

Vorlesung Handels- und Gesellschaftsrecht (sog. Nebengebiete)

PD Dr. Kaspar Krolop

**(Privatdozent an Humboldt Universität zu Berlin;
Lehrbeauftragter an der Freien Universität Berlin)**

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

1

Vorlesung Handels- und Gesellschaftsrecht

Zur Person Privatdozent Dr. Kaspar Krolop

**(habilitiert an der Humboldt Universität zu Berlin; hauptberuflich im
Bundesministerium der Finanzen / Abt. für Finanzmarktregulierung)**

**Lehrfächer: Deutsches und Europäisches Privatrecht einschließlich Handels-
und Gesellschaftsrecht, deutsches und internationales Wirtschaftsrecht,
Rechtsvergleichung und Arbeitsrecht**

Besonderer Forschungsschwerpunkte:

- **Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung bei
grenzüberschreitenden Transaktionen, insbesondere im Bereich der
Unternehmensfinanzierung und Unternehmenskooperation**
- **Corporate Governance und Rechnungslegung einschließlich
Abschlussprüfung (vgl. „Wirecard“)**
- **Europäische und Deutsche Bankenregulierung unter besonderer
Berücksichtigung von Fragen der Reorganisation und Abwicklung**

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

2

Kontakte / allg. Hinweise

an der FU organisatorisch angebunden an den Lehrstuhl Prof Engert.

- Kontakt dort: 'Tina Jenichen' sekrengert@zedat.fu-berlin.de
- Direkter Kontakt per Mail: Kaspar.Krolop@hu-berlin.de

Hinweis für ausländische Studierende

- Form des Leistungsnachweise abhängig von der Gesamtzahl der Studierenden, die einen derartigen Nachweis benötigen.
- Soweit Anzahl überschaubar, mündliche Prüfung am Ende des Semesters; ansonsten spezieller Test

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, BMF/ FU Berlin SS 2022

3

Hinweise zu Lehrbüchern und Lehrmaterialien

1) Studentenfreundliche Gesamtdarstellungen

Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2020

Roth/Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2020

'Tina Jenichen' <sekrengert@zedat.fu-berlin.de>

2) zur Wiederholung und Vertiefung des Pflichtstoffs

Bayer/Lieder, Examenrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015

Fleischer/Wiedemann, Prüfe Dein Wissen Handelsrecht, 9. Aufl. 2015

Wiedemann/Frey, Prüfe Dein Wissen Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016

3) Lehrbücher speziell zum Gesellschaftsrecht (insbesondere für diejenigen

Studierenden, die erwägen, einen unternehmensrechtlichen

Schwerpunkt zu belegen)

Koch, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021

Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017

Grunewald, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, BMF/ FU Berlin SS 2022

4

Hinweise zur Lehrbuchliteratur und zu Materialien

4) Lehrbücher speziell zum Handelsrecht

- Lettl, Handelsrecht, 5. Aufl. 2021
- Brox/Henssler, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020

5) Fallbearbeitung

- Timm/Schöne, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Band I, 10. Aufl. 2018
- Lettl, Fälle zum Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022
- Lettl, Fälle zum Handelsrecht, 5. Aufl. 2021

Begleitende Materialien

- Powerpointfolien
 - Lösungsskizzen zu ausgewählten Fällen als pdf-Datei
 - in unregelmäßigen Abständen: fortlaufendes Skript als pdf-Datei
- Wo? → Blackboard

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, BMF/ FU Berlin SS 2022

5

Klassiker und wissenschaftliche Standardwerke / Gesetzestexte

6) Klassiker und wissenschaftliche Standardwerke

- Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2016
(großes C.H.Beck Lehrbuch)
- K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014
- K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. (erscheint 2022)
- Hopt, Kommentar zum HGB 41. Aufl. 2022
(der Palandt des Handels- und Personengesellschaftsrechts)
- Großkommentar zum HGB
- Münchener Kommentar zum HGB

7) Hinweise zu Gesetzestexten

- **Tipp für Schwerpunktinteressierte: „Aktuelle Wirtschaftsgesetze“**
- **Interesse beschränkt auf Pflichtstoff/1. Examen: dtv Handelsrecht**

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, BMF/ FU Berlin SS 2022

6

Gegenstand des Gesellschaftsrechts

Beachte: zum 1.1.2024 tritt das „Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ (MoPeG, BGBl. I-2021, 3436) mit umfangreichen Änderungen, in BGB und HGB in Kraft (weitere Hinweise dazu in der Vorlesung)

Gesellschaftsrecht als Sonderprivatrecht

- Recht der privaten Personenvereinigungen, die durch Rechtsgeschäft errichtet werden
- Abgrenzung zu Körperschaft/Anstalt des öffentlichen Rechts
- Gemeinschaftsverhältnisse, die kraft Gesetzes entstehen
- Stiftung (§§ 80 ff. BGB) keine Personenvereinigung (hat keine Mitglieder)

Kapitalgesellschaft – „Grundform“ – Verein (vgl. §§ 21 ff. BGB)

Personengesellschaft – „Grundform“ – GbR (§§ 705 ff. BGB)

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, BMF/ FU Berlin SS 2022

7

Körperschaft

- e.V., §§ 21 ff., 55 ff. BGB
- eG (eingetragene Genossenschaft), GenG
- VVaG, §§ 15 ff. VAG

Kapitalgesellschaft als Unterkategorie

- Aktiengesellschaft, AktG
- Europäische Gesellschaft, SE
- KGaA, §§ 278 ff. AktG
- GmbH, GmbHG

→ Grundzüge

Personengesellschaft

„klassische“ Formen

- BGB-Gesellschaft, §§ 705 ff. BGB
- OHG, §§ 105 ff. HGB
- KG, §§ 161 ff. HGB
- Stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB

weitere Personengesellschaften

- PartGG
- EWIV
- Reederei, §§ 489 ff. HGB

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

8

Abgrenzung Personengesellschaftsrecht/ Schuldvertragsrecht

Drei Studenten fahren in die Ferien. A stellt sein Auto zur Verfügung; B sein Zelt sowie zwei schöne Hängematten. C verspricht die Benzinkosten zu tragen. Endlich angekommen, bauen sie das Zelt im Grünen im Schatten der Bäume auf. C weigert sich die Benzinkosten zu tragen. Kann A Zahlung der Benzinkosten verlangen?

- 1) Überhaupt Rechtsbindungswille? → kein einklagbarer Leistungsanspruch
- 2) Schenkungszusage – nicht bindend wegen § 518
- 3) Anspruchsgrundlage §§ 705, 706

§ 705 BGB: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.“

Unterscheidung rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft

Untertitel 1 „AT“ § 705 BGB: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.“

Untertitel 2 : Rechtsfähige Gesellschaft §§ 706 – 739

Untertitel 3: Nichtrechtsfähige Gesellschaft - §§ 740 – 740c

Vgl. auch Unterscheidung Innen- versus Außengesellschaft

Personenhandelsgesellschaft

Alchian Albers (A) und Daniela Demsetz (D) betreiben unter dem Namen „ChicagoCarrier“ einen gemeinsamen Fahrradkurierdienst in Berlin. Die Fahrräder haben A und D mit gemeinsamen Mitteln angeschafft. Außerdem haben sie verabredet, dass A für Abrechnungen und Auftragsentgegennahme zuständig sein soll, während D den „Außendienst“ organisiert. Sie haben bald 10 Mitarbeiter und haben großzügige Geschäftsräume angemietet

- Ist der Zweck der Gesellschaft auf das Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet, liegt eine Gesellschaft in Form der OHG vor (§ 105 I HGB)
- auf die *Handels*gesellschaft finden gemäß § 6 HGB alle für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung
- Bei der Personenhandelsgesellschaft finden Gesellschafts- UND Handelsrechts Anwendung. HGB regelt Handels und Gesellschaftsrecht

Traditioneller Begriff und Zweck des Handelsrechts

1. Der klassische Begriff

- Sonderprivatrecht der Kaufleute
- Historische Konzeption: Besondere Vorgaben für den „Kaufmannsstand“

2. Gründe für ein solches „Sonderprivatrecht“

- a. Selbstverantwortlichkeit (vgl. Formfreiheit, § 350 HGB)
- b. Einfachheit und Schnelligkeit (vgl. Rügepflicht, § 377 HGB)
- c. Verkehrs- und Vertrauensschutz (vgl. Handelsregister, § 15 HGB);
zwingend festgelegter Umfang bei der Prokura, § 49 HGB)
- d. Praxisnähe und Internationalität (Handelsbräuche)
- e. Fazit: Recht dient hier vor allem ökonomischen Bedürfnissen:
 - Vertrauensschutz /Schaffen von Erwartungssicherheit
 - Senkung von Opportunitätsrisiken Selbstverantwortlichkeit
 - Freies Spiel von Angebot und Nachfrage
 - Einfachheit und Schnelligkeit
 - Senken der Transaktionskosten

Aktuelle Entwicklung – vom Handelsrecht zum Unternehmensrecht?

1. Zunehmende Anknüpfung an den Unternehmer / Unternehmen anstatt an Kaufmann
→ § 14 BGB / § 15 ff AktG / Europarechtliche Vorgaben, insbes. im Bereich Verbraucherschutz
2. Systematische Komplementarität von Handels- und Gesellschaftsrecht
→ Recht der Unternehmung, Unternehmensrecht
→ Handelsrecht = (Sonder)außenprivatrecht der Unternehmen
→ Gesellschaftsrecht – Recht der Organisation von gemeinschaftlichen Unternehmungen
3. Abgrenzung Unternehmensrecht / Allgemeines Privatrecht
 - a. Unternehmer (§ 14 BGB)
 - Kaufmännische Unternehmen (§ 1 HGB)
 - nichtkaufmännische Unternehmen (z.B. Steuerberater)
 - b. „Einfache BGB-Bürger“ – idR Verbraucher iSv § 13 BGB

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

13

Aktuelle Entwicklung – vom Handelsrecht zum Unternehmensrecht?

3. Abgrenzung Unternehmensrecht / Allgemeines Privatrecht
 - a. Unternehmer (§ 14 BGB)
 - b. „Einfache BGB-Bürger“ – idR Verbraucher iSv § 13 BGB
 - c. drei Kategorien – Verträge zwischen
 - (1) Unternehmern (b2b)
 - (2) Unternehmer und Verbraucher (b2p)
 - (3) zwischen Personen, bei denen keine Seite Unternehmer ist (p2p)
- Nur bei (3) findet Handels- bzw. Unternehmensrecht gar keine Anwendung
- (1) + (2) über 95 % der abgeschlossenen Verträge
- Handelsrecht, zwar als Sonderrecht bezeichnet, aber Anwendung von Unternehmensrecht auf zumindest einer Seite ist statistisch gesehen eher die Regel als die Ausnahme

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

14

Prüfung der Kaufmannseigenschaft – Anwendbarkeit des HGB

Zentraler Anknüpfungspunkt für die Anwendung des HGB ist die Definition des Kaufmanns in § 1 HGB:

§ 1 Abs. 1: Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

§ 1 Abs. 2: Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert

dreistufige Prüfung:

- Liegt ein Gewerbe vor? → § 1 I, II, 1. HS.
- Liegt auch ein *Handelsgewerbe* vor? → § 1 I, II, 2. HS.
- Ist die Person bzw. der Rechtsträger auf den Handelsrecht angewendet werden soll Betreiber des Handelsgewerbes? → § 1 I („betreibt“)

Folgen des Vorliegens eines Gewerbes

a. Wirtschaftsverwaltungsrecht ☐ Anmelde- / Genehmigungspflichten

- Anzeigepflicht: u.a. § 14 GewO, HandwO
- Genehmigungspflicht: Gaststättengesetz, Kreditwesengesetz
- Anlagen-/Betriebsbezogene Regulierungen

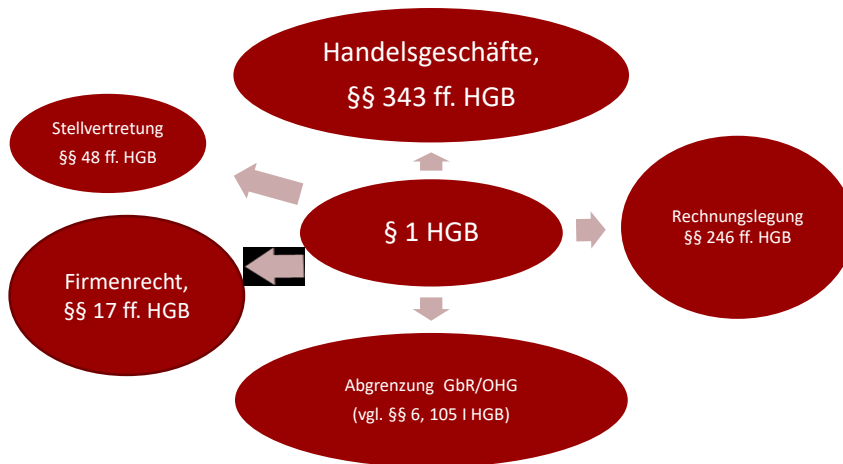
b. Steuerrecht

- Einkommen-/Lohnsteuer
- Körperschaftsteuer
- Umsatzsteuer
- Gewerbesteuer

c. Handelsrecht

- Voraussetzung für das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft (§ 1 HGB)
- Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte (vgl. § 343 HGB)
- *eine* Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG/KG (vgl. § 105 I HGB)
- **Hinweise zur Systematik des HGB und zum Gang der Vorlesung**

Anknüpfung und Relevanz des Handelsrechts



04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

17

PA – Beispielfall 1

Der Schriftsteller Utz Grünfuß hat sich im Jahr 2019 aus dem Trubel der Großstadt Berlin ins ländliche brandenburgische Umland auf den von seiner Oma geerbten Bauernhof zurückgezogen, um endlich seinen neuen Roman fertig stellen zu können. Da er wegen der auf sich wartenden Romanveröffentlichung gerade finanziell ein wenig klamm ist, kommt er auf die Idee, Obst aus der regionalen, ökologisch unbedenklichen Produktion mithilfe seines bekannten Gesichtes auf dem samstäglichen Biomarkt auf dem Chamissoplatz zu verkaufen. Die benachbarten Landwirte des Grünfuß, u.a. der Z und der Y, freuen sich über die prominente Absatzmöglichkeit. Bald läuft der Obstverkauf derart gut, dass Grünfuß beginnt, mehrere Wochenmärkte in Berlin mithilfe von 5 Angestellten zu beliefern. Schon 2020 macht er einen Umsatz von 300.000 €, so dass er eine Lagerhalle auf seinem Gelände errichten lässt, um auch im Winter noch Äpfel verkaufen zu können. Auf die Idee, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, kommt er nicht. Ist G Kaufmann iSv § 1 HGB?

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

18

PA – Beispielfall 1 (Fortsetzung)

Als Z für einen Umbau an seiner Lagerhalle im Januar 2020 einen Kredit über 50.000 € bei der D-Bank AG aufnimmt, fragt er Grünfuß, ob dieser nicht gegenüber der D-Bank AG für ihn bürgen würde. Grünfuß tut ihm ohne Zögern den Gefallen und unterschreibt bei der D-Bank AG eine Bürgschaftserklärung. Ab April 2021 zahlt Z die Raten nicht mehr. Die D-Bank AG nimmt daraufhin Grünfuß in Anspruch auf Zahlung der ausstehenden 45.000 €. Dieser ist empört. Die Bank könne sich nicht einfach an ihn halten, vielmehr müsse sie zunächst versuchen, das Geld bei Z einzutreiben, dessen Grundstücke ja eine Menge wert seien. Er als Bürge hafte schließlich nur nachrangig.

Kann die D-Bank AG von Grünfuß Zahlung von 45.000 € verlangen?

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

19

PA – Beispielfall 1 (Fortsetzung)

I. wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 I BGB

1. wirksame Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages

- a) zwei übereinstimmende Willenserklärungen (+)
- b) Formerfordernis: Grundsätzlich erfordert die Abgabe einer wirksamen Bürgschaftserklärung gem. § 766 S. 1 BGB die Schriftform.
 - beachte § 350 HGB
 - Schriftform eingehalten (+).

2. Bestehen der zu sichernden Hauptforderung (Akzessorietät):

- Darlehensvertrag zwischen Z und der D-Bank AG (+).
- Bürgschaftsvertrag wirksam, Anspruch ist somit entstanden.

II. Einwendung/Einreden

1. Einreden/Einwendungen des Schuldners – beachte § 774
2. Einrede des Bürgen
 - grundsätzlich § 773
 - Berufung könnte G aber wegen § 349 S. 1 verwehrt sein
 - Prüfung §§ 343, 1 HGB

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

20

Definition des Gewerbes iSv § 1 HGB

- Keine gesetzliche Definition
- Definition in der Rechtswissenschaft entwickelt: Ein Gewerbe ist danach jede selbständige entgeltliche, planmäßig auf Dauer angelegte Tätigkeit, die nach außen in Erscheinung tritt und nicht zu den freien Berufen gehört
- Fünf näher zu prüfende Merkmale
 - a) selbständig
 - b) entgeltlich
 - c) planmäßig auf Dauer angelegt
 - d) nach außen in Erscheinung treten
 - e) nicht zu den freien Berufen gehörend

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

21

Definition des Gewerbes iSv § 1 HGB

- a) selbständig
 - Abgrenzung zum unselbständigen Arbeitnehmer
 - Gesamtbild vertragliche Gestaltung und tatsächliche Handhabung
 - Anhaltspunkt: § 84 I S. 1 HGB (aber nicht direkt anwendbar)
- b) entgeltlich
 - BGH spricht von Gewinnerzielungsabsicht
 - Aber: Entscheidend nicht, ob subjektiv Gewinn erwartet wird, sondern ob nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt und am Markt im Wettbewerb mit Privatunternehmen tätig ist (vgl. Baumbach/Hopt § 1 Rn. 16)
- c) planmäßige, auf Dauer angelegte Tätigkeit,
P: Saisonbetrieb, Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe (ARGE)
 - Tätigkeit muss nicht ununterbrochen sein, genügt regelmäßig
 - Saisonbetrieb (+)
 - ARGE str. (h.M. verneint dieses Merkmal)

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

22

Definition des Gewerbes iSv § 1 HGB

- a) selbständige
 - b) entgeltlich
 - c) planmäßige, auf Dauer angelegte Tätigkeit,
 - d) werbende Tätigkeit nach außen
- Abgrenzung Geschäfte für den Eigenbedarf, wie etwa Verwaltung eigenen Vermögens (Bsp.: Privatpersonen, die regelmäßig Wertpapiere an der Börse kaufen und Verkaufen, um eigenes Vermögen zu mehren)
- in der betriebswissenschaftliche Terminologie: Betriebe zur Eigenbedarfsdeckung (Haushalte) sind kein Gewerbe, sondern nur Betriebe zur Fremdbedarfsdeckung (Unternehmen)
- e) nicht zu den freien Berufen gehörend

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

23

Begriff des Gewerbes

- e) und nicht zu den freien Berufen gehört
 - historisch gewachsen, Standesrecht Anwalt gehört nicht zum Handelsstande
 - teilweise ausdrücklich geregelt: 2 II BRAO , § 2 S. 3 BNotO , § 1 II S. 2 WirtschaftsprüferO ,
 - aktuelle Abgrenzungsprobleme, z.B. Gemeinschaftspraxis / Privatklinik
- f) Ergänzend: keine echten Merkmale, sondern „Denkposten“
 - Ist nur erlaubte Tätigkeit ein Gewerbe ?
 - Ist nur erlaubte Tätigkeit ein Gewerbe ? Unterscheide:
 - unstrittig: Gewerbe genehmigung keine Voraussetzung (vgl. § 7 HGB)
 - Problem 1: Tätigkeit die gegen Gesetz verstößt oder gegen die guten Sitten, konkret: Betreibt der Hehler ein Gewerbe?
 - Problem 2: Ehevermittler kein Kaufmann, weil keine klagbaren Ansprüche (vgl. § 656 BGB)?

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

24

Bedeutung des Merkmals „Handelsgewerbe“ / Systematik der §§ 1 – 6 HGB

I. Der sog. „Istkaufmann“, § 1 HGB

- Der vom HGB antizipierte Normalfall
 - Derjenige der die Merkmale des § 1 HGB erfüllt
- Eintragung im Handelsregister nur deklaratorisch

II. Handelsgewerbe kraft Eintragung (sog. Kannkaufmann“)

§ 2 I S. 1: „Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 II HGB Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzes, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.“

- liegen die Merkmale von § 2 I vor, Behandlung nur dann als Kaufmann, wenn Person im Handelsregister eingetragen ist.
- Eintragung ist in diesem Fall konstitutiv

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

25

Begriff des Handelsgewerbes

II. *Handels* (zweites Merkmal) gewerbe (erstes Merkmal)

- kaufmännischer Weise eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb
- Abgrenzung zum sog. Kleingewerbe („Kann-Kaufleute“, vgl. §2 HGB)
- Grund für die Differenzierung: beim Zeitungskiosk und Gemüsehändler „um die Ecke“ wäre die Anwendung des Handelsrechts unverhältnismäßig
- Gesamtbetrachtung und Gewichtung verschiedener Kriterien:
- Umsatz daher nur ein Indiz - Bsp.:
- Zahl und Art der Geschäfte
- Höhe von Kapital und Umsatz (vgl. auch §§ 267, 267a HGB)
- Zahl der Beschäftigten
- Vielfalt oder Zahl der Erzeugnisse oder Leistungen und der Geschäftsbeziehungen
- Aufnahme oder Gewährung von Krediten
- Teilnahme am Wechselverkehr (aktuelle Relevanz?)

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

26

Vorliegen eines *Handelsgewerbes*

I. Gewerbe

- bei Verneinung, kommt Anwendung des Handelsrechts nicht in Betracht
- wenn bejaht, weiter prüfen:

II. *Handelsgewerbe*

- in kaufmännischer Weise eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb
- Gesamtbetrachtung und Gewichtung verschiedener Kriterien
- Umsatz daher nur ein Indiz - Bsp.:
 - *Handelsgewerbe* (-): Bundeswehrkantine mit Umsatz EUR 250.000 (Geschäftsabläufe verhältnismäßig einfach)
 - *Handelsgewerbe* (+) Optiker mit Umsatz EUR 85.000 (verhältnismäßig geringer Umsatz, aber hohe Kundenzahl und komplizierte Abrechnungen mit den Krankenkassen)
- Beachte gesetzliche Vermutung für Vorliegen eines *Handelsgewerbes*
Formulierung „es sei denn“

III. Betreiben des Gewerbes (h.M.)

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

27

PA – Beispielfall 1 (Fortsetzung)

I. wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 I BGB

1. wirksame Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages
2. Bestehen der zu sichernden Hauptforderung (Akzessorietät):

II. Einwendung/Einreden

1. Einreden/Einwendungen des Schuldners – beachte § 774
2. Einrede des Bürgen
 - grundsätzlich § 773
 - Berufung könnte G aber wegen § 349 S. 1 verwehrt sein
 - Prüfung §§ 343, 1 HGB
 - a) das Geschäft des G erfüllt die Merkmale eines Gewerbes iSv § 1 HGB
 - b) das Geschäft wird von G betrieben
 - c) das Geschäft erfordert auch einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb; es ist damit auch als *Handelsgewerbe* anzusehen.
 - G ist trotz fehlender Eintragung im Handelsregister als Kaufmann zu behandeln

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

28

Anwendung auf dem Fall/ Bedeutung von § 3 HGB

→ betreibt nicht nur Gewerbe

→ es erfüllt auch die Merkmale eines *Handelsgewerbes*

Trotz Vorliegen eines Handelsgewerbes wäre G gem. § 3 I HGB kein Kaufmann, wenn er einen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft führte. Landwirtschaft besteht in der Ausnutzung des Bodens mit dem Ziel der Erzeugung und Verwertung pflanzlicher oder tierischer Rohstoffe. § 1 HGB hier wegen § 3 I HGB nicht anwendbar?

Unterscheide:

- § 3 privilegiert Vermarktung selbst hergestellter Produkte
 - G vertreibt aber vor allem Produkte anderer Bauern
 - Bei Vertrieb eigener und fremder Produkte – Ermittlung der Gesamtprägung in einer Gesamtbetrachtung
- Handelstätigkeit des G überwiegt den Anbau eigener Produkte
→ § 1 HGB ist trotz § 3 HGB anwendbar.

PA – Beispielfall 1 (Fortsetzung)

I. wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 I BGB

1. wirksame Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages

2. Bestehen der zu sichernden Hauptforderung (Akzessorietät):

II. Einwendung/Einreden 1) Einreden/Einwendungen des Schuldners

2. Einrede des Bürgen

→ grundsätzlich § 773

→ Berufung könnte G aber wegen § 349 S. 1 HGB verwehrt sein

→ Prüfung §§ 343, 1 HGB

- G ist Kaufmann iSv § 1 HGB

- § 3 HGB greift nicht ein

- Abgabe der Bürgschaft erfolgte im Zweifel „beim Betrieb“ des Handelsgewerbes (§ 344 HGB)

→ Einrede der Vorausklage wegen § 349 S. 1 HGB ausgeschlossen

→ Der Anspruch der B gegen G aus § 765 I BGB ist fällig und durchsetzbar.

Lesehinweise – Einführung und §§ 1 - 3 HGB

Heute behandelter Stoff (§§ 1-3 HGB)

Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, §§ 1 ; 2 I.-II.

Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, §§ 1; 3; § 4 1.+2.

Fleischer/Wedemann, A.; B. I.1.-3.

Lesehinweise zur Fortsetzung nächste Woche (u.a. §§ 4, 5 und Handelsregister)

Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht,
§ 2 II. bis Ende § 2; § 3 I.; II. § 4 I.1.-4.

Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht,
§ 4 3. bis Ende § 4; § 1.; § 27 1.

Fleischer/Wedemann, A;B. I. 4. bis Ende; II.1.; III.1.

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

31

Ausblick auf nächste Woche

Alchian Albers (A) und Daniela Demsetz (D) betreiben unter dem Namen „ChicagoCarrier“ einen gemeinsamen Fahrradkurierdienst in Berlin. Die Fahrräder haben A und D mit gemeinsamen Mitteln angeschafft. Außerdem haben sie verabredet, dass A für Abrechnungen und Auftragsentgegennahme zuständig sein soll, während D den „Außendienst“ organisiert. Gemeinsame Geschäftsräume existieren nicht; mit den organisatorischen Aufgaben befassen sie sich jeweils in ihren Wohnungen, die Fahrräder stehen im Keller des Mietwohnhauses, in dem A wohnt. Die Fahrten führen Studenten durch, die dafür stundenweise entlohnt werden. In dringenden Fällen fahren A und D auch selbst. Die Gesellschaft ist nicht im Handelsregister eingetragen.

→ handelt es sich um eine OHG (vgl. §§ 123 II, 105 I, 6 I HGB)?

→ Kriterien des § 1 II HGB sind nicht erfüllt; welche Rechtsform dann?

04.05.2022

PD Dr. Kaspar Krolop, FU Berlin SS 2022

32

Ausblick auf nächste Woche

I. Der sog. „Istkaufmann“, § 1 HGB

- Der vom HGB antizipierte Normalfall
- Derjenige der die Merkmale des § 1 HGB erfüllt

→ Eintragung im Handelsregister nur deklaratorisch

II. Handelsgewerbe kraft Eintragung (sog. Kannkaufmann“)

§ 2 I S. 1: „Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 II HGB Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzes, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.“

→ **Wahlrecht Person, die ein Gewerbe betreibt, das nicht die Merkmale eines Handelsgewerbes erfüllt, hat Wahlrecht, ob im Rechtsverkehr als Kaufmann agieren will oder nicht (daher Kannkaufmann oder Kaufmann kraft Eintragung)**

→ **Was spricht dafür; was spricht dagegen?**

→ **Was ist genau das Handelsregister?**