

Die Kaufmannseigenschaft des Software-Entwicklers

Stefan Mutter

1. Einleitung

Ungeachtet der vielfältigen Versuche der Literatur, namentlich von *Karsten Schmidt*¹, das Handelsrecht allgemein zum Unternehmensrecht fortzuentwickeln, nimmt einstweilen für das geltende Recht die Kaufmannseigenschaft unverändert die zentrale Schlüsselstellung ein.² Aufgrund ihrer wird entschieden, ob die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs oder die spezielleren Regelungen des Handelsgesetzbuchs zur Anwendung kommen.³

Mit anderen Worten, allein durch sie wird bestimmt, ob der Software-Entwickler am kaufmännischen Rechtsverkehr vollumfänglich teilzunehmen vermag. Dabei stehen naturgemäß nicht nur die Vorteile in der Form von erweiterten Handlungsmöglichkeiten zur Disposition, sondern auch umgekehrt die an die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft geknüpften Nachteile.⁴

Zentrale Bedeutung der Kaufmannseigenschaft

2. Die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft aufgrund der Rechtsform des Unternehmens

Im Wirtschaftsalltag zeigt sich auch und gerade unter den Software-Entwicklern – und dies nicht erst in diesen Tagen – eine vermehrte Tendenz zu immer größeren Wirtschaftseinheiten. Die großen Anbieter unter den Software-Entwicklern vereinnahmen mit ihren breiten Produkt- und Dienstleistungsangeboten den Markt immer mehr für sich. Damit einhergehend treten die Software-Entwickler häufiger in Rechtsformen auf, mit denen ihnen bereits als Formkaufleuten die Kaufmannseigenschaft zuzubilligen ist, ohne daß es noch darauf ankäme, ob das Geschäft der Software-Entwicklung in den Anwendungsbereich des § 1 HGB fällt. Namentlich handelt es sich dabei um die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 17 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 6 HGB)⁵ und die Aktiengesellschaft (§ 3 AktG i. V. m. § 6 HGB)⁶, welchen von Gesetzes wegen stets die Vollkaufmannseigenschaft zukommt.

Mitunter können die Software-Entwickler aber auch in der Rechtsform der Genossenschaft auftreten; es handelt sich dabei praktisch meist um berufsständisch zu Selbsthilfzwecken gebildete Unternehmen. Für sie gilt aber aufgrund § 17 GenG nicht anderes als für die GmbH und die AG.

Unproblematisch: die Formkaufleute

3. Die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB

Für die übrigen Klein- und Nischenanbieter, die in aller Regel durch einen schlichten Zusammenschluß einzelner Sachkundiger gebildet werden, stellt sich aber in voller Härte die Frage nach der Kaufmannseigenschaft nach § 1 ff. HGB.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Stefan Mutter, Dipl.-Finanzw., Tübingen.

¹ Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, S. 48 ff.; *ders.*, JuS 1985, 249 ff.; demgegenüber ist *Wolfgang Zöllner*, ZGR 1983, 83 ff. solchen Versuchen mit größter Entschiedenheit entgegengetreten. Bilanzierend aus der Sicht der Methodenlehre zu diesem Streit schließlich *Franz Bydliniski*, Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, 1990.

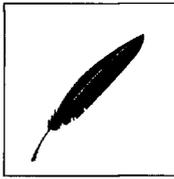
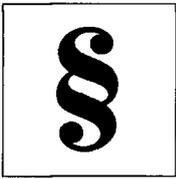
² Zu diesem damit begründeten "subjektiven System" des Handelsrechts näher *Karsten Schmidt*, a. a. O. (Fn. 1), S. 4 und *Claus-Wilhelm Canaris*, in *Capelle/Canaris*, Handelsrecht, 21. Aufl. 1989, S. 1 f.; vgl. den letzteren insbesondere auch bezüglich des alternativen "objektiven Systems", das etwa in der Rechtspraxis der französische code de commerce von 1807 eingeführt hat.

³ Grundsätzlich zum Verhältnis von Handelsrecht und Bürgerlichem Recht *Karsten Schmidt*, a. a. O. (Fn. 1), S. 7 ff. mit sehr umfangreichen Nachweisen.

⁴ Grundsätzlich zur Bedeutung des Kaufmannsbegriffs *Karsten Schmidt*, a. a. O. (Fn. 1), S. 277 f.

⁵ *Thomas Raiser*, Hachenburg GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 13 RdNr. 27 f.; *Volker Emmerich*, Scholz GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 13 RdNr. 13 ff.

⁶ Näher *Uwe Hüffer*, AktG 1993, § 3 RdNr. 1 und 3; *Alfons Kraft*, Kölner Kommentar, 2. Aufl. 1988, § 3 RdNr. 2 ff. und 16 ff.



*Anschaffung und
Weiterveräußerung von Waren ...*

*... aber wie ist das mit der
Software?*

In der Literatur und in der Rechtsprechung⁷ wird dabei die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB diskutiert. Erforderlich wäre dazu, daß der Software-Entwickler Waren anschafft und veräußert. Vorderhand läßt sich dies auch leicht begründen, da der Software-Entwickler unbespielte Datenträger (Disketten, CD) ankauft und nach dem Aufspielen der zu vertreibenden Software weiterveräußert. Man wird auch kaum umhin kommen, den für das Eingreifen des Merkmals geforderten inneren Zusammenhang zwischen Anschaffung und Veräußerung⁸ des Datenträgers zu bejahen, da die erstere unbestreitbar zum Zwecke der letzteren erfolgt.⁹

Jedoch bliebe eine solche Betrachtung wohl etwas zu vordergründig. Beim Absatz des Datenträgers steht sowohl auf Seiten des Software-Entwicklers als auch des Abnehmers nicht der Datenträger, sondern die auf diesem gespeicherte Software im Vordergrund des tatsächlichen und wirtschaftlichen Interesses.¹⁰ Damit stellt sich die Sachlage aber gänzlich anders dar. In den Mittelpunkt der Betrachtung ist nicht die Ware Datenträger, sondern die Ware "Software" zu stellen. Freilich darf man diese beiden Dinge mit Blick auf § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB nicht dauerhaft trennen. Erst die Abspeicherung auf einem Datenträger, wie zum Beispiel einer Diskette, macht aus der Software ein handelsfähiges Gut.¹¹ Gleichwohl kann auch dies die erörterte Abwertung der Handelsware "Datenträger" in diesem Zusammenhang nicht wieder umkehren. Im Mittelpunkt steht beim Software-Entwickler eben nicht die Anschaffung und Weiterveräußerung von Datenträgern, sondern die geistig-schöpferische Tätigkeit der Software-Entwicklung, wobei sich die erworbenen Speichermedien nur noch als untergeordnete Hilfsmittel darstellen.¹² Dieser Gesichtspunkt der gegenüber der geistigen Leistung zu vernachlässigenden (materiellen) Bedeutung des Datenträgers ist es schließlich auch, der die ansonsten denkbare Möglichkeit einer Einordnung als Warenhandwerker verhindert.¹³

Somit bleibt im Ergebnis wohl nur festzuhalten, daß eine Begründung der Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern durch § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB nicht möglich sein dürfte.

4. Ergebnis

*Auf die Rechtsform
kommt es an.*

Als Ergebnis der vorangegangenen Überlegungen ist demgemäß herauszustellen, daß die Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern im wesentlichen von der gewählten Rechtsform des Unternehmens abhängig ist. Dieser Befund ist freilich nicht so nachteilig, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Für die Rechtspraxis öffnet sich damit nämlich eine Möglichkeit zur bewußten Gestaltung, wobei man natürlich nicht verkennen darf, daß die Entscheidung für oder gegen eine Rechtsform weniger von der damit verbundenen Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft als von steuerlichen und haftungsrechtlichen Überlegungen geprägt sein dürfte.

⁷ LG Darmstadt, CR 1991, 547.

⁸ *Claus-Wilhelm Canaris*, a. a. O. (Fn. 2), S. 25; *Karsten Schmidt*, a. a. O. (Fn. 1), S. 308

⁹ Formulierung des letzten Halbsatzes im Anschluß an *Claus-Wilhelm Canaris*, a. a. O. (Fn. 2), S. 25.

¹⁰ In diese Richtung deutend auch der Ansatz des LG Darmstadt, CR 1991, 547.

¹¹ Ähnlich in einer warenzeichenrechtlichen Entscheidung BGH NJW-RR 1986, 219.

¹² Ähnlich auch das LG Darmstadt, CR 1991, 547.

¹³ Zur Eingrenzung des Warenhandwerkers vgl. *Karsten Schmidt*, a. a. O. (Fn. 1), S. 309.