt*, JuS 1985, 249, 252.

² *Zöllner*, in *Harret/Mader*, 1, 3.

³ Siehe nur *Grundmann*, ZHR 163 (1999), 635, 644 f.; *G. Roth*, in *FS Doralt*, 379, 379; vgl. auch unter E.II.2., D.I.2.

difikation eines Handels- bzw. Unternehmensrechts einen möglichst umfassenden Grundtatbestand zu schaffen, der eine ausreichende und gerechte Regelungsdichte ermöglicht. Auf diese Weise können durch die Gleichstellung aller Unternehmer Wertungswidersprüche vermieden werden, wobei geringe Abgrenzungsprobleme in Kauf genommen werden sollten.⁴

Die deutsche Handelsrechtsreform im Jahre 1998 mit ihrer Erweiterung des Kaufmannstatbestands erfuhr demgegenüber zwar grundsätzlich Zustimmung, ging aber vielen Rechtsanwendern nicht weit genug. Daher untersucht diese Arbeit, ob das österreichische Modell auf das deutsche Recht übertragen werden sollte mit der Folge, dass der Unternehmerbegriff des § 14 BGB in das HGB integriert und dadurch von der Beschränkung des Anwendungsbereichs des HGB auf Kaufleute Abstand genommen werden könnte.

Mit der UGB-Reform änderte sich auch der Zuschnitt der österreichischen Personengesellschaften. In Deutschland war der Gesetzgeber im Zuge der Handelsrechtsreform der Auffassung, dass sich die Frage der Erweiterung des Kaufmannsbegriffs, insbesondere nach den gesellschaftsrechtlichen Angleichungen durch die Einführung der Partnerschaftsgesellschaften (PartG) für Freiberufler in der Zwischenzeit erübrigt hätte.⁵ Die dadurch herbeigeführte Annäherung⁶ sollte jedoch nicht im Gesellschaftsrecht aufhören, sondern im allgemeinen Teil des HGB weitergeführt werden. Denn es gibt „keinen überzeugenden Grund, nur bestimmte Unternehmer dem HGB zu unterstellen, die anderen aber nicht“.⁷ Vielfach wurde die weitere Ausklammerung der Freiberufler dementsprechend als bedauerlich empfunden.⁸ Die Beibehaltung der Sonderregeln für Freiberufler sei Ausdruck „ängstlicher Kleinmütigkeit“.⁹

Die personengesellschaftsrechtliche Diskussion stellt lediglich ein Etappenziel, einen „Nebenkriegsschauplatz“ der modernen Anpassung des Kaufmannsbegriffs dar.¹⁰ Der Unternehmerbegriff macht sich währenddessen „bereit zur Erlangung höherer Weihen auch im Handelsrecht“.¹¹

Die Anpassung an den Unternehmerbegriff im Verbraucherrecht bietet sich schon deshalb an, weil durch die Begrifflichkeiten im Handels- und Verbraucherrecht ein Großteil der Geschäfte am Markt abgebildet wird.¹² Die Rechtsverhältnisse des Geschäftsverkehrs werden heute im Wesentlichen von den Begrifflichkeiten des Ver-

⁴ F. Bydliński, Sonderprivatrecht, 23 f.

⁵ RegE BT-Drs. 13/8444, 34.

⁶ Henssler, ZHR 161 (1997), 13, 25.

⁷ Krejci/Aicher/Schuhmacher, 5.

⁸ Ammon, DStR 1998, 1474, 1475 bzw. als rechtspolitisch fragwürdig Hopt, in Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 19.

⁹ K. Schmidt, JZ 2003, 585, 590.

¹⁰ So Krejci, ÖJT I/1, 47.

¹¹ Heinemann, in FS Fikentscher, 349, 379.

¹² Grundmann, AcP 202 (2002), 40, 68–70; Schauer, in ABGB 3. Jt., 137, 152; ders., JBl 2004, 23, 24; ders., ÖJZ 2006, 64, 69; ders., in Krejci, RK, § 343 UGB Rn. 8; vgl. auch unter E.II.1.

braucherrechts geprägt.¹³ Dieses enge Verhältnis zwischen allgemeinem Privatrecht, Verbraucherrecht und Handelsrecht wird aus diesem Grund auch „Trias des Vertragsrechts“ genannt.¹⁴

Bereits jetzt wird aufgrund der zahlreichen Überschneidungen und Wechselwirkungen¹⁵ zwischen dem unionsrechtlichen (also vor allem das Verbraucherrecht prägenden) Unternehmensbegriff und dem Kaufmannsbegriff des HGB vorgeschlagen, zur Auslegung des Ersteren die von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auslegungsgrundsätze zu §§ 1 ff. HGB heranzuziehen, soweit sich eine solche Übertragung anbietet.¹⁶

In dieser Arbeit wird demgegenüber genau die gegenteilige Richtung eingeschlagen: Der Unternehmerbegriff soll de lege ferenda Vorbild für das Handelsrecht sein. Denn: „Rechtspolitisch [...] ist die Ablösung des HGB durch ein Unternehmensgesetzbuch nach österreichischem Vorbild überfällig.“¹⁷

Plakativ formuliert gilt also: „Die Zukunft – und recht eigentlich schon die Gegenwart – gehört dem [...] Unternehmensbegriff“!¹⁸

II. Systematik und Aufbau des HGB

Das HGB wird gemeinhin als Sonderprivatrecht der Kaufleute bzw. Gewerbetreibenden bezeichnet.¹⁹ Zwar ist die Frage, was ein Sonderprivatrecht ist, was dieses Sonderprivatrecht im Einzelnen ausmacht und ob es überhaupt eine Berechtigung hat, umstritten.²⁰ Es kann aber jedenfalls festgehalten werden, dass dieses Sonderprivatrecht im Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht einen eingeschränkteren, auf Kaufleute zugeschnittenen Anwendungsbereich hat.²¹

Im Handelsrecht geht es darum, den rechtsgeschäftlichen Verkehr effektiv zu regeln und die Rechtsverhältnisse der „Beteiligten entsprechend ihrer geschäftlichen

¹³ So für Österreich vor der Reform *Dehn*, JBl 2004, 5, 6.

¹⁴ *Kramer*, in FS Ostheim, 299, 306; *Schauer*, in ABGB 3. Jt., 137, 151; bzw. die Bereiche bilden eine „Trias“ *Heinemann*, in FS Fikentscher, 349, 378.

¹⁵ MüKo/Micklitz, BGB, Vorb zu §§ 13, 14 Rn. 43.

¹⁶ MüKo/Micklitz, BGB, § 14 Rn. 2.

¹⁷ *Hensler*, NZG 2011, 1121, 1122

¹⁸ *K. Schmidt*, in Krejci/K. Schmidt, 67, 87.

¹⁹ *Canaris*, HR, § 1 Rn. 1; MüKo/Micklitz, BGB, Vorb zu §§ 13, 14 Rn. 43; *Oetker*, in Oetker, Einl Rn. 18; *Oetker*, in Staub, Einl Rn. 27; MüKo/K. Schmidt, HGB, Vorb zu § 1 Rn. 1; *W.-H. Roth*, in Koller/W.-H. Roth/Morck, Einl vor § 1 Rn. 1; ähnl. *Röhrich*, in Röhrich/v. Westphalen, Einl Rn. 2, der von einem „Sonderrecht [...] für gewerbliche Tätigkeit“ spricht, was den Kernbereich der Anwendbarkeit betreffe.

²⁰ *F. Bydlinski*, System, 429–437; *Oetker*, in Staub, Einl Rn. 25; jeweils m. w. N. Nach *F. Bydlinski*, System, 429–437 zeichnet sich ein Sonderprivatrecht dadurch aus, dass es aufgrund normativer Spezifität und allgemeiner Zweckmäßigkeit eine abgrenzbare Einheit bildet, wobei das Handelsrecht eine solche, wenngleich bescheidene Spezifität aufweist, auch wenn Einschränkungen zu machen sind.

²¹ So *Kalss/Schauer/Winner*, Rn. 1/4 für das Unternehmensrecht in Österreich.

Qualifikation und Erfahrung und wohl auch Bewegungsfreiheit auf ihrem jeweiligen Tätigkeitsgebiet auszurichten“.²² Die so beschriebene Aufgabe des Handelsrechts, Ordnungsfragen professioneller unternehmerischer Tätigkeit, insbesondere bezüglich der Organisation und des Geschäftsverkehrs, zu beantworten, lässt sich ohne Weiteres auf das Unternehmensrecht übertragen.²³

Dreh- und Angelpunkt für die Anwendung des HGB ist de lege lata der Kaufmannsbegriff. Nur für den, der Kaufmann ist oder als Kaufmann gilt, ist das HGB direkt anwendbar. Das HGB folgt also einem subjektiven System.²⁴ Im Rahmen des Vierten Buchs über Handelsgeschäfte ist allerdings eine Annäherung an das objektive Recht festzustellen, da § 343 HGB bestimmt, dass ein Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören muss,²⁵ und § 345 HGB das Recht der Handelsgeschäfte sogar grundsätzlich für anwendbar erklärt, auch wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt.²⁶

Der Anwendungsbereich ist somit in zwei Richtungen abgegrenzt: im Hinblick auf den sonderprivatrechtlichen Normenkatalog des HGB und im Hinblick auf seinen Adressatenkreis.²⁷ Innerhalb des subjektiven Anwendungsbereichs findet vorrangig das HGB Anwendung. Ein Rückgriff auf das BGB erfolgt lediglich, sofern das HGB oder das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (EHGB) keine spezielleren Regelungen enthalten (Art. 2 EGHGB). Eine dritte Abgrenzung besteht darin, dass das HGB für jeden Kaufmann nur insoweit gilt, als seine geschäftliche Sphäre betroffen ist. Handelt ein Kaufmann privat, findet das HGB keine Anwendung.²⁸

Das HGB besteht aus fünf Büchern: Das Erste Buch trägt den Titel „Handelsstand“ und trifft allgemeine Bestimmungen sowie das Handelsregister- und Firmenrecht, Prokura, Handlungsvollmacht, Handelsgehilfen, -vertreter und -makler. Das Zweite Buch beschäftigt sich mit dem Gesellschaftsrecht, das Dritte mit den Handelsbüchern, das Vierte mit den Handelsgeschäften. Das Fünfte Buch enthält Vorschriften über den Seehandel.²⁹

²² F. Bydlinski, Sonderprivatrecht, 18.

²³ So legt Krejci, öAnwBl 2003, 67, 69 die Aufgaben des Unternehmensrechts dar.

²⁴ P. Bydlinski, JBl 1998, 404, 407; Canaris, HR, § 1 Rn. 3; Kindler, in E/B/J/S, Vorb Rn. 1; MüKo/Micklitz, BGB, Vorb zu §§ 13, 14 Rn. 45; Oetker, in Oetker, Einl Rn. 12; Oetker, in Staub, Einl Rn. 19; Röhricht, in Röhricht/v. Westphalen, Einl Rn. 3; W.-H.Roth, in Koller/W.-H.Roth/Morck, Einl vor § 1 Rn. 2; MüKo/K. Schmidt, HGB, Vorb zu § 1 Rn. 16.

²⁵ G. Roth/Weller, § 1 Rn. 2; K. Schmidt, BB 2005, 837, 841.

²⁶ Canaris, HR, § 1 Rn. 3; Kort, AcP 193 (1993), 453, 461 f.; Treber, AcP 199 (1999), 525, 543; Weyer, WM 2005, 490, 493.

²⁷ K. Schmidt, JuS 1985, 249, 250.

²⁸ Röhricht, in Röhricht/v. Westphalen, Einl Rn. 6.

²⁹ Aufgrund der Spezialität dieses Buches und seiner fehlenden praktischen Auswirkung für alle, die in anderen Branchen tätig sind, wird es in dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt.

III. Lösungsansätze zur Weiterentwicklung des Handelsrechts

In der Literatur werden verschiedene Lösungsansätze zur Behebung des eingeschränkten Anwendungsbereichs des HGB vorgeschlagen. Diese stehen nicht notwendigerweise in einem Alternativverhältnis, sondern ergänzen sich teilweise oder bauen aufeinander auf.

1. Analoge Anwendung der HGB-Vorschriften

Bereits vor der Handelsrechtsreform wurde aufgrund der Unzulänglichkeiten des damals geltenden Kaufmannsbegriffs und des rechtspolitischen Wunschs nach Ausweitung des Anwendungsbereichs die analoge Anwendung einzelner Vorschriften auf Nichtkaufleute befürwortet, sofern ihr Gehalt bzw. ihre ratio legis nicht sachlich oder persönlich ausdrücklich auf die sie regelnden Ausnahmetatbestände begrenzt war und sich daher eine Übertragung auf andere Sachverhalte verbot.³⁰ Je eher eine Norm ihrem Gehalt nach, wegen ihrer Sinnverwandtschaft oder der Ähnlichkeit mit den dort geregelten Sachverhalten systematisch besser ins BGB passe, desto eher biete sich eine Analogie an.³¹

Nach der Handelsrechtsreform werden die Vorschriften des HGB häufig immer noch analog auf Nichtkaufleute angewandt, jedenfalls soweit Handelsbräuche und das Gewohnheitsrecht betroffen sind,³² einzelne Vorschriften auf Nichtkaufleute passen³³ oder diese im Einzelfall über eine betriebliche Organisation verfügen und mit Handelsbräuchen vertraut sind.³⁴

Dieser Weg stellt aber keine vollkommen zufriedenstellende Lösung dar. Eine generelle Ausweitung des Adressatenkreises im Wege der Analogie wäre zwar wünschenswert, ist jedoch als contra legem abzulehnen. Eine Analogie darf nicht als „Instrument [...] zur Verdeckung ideologisch motivierter Entscheidungsgründe mißbraucht werden“.³⁵ Analogien dürfen nur punktuell erfolgen, da sich der Wille des Gesetzgebers, Kleingewerbetreibende und Freiberufler nicht dem HGB zu unterstellen, durch die Handelsrechtsreform manifestiert hat, während es gleichzeitig

³⁰ Zum Folgenden: *Raisch*, in FS Stimpel, 29, 35 f., 45.

³¹ *Raisch*, in FS Stimpel, 29, 36, 45.

³² MüKo/Micklitz, BGB, Vorb zu §§ 13, 14 Rn. 48; vgl. auch *Pfeiffer*, NJW 1999, 169, 170. *Körber*, in Oetker, § 1 Rn. 114 verneint in dieser Hinsicht ein Bedürfnis nach einer Analogie, da deren Anwendungsbereich ohnehin aus sich selbst heraus bestimmt werde.

³³ Vgl. nur *K. Schmidt*, JBl 1995, 341, 345; *Hopt*, in Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 10; *Raisch*, ZHR 154 (1990), 567, 577; *Körber*, in Oetker mit Bsp., § 1 Rn. 115–117; *Canaris*, § 21 Rn. 1, ist der Auffassung, dass diese Normen ohnehin ins BGB gehörten; weiter differenzierend nach Charakteristika der Normen und Personengruppen *Siems*, Kaufmannsbegriff, 157, 200–219. Gegen eine Analogie des gesamten Vierten Buchs schon vor der Handelsrechtsreform *Pfeiffer*, NJW 1999, 169, 170.

³⁴ *Canaris*, HR, § 21 Rn. 3.

³⁵ *Raisch*, in FS Stimpel, 29, 46.

in der Gesetzesbegründung ausdrücklich heißt, dass vereinzelt über Analogien nachgedacht werden dürfe.³⁶

Die Analogiediskussion ist somit durch die Handelsrechtsreform nicht gegenstandslos geworden. Die Gesetzesbegründung muss in den Passagen, in denen keine Analogiefähigkeit diskutiert wird, auch nicht ohne Weiteres als „beredtes Schweigen“ des Gesetzes zu dieser Frage angesehen werden.³⁷

Das gilt zum Beispiel für Kleingewerbetreibende, deren Einbeziehung nur lückenhaft ausgestaltet wurde.³⁸ Selbst die Regierungsbegründung befürwortet die analoge Anwendung von §§ 56, 60 f. HGB auf Kleingewerbetreibende.³⁹ Bei der Überlegung, welche Vorschriften analoge Anwendung finden können, muss aber de lege lata berücksichtigt werden, dass das Optionsrecht des § 2 HGB, der für gewerbliche Nichtkaufleute die Möglichkeit bietet, sich freiwillig dem HGB zu unterstellen, nicht unterlaufen und durch die Hintertür der Analogie ausgehöhlt werden darf.⁴⁰

Für vorsichtige Analogien bei Freiberuflern spricht unter anderem die Tatsache, dass die generelle Entwicklung mittlerweile dahin geht, Freiberuflern besondere Schutzwürdigkeit abzuspreehen; in den meisten Fällen wird dennoch angesichts der klaren Ausklammerung der Freiberufler aus dem HGB eine Analogie nicht⁴¹ bzw. nur auf behutsame Art und Weise dort möglich sein, wo die Regeln erstens passen und zweitens in eine entsprechende Verkehrserwartung eingebettet sind.⁴² Auch für andere Nichtgewerbetreibende müssen die Voraussetzungen für eine Analogie sorgfältig geprüft werden.⁴³ Der (zurückhaltenden) analogen Anwendung einzelner Normen steht diese Interpretation jedoch nicht entgegen.⁴⁴

Selbst die analoge Anwendung nur einzelner Bestimmungen führt allerdings zu Rechtsunsicherheit, da unklar ist, ob und wie Analogien gebildet werden dürfen. Dieser Umstand wohnt Analogien per se inne.⁴⁵ Gerade vor dem Hintergrund, dass das HGB darauf abzielt, Schnelligkeit und Leichtigkeit des kaufmännischen/unternehmerischen Verkehrs zu gewährleisten, ist die analoge Anwendung von Normen angesichts des de lege lata eingeschränkten Anwendungsbereichs im Einzelfall daher nur ein begrenzt nutzbares Behelfsmittel.

³⁶ *Siems*, Kaufmannsbegriff, 183–185; i. Erg. ebenso *Treber*, AcP 199 (1999), 525, 570.

³⁷ *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2164; ähnl. *MüKo/ders.*, HGB, § 1 Rn. 86 f.

³⁸ *Schmitt*, Kleingewerbetreibende, 187.

³⁹ Wenn auch bzgl. § 59 HGB offenbleibt, ob das Ergebnis durch eine Analogie oder durch Anwendung der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht erreicht werden soll, RegE BT-Drs. 13/8444, 30.

⁴⁰ *Röhrich*, in *Röhrich/v. Westphalen*, § 2 Rn. 31; vgl. dazu unter B.I.3.

⁴¹ *Siems*, Kaufmannsbegriff, 214. Dieser Trend ist gerade auch ein Grund dafür, warum der gesamte Anwendungsbereich des HGB erweitert werden sollte.

⁴² *Röhrich*, in *Röhrich/v. Westphalen*, Einl Rn. 38a.

⁴³ *Siems*, Kaufmannsbegriff, 218 f.

⁴⁴ *Kindler*, in *E/B/J/S*, Vorb Rn. 37; *Roth*, in *Koller/Roth/Morck*, Einl vor § 1 Rn. 13; a. A. mit der Begründung, es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke, *Herwig*, 216 f.

⁴⁵ *Schauer*, FS Wirtschaftsuniversität, 39, 51.

2. Berufsrechtlicher Ansatz

Zum Teil wurde (zum HGB vor der Reform)⁴⁶ der Wunsch geäußert, dass an Stelle der Erweiterung des Kaufmannsbegriffs an die Berufstätigkeit angeknüpft werden solle, um ein Berufsrecht zu etablieren, das sich sowohl auf berufsrechtlich vorgeprägte Vertragsinhalte als auch auf verschiedene handelsrechtliche Vorschriften und Bräuche, berufliche Einstands- sowie besondere Schutzpflichten erstrecken sollte.⁴⁷

Dieses Konzept sieht eine eigene, unabhängig vom Handelsrecht geltende Rechtsebene vor, deren Motor die Rechtsprechung sein soll. Vorausgesetzt, die Regeln passen, sollen Vorschriften des HGB auf alle Berufsträger Anwendung finden, wobei die Spezifika des jeweiligen Berufs Berücksichtigung finden sollen. Dies böte den Vorteil, dass – anders als beim Unternehmerbegriff – keine Notwendigkeit bestünde, alle Vorschriften des HGB auf Nichtkaufleute zu erstrecken, sofern der gesetzgeberische Wille nicht eindeutig entgegenstünde.

Motivation für diesen Ansatz ist die Schutzbedürftigkeit der Nichtfachleute, die wegen Informations- und Expertisedefiziten auf „Leistungsbereitschaft und korrekte Leistungserbringung“ ihrer Vertragspartner angewiesen sind.⁴⁸ Mit diesem Verweis wird nicht nur auf die gleichen Schutzzwecke abgestellt, auf denen §§ 13 f. BGB und die entsprechenden verbraucher-schützenden Vorschriften des BGB beruhen. Es soll auch „jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person am Markt, die dort ihre Waren oder Dienste anbietet“, einbezogen werden, wobei es weder auf eine Gewinnerzielungsabsicht, noch auf eine Mindestgröße ankommen soll.⁴⁹ Es wird also faktisch auf die gleichen Merkmale abgestellt wie beim hier favorisierten Unternehmerbegriff, mit der Ausnahme, dass an die Dauer der Berufsausübung geringere Anforderungen gestellt werden.

Aus den Kaufmannsvorschriften und dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) ergibt sich jedoch, dass das Gesetz eine solche Differenzierung nicht stützt.⁵⁰ Der Ansatz, das Berufsrecht als Zwischenebene zwischen HGB und BGB heranzuziehen, verstößt ferner gegen die Gewaltenteilung.⁵¹ Es bedarf keiner besonderen Zwischenebene zwischen HGB und BGB, da deren Voraussetzungen bei jeder „gewöhnlichen“ Analogie zu prüfen sind. Gegen diesen Ansatz spricht ferner, dass grundsätzlich eine Bindung an das Gesetz besteht, die durch die Rechtsprechung nicht ausgehöhlt werden darf.⁵²

⁴⁶ Der berufsrechtliche Ansatz könnte aber auch heute noch vertreten werden, vgl. *Siems*, Kaufmannsbegriff, 175 f.

⁴⁷ Zum Folgenden: *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 608, 656 f., 670–712, 719 f.

⁴⁸ *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 656.

⁴⁹ *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 670.

⁵⁰ *Neuner*, ZHR 157 (1993), 267 f.; *Siems*, Kaufmannsbegriff, 174.

⁵¹ *Neuner*, ZHR 157 (1993), 243, 268.

⁵² *Siems*, Kaufmannsbegriff, 174.