

Rechtsprechung und Material zu Teil 1.1

Zu Folie 8:

BGH NJW 2016, 1086 LS und Rn. 21 ff.

Leitsätze:

1. Eine gewerbliche Weitervermietung im Sinne des § 565 I 1 BGB setzt voraus, dass der Zwischenmieter – nach dem Zweck des mit dem Eigentümer abgeschlossenen Vertrags – die Weitervermietung zu Wohnzwecken mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausüben soll (Bestätigung und Fortführung von Senat, BGHZ 133, 142 [148] = NJW 1996, 2862).

2. Hieran fehlt es, wenn der Eigentümer mit einer Mieter-Selbsthilfegenossenschaft einen Mietvertrag abschließt, der die Weitervermietung des Wohnraums an deren Mitglieder zu einer besonders günstigen Miete vorsieht. Bei einem derartigen Handeln des Zwischenmieters im Interesse der Endmieter kommt eine analoge Anwendung der Vorschrift schon deshalb nicht in Betracht, weil es an einer der gewerblichen Weitervermietung vergleichbaren Interessenlage der Beteiligten fehlt.

Aus den Gründen:

[21] Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch auch die weitere Voraussetzung des § 565 I 1 BGB bejaht, dass es sich bei der vorgesehenen Weitervermietung durch die S-eG um eine gewerbliche Weitervermietung im Sinn dieser Vorschrift handelte.

[22]aa) Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das BerGer. allerdings angenommen, dass eine gewerbliche Weitervermietung gem. § 565 BGB eine geschäftsmäßige, auf Dauer gerichtete, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübte Vermietungstätigkeit des Zwischenmieters voraussetzt (Senat, BGHZ 133, 142 [148] = NJW 1996, 2862 [zur Vorgängerregelung in § 549 a BGB aF]). Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. diese Voraussetzung aber bereits deshalb als erfüllt angesehen, weil es sich bei einer gemeinnützigen Genossenschaft um ein eigenwirtschaftliches, selbstverantwortliches Unternehmen handele. Denn damit lässt das BerGer. jedes mehr als nur gelegentliche Anbieten von Leistungen gegen Entgelt genügen und hat es die Voraussetzung der Gewinnerzielungsabsicht jedenfalls im praktischen Ergebnis aufgegeben.

[23]bb) Auf dieses Erfordernis kann jedoch bei der Definition der gewerblichen Weitervermietung iSd § 565 BGB – entgegen einer auch im Schrifttum vertretenen Auffassung (*Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2014, § 565 Rn. 6; *MüKoBGB/Häublein*, 6. Aufl., § 565 Rn. 8) – nicht verzichtet werden. Zwar wird im Handelsrecht inzwischen zunehmend in Frage gestellt, ob eine gewerbliche Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht zwingend voraussetzt (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 1 Rn. 16 mwN). Auch der Senat hat – für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs – entschieden, dass das Vorliegen eines Gewerbes und damit einer Unternehmerstellung nicht voraussetzt, dass die Geschäftstätigkeit mit der Absicht erfolgt, Gewinn zu erzielen (Senat, BGHZ 167, 167, 40 = NJW 2006, 2250 Rn. 16 ff.).

[24]Für den Bereich des § BGB § 565 BGB besteht jedoch für eine Ausweitung des Gewerbebegriffs – etwa in der Weise, dass alle Fälle einer auf Dauer angelegten entgeltlichen Weitervermietung erfasst werden – kein Anlass. Dies ergibt sich aus dem Regelungszweck dieser Norm, der nicht darauf abzielt, den Schutz des Mieters generell für alle Fälle einer Weitervermietung durch den Hauptmieter auszudehnen, sondern nur für bestimmte Sachverhalte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Eigentümer im eigenen Interesse einen Zwischenmieter einschaltet, der mit der Weitervermietung wiederum eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Anlass für die Schaffung der Regelung in § 565 BGB (und der gleichlautenden Vorgängerregelung des § 549 a BGB aF) war die Entscheidung des BVerfG zum Mieterschutz bei Weitervermietung im Rahmen des so genannten Bauherrenmodells (BVerfGE 84, 197 = NJW 1991, 2272). Jene Entscheidung hat einen Verstoß gegen Art. GG 3 I GG festgestellt und dies damit begründet, dass bei diesem Vermietungsmodell dem Endmieter bei Beendigung des Hauptmietvertrags nicht der soziale Kündigungsschutz zur Verfügung stehe, den er bei direkter Anmietung gehabt hätte, obwohl keine gewichtigen Interessen des Eigentümers ersichtlich seien, die eine Verkürzung des Kündigungsschutzes rechtfertigen könnten. Denn der Eigentümer habe die Wohnung errichtet oder erworben, um sie auf dem Wohnungsmarkt zu nutzen; die bloße Einschaltung eines gewerblichen Zwischenmieters könne daher eine Verkürzung des Kündigungsschutzes des Mieters nicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 84, 197 [202] = NJW 1991, 2272).

BGHZ 155, 240, 245 f.

Aus den Gründen:

Allerdings ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der früher herrschenden Lehre (siehe z.B. [BGHZ 33, 321, 324](#); [36, 273, 276](#); [57, 191, 199](#); [66, 48, 49](#); [83, 382, 386](#); Staub/Brüggemann, HGB 4. Aufl. § 1 Rdn. 9 m.w.Nachw.; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB 5. Aufl. § 1 Rdn. 24) eine Gewinnerzielungsabsicht des Kaufmanns oder selbständigen Unternehmers im Bereich des Handels- bzw. Unternehmensrechts grundsätzlich unverzichtbar.

Demgegenüber hält die in der neueren Literatur vorherrschende Ansicht (siehe etwa K. Schmidt, Handelsrecht 5. Aufl. § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; MünchKomm/K. Schmidt, HGB § 1 Rdn. 23; Baumbach/Hopt, HGB 30. Aufl. § 1 Rdn. 16; Koller/Roth/Morck, HGB 3. Aufl. § 1 Rdn. 10; Ebenroth/Boujong/ Joost/Kindler, HGB § 1 Rdn. 27 m.w.Nachw.; Röhricht in: Röhricht/Graf von Westphalen, HGB 2. Aufl. § 1 Rdn. 24 und 48 m.w.Nachw.; Canaris, Handelsrecht 23. Aufl. § 2 Rdn. 14) das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht als rein unternehmensinterne Tatsache angesichts der Vielfalt der modernen unternehmerischen Tätigkeiten nicht mehr für zeitgemäß und geeignet, eine unterschiedliche rechtliche Behandlung im Geschäftsverkehr zu rechtfertigen. Für einen Gewerbebetrieb ist danach in aller Regel nur zu verlangen, dass es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen handelt, das selbständig, planmäßig und entgeltlich als Anbieter von Leistungen am Markt tätig ist (so vor allem MünchKomm/K. Schmidt aaO; Ebenroth/Boujong/Joost/Kindler aaO; Koller/Roth/Morck aaO).

BGH NJW 2006, 2250, 2251:

Leitsatz 1:

Beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen.

Aus den Gründen:

[14] Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt - jedenfalls - ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (*Micklitz*, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 14 Rdnrn. 12ff.; *Soergel/Pfeiffer*, BGB, 13. Aufl., § 14 Rdnr. 11; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 14 Rdnr. 2 m.w. Nachw.) Dies wird von der Revision ebenso wenig in Zweifel gezogen wie die Feststellung des BerGer., dass die Bekl. diese Voraussetzungen erfüllt, indem sie - wie sich aus ihrer Anzeigenwerbung in einer Fachzeitschrift für die Zucht von Araber-Pferden ergibt - unter der Bezeichnung „Araberhof R.“ planmäßig und dauerhaft nicht nur Deckhengste für die Zucht, sondern auch Pferde aus der eigenen Nachzucht zum Verkauf anbietet.

[15] Die Revision meint jedoch, trotz des insoweit geschäftsmäßigen Auftretens der Bekl. am Markt liege eine gewerbliche Tätigkeit nicht vor; hierfür sei weiter erforderlich, dass die Tätigkeit mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werde. Daran fehle es bei der Bekl., weil sie die Pferdezucht nur als Hobby betreibe; die damit einhergehenden Geschäfte dienten nur dazu, die Verluste etwas zu reduzieren. Dem ist das BerGer. mit Recht nicht gefolgt.

[16] Beim Verbrauchsgüterkauf setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen. Dies entspricht der Rechtsprechung des *BGH* zum Verbraucherkreditrecht (BGHZ 155, 240, 246 = NJW 2003, 2742) und auch der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum zur Auslegung des für § 474 BGB maßgeblichen Unternehmerbegriffs in § 14 I BGB (*Micklitz*, in: MünchKomm, § 14 BGB Rdnrn. 16 ff.; *Soergel/Pfeiffer*, § 14 Rdnr. 13; *Staudinger/Habermann*, BGB, Neubearb. 2004, § 14 Rdnr. 35; *Schmidt-Räntsch*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 14 Rdnr. 6; *Palandt/Heinrichs*, § 14 Rdnr. 2; *Erman/Saenger*, BGB, 11. Aufl., § 14 Rdnrn. 8 ff., 12).

[17] Zwar ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff, der ebenfalls an den Gewerbebegriff anknüpft, eine Gewinnerzielungsabsicht des Kaufmanns oder selbstständigen Unternehmers im Bereich des Handels- bzw. Unternehmensrechts grundsätzlich unverzichtbar (BGHZ 155, 240, 245 = NJW 2003, 2742 m.w. Nachw.). Ob das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht im Handels- und Unternehmensrecht inzwischen überholt ist, hat der *BGH* (BGHZ 155, 240, 246 = NJW 2003, 2742) offen gelassen und bedarf auch hier keiner Entscheidung. Jedenfalls ist beim Verbrauchsgüterkauf - ebenso wie beim Verbraucherkredit (BGHZ 155, 240, 246 = NJW 2003, 2742) - die Unternehmerstellung des Vertragspartners des Verbrauchers nicht von der Motivation, Gewinn zu erzielen, abhängig.

[18] Zum Verbraucherkreditgesetz hat der *BGH* entschieden, dass es für das Abgrenzungskriterium „in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ in § 1 I VerbrKrG (a.F.) auf ein dauerhaftes Gewinnstreben des Kreditgebers nach dem Willen des Gesetzgebers im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes nicht ankommt (BGHZ 155, 240, 246 f. = NJW 2003, 2742). Dies gilt nicht nur für das Verbraucherkreditrecht, das hinsichtlich des Unternehmerbegriffs ohne sachliche Änderung in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 491 ff. BGB) übernommen worden ist (*Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, Neubearb. 2004, § 491 Rdnrn. 3, 7), sondern gleichermaßen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB). Auch hier steht das Interesse des Gesetzgebers an einem wirksamen Verbraucherschutz, dessen Umsetzung in nationales Recht dem Gesetzgeber durch die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABIEG Nr. L 171/12) aufgegeben worden war, im Vordergrund, und

nicht die Anknüpfung an den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts. Dementsprechend wird in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Dr 14/6040, S. 243) zur Erläuterung des Unternehmerbegriffs in § 474 BGB nicht auf den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts Bezug genommen, sondern darauf hingewiesen, dass der für § 474 BGB maßgebliche Unternehmerbegriff in § 14 BGB der Definition des Verkäufers in Art. 1 II lit. c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspreche. Aus dieser Bezugnahme auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird deutlich, dass dem Unternehmerbegriff in § 474 BGB der europäisch-autonome Unternehmerbegriff zu Grunde liegt (*Soergel/Pfeiffer*, § 14 Rdnr. 11), der vom Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt ist. Die überkommene Rechtsprechung des *BGH* zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff hindert deshalb - wie bereits für den Verbrauchercredit entschieden (BGHZ 155, 240 = NJW 2003, 2742) - auch beim Verbrauchsgüterkauf nicht daran, für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit des Verkäufers auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht zu verzichten. Dies ist im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes auch hier geboten, weil eine Gewinnerzielungsabsicht des Verkäufers als rein unternehmensinterne Tatsache dem Verbraucher beim Vertragsschluss häufig verborgen bleiben wird (vgl. BGHZ 155, 240, 246 = NJW 2003, 2742) und auch kein überzeugender Grund dafür ersichtlich ist, den Verbraucherschutz beim Verbrauchsgüterkauf davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer mit einer in professioneller Weise betriebenen Geschäftstätigkeit Gewinn erzielen oder - wie die Bekl. für sich geltend macht - damit lediglich Verluste reduzieren (*muss heißen: produzieren*) will. Nichts spricht dafür, das Schutzbedürfnis des Verbrauchers, auf das für den Anwendungsbereich des Gesetzes wesentlich abzustellen ist, für geringer zu erachten, wenn dem Verkäufer, der am Markt - nach seinem gesamten Erscheinungsbild - als Unternehmer auftritt, die Absicht der Gewinnerzielung fehlt.

[19] Diesem für das Verbraucherschutzrecht maßgeblichen, allein auf die objektiven Gegebenheiten abstellenden Unternehmer- und Gewerbebegriff hat sich im Übrigen auch bereits die ältere Rechtsprechung des *BGH* zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff angenähert, soweit sie den Zweck der Gewinnerzielung dahin verstanden hat, dass der Geschäftsbetrieb auf Erzielung „dauernder Einnahmen“ gerichtet ist (vgl. BGHZ 33, 321, 324 = NJW 1961, 725; BGHZ 95, 155, 157 = NJW 1985, 3063, jew. unter Bezugnahme auf *Senat*, WM 1959, 161). Dass die von der Bekl. betriebene Pferdezucht zur Deckung der damit verbundenen Kosten auf die Erzielung wiederkehrender Einnahmen durch Deckgelder und Verkaufserlöse ausgerichtet ist, stellt die Bekl. selbst nicht in Abrede.

EStG

§ 18 [Selbständige Arbeit]

(1) Einkünfte aus selbständiger Arbeit sind

1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. ²Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. ³Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. ⁴Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen;

Zu Folie 9:

Regierungsentwurf vom 12.05.1997 zum HandelsrechtsreformG, ZIP 1997, 942, 949 (BR-Drucks. 340/97:

Im Interesse der Rechtssicherheit ist § 1 Abs. 2 HGB-E als gesetzliche Beweislastregel formuliert. Mit der "Es sei denn"-Formulierung wird für den Rechtsverkehr die ausdrückliche Vermutung eingeführt, dass bei Vorliegen eines Gewerbes grundsätzlich auch von der Eigenschaft als Handelsgewerbe - und damit vom Kaufmannsstatus des Unternehmens - ausgegangen werden kann. Ein Gewerbetreibender, der sich im Geschäfts- und Rechtsverkehr darauf beruft, sein Gewerbebetrieb erfordere nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb und sei deshalb nicht kaufmännisch, trägt dann dafür auch die Darlegungs- und Beweislast.

Damit folgt der Entwurf einem wesentlichen Anliegen der beteiligten Kreise und der Landesjustizverwaltungen, die teilweise eine solche - im Referentenentwurf noch nicht vorgesehene - Beweislastregel gefordert haben. Dieses Anliegen erachtet die Bundesregierung für sachgerecht, können doch die Vertragspartner eines Gewerbetreibenden im Geschäftsverkehr von außen kaum zuverlässig beurteilen, ob der jeweilige Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert oder nicht. Beweisprobleme in diesem Zusammenhang gingen - ohne die hier vorgeschlagene "Es sei denn"-Formulierung - zu Lasten der Geschäftspartner des Gewerbetreibenden, obwohl die fraglichen Kriterien ausnahmslos in der Sphäre des betroffenen Unternehmers selbst liegen und (oft nur) von diesem dargelegt werden können.

Mit diesem Vorschlag wird das Ergebnis, die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB-E im Interesse des Geschäftsverkehrs in jedem Fall dem nicht-kaufmännischen Gewerbetreibenden aufzuerlegen, insoweit erreicht, als der Geschäftsverkehr dort entlastet wird, wo der (Klein-)Gewerbetreibende sich darauf beruft, kein Kaufmann zu sein, also zum Beispiel wenn darum gestritten wird, ob er beim Handelskauf zur Wahrung seiner Gewährleistungsansprüche der unverzüglichen Untersuchungs- und Rückgepflicht nach §§ 377, 378 HGB unterliegt oder nicht. In der umgekehrten Konstellation, in der sich der Gewerbetreibende zu seinen Gunsten gegenüber seinem Geschäftspartner darauf beruft, Kaufmann zu sein, etwa um den Zinssatz des § 353 HGB oder das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB geltend zu machen, läge es nach der hier vorgeschlagenen "Es sei denn"-Formulierung allein zwar wieder beim Geschäftspartner, zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Betrieb keinen in vollkaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Fall hilft dem Geschäftspartner aber die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 1 HGB: Zwar ist die vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister für die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 HGB-E nur deklaratorischer Wirkung, doch kann auch die eintragungspflichtige Tatsache, Kaufmann zu sein, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, solange diese Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist (es sei denn, dass dem Dritten die Kaufmannseigenschaft bekannt war, was wiederum der sich darauf berufende Kaufmann zu beweisen hätte). Dies führt zu sachgerechten Ergebnissen.

Darauf hinzuweisen ist allerdings, dass diese Beweislastregel im Verfahren vor dem Registergericht keine Anwendung findet. Hier gilt vielmehr gemäß § 12 FGG der Amtsermittlungsgrundsatz. Das Registergericht wäre also nicht etwa auf Grund der "Es sei denn"-Formulierung in § 1 Abs. 2 HGB-E gezwungen, gegen jeden ihm bekannten Gewerbebetrieb ein Eintragungsverfahren einzuleiten (§§ 29, 14 HGB), bis der Unternehmer nachweist, dass sein Gewerbebetrieb keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert. Das Registergericht ist erst dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn ihm Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betrieb die Grenze des § 1 Abs. 2 HGB-E überschreitet, und hat dann die dafür maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln.

Zu Folie 12:

BGHZ 32, 307, 313 f.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unter Berufung auf dahingehende Schriftumsstellen der Meinung, dass für die Anwendung des § 5 HGB nicht der Betrieb eines Gewerbes erforderlich sei, sondern dass dafür bereits das Vorliegen eines Unternehmens, d. h. einer äußeren Veranstaltung, die auf einen Gewerbebetrieb schließen lässt (vgl. etwa Wieland, Handelsrecht I S. 124), genüge. Allein, dem kann nicht gefolgt werden. Wie die von der Revision angeführten Rechtslehrer selbst nicht verkennen, spricht der Wortlaut des § 5 HGB eindeutig dafür, dass Voraussetzung für seine Anwendung das Vorliegen eines Gewerbebetriebes ist. Bei dieser Sachlage könnte eine ausdehnende Anwendung des § 5 HGB über seinen Wortlaut hinaus nur in Betracht gezogen werden, wenn das nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift notwendig wäre. Das aber kann nicht gesagt werden. § 5 HGB soll im Interesse der Rechtssicherheit eine klare Abgrenzung in den Fällen ermöglichen, in denen es zweifelhaft ist, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist oder nicht; es sollen durch § 5 HGB also die Unsicherheiten beseitigt werden, die sich durch die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1-4 HGB im Einzelfall ergeben können (vgl. dazu Würdinger aaO § 5 Anm. 2). Eine weitergehende Bedeutung hat diese Vorschrift nicht. Das nötigt dazu, ihre Anwendung nicht über den Wortlaut hinaus auszudehnen.