

Titel:

Einstufung einer Gesellschaft als GbR mangels notwendiger kaufmännischer Einrichtung

Normenkette:

HGB § 1 Abs. 2

Leitsatz:

Handelsgewerbe ist ein Gewerbe, welches nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Dies ist auf der Basis einer Gesamtschau der den Betrieb kennzeichnenden Umstände zu beurteilen. Als solche kommen in Betracht insbesondere Beschäftigtenzahl, Tätigkeitsart, Buchführung, Umsatz, Anlage- und Betriebskapital, Verbindlichkeiten, Leistungsvielfalt, Zahl der Geschäftsbeziehungen sowie Kreditaufnahme. (Rn. 13) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Handelsgewerbe, Definition, Gesellschaft, kaufmännische Einrichtung

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 29.04.2020 – 8 HK O 12753/18

Fundstellen:

NWB 2022, 1540

LSK 2022, 1621

NZG 2022, 604

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 29.4.2020 (Az.: 8 HK O 12753/18) im Kostenpunkt und in Ziffer 1. aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Von den Kosten der ersten Instanz haben der Kläger 54% und der Beklagte 46% zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Das Verfahren betrifft den Ausschluss des Beklagten aus einer Personengesellschaft.

2

Die fragliche Gesellschaft besteht aus dem Kläger und dem Beklagten. Sie war nie ins Handelsregister eingetragen, ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag besteht nicht. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Vermietung eines angemieteten ehemaligen Naturfreundehauses („K.“) in den I.auen als Veranstaltungsort für Events wie Seminare, Teambuildingmaßnahmen, Hochzeitsfeiern und ähnliches.

3

Zwischen den Gesellschaftern bestehen seit längerem Streitigkeiten. Am 13.9.2018 gründete der Beklagte (als Alleingesellschafter und -geschäftsführer) die P. GmbH, welche in unmittelbarer räumlicher Nähe zur „K.“ eine angemietete Blockhütte („Cottage“) betreibt und sie im Internet zur Anmietung als Eventlokal

anbietet. Darüber hinaus werfen sich die Parteien wechselseitig eine Vielzahl von Pflichtverletzungen aus dem Gesellschaftsverhältnis vor.

4

Der Kläger ist der Auffassung, die Gesellschaft sei eine offene Handelsgesellschaft. Mit seiner Klage begehrte er erstinstanzlich den Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft sowie die Zahlung von 4.793,48 €; die Zahlungsklage hat er erstinstanzlich wieder zurückgenommen. Der Beklagte machte widerklagend einen Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend.

5

Der Kläger hat beantragt,
den Beklagten aus der R. & M. OHG auszuschließen.

6

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen;
ferner hat er widerklagend beantragt,
den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten 55.200,- € zu bezahlen.

7

Der Kläger hat beantragt,
die Widerklage abzuweisen.

8

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Der Beklagte nimmt die Abweisung der Widerklage hin. Mit seiner zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten Berufung wendet er sich aber gegen seinen Ausschluss aus der Gesellschaft. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung.

B.

9

Die Berufung hat Erfolg. Der Beklagte kann nicht durch Gerichtsurteil aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

I.

10

Die als OHG firmierende Gesellschaft ist in Wahrheit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

11

1. Eine Personengesellschaft, bei der kein Gesellschafter in der Haftung beschränkt ist, ist (ohne Eintragung ins Handelsregister) offene Handelsgesellschaft, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt (§ 105 HGB). Anderenfalls handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

12

Handelsgewerbe ist jedes Gewerbe, es sei denn, es erfordert keine kaufmännische Einrichtung (§ 1 Abs. 2 HGB). Die vorliegende Vermietung einer Lokalität zum Zwecke der Gewinnerzielung ist zweifellos ein Gewerbe. Damit wird vermutet, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt, so dass das Gegenteil zur Darlegungs- und Beweislast des Beklagten stand.

13

Nach der gesetzlichen Definition ist Handelsgewerbe ein Gewerbe, welches nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Dies ist auf der Basis einer Gesamtschau der den Betrieb kennzeichnenden Umstände zu beurteilen (BGH, Urteil vom 28.4.1960 - II ZR 239/58 Ls. 2; Urteil vom 16.11.1965 - V ZR 89/63, Rz. 13). Als zu berücksichtigende Kriterien nennt die erstere Entscheidung Beschäftigtenzahl, Tätigkeitsart, Umsatz, Anlagekapital, Betriebskapital, Leistungsvielfalt, Zahl der Geschäftsbeziehungen, Kreditaufnahme; in der zweitgenannten Entscheidung sind beispielhaft aufgeführt

Umsatz, Verbindlichkeiten, Außenstände, Aktivvermögen. In der Kommentarliteratur (z.B. Kindler, in: Ebenroth / Boujong, HGB, 4. Aufl., § 1 Rz. 56 ff.) finden sich ähnliche Aufzählungen (Handelsbücher, Inventar- und Bilanzerrichtung, Aufbewahrung der Korrespondenz, Firmenführung, kaufmännisch vorgebildetes Personal, Lohnbuchhaltung, Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, Teilnahme am Frachtverkehr, grenzüberschreitende Tätigkeit, Sach- und Personalkredite).

14

2. Hinsichtlich der somit für die Abgrenzung von GbR und OHG wesentlichen Kriterien bietet sich vorliegend auf der Basis des Parteivortrags das folgende Bild.

a) Umsatz

15

Die (unstreitigen) Umsatzzahlen für die Geschäftsjahre 2016 - 2019 referiert die Klagepartei in der Berufungserwiderung (dort S. 8). Die Zahlen für 2020 und 2021 (bis einschließlich November) werden im Schriftsatz vom 10.1.2022 (Bl. 198 ff. der Akten, dort S. 4) nachgetragen. Hiernach hat die Gesellschaft ab 2016 Umsätze über 100.000,- € erzielt, das Maximum lag im Jahr 2019 mit rund 163.000,- €, woraufhin 2020 ein (wohl pandemiebedingter) Rückgang auf rund 103.000,- € und eine allmähliche Erholung im Jahr 2021 (bis einschließlich November rund 125.000,- €) erfolgten.

16

Diese Zahlen führen für sich betrachtet allenfalls in den Grenzbereich zu einem kaufmännischen Gewerbe. Neuere veröffentlichte Rechtsprechung hierzu gibt es nicht. Die Kommentarliteratur (z.B. Kindler a.a.O. Rz. 52) nennt eine Grenze von 250.000,- €, ab der spätestens von einem Handelsgewerbe auszugehen sei. Hiervon war die gegenständliche Gesellschaft auch in besten Zeiten weit entfernt.

b) Buchführung

17

Unstreitig wurde die Gesellschaft durch Bescheid des zuständigen Finanzamts zur Buchführung verpflichtet (vgl. Anlage K 14) und kommt dieser Verpflichtung seither nach. Die Führung von Steuerbüchern oder die Beauftragung eines Steuerberaters sind jedoch keine Indizien für ein Handelsgewerbe (Kindler a.a.O. Rz. 47 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt der vorliegende Fall exemplarisch. Die Anordnung der Buchführungspflicht erfolgte ausweislich des Bescheides des Finanzamtes unter Bezugnahme auf § 141 Abs. 1 Nr. 4 AO, weil der Gewinn im Jahr 2016 höher als 60.000,- € war. Die in Bezug genommene Norm gilt ausweislich ihres Wortlauts nur, wenn nicht ohnehin Bücher nach § 140 AO zu führen sind, was unter anderem für die OHG der Fall ist.

18

Aus der Tatsache, dass aufgrund einer Anordnung der Finanzbehörden Bücher geführt werden, kann daher ein Argument weder für noch gegen das Vorliegen eines Handelsgewerbes gewonnen werden.

c) Personal

19

Unstreitig werden die anfallenden Tätigkeiten für die Gesellschaft hauptsächlich durch die Gesellschafter selbst bestritten. Dass diese studierte Wirtschaftswissenschaftler sind, besagt insoweit nichts über die Art ihrer Tätigkeit, die im wesentlichen aus der Entgegennahme und Betreuung von Buchungen sowie gegebenenfalls Vermittlung von Drittleistungen (Caterer u.ä.) bestanden zu haben scheint - was nicht unbedingt eine kaufmännische Vorbildung voraussetzt.

20

Abgesehen von ihren Gesellschaftern verfügte die Gesellschaft nicht über festes Personal. In den im Anlagenkonvolut B 1 enthaltenen Jahresübersichten aus der Buchhaltung der Gesellschaft werden als monatliche bzw. jährliche Personalkosten durchgängig 0,00 € angegeben. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien dies dahin erläutert, dass man im Bedarfsfall (wenn also z.B. die Mieter der K. Service bei Tisch wünschten) mit Personaldienstleistern zusammen gearbeitet und die diesbezüglichen Kosten den Kunden weiterverrechnet habe.

21

Der Gesichtspunkt Personalausstattung spricht daher eindeutig gegen das Erfordernis kaufmännischer Einrichtung; insbesondere eine „Lohnbuchhaltung“ war unter den dargestellten Umständen nicht erforderlich.

d) Kapitalstruktur

22

Aus den Übersichten aus der Buchhaltung der Beklagten gemäß Anlagenkonvolut B 1 ergibt sich, dass die Zinsaufwendungen in den Jahren 2017 - 2020 jeweils 0,- € betragen. Das bedeutet, dass die Gesellschaft jedenfalls in diesem Zeitraum ohne Fremdkapital arbeitete; nur in der Anfangszeit der Gesellschaft wurde nach der Erläuterung der Parteien in der mündlichen Verhandlung ein Darlehen in Anspruch genommen. Die Nichtinanspruchnahme von professionellem Fremdkapital (Bankdarlehen) ist nach der Erfahrung des seit vielen Jahren im Handels- und Gesellschaftsrecht tätigen Senats höchst untypisch für ein kaufmännisches Unternehmen.

23

Auch das Anlagevermögen der Gesellschaft stellt sich nach Aktenlage höchst überschaubar dar. In der (im zeitgleich verhandelten Parallelverfahren 7 U 2659/20 dem Senat als dortige Anlage BB 2 bekannt gewordenen) Aufstellung aus der Buchhaltung der Gesellschaft sind nur eine Geschirrspülmaschine, ein Laubbläser, ein PKW und ein „Sammelposten“ im Wert von (Ende 2018) 891,- € aufgeführt. Hierfür ist keine kaufmännische Einrichtung erforderlich.

e) Lagerhaltung

24

Aus den Kosten für den Wareneinkauf gemäß den genannten Jahresübersichten in Anlagenkonvolut B 1, die sich in den meisten Monaten nur im dreistelligen, selten im vierstelligen Bereich bewegen, kann auf den Umfang der für den Betrieb der Gesellschaft erforderlichen Lagerhaltung geschlossen werden; denn es konnte schlechterdings nicht mehr an Waren gelagert worden sein, als bezogen wurde. Im Hinblick auf den unstreitigen Befund, dass die Kunden der Gesellschaft zwar Getränke von ihr beziehen konnten, die Verköstigung mit Speisen aber über Catering-Dienste erfolgte, dürfte sich die Lagerhaltung somit auf jeweils eine Reihe von Getränketrägern beschränkt haben. Auch für die Verwaltung eines solchen Getränkebestandes erscheint keine kaufmännische Einrichtung erforderlich. - Damit dürfte sich auch die Teilnahme der Gesellschaft am Frachtverkehr auf die regelmäßige Anlieferung von Getränken beschränkt haben.

f) Vielfalt des Angebots

25

Kernangebot der Gesellschaft war die Zurverfügungstellung von Räumen in der Klausur, wobei die Möglichkeit des Bezugs von Getränken bestand. Weitere Leistungen (Catering, Shuttle-Service, Kurse) wurden nicht von der Gesellschaft erbracht, sondern konnten extern (ggf. unter Vermittlung der Gesellschaft) zugebucht werden. Das Leistungsangebot der Gesellschaft stellte sich daher nicht als vielfältig, sondern als recht überschaubar dar, was eher gegen das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung spricht.

g) Werbung

26

Die vorgelegten Übersichten gemäß Anlagenkonvolut B 1 weisen an Kosten für Werbung meist nur zweistellige Beträge auf. Hieraus kann das Erfordernis kaufmännischer Einrichtung nicht begründet werden. Die behauptete „umfangreiche Kooperation mit Werbeagenturen“ schlägt sich jedenfalls in den vorgelegten Unternehmenszahlen nicht nieder.

27

Wenn sich die Klagepartei dem gegenüber auf die umfangreiche Präsenz der Gesellschaft im Internet beruft, vermag dies kein anderes Ergebnis zu begründen. Denn für einen Internetauftritt benötigt man nur PC und Internetzugang, die als solche sicherlich kein Indiz für eine kaufmännische Einrichtung sind; zwar mag heutzutage jeder Kaufmann im Internet präsent sein, aber die Präsenz als solche lässt keinen Rückschluss auf die Kaufmannseigenschaft zu.

h) Kundenanzahl

28

Nicht bestritten ist der klägerische Vortrag, dass die Gesellschaft seit ihrer Gründung 706 Kundennummern vergeben hat und dass sich darunter auch namhafte Firmen wie D., A., B. und T. befinden. Die Kundenanzahl als solche mag daher eher für das Erfordernis kaufmännischer Einrichtung sprechen. Dieser Befund wird allerdings relativiert, wenn man die Kundenzahl auf die Dauer der Existenz der Gesellschaft umlegt; auch ist nicht ersichtlich (jedenfalls nicht vorgetragen), dass es sich bei den vergebenen Kundennummern mehrheitlich um „Stammkunden“, die die Klausur regelmäßig buchen, handelt.

29

Ferner ist zu sehen, dass das Geschäftsmodell der Gesellschaft in der Vermietung der K. für Veranstaltungen besteht, was bedingt, dass in der Regel immer nur ein Kunde pro Zeiteinheit (Tag, Wochenende, Woche) bedient werden kann. Auch dieser für ein kaufmännisches Gewerbe eher untypische Befund relativiert die nackte Anzahl von Kunden.

i) Professionelle Struktur

30

Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag existiert nicht. Ausdrückliche Regelungen über die Vertretungsmacht wurden nicht getroffen (wohl aber konkludente Vereinbarung von Einzelvertretungsmacht durch stillschweigende Handhabung, vgl. näher Senatsurteil vom 19.1.2022 im Parallelverfahren 7 U 2659/20, unter B.I.2.). Prokuristen oder sonstige Bevollmächtigte wurden nicht bestellt. Auch dies ist untypisch für ein kaufmännisches Unternehmen.

31

3. In der Gesamtschau dieser Umstände ist der Senat davon überzeugt, dass der Betrieb der Gesellschaft keine kaufmännische Einrichtung erfordert. Die Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgewerbes ist damit widerlegt.

32

Die Kundenanzahl und die Umsatzzahlen führen aus den dargestellten Gründen allenfalls in den Grenzbereich zum Handelsgewerbe; die Buchführungspflicht aus steuerlichen Gründen ist nichtssagend. Dem gegenüber sprechen insbesondere die Kapitalstruktur, das Fehlen von fest angestellten Arbeitnehmern und das überschaubare Angebot der Gesellschaft eindeutig gegen das Erfordernis kaufmännischer Einrichtung. Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass die Gesellschafter ihren Geschäftsbetrieb bewusst schlank halten und möglichst viel in Eigenregie bzw. durch Fremddienstleister erledigen wollten und dies auch entsprechend umgesetzt haben; in diese Richtung deutet letztlich auch die Kostenstruktur; angesichts der a.a.O. mit den Umsatzzahlen mitgeteilten Jahresgewinne (die sich in der Größenordnung zwischen 40 und 78% bewegen) kann der betriebliche Aufwand nur als überschaubar bezeichnet werden. Insgesamt bietet die Gesellschaft daher nicht das Erscheinungsbild eines kaufmännischen Gewerbes.

II.

33

Damit kommt eine Ausschlussklage nicht in Betracht. Denn nur bei der OHG (und damit bei den übrigen Personenhandels Gesellschaften) ist eine Ausschlussklage in § 140 HGB vorgesehen. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gibt es eine vergleichbare Vorschrift nicht. Dort erfolgt der Ausschluss nach § 737 BGB durch Beschluss der übrigen Gesellschafter und dessen Mitteilung an den Ausgeschlossenen (vgl. Lorz, in: Ebenroth / Boujong, HGB, 4. Aufl., § 140 Rz. 3). Die Berufung des Beklagten gegen das ihn ausschließende Urteil musste daher Erfolg haben.

C.

34

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 269 Abs. 3 ZPO. Hinsichtlich der Berufung obsiegt der Beklagte in vollem Umfang. Beim Maß des Obsiegens in der ersten Instanz waren die Teilklagerücknahme und die rechtskräftige Abweisung der Widerklage zu berücksichtigen.

35

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

36

Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu würdigen waren vielmehr die Umstände des Einzelfalles.