

# Großkommentare der Praxis





# Handelsgesetzbuch

Großkommentar

Begründet von Hermann Staub

4., neubearbeitete Auflage

herausgegeben von  
Claus-Wilhelm Canaris  
Wolfgang Schilling †  
Peter Ulmer

Erster Band

Einleitung; §§ 1–104



1995

Walter de Gruyter · Berlin · New York

**Erscheinungsdaten der Lieferungen:**

Einleitung;

§§ 1 – 16 (1. Lieferung)	November 1982
§§ 17 – 37 (3. Lieferung)	August 1983
§§ 38 – 58 (14. Lieferung)	April 1991
§§ 59 – 83 (16. Lieferung)	Juli 1995
§§ 84 – 104 (2. Lieferung)	November 1982

**Zitiervorschlag** z. B.: *Ulmer* in Großkomm. HGB § 105 Rdn. 82

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

**Handelsgesetzbuch** : Grosskommentar / begr. von Hermann Staub. Hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris ... [Bearb. von Dieter Brüggemann ...]. – Berlin ; New York : de Gruyter.  
(Grosskommentare der Praxis)  
Teilw. u.d.T.: HGB  
NE: Staub, Hermann [Begr.]; Brüggemann, Dieter [Bearb.]; Canaris, Claus-Wilhelm [Hrsg.]; HGB  
Bd. 1. Einleitung, §§ 1–104. – 4., neubearb. Aufl. – 1995  
Abschlussaufnahme von Bd. 1  
ISBN 3-11-014957-5

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., 10785 Berlin.

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

Printed in Germany

Satz und Druck: H. Heenemann GmbH & Co., Berlin  
Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

**Bearbeiter der 4. Auflage:**

Dr. *Dieter Brüggemann*, Ministerialrat a. D. in Celle

Professor Dr. Dr. h. c. *Claus-Wilhelm Canaris*, München

Dr. *Mathias Habersack*, Wissenschaftlicher Assistent, Heidelberg

Professor Dr. *Johann Georg Helm*, Nürnberg

Professor Dr. *Peter Hommelhoff*, Heidelberg

Professor Dr. *Uwe Hüffer*, Bochum

Professor Dr. *Detlev Joost*, Hamburg

Professor Dr. Dr. *Christian Kirchner*, LL.M., Berlin

Professor Dr. *Ingo Koller*, Regensburg, Richter am Oberlandesgericht  
München

Professor Dr. *Horst Konzen*, Mainz

(unter Mitarbeit von Dr. *Christoph Weber*, Wissenschaftlicher Assistent,  
Mainz)

Dr. *Ernst Thomas Kraft*, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Steuerberater,  
Frankfurt am Main

Professor Dr. *Wolfgang Schilling* †, Rechtsanwalt in Mannheim

Professor Dr. *Joachim Schulze-Osterloh*, Berlin

Professor Dr. Dr. h. c. mult. *Klaus Tiedemann*, Freiburg i. Br.

Professor Dr. Dr. h. c. mult. *Peter Ulmer*, Heidelberg

Dr. *Jürg Zutt*, Rechtsanwalt, Mannheim



## Vorwort zur 4. Auflage

Die im Jahr 1982 begonnene Neuauflage des von *Staub* begründeten Großkommentars zum HGB fällt in eine Epoche deutlicher Umstrukturierungen des Handelsrechts. Unter den zahlreichen seit Mitte der 60er Jahre zu verzeichnenden Gesetzesänderungen ist zwar nur ein Teil von grundsätzlicher Bedeutung. Hervorhebung verdient insoweit vor allem die der europäischen Rechtsangleichung dienende, grundsätzlich rechtsformneutrale Neuregelung des Bilanzrechts, aber auch die fakultative Gewährung der Kaufmannseigenschaft an die Land- und Forstwirte durch Änderung des § 3, die Begrenzung der Nachhaftung beim Ausscheiden aus einer Personengesellschaft durch §§ 159, 160 nF sowie die Einführung einer Reihe von Sondervorschriften für diejenigen GmbH (AG) & Co. KG, denen keine unbeschränkt haftende natürliche Person als Gesellschafter angehört. Soweit in diesen Änderungen stärker an Wertungskriterien als an die äußere Form oder Klassifikation anknüpfende Regelungsgrundsätze zum Ausdruck kommen, beschränken sie sich indessen nicht auf Maßnahmen der Gesetzgebung, sondern sind charakteristisch auch für die sonstige Rechtsfortbildung, die das Handels- und Gesellschaftsrecht in Rechtsprechung und Schrifttum der letzten drei Jahrzehnte zunehmend erfahren hat.

Diese Änderungen und Entwicklungstendenzen aufzuzeigen, über den Stand der Diskussion zu informieren, aber auch den jeweiligen Standpunkt des Bearbeiters deutlich zu machen, sind die wesentlichen Aufgaben der Neuauflage. Dazu bedarf es neben dem Rückgriff auf die dogmatischen Grundlagen des Handelsrechts einerseits der Beachtung des Einflusses, der den allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsinstituten und -entwicklungen – darunter nicht zuletzt den Materien des „Sonderprivatrechts“ wie insbesondere dem Recht der AGB und seiner Kodifikation durch das AGB-Gesetz von 1976 – auf das Handelsrecht zukommt. Zum anderen ist es gerade im Handelsrecht auch unverzichtbar, die Realitäten des Wirtschaftslebens und die sich im Handelsverkehr neu herausbildenden Praktiken und Vertragstypen im Auge zu behalten. Die dem Vorläufer des Großkommentars von *Staub* vorangestellte Devise, „einen Kommentar zu liefern, der wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich sei“, ist daher grundsätzlich auch für die Neuauflage maßgebend, selbst wenn das Streben nach Kürze angesichts der immer komplexer werdenden Rechtsfragen in einem Großkommentar nur noch begrenzt zu verwirklichen ist.

Umfang und Schwierigkeit der durch die Neuauflage gestellten Aufgaben spiegeln sich nicht nur in der bedauerlich langen Erscheinungsdauer wider, sondern auch in der Größe und Zusammensetzung des Bearbeiterkreises. Gegenüber den ursprünglich fünf für die 3. Auflage vorgesehenen Bearbeitern ist die Zahl in der 4. Auflage auf 17 Autoren angewachsen. Damit verbindet sich zugleich eine Gewichtsverlagerung von den Praktikern zu den Wissenschaftlern, ohne daß der Praxisbezug des Kommentars hierdurch in Frage gestellt werden soll.

## Vorwort zur 4. Auflage

Unter den Bearbeitern sind *Claus-Wilhelm Canaris* und *Peter Ulmer* neben *Wolfgang Schilling* († 1992) vom Verlag zusätzlich mit der Herausgeberaufgabe betraut worden, um trotz des stark erweiterten Bearbeiterkreises für einheitliche Grundsätze bei der Erstellung der Neuauflage Sorge zu tragen. Die wissenschaftliche Verantwortung der Bearbeiter für den von ihnen jeweils übernommenen Teil der Kommentierung bleibt hiervon unberührt.

April 1995

*Herausgeber und Verlag*

## Inhaltsübersicht

	Rdn.	Bearbeiter
<b>Einleitung</b>		
I. Handelsrecht und Handelsgesetzbuch .....	1	Brügge-
II. Geschichte des Handelsrechts .....	15	mann
III. Quellen des geltenden Handelsrechts .....	27	
IV. Der Anwendungsbereich des HGB .....	36	
V. Handelsrecht in der Qualifikationsproblematik des internationalen Privatrechts .....	43	
VI. Zur Reform des HGB .....	45	
<b>Erstes Buch. Handelsstand</b>		
<b>Erster Abschnitt. Kaufleute</b>		
Vorbemerkungen		Brügge-
§ 1 Begriffsbestimmung des Kaufmanns; Grundhandelsgewerbe		mann
§ 2 Kaufmann kraft Eintragung		
§ 3 Land- und Forstwirtschaft		
§ 4 Minderkaufleute		
§ 5 Wirkung der Firmeneintragung Anhang zu § 5: Die Lehre vom Scheinkaufmann		
§ 6 Kaufleute kraft Rechtsform		
§ 7 Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Befugnis zum Gewerbebetrieb		
<b>Zweiter Abschnitt. Handelsregister</b>		
Vorbemerkungen		Hüffer
§ 8 Registergericht Anhang I zu § 8: Handelsregisterverfügung Anhang II zu § 8: Zusammenstellung der gemeinschaftlichen Registerbezirke		
§ 9 Öffentlichkeit des Registers		
§ 10 Bekanntmachung der Eintragungen		
§ 11 Blätter für die Bekanntmachung		
§ 12 Form der Anmeldung und Zeichnung		
Vorbemerkungen		
§ 13 Zweigniederlassung		
§ 13 a Anmeldung bei Bestehen eingetragener Zweigniederlassungen		
§ 13 b Inländische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmungen		
§ 13 c Verlegung der Hauptniederlassung oder des Gesellschaftssitzes im Inland		
§ 14 Ordnungsstrafen		
§ 15 Publizität des Handelsregisters		
§ 16 Register- und Prozeßgericht		

## Inhaltsübersicht

### Dritter Abschnitt. Handelsfirma

Vorbemerkungen	Hüffer
§ 17 Begriff und Bedeutung der Firma	
§ 18 Firma des Einzelkaufmanns	
§ 19 Firma einer OHG oder KG	
§ 20 ( <i>aufgehoben</i> )	
§ 21 Fortführung der Firma bei Namensänderung	
Vorbemerkungen: Das Unternehmen im Rechtsverkehr	
§ 22 Fortführung der Firma bei Geschäftsübernahme	
Anhang zu § 22: Firmenrechtliche Fragen bei Verschmelzung, Vermögensübertragung, formwechselnder und übertragender Umwandlung	
§ 23 Keine Veräußerung der Firma ohne Übertragung des Handelsgeschäfts	
§ 24 Fortführung der Firma bei Änderung im Gesellschafterbestand	
§ 25 Verhältnis des Geschäftserwerbers zu den Gesellschaftsgläubigern und -schuldnern	
§ 26 Verjährung zugunsten des Geschäftsveräußerers	
§ 27 Haftung des Erben bei Geschäftsfortführung	
§ 28 Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns	
§ 29 Pflicht zur Anmeldung und Zeichnung der Firma	
§ 30 Unterscheidbarkeit der Firma	
§ 31 Änderung und Erlöschen der Firma; Verlegung der Niederlassung	
§ 32 Eintragung des Konkursvermerks	
§ 33 Anmeldung gewisser juristischer Personen	
§ 34 Änderung in den Rechtsverhältnissen der juristischen Personen	
§ 35 Unterschriftenzeichnung bei einer juristischen Person	
§ 36 Gewerbliche Unternehmungen öffentlicher Körperschaften	
§ 37 Unbefugter Firmengebrauch	
Anhang zu § 37: Der materielle Firmenschutz	

### Vierter Abschnitt. Handelsbücher

§§ 38 – 47 b (*aufgehoben*)

### Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht

Vorbemerkungen	Joost
§ 48 Erteilung der Prokura	
§ 49 Umfang der Prokura	
§ 50 Beschränkung des Umfangs der Prokura	
§ 51 Zeichnung durch den Prokuristen	
§ 52 Widerruf, Übertragbarkeit, Erlöschen der Prokura	
§ 53 Anmeldung der Erteilung und des Erlöschens; Zeichnung des Prokuristen	
§ 54 Begriff und Umfang der Handlungsvollmacht	
§ 55 Handelsvertreter	
§ 56 Angestellte im Laden oder offenen Warenlager	
§ 57 Zeichnung durch den Handlungsbevollmächtigten	
§ 58 Übertragung der Vollmacht	

## Inhaltsübersicht

### Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge

Vorbemerkungen	Konzen
§ 59 Begriff des Handlungsgehilfen	
§ 60 Gesetzliches Wettbewerbsverbot	
§ 61 Folgen der Verletzung des Verbots	
§ 62 Fürsorgepflicht des Prinzipals	
§ 63 ( <i>aufgehoben</i> )	
§ 64 Gehaltszahlung	
§ 65 Provision	
§§ 66 – 72 ( <i>aufgehoben</i> )	
§ 73 Zeugnis	
§ 74 Vertragliches Wettbewerbsverbot; bezahlte Karenz	
§ 74 a Unverbindlichkeit und Nichtigkeit des Verbots	
§ 74 b Karenzentschädigung; Zahlung der Karenzentschädigung	
§ 74 c Anrechnung anderweitigen Erwerbs	
§ 75 Wegfall des Wettbewerbsverbots	
§ 75 a Verzicht auf das Wettbewerbsverbot	
§ 75 b Ausnahmen von der Entschädigungspflicht	
§ 75 c Vertragsstrafe	
§ 75 d Unabdingbarkeit	
§ 75 e ( <i>aufgehoben</i> )	
§ 75 f Geheime Konkurrenzabrede	
§ 75 g Vermittlungsgehilfe	
§ 75 h Unkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht	
§§ 76 – 82 ( <i>aufgehoben</i> )	
§ 82 a Wettbewerbsverbot gegenüber Volontären	
§ 83 Andere Arbeitnehmer	

### Siebenter Abschnitt. Handelsvertreter

Vorbemerkungen	Brügge- mann
§ 84 Begriff Handelsvertreter	
§ 85 Beurkundung des Vertragsinhalts	
§ 86 Pflichten des Handelsvertreters	
§ 86 a Pflichten des Unternehmers	
§ 86 b Delkredere	
§ 87 Kreis der provisionspflichtigen Geschäfte, Bezirksvertreter, Inkassoprovision	
§ 87 a Voraussetzungen der Entstehung des Provisionsanspruchs	
§ 87 b Höhe und Berechnung der Provision	
§ 87 c Abrechnung über die Provision; Buchauszug	
§ 87 d Spesenersatz	
§ 88 Verjährung der Ansprüche	
§ 88 a Kein Verzicht im voraus auf Zurückbehaltungsrechte	
§ 89 Ordentliche Kündigung	
§ 89 a Fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde	
§ 89 b Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters	
§ 90 Verpflichtung zur Geheimniskhaltung	
§ 90 a Wettbewerbsabrede	
§ 91 Erstreckung des § 55; Ermächtigung des Vermittlungsvertreters	
§ 91 a Geschäftsabschluß durch Vermittlungsvertreter	
§ 92 Versicherungsvertreter	
§ 92 a Abhängiger Einfirmervertreter	

## Inhaltsübersicht

- § 92 b Handelsvertreter im Nebenberuf
- § 92 c Auslandsvertreter, Transport- und Schifffahrtsvertreter

### **Achter Abschnitt. Handelsmakler**

- Vorbemerkungen
- § 93 Begriff des Handelsmaklers
- § 94 Schlußnote
- § 95 „Aufgabevorbehalt“
- § 96 Aufbewahrung der Proben
- § 97 Umfang der Vollmacht
- § 98 Schadenshaftung
- § 99 Maklerlohn
- § 100 Tagebuch
- § 101 Auszüge aus dem Tagebuch
- § 102 Vorlegung des Tagebuchs im Rechtsstreit
- § 103 Strafvorschriften
- § 104 Krämermakler

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abgedr	abgedruckt
Abk	Abkommen
ABl	Amtsblatt
ABL	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
abl	ablehnen(d)
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Datum, Nr, Seite)
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
abw	abweichend
AbzG	Gesetz betr. d. Abzahlungsgeschäfte v 16. 5. 1894 (RGBl 450)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADS	Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen v 1919
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen idF v Nov 1939 (RAnz 1940, 4)
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz v 25. 6. 1965, BGBl I 3317
AfP	Archiv für Presserecht (Jahr und Seite)
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr und Seite)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz v 9. 12. 1976, BGBl I 3317)
AHK	Alliierte Hohe Kommission
AHKG	Gesetz der Alliierten Hohen Kommission für Deutschland
AkfDR	Akademie für Deutsches Recht
AktG	Aktiengesetz v 6. 9. 1965, BGBl I 1089
allg	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
aM	anderer Meinung
AmtlBegr	Amtliche Begründung
ÄndG	Gesetz zur Änderung (von)
AnfG	Gesetz betr die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens v 20. 5. 1898, RGBl 709, BGBl III 3 Nr 311-5
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AO	Abgabenordnung v 16. 3. 1976, BGBl I 613, ber 1977 I 269
ao	außerordentlich
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Band, Jahr und Seite)

## Abkürzungsverzeichnis

AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis) (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer; Nr ohne Gesetzesstelle bezieht sich auf den kommentierten Paragraphen)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz idF v 2. 7. 1979, BGBl I 853, ber 1036
ArbNErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen v 25. 7. 1957, BGBl I 756
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz idF v 14. 4. 1980, BGBl I 425
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbRGegw.	Arbeitsrecht der Gegenwart (Band, Jahr und Seite)
ArbVG 92	Arbeitsvertragsgesetz, Gutachten D zum 59. DJT 1992
ArbZG	Arbeitszeitgesetz v 6. 6. 1994, BGBl I 1170
ArbZRG	Gesetz zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts v 6. 6. 1994, BGBl I 1170
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung (früher Bensheimer Sammlung), Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts- und des Reichsehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte (Band und Seite)
arg e	argumentum ex, Grund in
Art	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz idF v 3. 2. 1995, BGBl I 158
Aufl	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Jahr und Seite)
ausf	ausführlich
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen v 28. 7. 1969, BGBl I 986
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz idF v 28. 5. 1924, RGBl 563
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater (seit 1975 RIW) (Jahr und Seite)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz v 28. 4. 1961, BGBl I 481, BGBl III 7 Nr 7400-1
Az	Aktenzeichen
AZO	Arbeitszeitordnung v 30. 4. 1938, RGBl 447
B-	Bundes-
BAG	Bundesarbeitsgericht, auch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BAG GS	Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
Bank	Die Bank, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis (bis 1976: Bank-Betrieb)
BankA	Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Jahr und Seite)
Bank-Betrieb	Bank-Betrieb (ab 1977 Die Bank) (Jahr und Seite)
BAnz	Bundesanzeiger
BAT	Bundes-Angestellten-Tarifvertrag
BauspG	Gesetz über Bausparkassen v 16. 11. 1972, BGBl I 2097
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht, auch Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank v 26. 7. 1957, BGBl I 745
BBIG	Berufsbildungsgesetz v 14. 8. 1969, BGBl I 1112
Bd, Bde	Band, Bände

## Abkürzungsverzeichnis

BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDSG	Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz) v 27. 1. 1977, BGBl I 201
Begr, begr	Begründung, begründet
Beil	Beilage
Bek	Bekanntmachung
Bem	Bemerkung
ber	berichtigt
BErzGG	Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundserziehungsgeldgesetz idF v 21. 1. 1992, BGBl I 69)
bes	besonders, besondere(r, s)
BeschFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung v 16. 4. 1985, BGBl I 710
Betr (DB)	Der Betrieb (Jahr und Seite)
betr	betreffend
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung, Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung (Jahr und Seite)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung v 19. 12. 1974, BGBl I 3610
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v 15. 1. 1972, BGBl I 13
BeurkG	Beurkundungsgesetz v 28. 8. 1969, BGBl I 1513
BewG	Bewertungsgesetz (BewG) idF v 30. 5. 1985, BGBl I 845
BFH	Bundesfinanzhof, auch Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs (Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v 18. 8. 1896, RGBl 195, BGBl III 4 Nr 400-2
BGBGes, GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
BGBl I, II, III	Bundesgesetzblatt, ohne Ziffer = Teil I; mit II = Teil II; mit III = Teil III (Jahr und Seite, außer III)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtshofs (Band, Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof, auch Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite), ab 1951
BGHR	Systematische Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (LBl)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band und Seite), ab 1957
BGHVGrS	Bundesgerichtshof, Vereinigter Großer Senat
BGHWarn	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, begr von Warneyer (Jahr und Nummer)
BiRiLiG	Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz – BiRiLiG) v 19. 12. 1985, BGBl I 2355
BKartA	Bundeskartellamt
BStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
BMA	Bundesminister(ium) für Arbeit
BMF	Bundesminister(ium) der Finanzen
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BMV	Bundesminister(ium) für Verkehr
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft
BNotO	Bundesnotarordnung v 24. 2. 1961, BGBl I 98, BGBl III 3 Nr 303-1

## Abkürzungsverzeichnis

BörsG	Börsengesetz v 22. 8. 1896, RGBl 157, idF v 27. 5. 1908, RGBl 215, BGBl III 4 Nr 4110-1
BörsO	Börsenordnung
BPatG	Bundespatentgericht
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz v 15. 3. 1974, BGBl I 693
BR, BRat	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung v 1. 8. 1959, BGBl I 565, BGBl III 3 Nr. 308-8
BRAGO	Bundesgebührenordnung f. Rechtsanwälte v 26. 7. 1957, BGBl I 861, 907, BGBl III 368-1
BRDrucks	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
BSozG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt (Jahr, Band und Seite)
BT, BTag	Bundestag
BTDrucks	Bundestags-Drucksache
Btx	Bildschirmtext
BuB	Bankrecht und Bankpraxis (früher: Bankgeschäftliches Formularbuch), Köln 1979 ff (LBl)
Buchführungs-Ri	Richtlinien zur Organisation der Buchführung (im Rahmen eines einheitlichen Rechnungswesens) v 11. 11. 1937, MinBlfWi 239
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) v 8. 1. 1963, BGBl I 2
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht, auch Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band und Seite)
bzw	beziehungsweise
CR	Computer und Recht (Jahr und Seite)
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr und Seite)
DB (Betr)	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DB	Deutsche Bundesbahn
DBBk	Deutsche Bundesbank; Monatsberichte der Deutschen Bundesbank (Monat, Jahr, Seite)
DBP	Deutsche Bundespost
Denkschrift	Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs v 1896
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz – DepotG) v 4. 2. 1937, RGBl I 171, BGBl III 4 Nr 4130-1
ders	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dgl	dergleichen
dh	das heißt
Die AG	s AG
Die Bank	s Bank
Die Spark	s Spark
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der Deutschen Rechtspflege (Jahr und Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DJust	Der Deutsche Justizbeamte (1934–43)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Spalte)

## Abkürzungsverzeichnis

DM-BilG	D-Markbilanzgesetz v 21. 8. 1949, WiGBI 279, idF v 28. 12. 1950, BGBl 1949/50 I 811
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite)
DR (DRW)	Deutsches Recht (ab 1. 4. 1939 Wochenausgabe, vereinigt mit JW) (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
Drucks	Drucksache
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (ab 1951 übergeleitet in JZ) (Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr und Seite)
dtSch	deutsch
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entwurf
ebd	ebenda
ec	eurocheque
EFTA	European Free Trade Association
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) v 26. 5. 1994, BGBl I 1014
EG	Einführungsgesetz, auch Europäische Gemeinschaft(en)
eG	eingetragene Genossenschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz v 6. 9. 1965, BGBl I 1185
EGAO	Einführungsgesetz zur Abgabenordnung (AO 1977) v 14. 12. 1976, BGBl I 3341, 3370
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch v 18. 8. 1896, RGBl 604, BGBl III 4 Nr 400-1
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche v 10. 5. 1897, RGBl 437, BGBl III 4 Nr 4101-1
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung v 5. 10. 1994, BGBl I 2911
EGKomm	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EignungsÜbG	Gesetz über den Einfluß von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer und Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse (Eignungsübungsgesetz) v 20. 1. 1956, BGBl I 13
Einf	Einführung
EinhEurAkte	Einheitliche Europäische Akte (Gesetz v 28. 2. 1986, BGBl II 1102)
Einl	Einleitung
Eisenb	Eisenbahn
EKAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen v 17. 7. 1973, BGBl I 868
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen v 17. 7. 1973, BGBl I 856
EmissionsG	Gesetz über die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen v 26. 6. 1954, BGBl I 147
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v 4. 11. 1950, BGBl II 1952 686, 953
engl	englisch
entspr	entsprechend
Entw	Entwurf

## Abkürzungsverzeichnis

ErbStG	Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz (ErbStG) v 17. 4. 1974, BGBl I 933
ERG	Einheitliche Richtlinien über Gebräuche für Dokumentenakkreditive
ErgBd	Ergänzungsband (zu)
ErgG	Ergänzungsgesetz (zu)
ESC	Europäische Sozialcharta, BGBl II 1964
EStG	Einkommensteuergesetz (EStG 1987) v 27. 2. 1987, BGBl I 657
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien 1987 (EStR 1987), BStBl I Sondernummer 3
ETR	Europäisches Transportrecht (European Transport Law) (Jahr und Seite)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, auch Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (Jahr, früher Band, und Seite)
EuGH Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz (Teil, Jahr und Seite)
EuGVÜbk	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v 27. 9. 1968, BGBl 1972 II 773, 845, 1983 II 803, 1986 II 1020
Eur, eur	Europa, europäisch
EuR	Europarecht (Jahr und Seite)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
eV	eingetragener Verein
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag –, BGBl II 1990 889
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung v 8. 9. 1938, RGBl II 663
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v 25. 3. 1957, BGBl II 755, 766
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Aktuelle Rechtsprechung mit Kurzkomentaren für die Praxis, RWS)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIVG	Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) v 14. 4. 1988, BGBl I 514
EZA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr und Seite)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit idF v 20. 5. 1898, RGBl 771, BGBl III 3 Nr 315-1
FinG	Finanzgericht
FN	Fachnachrichten, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland eV (Jahr und Seite), auch: Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS (Name)	Festschrift (Festgabe) für (Name)
Fußn	Fußnote
G	Gesetz, Gericht (in Zusammensetzungen)
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung idF v 5. 8. 1935, RGBl I 1073, BGBl III 3 Nr 315-11

## Abkürzungsverzeichnis

GbR (BGBGes)	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrM	Gebrauchsmuster
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz idF v 28. 8. 1986, BGBl I 1455
GedS	Gedächtnisschrift für (Name)
gem	gemäß
GemO	Gemeindeordnung
GenG	Gesetz betr die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v 1. 5. 1889, RGBl 55, idF v 20. 5. 1898, RGBl 369, 810, BGBl III 4 Nr 4125-1
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung in der Neufassung v 23. 5. 1991, BGBl I 1185
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Jahr und Seite)
GewA	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht (Jahr und Seite)
GewO	Gewerbeordnung idF v 1. 1. 1987, BGBl I 425
GewStG	Gewerbesteuergesetz idF v 14. 5. 1984, BGBl I 657
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v 23. 5. 1949, BGBl I 1
ggf	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz idF v 15. 12. 1975, BGBl I 3047
glA	gleicher Ansicht
GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v 18. 6. 1957, BGBl I 609, BGBl III 4 Nr 400-3
GmbHG	Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v 20. 4. 1892, RGBl 477, BGBl III 4 Nr. 4123-1
GmbHGÄndG	Gesetz zur Änderung des GmbHG und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v 4. 7. 1980, BGBl I 836
GmbHHR	GmbH-Rundschau mit Sonderfragen der GmbH & Co (Jahr und Seite)
GmS OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GqB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
GroßK	Großkommentar
GrS	Großer Senat
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (bis 1967 Auslands- und Internationaler Teil) (Jahr und Seite)
GrZS	Großer Senat in Zivilsachen
GUG	Gesetz zur Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren (Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz) in der Neufassung v 23. 5. 1991, BGBl I 1191
GuV	Gewinn und Verlust
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz v 17. 10. 1952, RGBl I 697
GVBl	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz idF v 9. 5. 1975, BGBl I 1077
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v 24. 9. 1980, BGBl I 1761
HAG	Heimarbeitsgesetz v 14. 3. 1951, BGBl I 191
Halbs	Halbsatz
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (zuvor unter anderen Titeln) (Jahr und Spalte)
HauptNI	Hauptniederlassung

## Abkürzungsverzeichnis

HausTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v 16. 1. 1986, BGBl I 122
Hdb	Handbuch
HdwK	Handwerkskammer
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) idF v 28. 12. 1965, BGBl 1966 I 1, BGBl III 7 Nr 7110-1
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen (Band und Seite)
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (Jahr und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch v 10. 5. 1897, RGBl 219, BGBl III 4 Nr 4100-1
HintO	Hinterlegungsordnung v 10. 3. 1937, RGBl I 285, BGBl III 3 Nr 300-15
HK	Handelskammer
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HoldhMSchr	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begr von Holdheim (Jahr und Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr)
Hrsg, hrsg	Herausgeber, herausgegeben
HRV	Handelsregisterverfügung v 12. 8. 1937, RMBl 515, DJ 1251
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
HypBG	Hypothekbankgesetz idF v 5. 2. 1963, BGBl I 81, ber 368
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICC, IntHK	International Chamber of Commerce, Internationale Handelskammer Paris
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland eV
IdW-BFA	Stellungnahmen des Bankenfachausschusses des IdW
IdW-FG	Fachgutachten des IdW
IdW-HFA	Stellungnahmen des Hauptfachausschusses des IdW
IdW-SABI	Stellungnahmen des Sonderausschusses Bilanzrichtlinien-Gesetz des IdW
IdW-VO	Gemeinsame Stellungnahmen der Wirtschaftsprüferkammer und des IdW
iErg	im Ergebnis
ieS	im engeren Sinne
IHK	Industrie- und Handelskammer
iL	in Liquidation
ILO	International Labour Organisation (Internationale Arbeitsorganisation)
im allg	im allgemeinen
Incoterms	International Commercial Terms
InsO	Insolvenzordnung v 5. 10. 1994, BGBl I 2866
IPR	internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Jahr und Seite)
IPRG	Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts v 25. 7. 1986, BGBl I 1142
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
iS(v)	im Sinne (von)
iVm	in Verbindung mit

## Abkürzungsverzeichnis

iwS	im weiteren Sinne
iZw	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr und Seite)
JArbSchG	Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) v 12. 4. 1976, BGBl I 965
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Band und Seite)
JMBI	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
Jura	Jura – Juristische Ausbildung (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
Justiz	Die Justiz 1925–33
JVBl	Justizverwaltungsblatt, Zs. f. d. gerichtl. Kosten-, Kassen-, Haushalts- u. Rechnungswesen, 1933–44
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (früher Deutsche Rechts-Zeitschrift und Süd-deutsche Juristen-Zeitung) (Jahr und Seite)
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften idF v 14. 1. 1970, BGBl I 127
Kap	Kapitel
KAPOVAZ	Kapazitätsorientierte Arbeitszeit
KfH	Kammer für Handelssachen
KG	Kammergericht Berlin, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Abteilung A) (Band und Seite)
KK	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KO	Konkursordnung idF v 20. 5. 1898, RGBl 612, BGBl III 3 Nr 311-4
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Jahr und Seite)
Komm	Kommentar
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) idF v 26. 7. 1957, BGBl I 960, BGBl III 3 Nr 361-1
krit	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz v 25. 8. 1969, BGBl I 1317, BGBl III 8 Nr 800-2
KStG	Körperschaftsteuergesetz idF v 10. 2. 1984, BGBl I 217
KTS (KuT)	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr und Seite)
KVStDV	Kapitalverkehrssteuer-Durchführungsverordnung idF v 22. 9. 1955, BGBl I 598, BStBl I 566
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen idF v 11. 7. 1985, BGBl I 1472
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer)
lat	lateinisch
lfd	laufend
LG	Landgericht
(XXI)	

## Abkürzungsverzeichnis

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, begründet von Lindenmaier und Möhring, neu hrsg von Nirk ua (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer; Nr ohne Gesetzesstelle bezieht sich auf den kommentierten Paragraphen)
LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v 9. 10. 1934, RGBI I 914, BGBl III 4 Nr 4120-3
LohnFG	Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Entgeltfortzahlungsgesetz) v 27. 7. 1969, BGBl I 946
LS	Leitsatz
LSA	Abkommen über den Lastschriftverkehr
lt	laut
LuftVG	Luftverkehrsgesetz idF v 14. 1. 1981, BGBl I 61
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
LZBk	Landeszentralbank
MA	Der Markenartikel (Jahr und Seite)
m Anm	mit Anmerkung von
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MinBlfWi	Ministerialblatt für Wirtschaft
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie v 7. 8. 1956, BGBl I 707 – Mitbestimmungsergänzungsgesetz –
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer v 4. 5. 1976, BGBl I 1153
MittBdL	Mitteilungen der Bank deutscher Länder
MittDBBk	Mitteilungen der Deutschen Bundesbank
MK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m krit Anm	mit kritischer Anmerkung (von)
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter idF v 18. 4. 1968, BGBl I 315
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt	Mehrwertsteuer
m zust Anm	mit zustimmender Anmerkung
Nachw	Nachweis(e)
nF	neue Fassung, neue Folge
NJ	Neue Justiz (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr und Seite)
Nov	Novelle
Nr	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
O	Ordnung
o	oben
öBankA	österreichisches Bank-Archiv (Jahr und Seite)
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OGHBr	Oberster Gerichtshof für die britische Zone, auch Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (Band und Seite)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (1. 1949–4. 1950)
OHG	offene Handelsgesellschaft

## Abkürzungsverzeichnis

oJ	ohne Jahr
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band und Seite), ab 1900
OLGR	Oberlandesgerichtsrat
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jahr und Seite), ab 1965
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
oV	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten idF v 19. 2. 1987, BGBl I 602
PatG	Patentgesetz idF v 16. 12. 1980, BGBl 1981 I 1
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz v 16. 5. 1994, BGBl I 1014
phG	persönlich haftender Gesellschafter
PrJMBI	Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege (Jahr und Seite)
PSV	Pensions-Sicherungs-Verein
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz) v 15. 8. 1969, BGBl I 1189, ber 1970 I 1113
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Band, Jahr und Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht, auch Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes (Band und Seite)
RAnz	Deutscher Reichsanzeiger
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr und Seite)
Rdn	Randnote, Randnummer
Rdsch	Rundschau
Rdschr	Rundschreiben
RdW	Recht der Wirtschaft, Wien (Jahr und Seite)
Recht	Das Recht (seit 1935 Beilage zu Deutsche Justiz) (Jahr und Nr der Entscheidung, bei Aufsätzen Jahr und Seite)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof, auch Entscheidungen des Reichsfinanzhofes (Band und Seite)
RG	Reichsgericht, auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
RGBI	Reichsgesetzblatt, ohne Ziffer = Teil I; mit II = Teil II (Jahr und Seite)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band und Seite)
Ri	Richtlinie
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater (früher AWD) (Jahr und Seite)
RJA	Reichsjustiz-Amt, Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Band und Seite)
RL	Richtlinie
RM	Reichsmark
RMBI	Reichsministerialblatt

## Abkürzungsverzeichnis

RMVerk	Reichsverkehrsminister(ium)
RMWi	Reichsminister(ium) für Wirtschaft
ROHG	Reichs-Oberhandelsgericht, auch Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (Band und Seite)
ROW	Recht in Ost und West (Jahr und Seite)
Rpflger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)
RPflG	Rechtspflegergesetz v 5. 11. 1969, BGBl I 2065
RRat	Reichsrat
RReg	Reichsregierung
Rspr	Rechtsprechung
RVerkBl	Reichsverkehrsblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung v 15. 12. 1924, RGBI I 779
RWS	Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln
Rz	Randziffer, Randnummer
S	Satz, Seite
s	siehe
sa	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
SchiedsG	Schiedsgericht
ScheckG	Scheckgesetz v 14. 8. 1933, RGBI I 597, BGBl III 4132-1
SchlH	Schleswig-Holstein
SchwBG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz) idF v 26. 8. 1986, BGBl I 1422
SchweizJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
SeemG	Seemannsgesetz v 16. 7. 1957, BGBl I 713
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nr)
SGB	Sozialgesetzbuch – SGB I: (1. Buch) Allgemeiner Teil v 11. 12. 1975, BGBl I 3015; SGB IV: (4. Buch) Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung v 23. 12. 1976, BGBl I 3845; SGB V: (5. Buch) Gesetzliche Krankenversicherung v 20. 12. 1988, BGBl I 2477; SGB VI: (6. Buch) Gesetzliche Rentenversicherung v 18. 12. 1989, BGBl I 2261; SGB VIII: (8. Buch) Kinder- und Jugendhilfe v 26. 6. 1990, BGBl I 1163; SGB X: (10. Buch) Verwaltungsverfahren v 18. 8. 1980, BGBl I 1569, 2218, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten v 4. 11. 1982, BGBl I 1450
Sgb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Jahr und Seite)
SGG	Sozialgerichtsgesetz v 3. 9. 1953, BGBl I 1239
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (ab 1951 übergeleitet in JZ) (Jahr und Seite, ab 1947 Spalte)
Slg.	Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (Jahr und Seite)
sog	sogenannt
Sonderbeil	Sonderbeilage
SozPIG	Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren v 20. 2. 1985, BGBl I 369
Spark	Die Sparkasse, Zeitschrift des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (Jahr und Seite)
SprAuG	Gesetz über die Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (Sprecherausschußgesetz – SprAuG) v 20. 12. 1988, BGBl I 2312
SpTrUG	Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen v 5. 4. 1991, BGBl I 854

## Abkürzungsverzeichnis

StAnpG	Steueranpassungsgesetz v 16. 10. 1934, RGBl I 925, aufgehoben durch EGAO 1977
StBerG	Steuerberatungsgesetz idF v 4. 11. 1975, BGBl I 2735
SteuerreformG 1990	Steuerreformgesetz 1990 v 25. 7. 1988, BGBl I 1093
StGB	Strafgesetzbuch idF v 10. 3. 1987, BGBl I 945, ber 1160
stGes	stille Gesellschaft
str	streitig
st Rspr	ständige Rechtsprechung
TV	Tarifvertrag, Testamentsvollstrecker
TVG	Tarifvertragsgesetz idF v 25. 8. 1969, BGBl I 1323, BGBl III 8 Nr. 802-1
Tz	Textziffer
ua	unter anderem, und andere
uä	und ähnliche
uam	und anderes mehr
Überbl	Überblick
Übk	Übereinkommen
üM	überwiegende Meinung
UmwBerG	Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts v 28. 10. 1994, BGBl I 3210
UmwG	Umwandlungsgesetz idF v 28. 10. 1994, BGBl I 3210
UN	United Nations, Vereinte Nationen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law, Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development, Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung
(UN)ECOSOC	United Nations Economic and Social Council, Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law, Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Rom)
unstr	unstreitig
unv	unveröffentlicht
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v 9. 9. 1965, BGBl I 1273
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v 7. 6. 1909, RGBl 499, BGBl III 4 Nr 43-1
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) idF v 13. 10. 1983, BGBl I 1261
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen
VerglO	Vergleichsordnung v 26. 2. 1935, RGBl I 321, BGBl III 3 Nr. 311-1
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen idF v 3. 8. 1992, BGBl I 1146
Vers	Versicherung
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Jahr und Seite)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VGrS	Vereinigter Großer Senat
(XXV)	

## Abkürzungsverzeichnis

VO	Verordnung(en)
Voraufll	Vorauslage
Vorbem	Vorbemerkung
VssR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Jahr und Seite)
VStG	Vermögenssteuergesetz (VStG) v 17. 4. 1974, BGBl I 949
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Band, Jahr und Seite)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag v 30. 5. 1908, RGBl 263, BGBl III 7 Nr. 7632-1
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v 21. 1. 1960, BGBl I 17
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg von Warneier (Jahr und Nr bis 1942/43); Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Jahr und Nr ab 1959/60)
WG	Wechselgesetz v 21. 6. 1933, RGBl I 399, BGBl III 4 Nr 4133-1
WiGBI	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes (Jahr und Seite)
1. WiKG	Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG) v 29. 7. 1976, BGBl I 2034
WiPO	Wirtschaftsprüferordnung
WiR	Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz) idF v 3. 6. 1975, BGBl I 1313
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV (Jahr und Seite)
WP	Wertpapier, auch: Das Wertpapier (Jahr und Seite)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr und Seite)
WP-Hdb	Wirtschaftsprüfer-Handbuch
WPK	Wirtschaftsprüferkammer
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung) idF v 5. 11. 1975, BGBl I 2803
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (WM)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WZG	Warenzeichengesetz idF v 2. 1. 1968, BGBl I 29
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
zB	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Jahr und Seite)
ZBk	Zentralbank
ZBIHR	Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr und Seite)
ZDG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz) idF v 31. 7. 1986, BGBl I 1205
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Jahr und Seite)
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Jahr und Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Wien (Jahr und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch (in Verbindung mit dem jeweils erlassenden Staat)
ZGesKW	s ZKW
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)

## Abkürzungsverzeichnis

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (früher Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht) (Band, Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1–7/1980 Insolvenzrecht – Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis, dann bis 12/1982 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis) (Jahr und Seite)
zit	zitiert
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung idF v 12. 9. 1950, BGBl I 535, BGBl III 3 Nr. 310-4
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite)
ZS	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Jahr, Band, Seite)
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (Jahr und Seite)
ZustandErgG	Gesetz zur Ergänzung von Zuständigkeiten auf den Gebieten des Bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts und des Strafrechts (Zuständigkeitsergänzungsgesetz) v 7. 8. 1952, BGBl I 407, BGBl III 3 Nr 310-1
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZVglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (wechselnde Titel) (Band, Jahr und Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)



# Einleitung

## Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Handelsrecht und Handelsgesetzbuch</b>		<b>III. Quellen des geltenden Handelsrechts</b>	
1. Handelsrecht: Handelsgesetzbuch, handelsrechtliche Nebengesetze, Handelsgewohnheitsrecht		A. Gesetztes Recht	
a) Handelsrecht als Teil der Privatrechtsordnung . . . . .	1	1. Reichsrecht und Bundesrecht	
Handelsrecht und Wirtschaftsrecht . . . . .	2	a) HGB und Materialien . . . . .	27
b) Abgrenzung gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht nach materialen Kriterien? . . . . .	3	b) EGHGB . . . . .	28
c) Die personale Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff: Handelsrecht als Sonderprivatrecht des Kaufmanns . . . . .	6	c) Nebengesetze . . . . .	29
d) Der „fragmentarische“ Charakter des Handelsrechts . . . . .	8	2. Landesrecht . . . . .	30
2. Handelsrecht als Sonderprivatrecht in dreifacher Bedeutung . . . . .	9	3. EG-Recht . . . . .	31
3. Die historische Bedingtheit der Sonderung des HGB und der handelsrechtlichen Nebengesetzgebung . . . . .	10	B. Handelsgewohnheitsrecht	
4. Die Bedeutung des Kaufmannsbegriffs für das Handelsrecht außerhalb des HGB . . . . .	11	1. Voraussetzungen. Praktische Bedeutung . . . . .	32
5. Die Ausstrahlungskraft des HGB auf das allgemeine bürgerliche Recht . . . . .	13	2. Abgrenzung zur Handelssitte . . . . .	33
6. Öffentliches Recht im HGB . . . . .	14	<b>IV. Der Anwendungsbereich des HGB</b>	
<b>II. Geschichte des Handelsrechts</b>		1. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	36
1. Entwicklung bis zum Erlaß des HGB von 1897 . . . . .	15	2. Zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .	38
2. Die seitherigen Änderungen des HGB . . . . .	21	3. Räumlicher Anwendungsbereich	
3. Die handelsrechtliche Nebengesetzgebung . . . . .	22	a) Bundesrepublik Deutschland . . . . .	39
		b) DDR und Ost-Berlin . . . . .	40
		c) Österreich . . . . .	42
		<b>V. Handelsrecht in der Qualifikationsproblematik des internationalen Privatrechts</b>	43
		<b>VI. Zur Reform des HGB</b>	
		1. Die Wandelbarkeit des Handelsrechts und das HGB . . . . .	45
		2. Die selbständige Fortentwicklung einzelner Typenmodelle des HGB . . . . .	46
		3. Probleme einer HGB-Reform	
		a) Kaufmannsbegriff . . . . .	48
		b) Neuabgrenzung der einseitigen Handelsgeschäfte? . . . . .	49
		c) Neukodifizierung des Transportrechts . . . . .	50
		d) Ausgliederungen in das BGB . . . . .	51
		e) Kodifikatorische Probleme des Personenbeförderungsrechts . . . . .	52

## I. Handelsrecht und Handelsgesetzbuch

### Schrifttum

*Eichler* Die Einheit des Privatrechts, ZHR 126 (1962) 181; *Heymann* Die Beziehungen des Handelsrechts zum Privatrecht, Sitzungsberichte der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Philologisch-Historische Klasse 1932 (V); *Müller-Freienfels* Zur „Selbständigkeit“ des Handelsrechts, Festschrift v. Caemmerer (1978) S. 583; *Raisch* Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19. Jahrhunderts (1962); *derselbe* Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts (1965); *derselbe* Die dogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 1967 533.

### 1. Handelsrecht: Handelsgesetzbuch, handelsrechtliche Nebengesetze, Handelsgewohnheitsrecht

- 1 Das HGB und seine Nebengesetze sind der Kern dessen, was man als Handelsrecht versteht. Doch wäre das zunächst nicht mehr als eine Ortsbestimmung. Eine Definition oder auch nur der Ansatz einer solchen ist damit nicht gewonnen. Auch das Handelsgewohnheitsrecht, das sie einzubeziehen hätte, ist Handelsrecht. Zudem bleibt die Frage offen, wonach sich bestimme, was handelsrechtliches Nebengesetz sei.

Dies — und nicht zuletzt das Bedürfnis nach Maßstäben einer zulänglichen Qualifikation in international-privatrechtlichen Zusammenhängen (Rdn. 43) — nötigt dazu, den Begriff „Handelsrecht“ inhaltlich zu fassen und zugleich dogmatisch abzusichern. Das ist sowohl nach materialen wie nach formalen Kriterien denkbar.

Versuche, materiale Kriterien zu finden, sind zahlreich unternommen worden. Sie sind sämtlich gescheitert:

- 2 a) Unstreitig ist nur, daß das Handelsrecht, läßt man einige öffentlichrechtliche Einsprengsel im HGB (Rdn. 14) beiseite, einen **Teil der Privatrechtsordnung** darstellt. Als solches bildet es einen inneren Kreis mit dem konzentrisch herumgelagerten **Wirtschaftsrecht**, das auch weitgehend öffentlichrechtliche Elemente wie Kartellrecht, Energierecht, Subventionsrecht, Außenwirtschaftsrecht, Verkehrsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt. Die Abgrenzung des Handelsrechts zum Wirtschaftsrecht hat vorwiegend didaktisches Interesse. Die Abgrenzung zum allgemeinen bürgerlichen Recht ist demgegenüber von praktischer Relevanz, dafür aber nach inhaltlichen Merkmalen problematisch; gerade diese Merkmale sind es, die sich bis heute nicht haben finden lassen. Dabei hat schon der Gesetzgeber der Rechtsanwendung die Grenze zu ziehen aufgegeben: nach Art. 2 EGHGB kommen „in Handelssachen“ die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB oder im EGHGB etwas anderes bestimmt ist. „Handelssachen“ sind synonym mit Materien des Handelsrechts. Ihnen gilt das HGB und sein Einführungsgesetz — zu ergänzen: das Handelsgewohnheitsrecht und das Recht der handelsrechtlichen Nebengesetze — primär, das allgemeine bürgerliche Recht subsidiär. Damit ist die Frage nach dem Begriff des Handelsrechts an die Wissenschaft zurückgegeben. Der Gesetzgeber hat sie nicht gelöst.
- 3 b) **Abgrenzung gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht nach materialen Kriterien?** Vorweg: Der **Wortsinn** hilft nicht weiter. Handelsrecht als das Sonderprivatrecht des Handels begreifen zu wollen, würde schon vom HGB selbst Lügen gestraft: dieses gibt in weitestem Umfange Recht auch für solche Lebenszusammenhänge, die keinesfalls mehr mit dem herkömmlichen Begriff „Handel“ als dem einen Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage bezweckenden Umsatz wirtschaftlicher Güter zu fassen sind.
- 4 Man hat daraufhin versucht, **Erscheinungsmerkmale** herauszustellen, die das allem Handelsrecht Gemeinsame ausmachen sollen. Regelungsbedürfnisse des „rechtsgeschäftlichen Massenverkehrs“ (*Ph. Heck*), insbesondere Flexibilität, Rationalisierung und Schnelligkeit der Vertragsanknüpfung und Vertragsabwicklung, dadurch bedingt ein verstärkter Schutz des rechtsgeschäftlichen Vertrauens, sich gründend auf äußere, namentlich standardisierte Tatbestände, Entgeltlichkeitsprinzip als Korrelat zum Grundsatz des verantworteten Risikos, endlich die Tendenz zur universalen Anwendbarkeit der dem allem geltenden Rechtsregeln — so treffend diese Feststellungen sind, geben sie doch nicht mehr als ein allgemeines Bild, ein Stück Phänomenologie modernen Wirtschaftens. Für eine dogmatische Abgrenzung des Gegenstandes des Handels-

rechts sind sie nicht verwendbar. Denn Handelsrecht ist, wie *Hirsch* (Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Band 4 S. 180) richtig gesehen hat, eine rechtswissenschaftliche Kategorie, kein „gegebenes“ Rechtsgebiet, weder institutionell noch im Sinne sachlogischen Formzusammenhangs.

Auch der zuletzt von *Raisch*<sup>1</sup> unternommene, groß angelegte Versuch, das Handelsrecht material als Unternehmensprivatrecht<sup>2</sup> vom Unternehmensbegriff her zu bestimmen, hat das Problem de lege lata nicht lösen können. Darauf hat *Eichler* (S. 190) mit Recht hingewiesen. *Raisch* legt seinem Gedankengang die „Sinneinheit von Unternehmen und Unternehmer“ (Geschichtliche Voraussetzungen ... S. 120) zugrunde. Zwischen beiden Inbegriffen, die er als rechtliche versteht (dies gegen die Kritik von Thomas *Raiser* Das Unternehmen als Organisation [1969] S. 7, der dort nicht vom juristischen, sondern vom soziologischen Unternehmertyp ausgeht), sieht er die Fülle des Handelsrechts ausgespannt. Dem von *Raisch* verwendeten Unternehmerbegriff (Geschichtliche Voraussetzungen ... S. 193: „Unternehmer im Sinne des Handelsrechts ist, wer selbständig mittels einer auf Dauer angelegten Wirtschaftseinheit anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich werthafte Leistungen anbietet“) kommt nun zwar in speziellen handelsrechtlichen Zusammenhängen (§ 84; auch unten Rdn. 43) durchaus Bedeutung zu. Auch ist die Anschaulichkeit der Wirtschaftseinheit von Wert bei der Definition des Nebengewerbes für § 3. Problematisch ist es aber schon, ob „Unternehmen“ ohne weiteres mit Gewerbebetrieb gleichzusetzen sei, wie *Raisch* das an anderer Stelle (BB 1969 1364) tut. Einen einheitlichen Unternehmensbegriff gibt es im geltenden Recht ohnedies noch nicht. Vollends aus jener Gleichsetzung die Folge abzuleiten, deshalb sei eine jede einem jeglichen Gewerbebetrieb geltende Privatrechtsnorm, gleich wo sie sich finde, dem Handelsrecht zuzuordnen (daselbst für § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB — in Wahrheit liegt ein bloßer „Rückkopplungseffekt“ des Handelsrechts auf diese Bestimmung vor, siehe § 6, 21 —), geht zu weit. Wenn man ein vom bürgerlichen Recht gesondertes Handelsrecht instituiert, dann läuft die Trennlinie nicht zwischen Gewerbe und Nichtgewerbe, sondern zwischen Gewerbe im weiteren und Handelsgewerbe im engeren Sinne, und es ist dann nur noch die Frage, an welche (sachlichen oder personalen) Merkmale man das Handelsgewerbe anzuknüpfen hat. *Raisch* selbst ist gezwungen, seine Folgerungen wieder zurückzunehmen, wenn er (JuS 1967 538) den modern aufgezogenen Betrieb des Großlandwirts, auch wenn dieser nicht Kaufmannseigenschaft hat, zwar als Unternehmen einstuft, es dennoch aber nur fallweise dem Handelsrecht unterstellt wissen will. Letzten Endes läuft die *Raisch*'sche Gleichsetzung von Handelsrecht und Unternehmensprivatrecht darauf hinaus, dem Wirtschaftsrecht nur noch das öffentliche Unternehmensrecht vorzubehalten. Das wäre noch vertretbar. Doch zugleich wäre auch das große Gebiet des Arbeitsrechts, das doch zum allergrößten Teil mit Unternehmen zu tun hat, wieder in seine privatrechtlichen und seine öffentlichrechtlichen Bestandteile zerlegt, aus denen es gerade erst zu einer Einheit zusammengewachsen ist. Man wird vielmehr gelten lassen müssen: Weder, um Beispiele zu bilden, das Geschäftsraummietengesetz vom 25. 6. 1952, noch die moderne Erscheinungsform unternehmerischer Inventaranmietung in Gestalt des Leasing (geschweige denn die §§ 701 ff BGB, deren Gegenstand den Wirtschaftszweig des „gewerbsmäßig tätigen Gastwirts“ bildet) waren und sind genuines Handelsrecht — auch dann nicht, wenn auf beiden Seiten „Unternehmer“ beteiligt sind —, sondern

<sup>1</sup> In der Nachfolge hauptsächlich von Wieland: Geschichtliche Voraussetzungen ... S. 131, 179 ff; JuS 1967 537.

<sup>2</sup> So der Ausdruck in Geschichtliche Voraussetzungen ... S. 40.

wirtschaftsrechtliche Sachanliegen und auch immer nur als solche begriffen worden. „Unternehmensrecht“ ist schon heute eine eigenständige Disziplin, vor allem wegen seiner rechtsformübergreifenden Verwendbarkeit (Konzernrecht, Kartellrecht, Bilanzrecht, Mitbestimmung) und seiner arbeitsrechtlichen Implikationen (§ 613 a BGB)<sup>3</sup>: ein Unternehmensprivatrecht ließe sich als solches weder darstellen noch mit Handelsrecht zur Deckung bringen.

- 6 c) Immerhin öffnen die Untersuchungen von *Raisch* den Blick dafür, über alle bisherige Phänomenologie hinaus das rechtliche Zentrum der dahinter stehenden Aktivitäten aufsuchen zu müssen, will man der Begrifflichkeit des Handelsrechts dennoch gerecht werden. Alle unter ihren modernen Bedingungen und Erfordernissen (Rdn. 4) ablaufende Wirtschaftstätigkeit hat ein tätiges Subjekt, und das ist nicht nur eine natürliche Person, sondern sind daneben in weitem, heute geradezu dominierenden Umfange gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse. Für ihre Struktur und Organisation müssen auch sie jenen Bedingungen und Erfordernissen angepaßt sein. Handelsrecht hat diese Horizonte mit einzubeziehen, und es hat sie von jeher mit einbezogen. Deshalb hat Handelsrecht es auch zu tun mit der personalen und betrieblichen Verfaßtheit wirtschaftenden Unternehmertums. Sogenannte absolute, subjekt-neutrale, ausschließlich von ihrem Inhalt her bestimmte Handelsgeschäfte, wie sie noch das ADHGB kannte und wie sie der französische code de commerce bis heute kennt, sind dem geltenden HGB fremd. Der Träger des Unternehmens und sein besonderer privatrechtlicher Status ist es, auf den mit seinem Ausgriff auf die Aktivitäten am Markt sich alles Handelsrecht zurückführen läßt und den es als gemeinsamen Nenner hat. Es hat als gemeinsamen Nenner wiederum nur ihn. *Raisch* spricht vom Unternehmer: der Topos ist für eine Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht zu allgemein. Aber auch das HGB spricht von ihm, gleich zu Beginn, in den §§ 2 und 3 als einem zunächst rechtlich unspezifischen Begriff. Bei Hinzutreten bestimmter, auf die betriebliche Eigenart oder den Sektor des Tätigkeitsfeldes bezogener Merkmale (und der Eintragung im Handelsregister) nennt es ihn Kaufmann.

Handelsrecht ist das **Sonderprivatrecht des Kaufmanns**.

- 7 Eine materiale Begriffsbestimmung ist damit zwar nicht erreicht. Der Kaufmann ist eine Rechtsfigur mit einem gesetzlichen Umriß, der, wie die §§ 1 bis 6 zeigen, mit dem wirtschaftssoziologischen Bild nur noch wenig gemein hat. Aber so formal die Abgrenzung damit erscheint, bleibt sie gleichwohl nicht im Formalen stecken. Es sollte nicht übersehen werden, daß im Begriffsgehalt des „Kaufmanns“ auch für die rechtliche Betrachtung ein **materiales Element mitschwingt**. Das beleuchtet ein Vergleich mit dem BGB. Dessen personale Anknüpfung ist diejenige an das Rechtssubjekt, seine Zentralfigur zwar, aber nichtsdestoweniger eine vom ethischen Personbegriff abgehobene und in diesem Sinne formale Kategorie, insofern sie die juristische Person einbezieht (*Larenz Allgemeiner Teil*<sup>5</sup> § 2 III S. 37 ff). Der Kaufmann des Handelsrechts dagegen ist mehr. Er ist ein „werthaltiger“ Typ des Rechtslebens und darin sogar mehr als der Geschäftsfähige des bürgerlichen Rechts. Das Gesetz sieht ihn als den generell mit dem besseren geschäftlichen Durchblick Ausgestatteten, der deshalb eine höhere Verantwortlichkeit trägt (§ 347 Abs. 1 — noch dem Scheinkaufmann wird sie zugerechnet —) und der im geringeren Grade schutzbedürftig ist als der Normalbürger (§ 8 AbzG, § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG). Auf dieser Ebene ist das Handelsrecht nun dennoch mit materialen Wesenszügen vom allgemeinen bürgerlichen Recht abgehoben. Man beachte, daß dort,

<sup>3</sup> Siehe ferner § 1 Rdn. 44 a. E., 45 a. E.

wo ein nicht voll Geschäftsfähiger oder eine juristische Person Kaufmannsstatus hat, noch bei dem gesetzlichen Vertreter jene besondere Qualifikation kaufmännischen „Formats“ vorausgesetzt wird. Die vom Gesetz verwendete Terminologie (§ 43 Abs. 1 GmbHG: Haftung für „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“, ähnlich § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG: Haftung für „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“) bietet dafür einen sprechenden Beleg. Schließlich ist anzumerken, daß das rechtsethische Moment in der Gestalt des „ehrbaren Kaufmannes“ auch heute noch rechtsmaßstäbliche Geltung beansprucht: nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. 12. 1956 ist es u. a. Aufgabe der Kammern, „für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmannes zu wirken“.

d) Darüber hinaus bleibt nun freilich eine umfassende Begriffsbestimmung des Handelsrechts nach seinem Sachgegenstand nicht möglich. Man wird sich mit der Erkenntnis zu bescheiden haben, daß es eine solche nicht gibt. Die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen eines kaufmännischen Unternehmens sind weitgehend vom allgemeinen bürgerlichen Recht her bestimmt; eine generelle Grenze ziehen zu wollen, von der ab Handelsrecht das kaufmännische Leben ergreift, bliebe allen Mißlichkeiten fließender Übergänge verhaftet. Was das Handelsrecht als Sonderregeln für die privatrechtliche Betätigung des Kaufmanns bereithält, ist im Grunde dezisionistisch. Mehr noch: es ist in historischer Zufälligkeit zusammengefügt, in seiner Gesamtheit **fragmentarisch** (*Müller-Freienfels* S. 511) und ohne innere Geschlossenheit, punktuell und selektiv, wie es die wechselnden gesetzgeberischen oder Verkehrsnotwendigkeiten zu fordern schienen. Die Voraufgabe nennt es einen Torso. Auch die handelsrechtliche Nebengesetzgebung, auch das Handelsgewohnheitsrecht sind hiervon nicht ausgenommen.

## 2. Handelsrecht als Sonderprivatrecht in dreifacher Bedeutung

Vor weiterem sollte man sich klarmachen, daß „Sonderprivatrecht“ für den Kaufmann in einer **dreifachen Bedeutung** zu verstehen ist. Es sind zum einen diejenigen Institutionen, die überhaupt nur in der kaufmännischen Betätigung vorkommen können und ausschließlich auf sie bezogen sind, wie zum Beispiel das Handelsregister in seinen privatrechtlichen Wirkungen. Zum anderen und mit seinem Kernbestand, ist Handelsrecht *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Denn das allgemeine bürgerliche Recht gilt grundsätzlich auch für Kaufleute, nur daß das Handelsrecht als Sonderrecht in einzelnen Beziehungen das allgemeine bürgerliche Recht verdrängt (Rdn. 2 — Art. 2 EGHGB —: Handelskauf, Handelsbürgschaft, Handelszinsen u. a. m.). Endlich ist es, in Ergänzung des allgemeinen bürgerlichen Rechts, gleichsam dessen Sonderausprägung für bestimmte Vertragstypen des kaufmännischen Lebens (Kommissionsgeschäft als Unterart des Geschäftsbesorgungsvertrages, Frachtgeschäft als Unterart des Werkvertrages); es sind das zugleich diejenigen, für die, wie bei *Nußbaum* (Tatsachen und Begriffe des deutschen Kommissionsrechts 1917 S. 32) anklingt, die Koordinierung von Handels- und bürgerlichem Recht im HGB am wenigsten gelungen ist, weil zahlreiche handelsrechtliche Regeln neben den ohnehin geltenden bürgerlichrechtlichen leerlaufen (*Raisch*, *Geschichtliche Voraussetzungen* . . . S. 8, 40, 200). Zu der letzteren, supplementären Gruppe gehört weiterhin die Mehrzahl der handelsrechtlichen Nebengesetze, so das Gesetz über den Versicherungsvertrag, das Börsengesetz, das Personenbeförderungsgesetz, das Depotgesetz. Auch das Aktiengesetz, das GmbH-Gesetz, das Genossenschaftsgesetz dürften als Sonderausprägungen des Vereinsrechts des BGB (§ 6, 22) dieser Gruppe zuzurechnen sein.

### 3. Die historische Bedingtheit der Sonderung des HGB und der handelsrechtlichen Nebengesetzgebung

- 10 Der damit grob umrissene kodifikatorische Bestand des Handelsrechts, wie er sich präsentiert, ist abermals ausschließlich **historisch bedingt**. Die Schweiz und Italien kennen keine von der zivilrechtlichen gesonderte handelsrechtliche Kodifikation in einem Handelsgesetzbuch (wenngleich eine wissenschaftliche Disziplin „Handelsrecht“, was die zu Rdn. 4 zitierte *Hirsch*'sche These einmal mehr bestätigt). In Deutschland dagegen war die Kodifikation des Handelsrechts historisch früher da als die des bürgerlichen Rechts. Die Einfügung der früheren in die spätere ist zu keinem Zeitpunkt ernsthaft erwogen worden (*Raisch*, *Geschichtliche Voraussetzungen* . . . S. 59). Das Aufgehen des HGB im BGB wäre im übrigen schon wegen seiner eigenen Stofffülle nur unter Preisgabe jeglicher Proportionen durchführbar gewesen (so richtig *Herber* ZHR 144 [1980] S. 70); und wenn nicht für das HGB selbst, dann hätte dergleichen für die handelsrechtliche Nebengesetzgebung sich von vornherein verboten.

### 4. Die Bedeutung des Kaufmannsbegriffs für das Handelsrecht außerhalb des HGB

- 11 Um so mehr erweist sich, will man die Materie des Handelsrechts als Ganzes unter systematischen Gesichtspunkten in den Blick nehmen, der Rückgriff auf den Anknüpfungspunkt „Kaufmann“ auch dogmatisch als unumgänglich. Das HGB stellt ihn an die Spitze des Ersten Buches mit scharf umrissener Kontur in den §§ 1 ff, und seine Geschäfte als Handelsgeschäfte an die Spitze des Dritten Buches in § 343. Bezug auf den Kaufmann des HGB und seine Betätigung haben aber auch alle **handelsrechtlichen Nebengesetze**, in deren Zentrum er steht, ebenso wie das **Handelsgewohnheitsrecht**. Das macht es zugleich möglich, die Grenze zu ziehen zu anderen Gesetzen, die nicht selten den handelsrechtlichen Nebengesetzen dazugezählt und zu den handelsrechtlichen Materien gerechnet werden, es aber bei genauer Betrachtung nicht sind, weil sie nicht notwendig auf den Kaufmannsstatus des Normadressaten abstellen. Hierzu gehören etwa das Recht des gewerblichen Rechtsschutzes und das Wettbewerbsrecht. Das Wechselgesetz wird man, obwohl keiner der an dem Wechselrechtsverhältnis Beteiligten Kaufmann zu sein braucht, kraft der Inbezugnahme seiner wesentlichen Bestimmungen in § 365 zwar noch bei den handelsrechtlichen Nebengesetzen einreihen können<sup>4</sup>, zumal auch sein Schwestergesetz, das Scheckgesetz, in Art. 3 die Kaufmannseigenschaft des Bezogenen („Bankier, bei dem der Aussteller ein Guthaben hat“) als notwendig postuliert und damit Sonderrecht zu den §§ 363 ff gibt. Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz dagegen sind Bereiche, die mit wirtschaftsender Tätigkeit als solcher ohne Rücksicht auf den handelsrechtlichen Status des sich Betätigenden zu tun haben. Sie sollten deshalb dem Wirtschaftsrecht zugeordnet werden. Immerhin sind Streitigkeiten aus Muster- und Warenzeichenrecht und aus unlauterem Wettbewerb „Handelssachen“ im formellen Sinne des Gerichtsverfassungsrechts (Rdn. 36), insofern sie zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten gehören. Das dürfte die rechtssystematische Abgrenzung stark relativieren.

<sup>4</sup> Globale Verklammerungen gibt es auch in umgekehrter Richtung, wie es in § 16 VersAufsG für den Versicherungsverein a. G. geschehen ist. Obwohl dieser dort von der Kaufmannseigenschaft ausdrücklich ausgenommen ist, sollen

gleichwohl die Vorschriften des Ersten und des Dritten Buches des HGB weitgehend anwendbar sein. Man wird deshalb auch das VersAufsG als handelsrechtliches Nebengesetz gelten lassen müssen.

Daß die Zentrierung des Handelsrechts auf den **Kaufmannsbegriff des HGB** in seiner zeitgebundenen Begrenztheit unbefriedigend bleibt — unbefriedigend deshalb, weil das HGB seinerseits den Kaufmannsstatus nach überholten Merkmalen des Kaufmanns-„Standes“ und noch dazu in positivistischer, wenig überzeugender Gruppierung geordnet hat (Vor § 1, 2) —, ist *Raisch* (JuS 1967 537) ohne weiteres zuzugeben. Der Hinweis auf die Reformbedürftigkeit des Kaufmannsbegriffs stößt offene Türen ein (siehe dazu Rdn. 48). Aber solange wir ihn in der gegenwärtigen Ausgestaltung haben, gibt es für das Handelsrecht im eigentlichen Sinne kein anderes Kriterium als dieses formal einigende Moment. Gehören doch Aktiengesetz und GmbH-Gesetz unbezweifelbar zu den handelsrechtlichen Nebengesetzen, auch wenn im Einzelfalle die Aktiengesellschaft oder die GmbH nicht einmal Unternehmer zu sein brauchen, sondern außerwirtschaftliche Ziele verfolgen können (§ 3 AktG, § 1 GmbHG): nur daß das Gesetz ihnen in jedem Falle Kaufmannsstatus verleiht.

Außer Debatte steht bei alledem, daß der **Ausdruck „Handels“-Recht** schon als solcher nur noch **historische Reminiscenz** ist aus einer Zeit, da der Kaufmannsstand mit dem handelsgewerbetreibenden Stand (Rdn. 3) in eins gesetzt wurde. Die Entwicklung ist über dieses enge Kaufmannsbild längst hinweggegangen. Das Gesetz ist dem gefolgt. Es betrachtet heute, wie der Leittypus des § 2 erkennen läßt, als Kaufmann den im Wirtschaftsleben in kaufmännischer Art und Weise selbständig Tätigen. Aber nicht einmal ein prägnanterer Terminus hat sich für sein Sonderrecht bisher finden lassen. „Handels- und Industrierecht“ (so *Hirsch* — Rdn. 4 —) ist nicht erschöpfend. „Recht der gewerblichen Wirtschaft“ wäre wiederum zu weitgehend; es würde das Wirtschaftsrecht in seiner Breite kennzeichnen. Handelsrecht als das Recht des wirtschaftenden Kaufmannes ist deshalb auch terminologisch nur noch aus der erneuten Rückwendung auf dessen Urbild zu erklären.

### 5. Die Ausstrahlungskraft des HGB auf das allgemeine bürgerliche Recht

Gerade aber weil das Handelsrecht von seinem Inhalt her keine geschlossene Grenzziehung zum allgemeinen bürgerlichen Recht aufweist, ist seine **Ausstrahlungskraft** auf dieses um so größer. Man hat früher oft dem Handelsrecht die Pionierfunktion für das bürgerliche Recht zugewiesen, und in der Tat sind eine Reihe von Rechtsregeln des ADHGB späterhin in das BGB übergegangen. So nach dem Vorgang von *Levin Goldschmidt*, noch die Voraufgabe. Die Beobachtungen von *Raisch* (Abgrenzung ... S. 16/17; JuS 1967 534 und Fn. 8 das.) und *Müller-Freienfels* (S. 604 ff) haben hier jedoch Fragezeichen gesetzt. Sie haben ergeben, welch wechselndes Hin und Her die Rezeption von bürgerlichem Recht im Handelsrecht und umgekehrt in den Stadien zwischen preußischem ALR, gemeinem Recht, ADHGB und BGB durchlaufen hat. Daß handelsrechtliche Institutionen indessen auf einem anderen Wege, dem der Rechtsprechung, das bürgerliche Recht zu befruchten beginnen, dafür gibt es in neuerer Zeit bemerkenswerte Zeugnisse (BGHZ 2 37, 51 — § 366 HGB —; BGHZ 32 307, 314 ff — § 142 HGB —; BGHZ 59 179, 184 und 66 48, 50 — § 6 HGB —); an einer anderen Nahtstelle (§ 392 Abs. 2 HGB) hatte das RG (zuletzt: RGZ 84 214, 216) sich freilich der Fruchtbarmachung für das bürgerliche Recht versagt. Hier überall geht es um das Problem der Analogie, und in diesem Rahmen ist der von *Raisch* herausgestellte Unternehmensbegriff als das *tertium comparationis* nun allerdings der gewiesene Ansatzpunkt (JuS 1967 537 ff). Aus diesem Ansatzpunkt erscheinen weitere Fälle von Übernahme handelsrechtlicher Substanz in das BGB schon heute vertretbar; vergleiche das Beispiel in § 4 Rdn. 25. Jenseits der im BGB abgeschlossenen Rezeption erweist sogar die jüngste Gesetzgebung die Modellkraft des HGB für das allgemeine bürgerliche

Recht. *Müller-Freienfels* (S. 611) hat zutreffend auf das Einheitliche Kaufgesetz vom 17. 7. 1973 (BGBl. I, 856, in Kraft seit 16. 4. 1974 — BGBl. I, 358 —) aufmerksam gemacht. Es hat für den grenzüberschreitenden Kaufvertrag die kaufmännische Rügeobliegenheit (§ 377) auch für nicht kaufmännische Vertragsparteien verbindlich gemacht.

## 6. Öffentliches Recht im HGB

- 14** Das HGB ist, sowenig wie das BGB, ein ausschließlich privatrechtliches Gesetz. Es enthält einige **öffentlichrechtliche Bestandteile**. So die Einrichtung des Handelsregisters (§§ 8—14, 16, 32) einschließlich der Vorschriften über den Zwang zur Registeranmeldung (§§ 29, 31, 33—36, 53, 106—108, 143, 148, 157, 162, 175) und die Tätigkeit des Registergerichts zur Unterbindung unzulässiger Firmenführung (§ 37 Abs. 1). Öffentlichrechtlich sind ferner: der gesamte Abschnitt über die Handelsbücher (§§ 38 ff), einige Reglements für den halb-öffentlichen Berufsstand des Handelsmäcklers (§§ 100—103), die dem § 736 ZPO an die Seite zu stellende vollstreckungsrechtliche Bestimmung des § 124 samt ihrem Gegenstück in § 129 Abs. 4, die Auflagen gewerbepolizeilicher Natur in § 125 a, die Gerichtsstandsvorschrift in § 371 Abs. 4, und schließlich die strafbewehrten Bestimmungen über die Pflicht zur Konkursanmeldung im Recht der oHG/KG (§§ 130 a, 130 b, 177 a). Im Hinblick auf die öffentliche Seite des Namensrechts könnten auch die Vorschriften über die Bildung der Handelsfirma (§§ 18—24, 30) mit Einschluß derjenigen über die Rubrizierung im bürgerlichen Rechtsstreit (§§ 17 Abs. 2, 125 Abs. 1) hierzu gerechnet werden.

Daß das Seerecht — ohnehin dem Handelsrecht als Viertes Buch des HGB nur lose angegliedert: auch dies vorwiegend aus historischen Gründen — durch eine ganze Reihe öffentlichrechtlicher Bestandteile charakterisiert ist (§§ 482, 487 a Abs. 4, 488, 498 Satz 1, 513, 514, 517, 519—525, 665, 729, 738—738 b), entspricht seiner überkommenen Konzeption.

## II. Geschichte des Handelsrechts

### Schrifttum

*Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts 1891 (unvollendet); *P. Rehme* Geschichte des Handelsrechts 1913 (Ehrenberg Handb. I, 28 ff)

### 1. Entwicklung bis zum Erlaß des HGB von 1897

- 15** Aus dem **Altertum** sind nur einzelne handelsrechtliche Einrichtungen bezeugt, nicht aber ein Handelsrecht, das diesen Namen verdiente. Im römischen Recht fand sich die *actio tributoria*, *institoria* und *exercitoria*, das *receptum cauponum et nautarum*, das *foenus nauticum* und die *lex Rhodia de jactu*, die letzten beiden griechischen Ursprungs. Im **Mittelalter** entwickelte sich in den germanisch-romanischen Ländern, und zwar in den Städten, gewohnheitsrechtlich ein Ständerecht der Kaufleute, das in Stadtrechten und in den Statuten der Kaufmannsgilden seinen örtlichen, aber vielfach übereinstimmenden Niederschlag fand. Führend war lange Italien, dessen Kaufleute ihren Handel über Europa ausbreiteten. So erklärt sich die Rezeption italienischer Handelseinrichtungen, besonders des Bank- und Versicherungswesens, der Buchführung, wie auch der Umstand, daß noch heute in der kaufmännischen Sprache manche italienische Bezeichnungen im Gebrauch geblieben sind, z. B. Konto, Kontokorrent, Saldo, Prokura u. a. Aber auch die deutsche Hansa gewann erheblichen Einfluß; ihre in Rezessen enthaltenen „Ordinancien“ bildeten eine Quelle des Handelsrechts, namentlich des Seerechts.

Seit der Zeit der überseeischen Entdeckungen änderte sich das Bild. Der italienische Einfluß sank, die deutsche Hansa verfiel. Nach dem dreißigjährigen Kriege wurde **Frankreich** im Handelsrecht führend. Unter Ludwig XIV. und seinem Minister Colbert wurde 1673 der erste Ansatz zu einer handelsrechtlichen Kodifikation gemacht: es erging die Ordonnance du commerce, auch Code Savary genannt, nach dem Kaufmann Savary, der als Kommissionsmitglied das Werk hervorragend beeinflusst hatte. Es folgte 1681 die Ordonnance de la marine. Beide Ordonnanzen bildeten die Grundlage des unter Napoleon im Jahre 1807 zustande gekommenen Code de commerce, eines der cinq codes. Der Code de commerce wurde nicht nur in Frankreich, sondern u. a. auch in Polen, Luxemburg, Belgien, Holland und in einigen Gebieten Deutschlands eingeführt, namentlich in Teilen der Rheinprovinz, in Rheinhessen, der Rheinpfalz und in Baden, hier als Anhang zum Badischen Landrecht, einer Übersetzung des Code civil; er blieb in diesen Gebieten auch nach den Befreiungskriegen in Kraft. Der Code de commerce beeinflusste ferner die Handelsgesetzgebung einer Reihe anderer Staaten. 16

In Deutschland war nur Preußen zu einer Kodifikation des Handelsrechts geschritten, und zwar im **Allgemeinen Landrecht** vom 5. Februar 1794, im 8. Titel des II. Teils. Der deutschen Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Zivilrechts wurde in der Folge zuerst auf dem Gebiete des Handelsrechts ein Ende bereitet, wo sie auch am schwersten erträglich war. Zwar blieb eine Anregung Württembergs im deutschen Zollverein, das Handelsrecht zu vereinheitlichen, zunächst ohne Erfolg. Doch trat auf Anregung Württembergs und auf Einladung Preußens wenigstens zur Vereinheitlichung des Wechselrechts im Jahre 1847 in Leipzig eine Kommission zusammen, die den Entwurf einer „**Allgemeinen deutschen Wechselordnung**“ zustande brachte. Dieser Entwurf wurde im Jahre 1848 von der konstituierenden Nationalversammlung in Frankfurt a. M. übernommen und kurzerhand — wozu ihr die Befugnis fehlte — zum Reichsgesetz erklärt. Sie wurde vom Reichsverweser, Erzherzog Johann, im Reichsgesetzblatt am 27. November 1848 verkündet, dann aber, den staatsrechtlichen Verhältnissen entsprechend, in den Einzelstaaten als Landesgesetz eingeführt. Da sie im Gegensatz zu älteren Rechten die Wechselfähigkeit jedem beilegte, der sich durch Verträge verpflichtet kann, so löste sie sich damit zunächst aus dem Handelsrecht los. 17

Auch zur **Vereinheitlichung des gesamten Handels- und Seerechts** unternahm die provisorische Reichsregierung des Jahres 1848 einen Versuch, indem der Reichsjustizminister v. Mohl eine Kommission nach Frankfurt a. M. berief. Diese veröffentlichte einen Teil ihres Entwurfs, doch scheiterte das Unternehmen an dem damaligen Nichtzustandekommen einer Reichsgewalt. Die Dinge kamen erst in Fluß, als sich im Jahre 1856 auf Anregung Bayerns die Bundesversammlung ihrer annahm. Auf Grund ihres Beschlusses v. 18. 12. 1856 trat am 15. Januar 1857 in Nürnberg unter dem Vorsitz des bayerischen Justizministers v. Ringelmann eine von den meisten Bundesstaaten beschickte Kommission zusammen, die ihren Beratungen einen preußischen Entwurf zugrunde legte, einen österreichischen aber mitberücksichtigte. Über den Gang der Beratungen wurden Protokolle geführt, die später von dem Ersten Sekretär der Kommission, Lutz, für die Öffentlichkeit herausgegeben wurden. Zunächst wurden die ersten drei Bücher des Entwurfs in zwei Lesungen beraten, dann verlegte die Kommission im Jahre 1858 ihren Sitz nach Hamburg, wo sie das fünfte Buch — Vom Seehandel — in zwei Lesungen beriet. Die ersten vier Bücher wurden, nachdem von den einzelnen Regierungen eine Reihe von „Erinnerungen“ eingegangen waren, vom November 1860 bis Februar 1861 in Nürnberg einer dritten Lesung unterzogen. Der Entwurf des „**Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs**“ wurde der Bundesversammlung überreicht und von ihr durch Beschluß v. 31. 5. 1861 den einzelnen Regierungen zur 18

Einführung empfohlen. Die weitaus meisten führten das ADHGB in ihren Ländern ein, Preußen mit Einführungsgesetz v. 24. 6. 1861 (GS S. 449), Österreich — mit Ausnahme des Seerechts und nicht in Ungarn (für dessen Gebiet es dem Deutschen Bund nicht angehörte) — mit Einführungsgesetz v. 17. 12. 1862 (Österr. RGBL. 1863 Nr. 1).

- 19 Durch Bundesgesetz v. 5. 6. 1869 (BGBl. S. 379) wurde das ADHGB Gesetz des Norddeutschen Bundes und damit für diesen aus nur materiell gemeinsamem auch formell gemeinsames Recht. Das gleiche geschah für das Deutsche Reich mit Ausnahme von Bayern durch RGes. v. 16. 4. 1871 (RGBL. S. 63), für Bayern durch Ges. v. 22. 4. 1871 (RGBL. S. 87).

Für die Einheit der Rechtsprechung in Handelssachen sorgte das Bundesoberhandelsgericht in Leipzig (Ges. v. 12. 6. 1869, BGBl. S. 201), das seit dem 2. 9. 1871 den Namen Reichsoberhandelsgericht führte (Plenarbeschluß auf Grund des Ges. v. 16. 4. 1871, ROHG 2 448) und mit dem 1. 10. 1879 im Reichsgericht aufging (Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. 1. 1877, RGBL. S. 41, Ges. v. 11. 4. 1877, RGBL. S. 415).

- 20 Einen Anlaß zu durchgreifender **Umgestaltung** gab das **Bürgerliche Gesetzbuch**. Es galt, mit dessen Vorschriften die des Handelsgesetzbuchs in Einklang zu bringen und bei dieser Gelegenheit zu verbessern, was sich als verbesserungsbedürftig erwiesen hatte. Zu diesem Zweck wurde ein Entwurf im Reichsjustizamt ausgearbeitet und kommissarisch beraten. In der dadurch gewonnenen Gestalt — noch ohne Seerecht — wurde er nebst einer Denkschrift im Jahre 1896 veröffentlicht. Nachdem der Entwurf öffentlich besprochen worden war, wurde er nochmals kommissarisch beraten und umgearbeitet und dann unter Hinzufügung des Seerechts und eines Entwurfs des Einführungsgesetzes mit einer Denkschrift dem Bundesrat und demnächst, wiederum mit einer Denkschrift (1897), dem Reichstag zugeleitet. Auch in der nunmehrigen Gestalt wurde der Entwurf nebst der Denkschrift veröffentlicht. Der Reichstag überwies den Entwurf einer Kommission von 21 Mitgliedern zur Beratung und nahm ihn mit einigen Änderungen am 7. 4. 1897 in dritter Lesung an. Am 10. 5. 1897 wurden das neue **Handelsgesetzbuch** und das **Einführungsgesetz** vom Kaiser ausgefertigt, am 21. 5. 1897 wurden sie in Nr. 23 des Reichsgesetzblatts (S. 219 ff) verkündet.

## 2. Die seitherigen Änderungen des HGB

- 21 Von den **Änderungen**, die der Wortlaut des HGB seither erfahren hat, können hier diejenigen, die das Seerecht, und diejenigen, die das Aktienrecht bis zu dessen Sonderregelung betreffen, übergangen werden. Auf das Seerecht erstreckt sich das vorliegende Erläuterungswerk nicht, und das Aktienrecht ist seit der Neuordnung durch das Aktiengesetz v. 30. 1. 1937 (RGBL. I, 107) aus dem Handelsgesetzbuch ausgeschieden; § 18 des EinfG z. AktG 1937 hat den ganzen Dritten und Vierten Abschnitt des Zweiten Buchs des HGB (Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien) und § 20 HGB gestrichen, § 38 der 1. DVO z. AktG v. 29. 9. 1937 (RGBL. I, 1026) hat ferner den zweiten Satz des § 22 Abs. 1 HGB aufgehoben. Was an Änderungen des Aktienrechts vorangegangen war, gehört nunmehr in die Erläuterungen zum Aktiengesetz. Hier sind daher nur noch die folgenden Änderungen des HGB zu nennen:

1. Das Gesetz zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 HGB v. 10. 6. 1914 (RGBL. S. 209). Es hat die genannten Vorschriften neu gefaßt und die §§ 74 a bis c, 75 a bis f sowie den § 82 a eingeschaltet (von ihnen wurden inzwischen die §§ 75 e und 76 aufgehoben, s. Nr. 19, 25). Alles dies betrifft das Wettbewerbsverbot bei kaufmännischem Personal.

2. Die Gehaltsgrenzen in (§ 68 Abs. 1; § 68 ist inzwischen im Ganzen aufgehoben, s. Nr. 18) § 74 a Abs. 2 Satz 1, § 75 b Satz 2 sind mehrmals geändert worden. Nach der VO v. 23. 10. 1923 (RGBl. I, 990) i. V. mit § 2 Währungsgesetz v. 20. 6. 1948 sind sie durch Vervielfältigung der Grundzahlen mit der zuletzt bekanntgemachten Teuerungszahl (vgl. RGZ 124 181) zu ermitteln. Die Verordnung ist bisher formell nicht aufgehoben; s. dazu jedoch BAG 22 215.

3. Das Gesetz v. 4. 2. 1925 (RGBl. I, 9) hat dem § 11 den zweiten Absatz hinzugefügt, der den Fall regelt, daß sich die Registerrichter desselben Gerichts nicht über die Blätter für die Veröffentlichungen einigen.

4. Die Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 1. 12. 1930 (RGBl. I, 517) hat in Teil 1 Kap. II Art. 3 Nr. 2 dem § 63 Abs. 1 — Fortzahlung des Gehalts bei Arbeitsverhinderung durch unverschuldetes Unglück — den zweiten Satz hinzugefügt, der die Bestimmung für unabdingbar erklärt (jetzt: Abs. 1 S. 5 — s. Nr. 18, 26 —).

5. Das Gesetz v. 20. 7. 1933 (RGBl. I, 520) hat dem § 9 einen neuen Absatz 3 eingefügt, der Registerzeugnisse betrifft. Der bisherige dritte Absatz ist dadurch zum vierten geworden.

6. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. 1. 1934 (RGBl. I, 45) hat den § 75 f — Unverbindlichkeit einer Sperrabrede unter Arbeitgebern — neu gefaßt.

7. Durch die Seerechts-Novelle 1937 — Ges. v. 10. 8. 1937 (RGBl. I, 891) — wurde in § 363 Abs. 2 unter Anpassung an die geänderte Terminologie des Seefrachtrechts das Wort „Seeschiffer“ durch „Verfrachter“ ersetzt.

8. Das Gesetz über die Eintragung von Handelsniederlassungen und das Verfahren in Handelsregistersachen v. 10. 8. 1937 (RGBl. I, 897) hat die §§ 13 und 33 neu gefaßt und die §§ 13 a bis c eingefügt. Die Änderungen betreffen die registermäßige Behandlung von Zweigniederlassungen und von Sitzverlegungen; sie lehnen sich an die §§ 42 bis 45 AktG (1965; seinerzeit: §§ 35 bis 38 AktG 1937) an.

9. Das Gesetz v. 4. 9. 1938 (RGBl. I, 1149, berichtigt S. 1188) hat den Siebenten Abschnitt des Dritten Buches — Eisenbahnverkehrsrecht — (§§ 453 bis 473) neu gefaßt; §§ 461—473 wurden aufgehoben.

10. Während des zweiten Weltkrieges sind auf dem Gebiet des Handels- und Gesellschaftsrechts zahlreiche Sondervorschriften erlassen und auf ihrer Grundlage Einzelbefreiungen von gesetzlichen Bestimmungen genehmigt worden. Von ihrer Aufzählung kann abgesehen werden, da das **Handelsrechtliche Bereinigungsgesetz** v. 18. 4. 1950 (BGBl. 1950, 90) für den Bereich der Bundesrepublik die Sondergesetze, zum Teil auch Einzelbefreiungen, soweit sie das HGB betrafen, wieder aufgehoben hat. Für West-Berlin ist maßgebend das Handelsrechtliche Bereinigungsgesetz v. 29. 12. 1950, das inhaltlich dem bundesdeutschen Gesetz im wesentlichen entspricht.

11. Über handelsrechtliche Bekanntmachungen vgl. Ges. v. 17. 5. 1950, BGBl. 1950, 183, wodurch das Ges. d. Wirtschaftsrates des Vereinigten Wirtschaftsgebietes v. 22. 6. 1948 (WiGBl. 1948, 53) aufgehoben wurde. Durch § 3 des Gesetzes erhielt § 367 — guter Glaube des Bankiers beim Erwerb von Wertpapieren — seine gegenwärtig gültige Fassung.

12. Das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern, vom 31. 3. 1953 (BGBl. I, 106) änderte die §§ 1 Abs. 2 Nr. 2 und 9, 2 und 4 Abs. 1 und hob den § 4 Abs. 3 ersatzlos auf.

13. Das Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs (Recht der Handelsvertreter) vom 6. 8. 1953 — BGBl. I, 771 — gestaltete den Siebenten Abschnitt des Ersten

Buchs durchgreifend um, paßte den Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 7 der Umbenennung des bisherigen Handlungsagenten in „Handelsvertreter“ an, änderte die §§ 55, 65 und fügte die §§ 75 g und 75 h neu ein.

14. Durch das Gesetz zur Abkürzung handels- und steuerrechtlicher Aufbewahrungsfristen, vom 2. 3. 1959 — BGBl. I, 77 — wurde § 44 geändert.

15. Das Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs und der Reichsabgabenordnung vom 2. 8. 1965 — BGBl. I, 665 — hob im Abschnitt „Handelsbücher“ § 41 Abs. 2 auf, änderte die §§ 38 Abs. 2, 39 Abs. 3, 44 (diesen erneut) und fügte die §§ 39 Abs. 4, 40 Abs. 4, 44 a, 44 b, 47 a ein (die §§ 44 a, 44 b sind inzwischen wieder aufgehoben worden; s. Nr. 29).

16. Durch das EinführungsGes. z. AktienGes. vom 6. 9. 1965 — BGBl. I, 1185 — wurden die §§ 13 c, 14 geändert.

17. Das Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer) vom 29. 5. 1967 — BGBl. I, 545 — fügte im Recht der Handelsvertreter den § 87 b Abs. 2 Satz 3 ein (gesonderter Ausweis der Mehrwertsteuer in der Rechnung für den Kunden; kein Einfluß auf die Provision des Handelsvertreters).

18. Das Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzrechts und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz) vom 14. 8. 1969 — BGBl. I, 1106 — fügte in § 63 Abs. 1 die Sätze 2 und 3 (jetzt: Sätze 3 und 4; unten Nr. 26), betreffend die Gehaltszahlung im Kündigungsfalle, ein und hob die §§ 66—72, betreffend die Kündigung von Handlungsgehilfen, auf.

19. Durch das Berufsbildungsgesetz vom gleichen Tage — BGBl. I, 1112 — wurden die §§ 76—82, betreffend das Recht der Handlungslehrlinge, aufgehoben.

20. Durch das Gesetz zur Durchführung der Ersten Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 15. 8. 1969 — BGBl. I, 1146 — wurden die §§ 9 Abs. 2 (Abschriften aus dem Handelsregister) und 15 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 (erweiterte Publizität des Handelsregisters) eingefügt.

21. Das Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 — BGBl. I, 1513 — paßte die Formvorschrift für Anmeldungen zum Handelsregister dem neu geschaffenen Beurkundungsmonopol der Notare an und hob unter der gleichen Zielsetzung die §§ 73 Abs. 2, 80 Abs. 2 auf.

22. Durch das Seerechtsänderungsgesetz vom 21. 6. 1972 — BGBl. I, 966, berichtigt BGBl. I, 1300 — wurde eine Änderung der §§ 93 Abs. 1, 363 Abs. 2 und die Streichung der auf die bisherige Bodmerei bezüglichen Textteile erforderlich.

23. Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. 10. 1973 — BGBl. I, 1451 — änderte den § 30 Abs. 1, indem die deutliche Unterscheidbarkeit einer geführten Firma jetzt auch auf den Eintragungsstand des Genossenschaftsregisters bezogen wurde.

24. Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. 3. 1974 — BGBl. I, 469 — änderte die §§ 14, 37 Abs. 1, 103 durch Anpassung der bisherigen „Straf“termini an die neuen Begriffe „Zwangsgeld“, „Ordnungsgeld“ und „Geldbuße“.

25. Durch das Gesetz über Konkursausfallgeld vom 17. 7. 1974 — BGBl. I, 1481 — wurde § 75 e gegenstandslos und aufgehoben.

26. Das Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetz vom 28. 8. 1975 — BGBl. I, 2289 — fügte in den § 63 den neuen Absatz 1 Satz 2 ein (Gehaltsfortzahlung auch bei nicht rechtswidriger Sterilisation und nicht rechtswidrigem Abbruch einer Schwangerschaft).

27. Das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten und den

Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters vom 13. 5. 1976 — BGBl. I, 1197 — änderte die §§ 3 und 89 b Abs. 3 Satz 1.

28. Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976 — BGBl. I, 2034 — änderte im Abschnitt „Handelsbücher“ den § 41 S. 1 und fügte die §§ 47 b, 130 a, 130 b, 177 a ein.

29. Das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung 1977 vom 14. 12. 1976 — BGBl. I, 3341 — änderte im Abschnitt „Handelsbücher“ die §§ 38 Abs. 2 (diesen erneut), 43, 44 (diesen erneut) und 47 a, fügte den § 39 Abs. 2 Buchst. a ein und hob die §§ 44 a, 44 b wieder auf.

30. Die GmbH-Rechts-Novelle (Gesetz vom 4. 7. 1980 — BGBl. I, 836 —) schuf für die Schachtel-oHG und die Schachtel-KG mit ausschließlich aus juristischen Personen bestehenden Vollhaftern eine Reihe von Vorschriften zum Schutz der Öffentlichkeit (Firmengestaltung — neuer § 19 Abs. 5 —, „Geschäftsbogenpublizität“ — neuer § 125 a —) und der Gläubiger (Einfügung der §§ 129 a, 172 Abs. 6 und 172 a; Änderung des § 130 a Abs. 1 S. 1 und des § 177 a).

### 3. Die handelsrechtliche Nebengesetzgebung

Der Bereich der handelsrechtlichen Nebengesetzgebung war **seit der Reichsgründung** sichtbar in Fluß geraten. Art. 4 Nr. 2 der (Bismarck'schen) Verfassung gab dem Reich die Kompetenz für die „Handelsgesetzgebung“, Nr. 4 diejenige zum Erlaß allgemeiner Bestimmungen über das Bankwesen. Die nach der Krise der Gründerjahre stoßartig expandierende Wirtschaft ließ sich in ihren Rechtsverhältnissen nicht länger durch das ADHGB von 1861 allein einfangen. In den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts ergingen: das Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892, das Gesetz über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt sowie das Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei, beide vom 15. 6. 1895, das Börsengesetz vom 22. 6. 1896, das Depotgesetz vom 5. 7. 1896, das Hypothekbankgesetz vom 13. 7. 1899. Auf dem Gebiet des Welthandels war das Internationale Abkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. 10. 1890 vorangegangen. Das neue Jahrhundert schloß die gesetzgeberische Entwicklung mit dem Scheckgesetz vom 11. 3. 1908 und dem Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908 einstweilen ab. Sämtliche genannten Gesetze (bis auf das Scheckgesetz, das im Jahre 1933 neu erging) sind noch in Geltung; ihr gegenwärtiger Stand ist in Rdn. 29 nachgewiesen.

Der **erste Weltkrieg** mit seiner Notgesetzgebung markiert den Übergang des für die gewerbliche Wirtschaft bis dahin beim Handelsrecht liegenden Schwerpunkts auf das Wirtschaftsrecht. Ihm gegenüber trat das eigentliche, das „klassische“ Handelsrecht zurück. Die Entwicklung des Wirtschaftsrechts ist hier nicht darzustellen. Aus der handelsrechtlichen Notgesetzgebung wurden von bleibender Bedeutung: die VO über Goldmarkbilanzen vom 28. 12. 1923 — sie war das Modell für das DM-Bilanzgesetz vom 21. 8. 1949 — und die VO über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931. Eine Teilreform des Aktienrechts, in gleicher Weise wie die Orderlagerscheinreform aufgrund des damaligen Notverordnungsrechts des Reichspräsidenten im Jahr 1931 erlassen, ist in den späteren aktienrechtlichen Reformen aufgegangen. Die ersten Schritte zur Novellierung des Gesellschaftsrechts im übrigen liefen in den folgenden Jahren an: am 5. 7. 1934 erging erstmals ein Umwandlungsgesetz, das die als „anonym“ beargwöhnten Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften und einzelkaufmännische Unternehmen überführen helfen sollte. In der Endphase seiner Gesetzwerdung von national-

sozialistischem Gedankengut inspiriert, wenngleich in der Sache auf jahrelange Vorarbeiten zurückgehend, war auch das Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 mit seiner Betonung des Führerprinzips. Ohne ideologischen Gehalt dagegen und lediglich Vollzug von bereits 1930/1931 getroffenen internationalen Vereinheitlichungsbeschlüssen wurden von der nationalsozialistischen Staatsführung in Kraft gesetzt das neue Wechselgesetz vom 21. 6. 1933 und das neue Scheckgesetz vom 14. 8. 1933. Vom Jahre 1934 (5. 12.) datiert weiterhin das Reichsgesetz über das Kreditwesen, der Vorläufer des heutigen von 1961; es diente damals auch hauptsächlich finanzpolitischen Zwecken der Staatsführung.

**24** Die Gesetzgebung der Bundesrepublik hat sich auf dem hier behandelten Felde wiederum vorzugsweise der Reform des Gesellschaftsrechts zugewandt. Zu nennen sind: das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. 4. 1957, das Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung vom 23. 12. 1959, die große Aktienrechtsreform (Gesetz vom 6. 9. 1965: Abbau der ideologischen Bestandteile des Gesetzes von 1935, Konzernrecht, Bilanzgliederung und zahlreiche sonstige Neuerungen), das Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz) vom 15. 8. 1969, die sogenannte kleine GmbH-Reform (Gesetz vom 4. 7. 1980) und das Bundesberggesetz vom 13. 8. 1980, soweit es die alten bergrechtlichen Gewerkschaften verschwinden läßt. Hier und auch sonst in Einzelpunkten des Gesellschaftsrechts haben sich die EG-Richtlinien (Rdn. 31) ausgewirkt und werden sich in künftigen Reformen, die durch solche Richtlinien bereits terminiert sind, weiter auswirken. Endlich haben die Mitbestimmungsgesetze tief in Struktur und Zusammensetzung der Organe von Großbetrieben in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften eingegriffen.

Andere Gesetze der Bundesrepublik dienten der Bereinigung unklar gewordener oder sonst ergänzungsbedürftiger handelsrechtlicher Rechtsgebiete. Unter dem 18. 12. 1956 erging das Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern. Die Novelle zum Güterkraftverkehrsgesetz vom 1. 8. 1961 sanktionierte die in Zweifel geratene, ihr durch Anordnung des früheren Reichsverkehrsministers beigelegte Rechtsverbindlichkeit der Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen (KVO) durch Erklärung zur Rechtsverordnung (§§ 106 Abs. 2 in Verbindung mit § 20 a GüKG). Neue Erscheinungen des Rechtslebens wurden gesetzgeberisch erfaßt: so durch das Handelsklassengesetz vom 17. 12. 1951 (mit zahlreichen Durchführungsverordnungen), das Schiffsbankgesetz vom 8. 5. 1963, das Reisevertragsgesetz vom 4. 5. 1979. Die immer stärker sich abzeichnenden internationalen Verflechtungen des Handels finden ihren Ausdruck in den beiden, auf internationalen Vereinbarungen beruhenden „Einheitlichen Gesetzen“ vom 17. 7. 1973 über den internationalen Kauf beweglicher Sachen und über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen. Daß daneben eine Reihe von multilateralen Verträgen über den grenzüberschreitenden Güter- und Personentransport — nach dem Vorgang des sogleich (Rdn. 25) zu erwähnenden Warschauer Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln im Luftverkehr —: das Berner Übereinkommen vom 25. 10. 1952 über den Eisenbahnfrachtverkehr, den Eisenbahnpersonenverkehr und den Eisenbahngepäckverkehr (abgekürzt CIM und CIV; für die Bundesrepublik in Kraft gesetzt durch Gesetz vom 21. 12. 1964) und das Genfer Übereinkommen vom 19. 5. 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (abgekürzt CMR; für die Bundesrepublik in Kraft gesetzt durch Gesetz vom 16. 8. 1961) dem Handelsrecht neue Horizonte geöffnet haben, kennzeichnet in glei-

cher Weise wie die EG-Gesetzgebung die Bahn, auf der einer der Schwerpunkte der Weiterentwicklung des Handelsrechts zu suchen sein wird (s. auch Rdn. 50, 52).

Dies gilt nicht zuletzt für die schon jetzt und ohne Einschaltung des Gesetzgebers erreichte **Standardisierung** des Rechts des internationalen Handelsverkehrs durch Vereinbarung fester Klauseln und typischer Rahmenbedingungen. Die festen Klauseln sind zusammengefaßt in den Incoterms 1953; einen Überblick gibt im übrigen *Rebe* Die wichtigsten Handelsklauseln im nationalen und internationalen Handelsverkehr 1975. Für den internationalen Zahlungsverkehr sind die „Einheitlichen Richtlinien über Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERG)“, Fassung von 1962 — Drucksache 222 der Internationalen Handelskammer — und die „Einheitlichen Richtlinien für das Inkasso von Handelspapieren (ER)“, Fassung von 1967 entwickelt worden. Für den Luftpersonen- und -frachtverkehr gilt das in Rdn. 24 bereits erwähnte Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. 10. 1929, ergänzt durch das Haager Zusatzprotokoll vom 28. 9. 1955. Nicht gering ist die Zahl der Standards im internationalen Seefrachtverkehr: In der Havarie die New York-Antwerp-Rules, Fassung 1950; für das Konnossement die sog. Haager Regeln vom 25. 8. 1924 — um nur die wichtigsten zu nennen, da das Seerecht nicht Gegenstand der vorliegenden Kommentierung ist.

Wendet man abschließend den Blick zurück ins Inland, so zeigt sich eine Tendenz, das gesetzte Recht des HGB, soweit es dispositiv ist, durch verbands- oder parteiautonome Satzungen als **handelsrechtliches Nebenrecht** zu verdrängen. Die Normen des Speditionsgeschäfts in den §§ 407 ff sind bis auf vereinzelte Restfunktionen totes Recht und werden durch die ADSp abbedungen. Ähnliches läßt sich für die Normen des Frachtgeschäfts und sogar die des Lagergeschäfts — jedenfalls im Bereich der Möbellagerung — feststellen. Das Bankgeschäft wird praktisch nur noch auf der Grundlage der AGB betrieben (nur an den zwingenden sachrechtlichen Grundsätzen des § 367 können sie nichts ändern); in der Versicherungswirtschaft regeln einheitliche Agenturverträge für den Versicherungsvertreter, soweit er Handelsvertreter ist, die Materie des Ausgleichs nach § 89 b, indem sie diesen im voraus und bis in die Grenzzonen des Zulässigen zu kanalisieren suchen. Auch dies gehört zum Bilde des modernen Handelsrechts aus der Sicht seiner Kodifizierung. Daß die Kodifizierung gleichwohl ihren Rang als den des bleibenden Regulativs bewahrt, hat das AGBG § 9 Abs. 2 Nr. 1 in jüngster Zeit unübersehbar deutlich gemacht.

### III. Quellen des geltenden Handelsrechts

#### A. Gesetztes Recht

##### 1. Reichsrecht und Bundesrecht

a) Die Hauptquelle des gesetzten deutschen Handelsrechts ist das **Handelsgesetzbuch** v. 10. 5. 1897 (RGBl. S. 219 ff) mit den aus Rdn. 21 ersichtlichen Änderungen. Es besteht aus vier Büchern: 1. Handelsstand (§§ 1 bis 104), 2. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft (§§ 105 bis 342; die §§ 178 bis 334 sind jedoch aufgehoben und durch das AktienGes. 1937 — jetzt: 1965 — ersetzt), 3. Handelsgeschäfte (§§ 343 bis 460), 4. Seehandel (§§ 474 bis 905). Zur historischen Auslegung sind außer den Kommissionsprotokollen die Denkschriften (Rdn. 20) ein wertvolles Material, wenn auch nicht in allen darin ausgesprochenen Ansichten ausschlaggebend. Da ein großer Teil des HGB auf dem ADHGB beruht, so sind auch die Protokolle aus den Jahren 1856 bis 1861 (Rdn. 18) noch als Auslegungsmittel verwendbar.

**28** b) Auch das **Einführungsgesetz zum HGB** ist eine Quelle des Handelsrechts. Aktuell von seinen ursprünglich 28 Artikeln sind allerdings nur noch Art. 2 (dazu Rdn. 2, 9), Art. 4 (Vor § 1, 27), Art. 5 (auslaufend: § 2, 25), Artt. 15, 18 (Vorbehalt für das Landesrecht, unten Rdn. 30), Art. 22 (Fortführung altrechtlicher Firmen; unten Rdn. 38).

**29** c) Neben dem HGB und dessen Einführungsgesetz steht die Reihe der **handelsrechtlichen Nebengesetze**. Solche bestanden z. T. schon beim Inkrafttreten des HGB und blieben — wie alle Reichsgesetze — nach Art. 2 EinfG durch das HGB unberührt, soweit nicht das EinfG selbst sie abänderte. Zu ihnen gehören mit ihrem gegenwärtigen Stand:

Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889 i. d. F. d. Bek. vom 20. 5. 1898 (RGBl. 369, 810), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. 7. 1976 (BGBl. I, 2034);

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 (RGBl. 477), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 7. 1980 (BGBl. I, 836);

Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt vom 15. 6. 1895 i. d. F. d. Bek. vom 20. 5. 1898 (RGBl. 868), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. 3. 1974 (BGBl. I, 469);

Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei vom 15. 6. 1895 (RGBl. 341), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. 3. 1974 (BGBl. I, 469);

Börsengesetz vom 22. 6. 1896 i. d. F. d. Bek. vom 27. 5. 1908 (RGBl. 215), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. 4. 1975 (BGBl. I, 1013);

Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 5. 7. 1896, neu erlassen am 4. 2. 1937 (RGBl. I, 171), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. 3. 1974 (BGBl. I, 469);

Hypothekbankgesetz vom 13. 7. 1899 i. d. F. d. Bek. vom 5. 2. 1963 (BGBl. I, 81), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 5. 1980 (BGBl. I, 584);

Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908 (RGBl. 263), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. 6. 1981 (BGBl. I, 553);

Gesetz über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. 6. 1931 (RGBl. I, 315), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 12. 1974 (BGBl. I, 3693);

Verordnung über Orderlagerscheine vom 16. 4. 1931 (RGBl. I, 763);

Wechselgesetz vom 21. 6. 1933 (RGBl. I, 399), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 8. 1965 (BGBl. I, 753);

Scheckgesetz vom 14. 8. 1933 (RGBl. I, 597), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 8. 1965 (BGBl. I, 753);

dazu: Gesetz über Wechsel- und Scheckzinsen vom 3. 7. 1925 — RGBl. I, 93 — mit Fortschreibung der Zinshöhe durch laufende Bekanntmachungen;

Eisenbahnverkehrsordnung vom 8. 9. 1938 (RGBl. II, 663), zuletzt geändert durch VO vom 30. 11. 1977 (BGBl. I, 2302);

Gesetz über Handelsklassen für Erzeugnisse der Landwirtschaft und Fischerei vom 17. 12. 1951 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. 11. 1972 (BGBl. I, 2201), mit zahlreichen Durchführungsverordnungen für einzelne Warengattungen;

Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952 in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 8. 1975 (BGBl. I, 2132), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. 11. 1979 (BGBl. I, 1953). Dazu jetzt die mit Verordnungskraft (§ 106 Abs. 2 GüKG) ausgestat-

tete Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen (Beförderungsbedingungen) i. d. F. vom 14. 10. 1969 (Bundesanzeiger Nr. 194);

Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 2. 1. 1956 i. d. F. d. Bek. vom 6. 11. 1969 (BGBl. I, 2081), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 7. 1980 (BGBl. I, 836);

Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. 12. 1956 (BGBl. I, 920), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 12. 1976 (BGBl. I, 3341);

Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. 4. 1957 i. d. F. d. Bek. vom 14. 1. 1970 (BGBl. I, 147), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 9. 1980 (BGBl. I, 1653);

Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26. 7. 1957 (BGBl. I, 745), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. 5. 1975 (BGBl. I, 1173);

Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung vom 23. 12. 1959 (BGBl. I, 789), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 7. 1980 (BGBl. I, 836);

Personenbeförderungsgesetz vom 21. 3. 1961 (BGBl. I, 241), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. 7. 1979 (BGBl. I, 989);

Gesetz über das Kreditwesen vom 10. 7. 1961 i. d. F. d. Bek. vom 3. 5. 1976 (BGBl. I, 1121), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 12. 1976 (BGBl. I, 3341);

Zustimmungsgesetz zu dem Übereinkommen vom 19. 5. 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) vom 16. 8. 1961 (BGBl. II, 1119);

Schiffsbankgesetz vom 8. 5. 1963 (BGBl. I, 301), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 3. 1980 (BGBl. I, 289);

Gesetz über die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an den internationalen Übereinkommen vom 25. 2. 1961 über den Eisenbahnfrachtverkehr und den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr vom 21. 12. 1964 (BGBl. II, 1517), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 3. 1967 (BGBl. II, 1140);

Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 (BGBl. I, 1089), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 7. 1980 (BGBl. I, 836);

Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973 (BGBl. I, 856);

Einheitliches Gesetz über den Abschluß internationaler Kaufverträge über bewegliche Sachen vom 17. 7. 1973 (BGBl. I, 868);

## 2. Landesrecht

Dem Landesrecht läßt das HGB nur einen sehr engen Spielraum. Nach Art. 15 EG **30** HGB bleiben die Vorschriften der Landesgesetze insoweit unberührt, als es im EGHGB selbst bestimmt oder als im HGB auf die Landesgesetze verwiesen ist; insoweit können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden. Von den Vorbehalten im EGHGB haben inzwischen fast alle durch die Reichsgesetzgebung ihre Bedeutung verloren. Der Vorbehalt in Art. 16 über Lagerscheine und Lagerpfandscheine ist durch § 43 der Verordnung über Orderlagerscheine v. 16. 12. 1931 (RGBl. I, 763) außer Anwendung gesetzt worden; Lagerpfandscheine werden danach nicht mehr ausgegeben. Die landesgesetzlichen Vorschriften über Schecks (Art. 17 EGHGB) sind schon durch das Scheckgesetz v. 11. 3. 1908 (RGBl. S. 71) außer Kraft getreten, an

dessen Stelle jetzt das Scheckgesetz v. 14. 8. 1933 (RGBl. I, 597) gilt; die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, soweit sie durch § 2 des Bundesgesetzes v. 5. 6. 1869 (Rdn. 19) aufrecht erhalten worden waren (Art. 21 EGHGB), sind durch Art. 1 Abs. 5 des EinführungsGes. zum Wechselgesetz v. 21. 6. 1933 (RGBl. I, 409) endgültig aufgehoben worden. Das Pfandrecht an einem im Bau befindlichen Schiffe (Art. 20 EGHGB) wird nunmehr nach Reichsrecht bestellt (Ges. v. 15. 11. 1940, RGBl. I, 1499). Es verbleiben danach nur noch die Vorbehalte in Art. 18 und 19 EGHGB, von denen dem in Art. 18 genannten Bierabnahmevertrage eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt; in Art. 13 u. 14 Bayr. AGBGB vom 9. Juni 1899 (GVBl. Beilage I zu Nr. 28) ist er für Bayern geregelt.

Die früher in § 4 Abs. 3 enthaltene Ermächtigung an die Landesregierungen, die Abgrenzung des minderkaufmännischen Gewerbes nach Steuer- oder ähnlichen Merkmalen einheitlich zu regeln — von ihr war Zeit ihres Bestehens ohnedies nirgends Gebrauch gemacht worden — ist durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern, v. 31. 3. 1953 (BGBl. I, 106), in Fortfall gekommen; vgl. § 4, 1.

Die Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit durch den Bund auf dem Gebiet des Bankenrechts (Art. 74 Nr. 11 GG) hat den Ländern den traditionell freien Raum für das Sparkassenrecht — im engeren: das Organisationsrecht der öffentlichen Sparkassen — belassen. Dieses Gebiet ist daher nach wie vor landesrechtlich geordnet: vgl. aus neuerer Zeit BaySparkGes v. 1. 10. 1956 (GS I, 574), HessSparkGes. v. 10. 11. 1954 (GVBl. 197), NdsSparkGes. v. 6. 7. 1962 (GVBl. 77), NRWSparkGes. v. 7. 1. 1958 (GVBl. 5), SchlHSparkGes. v. 6. 5. 1958 (GVBl. 191), BerlinSparkGes. v. 13. 7. 1960 (GVBl. 662), RhPfSparkGes. v. 12. 3. 1958 (GVBl. 47).

### 3. EG-Recht

#### 31 Die Europäische Gemeinschaft wirkt als supranationale rechtsetzende Instanz in dreifacher Gestalt:

- durch Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten auf der Ebene völkerrechtlicher Verträge. Sie bedürfen jeweils des innerstaatlichen Ratifizierungsgesetzes;
- durch Richtlinien (erlassen vom Rat der EG (Artt. 43 Abs. 2, 54 Abs. 2, 56 Abs. 2, 57 Abs. 1, 63 Abs. 2, 69, 75 Abs. 1, 100, 101 des EWG-Vertrages). Sie schaffen ebenfalls nicht aus sich heraus verbindliches Recht der Mitgliedstaaten. Diese sind verpflichtet, Inhalt und Ziele der Richtlinien durch innerstaatliche Rechtssetzungsmaßnahmen zu aktualisieren und damit dem Auftrag der Gemeinschaft zu genügen (*Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht 1972 S. 455 ff, 457 sub 23). Nach einer sich festigenden Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (DVBl. 1975 778 m. Anm. *Meier*; RIW/AWD 1977 285) sollen jedoch die Angehörigen der einzelnen Mitgliedsstaaten sich vor ihren nationalen Gerichten darauf berufen können, die nationale Rechtssetzungsinstanz habe bei der Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht, was ihre Freiheit der Wahl von Formen und Mitteln (Art. 189 des EWG-Vertrages) anlangt, sich nicht innerhalb der ihnen durch die Richtlinie eingeräumten Ermessungsgrenzen gehalten;
- durch Verordnungen, die ebenfalls der Rat erläßt (Art. 43 Abs. 2, 87 des EWG-Vertrages). Sie wirken unmittelbar und mit verbindlicher Kraft in das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten hinein. Nur sie also sind „self-executing“.

Auf dem Gebiet des **Handelsrechts** sind Übereinkommen bisher nicht geschlossen worden. Auch Verordnungen existieren hier einstweilen noch nicht. Auf beiden Ebenen laufen jedoch umfangreiche Vorhaben. Übereinkommen werden angestrebt zur Schaf-

fung der Organisationsform einer Europäischen Aktiengesellschaft (supranationalen Rechts) und zur Niederlassungsfreiheit; auf letzterem Gebiet ist am weitesten gediehen das Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 2. 1968, das die Bundesrepublik durch Gesetz vom 18. 5. 1972 (BGBl. II, 369) ratifiziert hat, dessen vollständige Ratifizierung durch alle EG-Mitgliedstaaten indessen noch aussteht. Ein Verordnungsentwurf liegt vor zur Schaffung einer Europäischen Kooperationsvereinbarung; sie bezweckt den syndikatsähnlichen Zusammenschluß von Unternehmungen und Arbeitsgemeinschaften unter besonderen supranationalen Rechtsformen.

Einzig **Richtlinien** sind bis jetzt mit handelsrechtlichem Bezug erlassen worden. Sie haben Fragen aus dem Recht der Kapitalgesellschaften zum Gegenstand. Die Erste Richtlinie (Publizitätsrichtlinie) veranlaßte das Gesetz vom 15. 8. 1969 (BGBl. I, 1146); es änderte das Aktiengesetz, das GmbH-Gesetz und in einigen Punkten auch das HGB (Rdn. 21 unter Nr. 20: von Bedeutung namentlich die Einfügung des § 15 Abs. 3). Die Zweite Richtlinie (Kapitalrichtlinie) befaßt sich ausschließlich mit dem Recht der AG und setzt Standards für Mindestgrundkapital, Sacheinlagen, Erhaltung des Grundkapitals, Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung; ihrer Durchführung diente das Gesetz vom 13. 12. 1978 (BGBl. I, 1959), welches das Aktiengesetz novellierte. Die Dritte Richtlinie, vom 29. 10. 1978 (Amtsblatt der EG vom 20. 10. 1978 — L 295 S. 36 —) hat die Verschmelzung von Aktiengesellschaften zum Inhalt. Sie sollte bis 1981 in innerstaatliches Recht umgesetzt sein; das entsprechende deutsche Gesetz befindet sich z. Zt. (1982) in der parlamentarischen Beratung (BTDr. IX/1065). Die Vierte Richtlinie (sog. Bilanzrichtlinie) vom Juli 1978 — Amtsblatt der EG vom 14. 8. 1978 — L 222 — über die Rechnungslegung, insbesondere das Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften gab eine Frist zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts zum 1. 8. 1980. Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat diese Frist nicht innegehalten. Immerhin haben die Mitgliedstaaten die Freiheit, bei Erlaß ihrer nationalen Durchführungsvorschriften zu bestimmen, daß diese erst für das ab 1. 2. 1982 beginnende Geschäftsjahr Anwendung finden. Die Fünfte Richtlinie (Struktur der Organe der AG, Mitbestimmung) und weitere Richtlinien (ebenfalls vorwiegend gesellschaftsrechtlichen Inhalts) sind in Vorbereitung. Näheres vgl. bei *Lutter* Europäisches Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft 1, 1979.

## B. Handelsgewohnheitsrecht

### 1. Voraussetzungen. Praktische Bedeutung

Das Gewohnheitsrecht, das ehemals eine ergiebigere Rechtsquelle war als das gesetzte Recht, ist durch die Kodifikationen stark zurückgedrängt worden. Immerhin kommt es noch vor. Um einen **Gewohnheitsrechtssatz** annehmen zu können, müssen **zwei Voraussetzungen** erfüllt sein: er muß erstens eine gewisse, meistens längere Zeit in Übung gewesen sein, und es muß sich zweitens die allgemeine Überzeugung von der Rechtmäßigkeit dieser Übung gebildet haben (*consuetudo inveterata* — *opinio juris seu necessitatis*, RGZ 75 41; 115 314). Welche Dauer die Übung gehabt haben muß, läßt sich nicht allgemein bestimmen. *Enneccerus/Nipperdey* Allg. Teil<sup>15</sup> I S. 266 weisen mit Recht darauf hin, daß eine unerträglich gewordene Vorschrift des gesetzten Rechts manchmal in verhältnismäßig kurzer Zeit gewohnheitsrechtlich beseitigt worden ist, und führen als Beispiel den Durchbruch des Aufwertungsgedankens gegenüber der starren Währungsgesetzgebung an. Die allgemeine Überzeugung von der Rechtmäßigkeit der Übung pflegt in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung zutage zu treten. Dagegen schließt erheblicher Widerspruch in der Wissenschaft oder Rechtsprechung

die Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes aus; vereinzelte Gegenmeinungen kommen dabei jedoch nicht in Betracht.

**Beispiele** für Handelsgewohnheitsrecht bilden weite Teile der Rechtsregeln über den Scheinkaufmann (Anhang § 5, 10); überhaupt der — durch § 15 Abs. 3 in seiner Bedeutung neuerdings freilich eingeschränkte — Satz, daß, wer eine unrichtige Eintragung im Handelsregister veranlaßt oder es zurechenbarerweise unterläßt, für die Beseitigung einer ihn betreffenden unrichtigen Eintragung zu sorgen, einem Dritten, der sich auf die Richtigkeit der Eintragung verläßt, nach Maßgabe der unrichtigen Eintragung einzustehen hat (*Gierke/Sandrock* § 11 III 4 S. 156 ff).

Gewohnheitsrecht tritt ebenso **außer Kraft** wie Gesetzesrecht, also dadurch, daß ein neues gesetztes Recht oder ein neues Gewohnheitsrecht mit ihm in Widerspruch tritt. Namentlich geschieht dies durch gesetztes Recht. Dieses kann einen gewohnheitsrechtlich gebildeten Rechtssatz übernehmen und dadurch zum Gesetzesrecht machen (Beispiel: § 241 Nr. 1 AktG — Wirksamkeit eines Beschlusses, der auf einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Hauptversammlung gefaßt wurde, wenn alle Aktionäre erschienen sind: ein schon vorher gewohnheitsrechtlich anerkannter Satz, vgl. *Mangold JW 1927 1338* —). Es kann aber auch bestehendes Gewohnheitsrecht aufheben, indem es an seine Stelle anderes Recht setzt.

## 2. Abgrenzung zum Handelsbrauch

- 33** Vom Handelsgewohnheitsrecht zu unterscheiden ist der **Handelsbrauch** (auch als Handelssitte bezeichnet). Er ist die unter Kaufleuten entwickelte Verkehrssitte des Handels. Eigenständige Rechtsquelle ist er nicht. Das ist, bei aller Unschärfe, die diesem Begriff anhaften mag (*Ratz* Anmerkung 20 zu § 346 in der Voraufgabe), heute unbezweifelt. Eine andere Frage ist, ob dem Handelsbrauch Rechtsnormqualität zukommt. Sie ist nicht schon damit erledigt, daß man auf § 346 verweist, wo die Rechtsgeltung des Handelsbrauchs ihren Sitz zu haben scheint. So sicher es ist, daß der Handelsbrauch dort zunächst als ein Element der teils interpretativen, teils ergänzenden (lückenausfüllenden) Vertragsinhaltsbestimmung, damit also der Bestimmung des vertraglichen Leistungsgebots aufgefaßt und insofern als Seitenstück zu den §§ 157, 242 BGB gedacht gewesen ist, so wenig läßt sich übersehen, daß § 346 schon seinem Wortlaut nach sich keinesfalls auf Vertragsauslegung und Vertragsabwicklung beschränkt. Denn er erfaßt auch Unterlassungen und ragt insoweit hinein in das Gebiet der Zurechnung rechtserheblichen Verhaltens. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben z. B. ist etwas, was auf der Ebene des Zustandekommens eines Vertrages zu sehen ist. Vollends greifen andere Anwendungsbereiche des Handelsbrauchs über § 346 hinaus. § 25 Abs. 3 macht ihn zum Moment des Haftens-Müssens kraft einer „handelsüblichen“ Verlautbarung aus dem Gedanken der an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärung. Ob der Empfänger Kaufmann ist oder nicht, spielt dafür, im Gegensatz zu § 346, keine Rolle (wie auch die Kaufmannseigenschaft des Vertragspartners nicht gefordert ist in den §§ 359, 380, 393 Abs. 2, 394 Abs. 1).

- 34** Hier überall geht es bei dem Handelsbrauch um eine an den Gepflogenheiten kaufmännischer Kreise orientierte, in diesen Kreisen als verbindlich empfundene Regel, die mit **normativer Relevanz** — unter Umständen sogar mit Wirkung für und gegen Nichtkaufleute — ausgestattet ist, insofern sie für die ihr vom Gesetz zugeordneten Tatbestände nach Art eines unbestimmten Rechtsbegriffs die gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe zu konkretisieren hat. Eigenständige Rechtsnorm ist der Handelsbrauch — die Handelssitte — deshalb nicht. Daß er selbst nicht Rechtsnorm ist, steht im Schrifttum

(*Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil<sup>15</sup> § 42 IV S. 273; *Rosenberg/Schwab*<sup>13</sup> § 144 I 3 S. 880; *Stein/Jonas/Grunsky*<sup>20</sup> Rdn. 5 zu § 549 ZPO) und in der Rechtsprechung (BGH LM § 284 BGB Nr. 1; ähnlich für die Verkehrssitte LM § 157 BGB [B] Nr. 1) fest. Der BGH hat aaO die Feststellung der Handelsitte (= Verkehrssitte) dem Tatrichter vorbehalten, so wie vor ihm schon das Reichsgericht von RGZ 54 176, 180/181 an in ständiger Rechtsprechung. Das bestätigt einmal mehr: Handelsbräuche sind allenfalls „Rechtsstoff“ des Handelsrechts im weiteren Sinne und als solcher Gegenstand der Rechtstatsachenforschung. Ihr Geltungsgrund geht nie über den derjenigen Norm hinaus, in die sie integriert sind.

Daß der Handelsbrauch bei genügender Verfestigung und in Kaufmannskreisen allgemein anerkannter Geltung auch zum Handelsgewohnheitsrecht aufsteigen kann, liegt auf anderem Felde. Dieser Punkt dürfte bei den Rechtsregeln zum Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben wahrscheinlich schon erreicht sein. Das in der Voraufgabe im hiesigen Zusammenhang abgehandelte Problem des **Verhältnisses von Handelsitte und dispositivem Rechtssatz** ist in Wahrheit ein solches des § 346, nicht ein solches der Rechtsquellenlehre; es muß deshalb nunmehr auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden.

Rechtsstoff des Handelsrechts in der zu Rdn. 34 gedachten Bedeutung ist endlich **35** die Fülle der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Für die materielle Fortbildung des Handelsrechts sind sie von nicht zu unterschätzender Bedeutung; die wichtigsten von ihnen — AGB, ADSp, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die einzelnen Zweige der Privatversicherung — sind bereits Gegenstand eigener Kommentierung. Auch sie sind nicht Rechtsnorm, selbst wenn ihre Auslegung, soweit ihr Gebrauch über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausgeht, wegen ihrer Typizität und ihrer gegenüber der Handelsitte stärkeren normativen „Verdichtung“ als Rechtsanwendung angesehen wird und deshalb der Revision zugänglich gemacht worden ist (sie brauchen übrigens nicht einmal notwendig unter Kaufleuten aufgestellt zu sein; auch ein Großlandwirt, der die Kaufmannseigenschaft des § 3 für seinen Saatzuchtbetrieb nicht in Anspruch genommen hat, überhaupt jedermann kann solche Formularbedingungen verwenden). Die „Allgemeinverbindlicherklärung“ der KVO und der ADSp durch den früheren Reichsverkehrsminister, deren Rechtsnormcharakter nach 1945 wegen der fehlenden Ermächtigungsgrundlage in Zweifel geraten war, hat sich inzwischen in je entgegengesetzter Richtung erledigt. Die KVO ist mit der Qualität einer Rechtsverordnung ausgestattet worden (§§ 20 a, 106 Abs. 2 der Novelle zum GüKG von 1961; Rdn. 24). Die ADSp sind nach jetzt allgemeiner Meinung in den Stand Allgemeiner Geschäftsbedingungen zurückgetreten.

## IV. Der Anwendungsbereich des HGB

### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich ergibt sich ohne weiteres aus der im HGB **36** getroffenen Regelung von Rechtsverhältnissen. Art. 2 EGHGB nennt sie „**Handelssachen**“, beläßt für sie dem BGB nur subsidiäre Geltung und beschränkt im Verein mit Art. 15 EGHGB (Rdn. 30) das Landesrecht auf geringe Restgebiete. Von den Handelssachen in diesem materiellrechtlichen Sinn sind die Handelssachen im prozessualen Sinn zu unterscheiden. Das sind in der streitigen Gerichtsbarkeit die in § 95 GVG als „Handelssachen“ aufgeführten Materien, die die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen begründen, und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit alle diejenigen Angelegenheiten, die der Siebente Abschnitt des FGG in den §§ 125 ff als „Handelssachen“

zusammenfaßt. In beiden Verfahrensgesetzen ist der Begriff teils weiter, teils enger als der materiellrechtliche des Art. 2 EGHGB. So unterwirft § 95 ZPO der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen von den Streitigkeiten aus Handelsgeschäften nur solche aus zweiseitigen, andererseits auch Streitigkeiten aus Wechseln, aus Mustern, aus Warenzeichen und aus unlauterem Wettbewerb (Abs. 1 Nr. 1, 4 b, 5). Das FGG rechnet zu den Handelssachen auch die Dispache (§§ 149 ff). Der verfahrensrechtliche Begriff ist hier nicht weiter zu verfolgen.

- 37** Der Begriff der Handelssachen im materiellen Sinne des Art. 2 EGHGB, deren Gegebenen die Bestimmungen des HGB vorrangig vor denen des allgemeinen bürgerlichen Rechts zur Anwendung kommen läßt, greift andererseits weit aus in das Gebiet der **handelsrechtlichen Nebengesetzgebung**. Für diese gewinnt damit Art. 2 EGHGB eine nicht unerhebliche mittelbare Aktualität. Es ist das eine Konsequenz des Kaufmannsbegriffes, der die handelsrechtlichen Nebengesetze mit dem HGB verklammert (Rdn. 11). Eine eingetragene Landwirtschaftliche Bezugs- und Absatzgenossenschaft unterhält mit ihren Genossen ein gegenseitiges Lieferverhältnis. Die Genossen sind nach der Satzung verpflichtet, ein bestimmtes Kontingent ihrer Erzeugnisse der Genossenschaft zur Verarbeitung oder zum Absatz zur Verfügung zu stellen; sie haben das Recht, von der Genossenschaft Güter des landwirtschaftlichen Bedarfs zum Mitgliederpreis zu beziehen. Die Satzung bestimmt, daß die gegenseitigen Lieferungen zum 1. 10. eines jeden Jahres rechnerisch auszugleichen seien. Die Genossenschaft gilt als Kaufmann. Eine unmittelbare Anwendung des § 355 scheidet gleichwohl aus; das Merkmal der „Geschäftsverbindung“ bleibt für die innergenossenschaftlichen (mitgliedschaftlichen) Beziehungen zweifelhaft, eine Kontokorrentabrede ist als solche nicht getroffen. Die Konkurrenz zwischen einer dessenungeachtet möglichen analogen Anwendung des § 355 und der direkten des allgemeinen Schuldrechts des BGB entscheidet Art. 2 EGHGB: Das GenG ist handelsrechtliches Nebengesetz. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft, die sich, wenn auch nur analog, den im HGB gegebenen einschlägigen Regeln einordnen lassen, sind „Handelssachen“. Auf sie wird mit Vorrang Handelsrecht angewendet (soweit es nicht seinerseits, wie im obigen Beispiel für § 355 Abs. 3, durch handelsnebengesetzliches Sonderrecht verdrängt wird). Damit ist der Weg frei für eine weitere — handelsrechtliche — Prüfung, inwieweit mit dem Ziel einer sinngemäßen Erstreckung des § 355 Abs. 1 das Unterworfensein unter die obige Satzungsbestimmung im innergenossenschaftlichen Verkehr einer Kontokorrentabrede gleichzuachten sei.

## 2. Zeitlicher Anwendungsbereich (Intertemporales Recht)

- 38** Das HGB ist gemäß Art. 1 seines Einführungsgesetzes zusammen mit dem BGB, nämlich am 1. 1. 1900 in Kraft getreten. Der Sechste Abschnitt des Ersten Buches (Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge) war mit Ausnahme des § 65 schon am 1. 1. 1898 in Kraft gesetzt worden.

Die zeitweilige Herauslösung des **Saarlandes** aus dem deutschen Rechtssetzungsverband in den Jahren 1946 bis 1956 hat nach seiner Wiedereingliederung aufgrund des Saarvertrages vom 27. 10. 1956 (BGBl. II, 1587) durch das Eingliederungsgesetz vom 23. 12. 1956 (BGBl. I, 1011) einige Überleitungsvorschriften erforderlich gemacht. In der Zwischenzeit hatte das HGB in der bei Kriegsende geltenden Fassung fortbestanden. Nunmehr wurden das Handelsrechtliche Bereinigungsgesetz vom 18. 4. 1950, sowie die Änderungen des HGB durch die Handwerkernovelle vom 31. 3. 1953 und die Handelsvertreternovelle vom 6. 8. 1953 durch das Bundesgesetz vom 30. 6. 1959 — BGBl. I, 313 — im Saarland eingeführt, und zwar mit Wirkung vom 6. 7. 1959 (§ 1

Abs. 1 des Gesetzes in Verbindung mit der Bekanntmachung vom 30. 6. 1959 — BGBl. I, 401 —). Das Gesetz zur Abkürzung handels- und steuerrechtlicher Aufbewahrungsfristen vom 2. 3. 1959 galt, als Bundesrecht nach dem Zeitpunkt der Rückgliederung erlassen, im Saarland bereits aufgrund des neuen staatsrechtlichen Status; doch sind seine steuerrechtlichen Bestimmungen in den §§ 2—4 in Verfolg des steuerrechtlichen Vorbehalts im Saarvertrag noch bis zum 5. 7. 1959 von der saarländischen Anwendung ausgenommen gewesen (§ 6 des Gesetzes i. Vbdg. m. § 1 Abs. 1, 2 des obengenannten Ges. v. 30. 6. 1959).

Das vorstehend Erwähnte ist heute im wesentlichen Rechtsgeschichte. Von **aktueller Bedeutung** dagegen ist **Art. 22 EGHGB**. Danach kann eine zur Zeit des Inkrafttretens des HGB, also am 1. 1. 1900, im Handelsregister eingetragene Firma fortgeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durfte. Der so geschaffene Bestandsschutz für die altrechtlichen Firmen betrifft insbesondere Abweichungen von § 18 Abs. 1 (ausgeschriebener Vorname!) und von § 19 Abs. 1 (Sachfirma bei einer oHG). Siehe im einzelnen, auch über Grenzen dieses Bestandsschutzes, die Erläuterungen zu §§ 18, 19. Für Altfirmen von Aktiengesellschaften schreibt § 26 a EGActG den Rechtsformzusatz inzwischen zwingend vor.

### 3. Räumlicher Anwendungsbereich

a) Das HGB, nachdem es ursprünglich im ganzen Gebiet des Deutschen Reiches **39** eingeführt worden war, hat durch den Versailler Vertrag vom 28. 6. 1919 und nunmehr nach dem 2. Weltkrieg einen Teil seines Anwendungsgebietes verloren (Ostpreußen, Gebiet östlich der Oder-Neiße-Linie). Es gilt derzeit in der **Bundesrepublik Deutschland als Bundesgesetz** gemäß Art. 125 Abs. 1 GG, und in **West-Berlin**.

b) In der DDR und in Ost-Berlin ist das HGB bisher als ganzes noch nicht aufgehoben. Seine Ersetzung durch ein „Wirtschaftsgesetzbuch“ ist zwar im Zuge der Folgeregelungen nach der Schaffung des ZGB geplant (Bericht in ROW 1971 39); die Vorarbeiten sind jedoch noch nicht zum Abschluß gelangt. Förmlich außer Kraft gesetzt sind bisher lediglich der Abschnitt „Kommissionsgeschäft“ (§§ 383—406) durch die Kommissionshandels-VO vom 26. 5. 1966 (GBl. II, 329; dazu jetzt zusammenfassend die 5. Durchführungsbestimmung vom 15. 4. 1976 — GBl. I, 221 — und die 6. Durchführungsbestimmung vom 12. 11. 1976 — GBl. I, 503 —: es geht darum, daß der verbliebene schmale Bestand der unternehmerischen Kleinexistenzen als Kommissionshändler für die Staatlichen Handelsorganisationen tätig wird) und das Vierte Buch „Seehandel“ durch das Seehandelsschiffahrtsgesetz vom 5. 2. 1976 (GBl. I, 109). Die zwischenzeitlich durch die 4. Durchführungsbestimmung zur VO über Maßnahmen zur Einführung des Prinzips der wirtschaftlichen Rechnungsführung in den Betrieben der Volkseigenen Wirtschaft, vom 7. 4. 1952 — GBl. 290 — erfolgte Erweiterung des Handelsregisters um eine Abteilung C, die für die Volkseigenen Betriebe bestimmt und mit einer Änderung des § 15 HGB verbunden war, ist inzwischen wieder rückgängig gemacht worden durch die VO über die Führung eines Registers für Volkseigene Wirtschaften vom 10. 4. 1980 (GBl. I, 115). Danach werden die Volkseigenen Betriebe in besonderen, durch die sog. Staatliche Vertragsgerichte geführten Registern erfaßt; für diese gelten Sonderregeln (verstärkter öffentlicher Glaube, keine Bekanntmachungen, Einsichtnahme durch Private nur bei Darlegung eines berechtigten Interesses). Der Rechtszustand hat insoweit, in etwa mit dem schon seit 1952 geschaffenen gleichlaufend, die §§ 8 ff und insbesondere den § 15 HGB stark modifiziert, ohne dessen Wortlaut im übrigen anzupassen. Modifikationen haben ferner die Bestimmungen der §§ 39, 40 HGB durch die VO über Material-, Ausrüstungs- und Konsumgüterbilanzierung,

die sog. Bilanzierungs-VO vom 28. 5. 1971 (GBl. II, 377) erfahren; wie überhaupt das betriebliche Rechnungswesen auf allen Stufen der staatlich gelenkten Wirtschaft der DDR in umfangreichem Maße reglementiert worden ist. Endlich ist die im System des HGB zwingende Bestimmung des § 170 über den Ausschluß des Kommanditisten von der (organschaftlichen) Vertretung der Kommanditgesellschaft durchbrochen worden durch die VO über die Bildung halbstaatlicher Betriebe vom 26. 3. 1959 (GBl. I, 253). Sie soll die Überführung eines privaten Betriebes in die Vollsozialisierung vorbereiten helfen. Das geschieht in der Regel durch Bildung einer Kommanditgesellschaft, bei der die öffentliche Hand als Kommanditist in das bisherige Privatunternehmen eintritt. Nach § 8 Abs. 3 der VO kann im Gesellschaftsvertrage festgelegt werden, daß der Kommanditist allein oder zusammen mit anderen Gesellschaftern die Gesellschaft vertritt. Die Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglich festzulegenden Gesamtvertretung mit einem persönlich haftenden Gesellschafter wird zwar — unter der Geltung des HGB im Bundesgebiet — neuerdings von *Brox* (Festschrift H. Westermann 1974 S. 21 ff, 34), anscheinend auch von *Schlegelberger/Gesler*<sup>4</sup> Rdn. 4 zu § 170 bejaht. Die organschaftliche Alleinvertretung durch den Kommanditisten ist hingegen ein absolutes Novum.

- 41** Daß der mit dieser Einschränkung formal gegebene Fortbestand des HGB **über weite Strecken totes Recht** bedeutet, ist nicht zu bezweifeln. Privates Unternehmertum beschränkt sich auf Ladenhändler, Handwerker und Gastwirte, im wesentlichen also auf minderkaufmännische Erscheinungsformen. Der selbständige Handelsvertreter und der Handelsmakler sind praktisch verschwunden. Aus dem Personengesellschaftsrecht ist das der oHG obsolet; nur Kommanditgesellschaften (Rdn. 40) gibt es noch. Allenfalls bleibt ein Betätigungsraum für die stille Gesellschaft, da sie auch bei minderkaufmännischen Betrieben denkbar ist. Ob der nach allem sich ergebende Restbestand des HGB die Kennzeichnung als eines eigenständigen „Handelsrechts“ noch verdient, ist mehr als fraglich (verneinend *Gierke/Sandrock* § 5 B II 5 a γ S. 102). Das Wirtschaftsleben in der DDR wird effektiv und fast ausschließlich von Normen öffentlichrechtlichen Gehalts geregelt. Ihre nahezu unabsehbare, dazu oft wechselnde Vielfalt konstituiert das dortige Wirtschaftsrecht in dessen eigentlichster Bedeutung. Eine Darstellung würde den Rahmen des vorliegenden Werks sprengen; es muß auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen werden.
- 42** c) in **Österreich**, wo das ADHGB seit seiner Inkraftsetzung im Jahre 1862 (Rdn. 18) — wengleich mit einigen, namentlich zum Kaufmannsstand ergangenen Änderungen — weiter gegolten hatte, war im Zuge des „Anschlusses“ das HGB durch die VO vom 11. 4. 1938 (RGBl. I, 385) in der damals geltenden Fassung eingeführt worden. Ausgenommen hiervon waren lediglich die Abschnitte über die Handlungsgehilfen, die Handlungslehrlinge und die Handlungsagenten; für letztere behielt das österreichische Handlungsagentengesetz von 1921 seine Kraft. Mit diesem seinem Bestand ist die Fortgeltung des deutschen HGB in Österreich trotz der Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse im Jahre 1945 unberührt geblieben. Lediglich in nachfolgenden Punkten hat die Novellengesetzgebung eingegriffen:
- durch die österreichische Eisenbahnverkehrsordnung von 1954 (BGBl. Nr. 213) wurden die §§ 454—460 aufgehoben; § 453 wurde im Jahre 1967 neu gefaßt;
  - eine Herabsetzung der Aufbewahrungsfristen für kaufmännisches Schriftgut von 10 auf 7 Jahre erfolgte durch Änderung des § 44 im Jahre 1964 (die gleiche Verkürzung ist im Jahre darauf für die Bundesrepublik durch Einfügung des § 44 a Gesetz geworden; inzwischen wurde sie hier durch § 44 Abs. 4 n. F. weiter auf 6 Jahre verkürzt).

## V. Handelsrecht in der Qualifikationsproblematik des internationalen Privatrechts

Das Problem, in welche übergeordnete Normengruppe ein rechtserheblicher Tatbestand zu klassifizieren sei, um in Fällen mit Auslandsberührung den Anknüpfungspunkt für das danach maßgebende Statut (die danach maßgebende Rechtsordnung) zu finden, ist aus dem internationalen Privatrecht als Frage nach der Qualifikation bekannt. Diese Frage kann auch in handelsrechtlichen Zusammenhängen Bedeutung gewinnen: im Bereich der **Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten bei Übergang eines Handelsunternehmens auf einen Erben**. Ein Ausländer, der im Inland ein vollkaufmännisches Unternehmen unter einer eingetragenen Firma geführt hat, verstirbt an seinem inländischen Wohnsitz. Der (inländische oder ausländische) Erbe führt das Geschäft unter der bisherigen Firma fort. Ist in Ansehung der Haftung für die übernommenen Geschäftsverbindlichkeiten das Erbstatut, d. h. das Heimatrecht des Erblassers (Art. 25 EGBGB) maßgebend? Oder gilt hier ein handelsrechtliches Sonderstatut, auf Grund dessen § 27 HGB anwendbar sein könnte? Das hängt davon ab, wie man die Haftung des Erben für Geschäftsverbindlichkeiten in einem solchen Falle klassifiziert, ob als Materie des Erbrechts oder als solche des Handelsrechts, genauer (da nicht alle Rechtsordnungen die Kategorie „Handelsrecht“ kennen): des Unternehmensrechts. Die Frage dürfte im letzteren Sinne zu beantworten sein. Die deutsche Rechtsordnung, die dem Ausländer die Gründung eines Handelsunternehmens im Inland und damit seine geschäftliche Betätigung im Inland gestattet, könnte eine ausländische erbrechtliche Regelung, die die Haftung des Erben für die geschäftlichen Altverbindlichkeiten ausschliesse, obwohl er das Unternehmen unter der früheren Firma fortführt, im Interesse des Vertrauensschutzes der Gläubigerschaft nicht hinnehmen. Ob der Gläubiger Inländer oder Ausländer ist, bleibt gleich. Auch ohne den *ordre public* zu bemühen, wie er etwa als dem Kundmachungszweck des Handelsregisters zugrundeliegend denkbar wäre, wird man sogar weiter gehen und folgern müssen, daß die handelsrechtliche Anknüpfung als allseitige Kollisionsnorm zu gelten hat, also auch für den Fall, daß ein deutscher (im Inland oder Ausland verstorbener) Erblasser ein im Ausland belegenes Handelsunternehmen, oder ein wo immer verstorbener Ausländer ein Handelsunternehmen in einem Drittstaat hinterläßt. Die Regelung der Haftung für übernommene Geschäftsverbindlichkeiten bei Fortbestand des Unternehmens, wenn das Geschäft im Erbgang übergeht, ist eben nicht primär eine Sache des Erbrechts, sondern primär eine Sache des Handelsrechts. Denn die Kontinuität des Unternehmens hat in diesem Falle ihren rechtlichen Schwerpunkt nicht im Erbrecht, sondern im Handelsrecht, nicht anders als bei der Rechtsnachfolge unter Lebenden. Das handelsrechtliche Statut wiederum ist für diesen Fall das der Niederlassung des Kaufmanns, wie Vor § 1 Rdn. 29 nachzulesen sein wird. Es führt im erstgedachten Beispielfalle zur Anwendung des § 27 — so, wie sich im Falle eines (inländischen oder ausländischen, im Ausland oder im Inland verstorbenen) Kaufmanns, der im Ausland, als Ausländer in einem Drittstaat seine kaufmännische Niederlassung hatte, das handelsrechtliche Statut sich aus dem am Ort der kaufmännischen Niederlassung geltenden Recht bestimmt.

Die handelsrechtliche Anknüpfung ist auch dann maßgeblich, wenn es sich um die Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten aus dem Betrieb einer **Zweigniederlassung** handelt, die jemand als Kaufmann in einem anderen Staat unterhält und die im Erbgang zusammen mit dem Unternehmen als ganzes auf den Erben übergeht. Denn nicht die erbrechtliche Berufung zur Nachfolge in das Unternehmen ist ausschlaggebend, sondern die Tatsache der Unternehmensfortführung unter der bisherigen Firma und deshalb der Ort, an dem die Firma geführt wird. Die unbeschränkte Haftung auf

Grund der Firmenfortführung gehört also in den Ausnahmebereich, in welchem es kollisionsrechtlich nicht auf den Kaufmann als Rechtsträger der Zweigniederlassung ankommt (vgl. auch § 13 b, 13 ff).

## VI. Zur Reform des HGB

### Schrifttum

*Herber* Probleme der Fortentwicklung des Handels- und Gesellschaftsrechts, ZHR 144 (1980)

47

### 1. Die Wandelbarkeit des Handelsrechts und das HGB

- 45** Handelsrecht ist in noch höherem Grade dem **schnellen Wandel** unterworfen als das allgemeine bürgerliche Recht. Seine Fixierung in einem Handelsgesetzbuch bleibt deshalb der erhöhten Gefahr des Veraltens ausgesetzt. Das HGB ist dem Vorwurf, in seiner gegenwärtigen Gestalt veraltet zu sein, denn auch — so etwa jüngst bei *Herber* S. 63 — nicht entgangen. In seiner vollen Schärfe ist dieser Vorwurf sicherlich ungegerechtfertigt. Die Bestimmung des § 346 bietet den Geltungsrahmen für eine den wechselnden Erfordernissen breit sich anpassende und damit in Handelsrecht transformierbare Handelssitte. Nicht wenig davon hat sich zu standardisierten Handelsklauseln mit zum Teil internationaler Verbreitung verdichtet. Ähnlich begnügt sich das HGB für die Anforderungen an die kaufmännische Buchführung mit der weitgefaßten Rahmenvorschrift des § 38, die Ausfüllung dessen, was „ordnungsgemäße Buchführung“ ist, der kaufmännischen Standesauffassung überlassend: eine höchst weise Selbstbeschränkung, deren ganzer Wert sich angesichts der geradezu revolutionären Umgestaltung des betrieblichen Rechnungswesens und einer fast unübersehbaren betriebswirtschaftlichen Literatur gezeigt hat. Überhaupt ist die stereotype Verweisung auf den „Handelsgebrauch“ (des Ortes) — §§ 359, 380, 393 Abs. 2, 394 Abs. 1 —, den „Ortsgebrauch“ (des Handels) in §§ 59, 96, 99, 396, 428 —, die „Ortsüblichkeit“ (im Handel) — §§ 95 Abs. 2, 354 Abs. 1 — oder das „Handelsübliche“ — §§ 25 Abs. 3, 87 d — für das HGB geradezu kennzeichnend. Im übrigen fehlt es durchaus nicht an Teilbereichen, die durch Novellierung auf den modernen Stand gebracht sind: Kaufmannseigenschaft der Handwerker und der Landwirte; Aufbewahrung des kaufmännischen Schriftgutes; das gesamte Recht des Handelsvertreters; die Bestimmungen über die verschärfte Inpflichtnahme der GmbH & Co. KG in den auf sie zielenden Bestimmungen über „Briefbogenpublizität“ und die Pflicht zur Konkursanmeldung bei Überschuldung; endlich die durch internationale Abkommen veranlaßte Neuregelung weiterer Teile des seerechtlichen Haftungsrechts. Wo der Weg der Novellierung nicht gangbar war, sind Gebiete, auf denen das HGB unmodern zu werden drohte, ausgeschieden worden: das Recht der Aktiengesellschaft und der Abschnitt über Handlungslehrlinge. — Veränderungen im Normenbestand des HGB durch EG-Recht sind bisher nur in einem Falle akut geworden, dem des § 15 Abs. 2, Abs. 3. Gerade dieser Fall zeigt übrigens, wie problematisch die Übernahme einer EG-Richtlinie und ihre Einfügung in das geltende Handelsrechtssystem bleibt, besonders wenn, wie hier, der bundesdeutsche Gesetzgeber ein „Über-Soll“ geglaubt hat leisten zu müssen; sie hat für § 15 Abs. 3 eine Fülle interpretatorischer und dogmatischer Zweifelsfragen mit sich gebracht.

### 2. Die selbständige Fortentwicklung einzelner Typenmodelle des HGB

- 46** Gewiß ist nicht zu verkennen, daß ganze Vertragstypen so, wie sie im HGB geregelt sind, inzwischen teils durch autonome Vertragsmuster der Verbände, teils durch internationale Abkommen ihre **gegenüber dem Gesetz verselbständigte Gestalt** erhalten

haben. Das gilt für das Speditionsgeschäft, das Lagergeschäft, das Frachtgeschäft und das Seetransportgeschäft. Doch ist das eine allgemeine Erscheinung, die sich nicht auf das Handelsrecht beschränkt; auch im allgemeinen bürgerlichen Recht haben weite Gebiete ein gleiches Schicksal erfahren. Das Mietrecht des BGB gilt, von den unabdingbaren Bestimmungen für Wohnungsmiete abgesehen, praktisch nur noch für die Miete von beweglichen Sachen. Im Werkvertragsrecht ist eine seiner wichtigsten Erscheinungsformen, der Vertrag auf Errichtung eines Bauwerks, zur Domäne von Musterordnungen geworden. Formulare beherrschen, in den vom AGBG gezogenen Grenzen, den Maklervertrag und den Gastaufnahmevertrag. Das alles sagt noch nichts Entscheidendes über die äußere Geltungskraft und den inneren Geltungswert des Gesetzes aus. Einmal wegen der zwingenden Regelungen, die auch solches, im übrigen und weitgehend nachgiebig gegebenes Vertragstypenrecht enthält — schon daß das Gesetz diese „Typen“ entwickelt und für das Rechtsleben bereitstellt, wäre ja ein Wert an sich, auch und gerade dann, wenn kautelarische Umprägung sie zugrundelegt und damit ihre typenbildende Kraft ungewollt bestätigt —; für die oben genannten Bereiche des HGB sei hier nur an die zwingenden Bestimmungen in §§ 392, 400 Abs. 2 bis Abs. 5, 401 (402), 405 Abs. 2 — jeweils in Verbindung mit § 407 Abs. 2 —, 418, 424 — in Verbindung mit der VO über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931 —, 432 Abs. 2, 780 erinnert. Zum anderen wirkt das Gesetz durch seinen Modellcharakter in die verbandsautonomen Vertragsbedingungen und Vertragsmuster hinein. Nicht nur ist es zu deren Auslegung heranzuziehen, sondern es kann sich über §§ 9 Abs. 2 Nr. 1, 6 Abs. 2 AGBG notfalls seine subsidiäre Geltung erzwingen.

Im ganzen wird man dem Urteil von *Capelle/Canaris*<sup>19</sup>, § 1 I 2, S. 3 zustimmen können, daß das HGB in seinem geistigen Duktus die ungleich größere, plastischere Nähe zur Lebenswirklichkeit abspiegelt, verglichen mit dem BGB und seiner Technik auf die Spitze getriebener Abstraktionen. Jedenfalls steht es einer **Fortbildung** durch neuartige, von der Praxis **geschaffener Rechtsinstitute** nirgends entgegen. Es ist ihnen offen, und das sollte es selbst heute noch positiv beurteilen lassen. Die Erscheinungsform des Scheinkaufmanns jenseits des § 5 hat sich ebenso durchgesetzt und rechtlich einordnen lassen wie die des Eigenhändlers oder des Kommissionsagenten, die der GmbH & Co. KG ebenso wie die der „kapitalistischen“ KG mit einer Vielzahl von Kommanditisten und der Möglichkeit ihrer eigenen Vertretung. Daß es wünschenswert wäre, solche Neuprägungen im Hinblick auf mannigfache Streitfragen und Unsicherheiten in gesetzliche Formen zu gießen, hindert die vorstehende Feststellung nicht. Die Anpassungsfähigkeit des Handelsrechts in dem weiten Spielraum, den das HGB ihm dafür beläßt, wird dadurch eher bestätigt als widerlegt. 47

### 3. Probleme einer HGB-Reform

Eine Reform des HGB ist derzeit nicht aktuell. Sie wäre auch nicht ohne eine Reform des Schuldrechts des BGB (für die es amtliche Vorarbeiten gibt) zu bewerkstelligen. Zu gegebener Zeit wird geprüft werden müssen, was im geltenden Gesetz der Änderung bedarf.

a) Hierzu dürfte in erster Linie die **Neudurchdenkung des Kaufmannsbegriffs** und seiner Abgrenzung gehören. Selbst wenn man auf dem Boden seines gegenwärtigen Aufbaues in den §§ 1—5 bleiben wollte, ist die Kritik<sup>5</sup> nicht länger zu überhören. Was bisher novelliert wurde — Handwerker, Landwirte —, kann eine neue Gesamtschau 48

<sup>5</sup> Etwa von *Wessel* BB 1974 1045.

nicht ersetzen. Der Katalog des § 1 Abs. 2 ist veraltet. Der Kaufmannsbegriff sollte künftig vom Gegenstand der gewerblichen Betätigung gelöst und im übrigen auf die Merkmale des § 2 abgestellt werden. Damit entfiere zugleich der Anachronismus des heutigen Minderkaufmanns. Seine Beschränkung auf das Grundhandelsgewerbe wäre ohnehin von der Sache her nicht länger zu rechtfertigen<sup>6</sup>. Endlich stünde de lege ferenda die Frage zur Entscheidung, ob nicht überhaupt der Kaufmannsbegriff — so sehr dies de lege lata noch abzulehnen wäre (Rdn. 5, 12) — durch den Unternehmensbegriff abgelöst werden sollte<sup>7</sup>. Moderne wirtschaftsrechtliche Gesetze haben sich längst vom Denken in kaufmannsstandschaftlichen Kategorien gelöst und legen, ausgesprochen oder unausgesprochen, das Unternehmen (der „gewerblichen Wirtschaft“) als ihren Zentralbegriff zugrunde. Eine in diese Richtung gehende Reform des HGB hätte den Vorteil, nicht mehr die Gewerbmäßigkeit der Betätigung entscheidend sein zu lassen und das Handelsrecht der unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand auch dann zu öffnen, wenn sie nicht in einer der handelsrechtlichen Rechtsformen erfolgt; eine Fülle von Streit- und Zweifelsfragen (vgl. § 1, 12 ff) würde sich erledigen. Die Handelsvertreternovelle von 1953 hat in § 84 die Umschaltung vom Kaufmann auf den „Unternehmer“ als den Partner des Handelsvertretervertrages bereits verwirklicht: Schon heute vertreten *Baumbach/Duden* (§ 84, 4) und *Bruck/Möller* im Kommentar zum VVG (Vor § 43, 173) mit beachtlichen Gründen den Standpunkt, nicht nur die §§ 84 ff, sondern alle Bestimmungen über zweiseitige Handelsgeschäfte seien hier anwendbar auch dann, wenn der „Unternehmer“ nicht Kaufmann ist. Einen weiteren Schritt von der Kaufmannseigenschaft zur Unternehmereigenschaft hat der 1976 geschaffene § 47 b vollzogen. Zurück geht diese Entwicklungslinie übrigens bis in das Jahr 1937; der damals neu geschaffene § 125 a FGG hatte das registergerichtliche Tätigkeitsfeld auf Kaufleute und (sonstige) „Unternehmungen“ erstreckt.

- 49 b) Nächstem steht zur Erörterung, ob der Wirkungsgrad handelsrechtlicher Normen, soweit sie auch den Nichtkaufmann erfassen, und damit die **Abgrenzung des Kreises der einseitigen Handelsgeschäfte** im HGB neu zu durchdenken sei. Die Bestimmung des § 345 wird in steigendem Maße als rechtspolitisch problematisch empfunden (*Raisch* JuS 1967 535). Hier nur zwei Beispiele: Für die Anwendung des § 360 — Lieferung von Handlungsgut mittlerer Art und Güte — wird von *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> bereits eine Art teleologischer Reduktion auf den Kaufmann als Lieferanten empfohlen (Anm. 2 daselbst: Wiederhall im übrigen Schrifttum hat das freilich bisher nicht gefunden). Für § 386 — Schweigen als Genehmigung einer mitgeteilten Limit-Überschreitung durch den Kommissionär — hat *Raisch* (Abgrenzung . . . S. 29) auf das Unzuträgliche einer solchen „imputierten“ Willenserklärung, wenn der Schweigende Nichtkaufmann ist, aufmerksam gemacht. Mit Recht; denn was in § 91 a für den Unternehmer, in § 362 für den Kaufmann rechtens ist, ist Ausdruck eines spezifisch handelsrechtlichen Grundsatzes, nicht anders als das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben unter Kaufleuten, und trifft für den Nichtkaufmann eben nicht zu. Von diesem kann nicht ohne weiteres erwartet werden, daß er die Regeln des Handelsrechts beherrscht und befolgt. Weitere Beispiele bei *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen S. 32. Auch daß die §§ 373—376 mit ihren typisch auf den Kaufmann zugeschnittenen

<sup>6</sup> Gl. M. *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen . . . S. 193 ff (mit gewissen Einschränkungen S. 199).

<sup>7</sup> *Herber* S. 71; *Raisch* Festschrift Ballerstedt (1975) S. 443 ff, 467; *Lutter* Gedanken zur aktuellen

Bedeutung des Handelsgesetzbuches in der Bundesrepublik Deutschland, in M. Rotondi *Inchiesta di Diritto Comparato* Vol. III, Padova 1973 S. 270.

Regeln ihrem Wortlaut nach auch für den nichtkaufmännischen Teil verbindlich sein sollen, zeigt den Bruch in der gegenwärtigen gesetzgeberischen Konzeption; ihre Geltung sollte ohne Schaden auf zweiseitige Handelsgeschäfte beschränkt werden können.

c) Bedürfnis nach Neukodifizierung besteht auch für das **Transportrecht**, insbesondere das Speditions- und das Frachtrecht. Sieht man von der Möbelspedition und von der Aufgabe einzelner Beförderungsstücke als Frachtgut im Bahnverkehr ab, so werden in diesem Bereich die Verträge zwar meist unter Kaufleuten abgeschlossen. Ihre Regelung im HGB ist im nationalen Raum aber teils durch Sondergesetze (Binnenschiffahrtsgesetz), teils durch Satzungen mit nachträglich verliehener Verordnungskraft (KVO), teils durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (ADSp.), im grenzüberschreitenden Verkehr durch eine Fülle internationaler Abkommen fast völlig verdrängt. Was an die Stelle getreten ist, präsentiert sich als heillos zersplittert und unübersichtlich, stellenweise auch schon in sich veraltet, vor allem aber auch so gut wie überhaupt nicht aufeinander abgestimmt, was im Verbundtransport über verschiedene Transportwege sich überall störend auswirkt. Alles dies kompliziert sich für das Luftfrachtrecht, das im HGB nicht einmal vorkommt. Die Fülle der sachlichen und kodifikatorischen Probleme hat *Herber* (JZ 1974 629) eindringlich dargestellt. Nirgends ist der Spielraum des deutschen Reformgesetzgebers durch internationale Bindungen so eingeengt wie hier, aber auch nirgends hängt der Zeitpunkt einer Reform so sehr ab von dem Abschluß der Reformen auf internationalem Felde wie in der ganzen Breite des Transportrechts. Einstweilen steht dieser Zeitpunkt noch dahin. Daß eine wenigstens interimistische Überarbeitung der einschlägigen Titel des HGB gleichwohl dem Gesetzgeber aufgegeben bleibt, wird sich nicht bestreiten lassen.

Das gilt nicht zuletzt von dem **Vierten Buch des HGB** im ganzen. Einzelnes hat die Teilnovelle von 1972 vorweggenommen. Das meiste andere, noch herrührend aus der Zeit der Segelschiffahrt, ist praktisch obsolet geworden — der Gesetzgeber hat für die Bodmerie die Folgerung daraus inzwischen gezogen —; es genügt, auf die Stichworte „New York-Antwerp-Rules“ (Rdn. 25) für die Große Havarie und die Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen (ADS) für den Abschnitt „Seeverversicherungsrecht“ hinzuweisen. Auch hier wird indessen auf die internationale Vereinheitlichung des Seerechts Rücksicht genommen werden müssen, die z. Zt. (1982) noch aussteht.

d) **In das BGB übernommen werden** sollte dagegen der Kommissionsvertrag. An ihm sind in erheblichem Ausmaß Nichtkaufleute beteiligt, namentlich im Effektengeschäft. Überhaupt sollte die Reform des Rechts der Schuldverhältnisse Gelegenheit nehmen, den bisher ganz unzulänglich geregelten Bankvertrag einzubeziehen. Wieweit zu diesem Zweck die Rahmenbestimmung des § 675 BGB zu einem eigenen Rechtsinstitut auszubauen wäre, ist hier nicht weiter zu vertiefen.

e) Überständig im HGB erschiene nachgerade der Siebente Abschnitt des Dritten Buches: „Beförderung von Gütern und Personen auf **Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs**“. Das Gesetz gibt nichts als ein dürres Rahmenwerk, das erst durch die EVO wirkliches Leben erhält. Auch hier spielen in großem Umfange internationale Abmachungen hinein. Da außerdem das Luftverkehrsgesetz in seinen privatrechtlichen Teilen Vorschriften über die Haftung des Luftverkehrsunternehmers gibt, wäre der Erwägung wert, ob nicht das Recht der **Personenbeförderung** für alle (öffentlichen) Verkehrsmittel — Seeschiffe, Binnenschiffe, Luftfahrzeuge, Eisenbahnen, Busse, Straßenbahnen — in einem einheitlichen Sondergesetz zusammengefaßt werden sollte, soweit nicht die Eingliederung durch einen besonderen Abschnitt in das Zweite Buch des BGB

möglich ist. Im allgemeinen Werkvertragsrecht, erweitert durch sondergesetzliche Haftungsvorschriften, verbliebe dann vom Transportrecht nur die gewerbliche Personenbeförderung mit nichtöffentlichen Verkehrsmitteln wie Taxen, Charterfahrten mit Sonderbussen, Charterflügen, Vergnügungsfahrten mit Pferdefuhrwerken u. ä. Einzelnes hiervon hat bereits das Reisevertragsgesetz vom 4. 5. 1979 mit seiner Einfügung der §§ 651 a ff in das Werkvertragsrecht des BGB vorweggenommen.

# Handelsgesetzbuch

Vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219)

## ERSTES BUCH

### Handelsstand

#### Erster Abschnitt

#### Kaufleute

#### Vorbemerkungen

#### Vor § 1

#### Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Zur Systematik des Abschnitts</b>		c) Kaufmannsstatus und ehelicher Güterstand . . . . .	25
1. Kaufmannseigenschaft als berechtigender und verpflichtender Status und als Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Rechts der Handelsgeschäfte . . . . .	1	2. Kaufmannsstatus und Internationales Privatrecht	
2. Problematik der vom Gesetz verwendeten Gruppenmerkmale und ihrer rechtssystematischen Abgrenzung		a) Das Problemfeld . . . . .	28
a) Die Definition des § 1 Abs. 1 und ihr Bezug auf die einzelnen Sparten des Kaufmannsbegriffs . . . . .	2	b) Anknüpfung für die primären Statusinhalte . . . . .	30
b) Der Einzelkaufmann der §§ 1—4 als Modell und berufständischer Typus . . . . .	3	c) Die Zweigniederlassung insbesondere . . . . .	34
c) Handelsgesellschaften. Formkaufleute . . . . .	9	d) Die Anknüpfung für die Sekundärwirkungen des Kaufmannsstatus . . . . .	37
3. Handwerker als Kaufleute . . . . .	11	<b>III. Kaufmannsbegriff in anderen Gesetzen</b> . . . . .	47
4. Öffentliches Recht und Kaufmannsstatus . . . . .	17	1. im Privatrechtsbereich	
<b>II. Kaufmannsstatus im Gesamtbild der Privatrechtsordnung</b> . . . . .	18	a) § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB . . . . .	48
1. Kaufmannsstatus und allgemeiner bürgerlicher Status		b) § 8 AbzG . . . . .	49
a) Natürliche und juristische Personen . . . . .	19	c) §§ 13 Abs. 3, 24 S. 1 Nr. 1 AGBG . . . . .	52
b) Kaufmannsstatus und Geschäftsfähigkeit . . . . .	21	d) § 16 UWG („Firma“) . . . . .	53
		2. im bürgerlichen Verfahrensrecht	
		a) ZPO (§§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1, 1027 Abs. 2) . . . . .	54
		b) GVG (§§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 97 Abs. 2 S. 2, 98 Abs. 1 S. 2, 109) . . . . .	56
		3. in den Bankrottbestimmungen des StGB . . . . .	57
		4. im Gewerberecht . . . . .	58
		5. im Steuerrecht . . . . .	59

**Schrifttum**

*Raisch* Bedeutung und Wandlungen des Kaufmannsbegriffs, Festschrift Ballerstedt (1975) S. 443; *Sack* Vollkaufmännische Idealvereine? ZGR 1974 179; *K. Schmidt* Sieben Leitsätze zum Verhältnis zwischen Vereinsrecht und Handelsrecht, ZGR 1975 477; *Wessel* Unsicherheit durch den handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff BB 1974 1045.

**I. Zur Systematik des Abschnitts****1. Kaufmannseigenschaft als berechtigender und verpflichtender Status und als Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Rechts der Handelsgeschäfte**

- 1 Der 1. Abschnitt des Ersten Buches regelt den Erwerb der Kaufmannseigenschaft im Rechtssinne. Die Kaufmannseigenschaft ist die — persönliche — Voraussetzung für die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sondernormen. Während für die Anwendbarkeit der im Dritten Buch über die einzelnen Handelsgeschäfte enthaltenen Vorschriften außer der Kaufmannseigenschaft eines oder beider Vertragsteile noch die sachliche Voraussetzung hinzukommen muß, daß das Geschäft von einer bzw. beiden Parteien im Rahmen ihrer kaufmännischen Unternehmertätigkeit eingegangen wird (Gegensatz: private Sphäre der Vertragsparteien), weshalb dieser Rahmen in den §§ 343, 344 besonders abzugrenzen war, führt im weiteren Gang des Ersten Buches die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers und die damit zusammenhängende Qualität des Unternehmens, kaufmännisches Unternehmen oder Handelsunternehmen zu sein, als solche bereits zur Anwendbarkeit der registerrechtlichen Vorschriften (2. Abschnitt), der firmenrechtlichen Normen (3. Abschnitt) und der Grundsätze über die Handelsbücher (4. Abschnitt); sie ermöglicht die Erteilung einer Prokura oder Handlungsvollmacht als handelsrechtlicher Sondervollmacht (5. Abschnitt); sie läßt die zur Leistung kaufmännischer Dienste Angestellten als Handlungsgehilfen erscheinen (6. Abschnitt); beteiligen sich mehrere in Personengesellschaft an einem Handelsunternehmen, so stehen die besonderen Rechtsformen der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder stillen Gesellschaft zur Verfügung (Zweites Buch, 1., 2., 5. Abschnitt).

**2. Problematik der vom Gesetz verwendeten Gruppenmerkmale und ihrer rechtssystematischen Abgrenzung**

Die Systematik unseres Abschnitts ist nicht ohne Brüche. Sie geht aus von einer Legaldefinition, die sie im folgenden nur mühsam durchhält, mit Fiktionen zu stützen gezwungen ist, und die sie, dem Kaufmannsbegriff eine entmaterialisierende Wendung zur nur noch formalen Zweckfigur gebend, am Ende vollends verleugnet. Einher damit geht eine Verlagerung des Schwerpunkts des Kaufmannsbegriffs von seiner gesetzlichen Mitte weg in Zonen, die das Gesetz ursprünglich nur als Auffangstellung gedacht hatte.

- 2 a) **Die Definition des § 1 Abs. 1 und ihr Bezug auf die einzelnen Sparten des Kaufmannsbegriffs.** An die Spitze stellt § 1 Abs. 1 den Satz: Kaufmann ist, wer ein **Handelsgewerbe** betreibt. Wie die nachfolgenden Bestimmungen bis einschließlich § 4 (vgl. § 6) zeigen, wird damit der Einzelkaufmann, die einzelkaufmännisch-unternehmerische Persönlichkeit, als Modell für den ganzen Handelsstand herausgestellt. Diesen Modellanspruch hat er, ungeachtet aller Verdrängungsprozesse im Wirtschaftsleben, von Gesetzes wegen seit dem ADHGB bis heute behalten; noch die Personenhandelsgesellschaften müssen sich an den auch ihnen geltenden §§ 1—4 messen lassen.

Aber das Gesetz sagt auch, daß nur er, der Handelsgewerbetreibende, Kaufmann „ist“. Die Vorschrift, so aussagekräftig sie aus sich heraus sein könnte, erhebt sich nichtsdestoweniger kaum über die Stufe einer ausfüllungsbedürftigen **Rahmenvorschrift**. Ausgefüllt wird der Rahmen zunächst durch einen in § 1 Abs. 2 gegebenen Katalog. Er umfaßt echte handelsgewerbliche Tätigkeit (Nr. 1, 4, aus Nr. 8 den Buch- und Kunsthandel), einiges Umsatzhilfsgewerbe (Nr. 5—7), daneben Gewerbezüge, die mit Handel im herkömmlichen Sinne nichts mehr gemein haben (Nr. 2, 3, 9). Auch wenn man die „Gilt“-Fassung des Katalogs nicht pressen darf — gemeint ist nur eine gesetzliche Umschreibung dessen, was für die Anwendung des Abs. 1 als Handelsgewerbe angesehen werden soll —, so gerät sie für Gewerbe wie Personenbeförderung (Nr. 5) und Herstellung von Druckerzeugnissen (Nr. 9) schon in die Nähe wirklichen Fingierens von Handelsgewerbe, was kaum noch Handeltreiben ist. Die Kette der Ableitungen mit dem Mittel der Fiktion setzt sich in den §§ 2 und 3 fort. Nach § 2 „gilt“ als Handelsgewerbe ferner jedes beliebige gewerbliche Unternehmen, sofern es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und der Inhaber im Handelsregister eingetragen ist. Der Bezug zu dem in § 1 Abs. 2 noch substantiell verstandenen und aufgegliederten „Handels“gewerbe ist vollends verblaßt. Unter bestimmten Voraussetzungen werden sodann in § 3 auf Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion die Vorschriften des § 2 über das Gilt-Handelsgewerbe zur Anwendung gebracht. Unter dem Deckmantel des § 6 Abs. 1 endlich, obwohl er von Handelsgesellschaften spricht und ihnen als solchen, scheinbar konsequent, die Kaufmannseigenschaft beilegt, wird auch das bis dahin noch einigende Merkmal des gewerblichen Unternehmertums aufgegeben. Aktiengesellschaft und GmbH können auch nicht-wirtschaftlichen Zwecken dienen<sup>1</sup>: sie gelten gleichwohl als Handelsgesellschaft (so korrekt der Wortlaut in § 3 AktG und § 13 Abs. 3 GmbHG) und sind damit Kaufleute. Aber sie sind es allein kraft ihrer Rechtsform. Von der grundlegenden Definition des § 1 Abs. 1, soweit sie auf das Handelsgewerbe abstellt, ist wenig mehr als ein blaßes Abstraktum übriggeblieben. Die diffuse Konzeption des Gesetzgebers — sie hat durch die Novellen von 1953 und 1976 an Deutlichkeit nicht gerade gewonnen (§ 2, 2, § 3, 13)<sup>2</sup> — spiegelt die ganze Problematik, in die die Zen-

<sup>1</sup> § 6 Abs. 1, in dieser Form seit 1897 bestehend, scheint sich zwar dazu nicht zu bekennen. Aber zu den dort angesprochenen „Handelsgesellschaften“ gehörten eben auch — und von Anfang an! — die AG und die GmbH, und beide mit dem gesetzlichen Signum, als Handelsgesellschaft zu „gelten“, auch wenn sie kein Handelsgewerbe, ja überhaupt kein Gewerbe betreiben: die GmbH nach dem GmbHG von 1892, die AG sogar als eine damals im HGB selbst geregelte (§ 210 a. F.).

<sup>2</sup> Auch sonst hat die neuere Gesetzgebung einiges getan, um die Konturen kaufmannsstandschaftlicher Begriffe zu verdeutlichen. Der Betrieb einer modernen Apotheke z. B. ist — unter den Anforderungen der Apotheken-Betriebsordnung vom 7. 8. 1968 (BGBl. I, 939) und namentlich wegen des Abrechnungsverkehrs mit einer Vielzahl von Krankenkassen auf der Basis der Krankenscheine ihrer Kunden — nur vollkaufmännisch möglich. So mit Recht *Schiedermaier/Pieck* Kommentar zum Apothekengesetz<sup>3</sup> § 8, 26 und OLG Hamm DB 1969 386. Das Bundesgesetz

über das Apothekenwesen vom 15. 10. 1980 ignoriert das; es eröffnet dem Zusammenschluß von Apothekern zum gemeinsamen Betrieb einer Apotheke die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so als sei dies auch auf minderkaufmännischem Niveau ähnlich einer Eisdielen, einer Stehbierhalle oder einem Krämerladen denkbar. Gegen ein solches unvollziehbares Mißgebilde auch *Schiedermaier/Pieck* aaO § 8, 27. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist nach § 27 Abs. 2 WiPO als OHG oder KG anerkennungsfähig, wenn sie „wegen ihrer Treuhandtätigkeit im Handelsregister eingetragen ist“. Nun kann Treuhandtätigkeit durchaus Gegenstand eines Gewerbes, also auch eines Handelsgewerbes (§ 2) sein, wie das KG HRR 1932 Nr. 249 in grundlegenden Ausführungen festgestellt hat. Doch ist damit schwer vereinbar, daß der einzelne Wirtschaftsprüfer, deren mehrere sich in dieser ihrer Eigenschaft zur Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zusammengeschlossen haben müssen (so im Grundsatz § 28 Abs. 1 WiPO), Angehöriger eines

trierung des Handelsrechts auf den Kaufmannsstatus seiner Bezugsperson geraten ist. Die Substanz dessen, was den Kaufmann im Rechtssinne ausmacht, ist inzwischen längst in den § 2 abgewandert (Rdn. 7).

- 3** b) **Der Einzelkaufmann der §§ 1–4 als Modell und berufsständischer Typus.** Der Einzelkaufmann ist der Normtyp der §§ 1–4. Das HGB bezeichnet ihn so nur gelegentlich an späterer Stelle (§ 13 b, § 28) und auch dort nicht einmal im Sinne einer Legaldefinition, sondern als Gegenmöglichkeit zur Personenhandelsgesellschaft; anderen Gesetzen ist die Bezeichnung geläufiger (§ 2 a KrWesG, § 50 ff UmwG). Ihm unterfallen neben den natürlichen auch diejenigen juristischen Personen, die nicht Handelsgesellschaften sind (Rdn. 20). Auf ihn ist das aus § 1 Abs. 1 herauszuziehende Begriffspaar „Betreiben“ eines „Gewerbes“ als erstes Kriterium für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft ausgerichtet.

Den **methodischen Ort** dieses Kriteriums, entgegen seinem Ort im Gesetz, vom Einzelkaufmann weg und der Bestimmung jedweder Kaufmannseigenschaft voranzustellen (so *Gierke/Sandrock* § 6 I 3, S. 108/109) besteht kein Grund. Für die juristischen Personen unter den Handelsgesellschaften gilt es ohnehin nicht, und das Recht der Personenhandelsgesellschaften nimmt in den §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 auf das für den Einzelkaufmann entwickelte Kriterium des Handelsgewerbes und damit des Gewerbes Bezug. Allerdings: Was es als Gewerbe verstanden wissen will, sagt das HGB nicht. Es setzt den Begriff als gegeben. Auf dieser Grundlage und der Notwendigkeit folgend, „Gewerbe“ jeweils zum „Handelsgewerbe“ zu erweitern, ergibt sich folgende Systematik, die freilich innerhalb der §§ 1–4 eine Umstellung der Reihenfolge erfordert (§ 5, zwischen der Gruppe der Einzelkaufleute und der Gruppe der Handelsgesellschaften – § 6 – stehend, ist ohnehin falsch eingeordnet):

- 4** Die erste Gruppe bildet der Kreis der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Gewerbebezüge mit Schwerpunkt im Umsatz- und Umsatzhilfsgewerbe. Alle Gewerbetreibende dieser Branchen sind Kaufmann kraft ihrer Branchenzugehörigkeit. Sie sind es insoweit kraft Gesetzes. Der Eintragung im Handelsregister bedarf es dazu nicht, obwohl sie vorgeschrieben ist; die Eintragung bezeugt die Kaufmannseigenschaft, aber begründet sie nicht. Die in § 1 Abs. 2 aufgeführten Gewerbebezüge werden zusammenfassend als Grundhandelsgeschäfte bezeichnet, und diejenigen, die sie betreiben, mit einem eingebürgerten, aber sprachlich wie sachlich mißratenen Kurzausdruck als „**Mußkaufleute**“: deshalb, weil die Betätigung in einer der Branchen des Grundhandelsgewerbes sie zwangsläufig zu Kaufleuten im Sinne des HGB stempelt.
- 5** Bei den Grundhandelsgeschäften des § 1, welche ipso iure die Kaufmannseigenschaft vermitteln, sind Betriebsgröße und kaufmännischer Zuschnitt für die rechtliche Qualität des Betriebes, „Handelsgeschäft“ zu sein, unerheblich. Auf die Kleinbetriebe unter ihnen sollen aber, wiewohl der Unternehmer gemäß § 1 Kaufmann ist, nicht alle handelsrechtlichen Normen zur Anwendung kommen. Dem trägt § 4 Rechnung. Die dort genannten Kleinkaufleute pflegt der juristische Sprachgebrauch als „**Minderkauf-**

---

freien Berufes ist (§ 1 Abs. 2 WiPO) und sich nicht gewerblich betätigen darf (§ 43 Abs. 3 Nr. 1 WiPO; die Ausnahme in Abs. 4 Nr. 1 daselbst über das Gestattetein der Wahrnehmung fremder Interessen in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist doch wohl ersichtlich auf fallweise Inanspruchnahme solcher Dienste bezogen und nicht zur Grundlage eines förmlichen Gewerbes erhoben).

Handelsgesellschaft als Zusammenschluß von Personen, die, wenn sie ein Gleiches je einzeln betreiben würden, vom Kaufmannsstand ferngehalten wären? Äußerlich überbrückte das allenfalls § 7. Der innere Bruch in der gesetzgeberischen Konzeption bleibt gleichwohl unübersehbar.

leute“ zu bezeichnen. Auch dieser Ausdruck ist unschön, aber vielleicht nicht zu entbehren, weil „Kleinkaufmann“, als terminus technicus verwendet, ein handelsrechtlich unbrauchbares Begriffspaar Kleinkaufmann — Großkaufmann suggeriert; außerdem würde er in anderer Richtung irreführen insofern, als der in § 4 angesprochene Unternehmerkreis nicht notwendig das Signum des „Kleinen“, „Krämerhaften“ aufzuweisen braucht (Umsätze und Gewinne können sogar ganz erhebliche sein und trotzdem nur eine schlichte, nicht eigentlich kaufmännische Organisation benötigen).

Was über die Ebene des Minderkaufmanns sich erhebt, wird herkömmlich „**Vollkaufmann**“ genannt.

Den Minderkaufmann gibt es **ausschließlich im Bereich des Grundhandelsgewerbes**. Er ist eine Untergruppe des Mußkaufmanns. Aber er führt keine Firma; das Handelsregister ist ihm verschlossen; § 4 gibt weitere Einengungen seines kaufmännischen Status.

Die zweite Gruppe formiert § 2. Danach soll als Handelsgewerbe gelten (auch) ein jedes (beliebige) gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sofern es unter einer Firma im Handelsregister eingetragen ist. In diesen Fällen wird also ein Kaufmannsstatus ohne Rücksicht auf den Gegenstand der erwerbswirtschaftlichen Betätigung geschaffen. Der Status ist an eine dreifache Voraussetzung gebunden; von den drei Elementen — Gewerblichkeit, Notwendigkeit kaufmännischen Geschäftsbetriebs, Eintragung im Handelsregister — ist die Eintragung das eigentlich konstitutive, im Rechtssinne konstituierende (bei ordnungsmäßigem Gang der Dinge auch der zeitliche Schlußstein), welches damit zugleich die Kaufmannseigenschaft — und zwar (Rdn. 5) notwendig die Vollkaufmannseigenschaft — des Firmierenden begründet (sog. Kaufmann kraft Eintragung). Doch tritt diese konstitutive Wirkung eben nur ein, wenn und soweit die beiden anderen Elemente als die sachlich konstituierenden vorliegen. Liegen sie vor, dann ist der Unternehmer zur Herbeiführung der Eintragung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet („**Sollkaufmann**“). Fehlt auch nur eines von ihnen oder fällt es nachträglich weg, so fehlt oder entfällt damit die sachliche Grundlage, die einen handelsgewerblichen Betrieb zu statuieren gestattet, und als die Folge dessen die Kaufmannseigenschaft. Solange jedoch die Eintragung im Handelsregister besteht und wenigstens ein gewerblicher Betrieb gleich welchen Zuschnitts vorliegt, greift § 5 HGB Platz (vgl. im einzelnen § 2, 14, 19 ff).

Verglichen mit derjenigen des § 1 Abs. 2 erscheint § 2 als die weitaus geschlossenerere **7** Konzeption. Sie stellt es nicht ab auf die Willkürlichkeit eines durch die wirtschaftliche Entwicklung überholbaren — und in der Tat seit langem überholten — Katalogs, sondern auf die von der Sache her entscheidenden Merkmale der Kaufmannseigenschaft: die Notwendigkeit des in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs. Denn dies: der kaufmännische Zuschnitt der Betriebsgestaltung in Planung, Werbung, Organisation und Abwicklung der Geschäftsvorfälle „**macht den Kaufmann**“. Die Bestimmung des § 2 ist damit zum **wahren Leitbild des Kaufmanns** geworden. Das geht bis in den Prozeß hinein. Ist das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordernde Unternehmen im Handelsregister eingetragen, so ist das Gericht der Feststellung, ob ein Grundhandelsgewerbe des § 1 Abs. 2 vorliegt oder nicht, überhoben; der Inhaber wäre in jedem Falle Kaufmann. Ergänzt wird diese Wirkung der Eintragung noch durch die Bestimmung des § 5 (unten Rdn. 17). Danach wird kraft des Eingetragenseins sogar jene Notwendigkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs unterstellt (§ 5, 15). Jeder eingetragene Gewerbetreibende gilt, solange das Gewerbe betrieben wird, als Vollkaufmann.

- 8 Als dritte Gruppe nimmt eine Sonderstellung — heute nur noch historisch bedingt — nach § 3 die **Land- und Forstwirtschaft** ein.

Abs. 1 dieser Vorschrift, der diese Berufszweige vorab von der Geltung des § 1 ausnimmt, besagt in seiner heutigen Gestalt etwas weitgehend Selbstverständliches. Die Land- und Forstwirtschaft ist Urproduktion und würde schon insoweit keiner der Sparten des Grundhandelsgewerbes unterfallen. Die gegenwärtige Fassung ist der Überrest einer früheren, sehr viel weitergehenden. Bis zum Gesetz vom 13. 5. 1976 (BGBl. I, 1197) war auch § 2 von der Anwendung auf Land- und Forstwirtschaft ausgeschlossen. Die Kaufmannseigenschaft konnte unter den Voraussetzungen des § 2 nur für land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe (fakultativ) erworben werden. Diese Begrenzung ist nunmehr gefallen. Die Sonderstellung der Land- und Forstwirtschaft besteht nur noch in zweifacher Richtung: Selbst bei gegebener Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs (Großgüter mit eigenem Rentamt, Weinbaubetriebe mit ausgedehntem Weinversand) ist der Erwerb der Kaufmannseigenschaft freigestellt (§ 3 Abs. 2). Wird sie gewünscht, unterstellt das Gesetz den Erwerb und den Verlust der Kaufmannseigenschaft im weiteren dem § 2. Zum anderen kann der Erwerb der Kaufmannseigenschaft auf Nebengewerbe (Brennereien, Geflügelfarmen, Sägewerke) beschränkt werden (§ 3 Abs. 3).

Die so umrissenen Erscheinungen mögen mit dem herkömmlichen Kurzausdruck „**Kann-Kaufmann**“ bezeichnet werden. Auch der Kann-Kaufmann ist, sobald er über die Eintragung Kaufmannseigenschaft erlangt hat, stets und notwendig Vollkaufmann.

- 9 c) **Handelsgesellschaften. Formkaufleute.** Gewerbliche Unternehmungen werden vielfach in Form von Gesellschaften betrieben. Das können Gesellschaften bürgerlichen Rechts sein, zu denen sich Minderkaufleute zusammenschließen; sie werden bei § 1 Rdn. 43 ff erörtert. Hauptsächlich aber sind es die im § 6 angesprochenen Handelsgesellschaften. Auf sie sollen nach § 6 Abs. 1 „die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften Anwendung finden“.

Was **Handelsgesellschaften** sind, ergibt zunächst das Zweite Buch des HGB. Es zählen hierzu die **oHG** und die **KG**. Beide können nur zum Betrieb eines der in §§ 1—3 behandelten (voll-)kaufmännischen Unternehmen errichtet sein. Daß sie dem Kaufmannsrecht unterstellt werden, würde deshalb sich von selbst verstehen. § 6 Abs. 1 stellt für sie nur klar, daß ihre Eigenständigkeit als Kaufmann nicht von einer Qualifizierung als juristische Person abhängen soll.

- 10 Als Handelsgesellschaft „gelten“ ferner, und zwar je nach den für sie einschlägigen Gesetzen, die **Kapitalgesellschaften**, die als juristische Person („Kapitalvereine“) außerhalb des HGB konstituiert sind: die Aktiengesellschaft (§ 3 Abs. 2 AktG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 278 Abs. 3 AktG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 3 GmbHG). Über § 6 Abs. 1 sind sie damit Kaufmann. Sie sind es selbst dann — deshalb die fingierende Formulierung —, wenn sie kein Handelsgewerbe oder überhaupt kein Gewerbe betreiben. Das Gesetz geht davon aus, daß sie sich typischerweise im Wirtschaftsleben als wirtschaftende Unternehmen betätigen, selbst wenn es der Verfolgung nicht-erwerbswirtschaftlicher Ziele dienen soll. Sie sind Kaufleute kraft ihrer Rechtsform. Diese Handelsgesellschaften juristischer Rechtspersönlichkeit faßt sodann § 6 Abs. 2 mit den „Vereinen, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt“ zur Gruppe der sog. **Formkaufleute** zusammen. Mit den (anderen) „Vereinen“ sind gemeint die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften; sie haben, obwohl sie mangels Gewinnabsicht kein Gewerbe (§ 1 Rdn. 9) und deshalb auch kein Handelsgewerbe

betreiben, vielmehr Selbsthilfeeinrichtungen sind, Kaufmannsstatus aufgrund von § 17 Abs. 2 GenG. Die Formkaufleute sind kraft ausdrücklicher Bestimmung in § 6 Abs. 2 stets Vollkaufleute. Das für sie zu bestimmen war notwendig, weil sie von ihrem Betätigungsfeld her sich nicht immer am Maßstab der Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise (Gewinnbilanzierung!) eingerichteten Geschäftsbetriebs messen lassen könnten.

### 3. Handwerker als Kaufleute

Von den grundhandelsgewerblichen Kategorien des § 1 enthalten zwei — das Be- und Verarbeitungsgewerbe (§ 1 Abs. 2 Nr. 2) und das Druckereigewerbe (§ 1 Abs. 2 Nr. 9) — den Vorbehalt, daß sie, um zum Kaufmann zu machen, „nicht handwerksmäßig betrieben sein dürfen“. Dieser Vorbehalt ist der Überrest einer früher sehr viel umfassenderen **Sonderbehandlung des Handwerks** im Rahmen der Vorschriften über den Kaufmannsstatus.

a) Handwerker konnten (und können) kraft Grundhandelsgewerbes Kaufleute sein. **11** In Betracht kommen hierfür nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 die sog. **Warenhandwerker**, welche die von ihnen beschafften und nächst dem handwerklich be- oder verarbeiteten Rohstoffe als Waren an ihre Kunden absetzen. Bis zum Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern, v. 31. 3. 1953 (BGBl. I S. 106), hatte § 4 sie unterschiedslos dem minderkaufmännischen Gewerbe zugeordnet. Die damit vollzogene Ausgliederung aus dem Vollkaufmannsstand war eine perfekte: dadurch, daß § 4 den Handwertreibenden in ihrer Gleichstellung mit den Minderkaufleuten die Firmenführung vorenthielt, schnitt er ihnen zugleich den Weg ab, bei wachsender Betriebsgröße über § 2 zum Vollkaufmannsstatus durch Eintragung aufzusteigen. Vollends galt das letztere für handwerkliche Unternehmungen jenseits des Warenhandwerks; sie waren schlechthin aus dem Bereich des Kaufmannsstandes verwiesen.

b) Hier hat das genannte Gesetz von 1953 Wandel geschaffen. Die unterschiedslose **12** Herabdrückung des Handwerks auf die Ebene des kaufmännischen Kleingewerbes im § 4, soziologisch und wirtschaftlich ohnehin seit langem überholt, ist gestrichen. Der Warenhandwerker steht für seine Kaufmannseigenschaft nunmehr nicht anders da als jeder sonstige Warenhandeltreibende. Er ist — im unverkürzten Rechtssinne — Minderkaufmann (Handwerker-Minderkaufmann) oder Vollkaufmann (Handwerker-Vollkaufmann), je nachdem, ob sein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht. Das Kriterium der handwerklichen Betriebsstruktur ist für die Kaufmannseigenschaft von Bedeutung nur noch — insoweit unverändert — beim Lohnunternehmen in der Warenbe- und -verarbeitung und beim Druckereibetrieb. Handwerklicher Charakter schließt hier vom Grundhandelsgewerbe jeder Stufung aus, beläßt allerdings dem Großhandwerker die Möglichkeit (ggf. mit der Pflicht), sich nach § 2 eintragen zu lassen und damit die Vollkaufmannseigenschaft zu erwerben; Überschreitung der Grenze des Handwerks hin zur industriellen Struktur macht diese Betriebe zu Grundhandelsgewerben, ihre Inhaber i. d. R. (nicht notwendig) zugleich zu Vollkaufleuten. **Handwerkliche Betriebe sonstiger Art**, etwa handwerkliche Bauunternehmer, bleiben allenfalls durch § 2 erfaßt. Sie sind (und waren schon immer) weder Grundhandelsgewerbe, noch können sie es in beliebiger Größenordnung je werden. Doch auch sie — die großhandwerklichen Betriebe außerhalb des Warenhandwerks — sind nunmehr gemeint, wenn § 2 in einer klarstellenden Formulierung von „Handwerkern oder sonstigen gewerblichen Unternehmen“ spricht. Sie unterliegen damit wie jeder beliebige Gewerbebetrieb der Möglichkeit und ggf. der Verpflichtung, unter den Voraussetzungen des Großbetriebes mit

geboten kaufmännischer Geschäftsführung sich eintragen zu lassen, womit dann der Erwerb der Kaufmannseigenschaft verbunden ist.

- 13** Nachdem dem Handwerk im Zuge der Neuregelung das **Handelsregister** geöffnet worden ist — beim Warenhandwerker, wenn er sich über die Ebene des Kleingewerbes i. S. des § 4 erhebt, bei allen anderen Handwerkern unter den Voraussetzungen des § 2 als sog. Sollkaufleuten —, sind sie jetzt auch der Vorschrift des § 5 über den Scheinkaufmann, der voraussetzungswidrig eingetragen worden ist, unterworfen. Unberührt bleibt im übrigen, wie schon von jeher, die Möglichkeit, auf dem Wege über den sog. Formkaufmann (Rdn. 10) die Kaufmannseigenschaft, und zwar die Vollkaufmannseigenschaft, zu erwerben; das kann bei großhandwerklichen Betrieben außerhalb des Warenhandwerks praktiziert werden, wenn sie etwa die Rechtsform einer GmbH annehmen. Dieser Weg hat gegenüber dem der Eintragung nach § 2 den Vorteil, daß der Status als (Voll-)Kaufmann einer Anzweiflung hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen nicht ausgesetzt ist.
- 14** c) Es wird nützlich sein, die Konsequenzen, die die Zulassung des Handwerks zur Kaufmannseigenschaft mit sich bringt, kurz zu umreißen: Handwerker-Vollkaufleute führen eine Firma, unterliegen bei Unternehmensübertragung den §§ 22 ff; sie sind auch handelsrechtlich (nicht nur steuerrechtlich) zur Buchführung und Bilanzierung verpflichtet, unterliegen dem Eintragungszwang (§§ 29, 31, 14; Ausnahme § 3 Abs. 3), können eine Prokura oder Handlungsvollmacht erteilen; ein von mehreren Handwerkern unter gemeinsamer Firma betriebener Großhandwerksbetrieb, der zu den Grundhandelsgeschäften gehört, ist eine Handelsgesellschaft (§§ 105 ff); der gemeinsame Betrieb eines dem § 2 unterliegenden großhandwerklichen Unternehmens wird zur Handelsgesellschaft mit der Eintragung nach §§ 2, 123 Abs. 2. Die Handwerkerkaufleute — alle, auch soweit sie minderkaufmännisch sind — unterliegen ferner den Vorschriften über die Handelsgeschäfte §§ 343 ff, dem Handelsbrauch (§ 346) und namentlich der Rügeobliegenheit des § 377; die zur Leistung kaufmännischer Dienste (Gegensatz: gewerbliche Tätigkeit, s. Erl. zu § 59) Angestellten sind Handlungsgehilfen, §§ 59 ff.
- 15** d) Die für Handwerker maßgebenden öffentlich-rechtlichen, insbesondere **gewerberechtlichen Verhältnisse** werden dadurch, daß Handwerker im handelsrechtlichen Sinne Kaufleute sein können, nicht berührt. Ihr gewerberechtlicher Status als Inhaber von Handwerksbetrieben ist geregelt in dem Bundesgesetz zur Ordnung des Handwerks — HandwO —; Fassg. lt. Bek. v. 28. 12. 1965 (BGBl. 1966 I, 2). Die Handwerksordnung übernimmt aus der Handwerksnovelle von 1929 die Einrichtung der Handwerksrolle, aus der 1. VO über den Vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks von 1934 die Einrichtung des Amtlichen Verzeichnisses der handwerklichen Gewerbebetriebe, die sog. Positivliste. Weder die Handwerksrolle noch die Positivliste haben jedoch zivilrechtliche Wirkung. Insbesondere ist die Eintragung in die Handwerksrolle unabhängig von der Eintragung der Handwerker als Kaufleute ins Handelsregister.
- 16** e) Wo immer der Handwerker registerpflichtig ist — sei es kraft Grundhandelsgerbes als Vollkaufmann, sei es als Sollkaufmann nach § 2 —, eröffnet die Eintragung in das Handelsregister ihm die **Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer**. Letztere bleibt jedoch freiwillig, § 2 Abs. III des Ges. zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern v. 18. 12. 1956 (BGBl. I, 920). Ggf. besteht also eine Doppelmitgliedschaft zur Handelskammer und zur Handwerkskammer; für diesen Fall regelt Art. 3 des Gesetzes über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern eine Aufteilung des Beitrags unter den Kammern (danach ist  $\frac{1}{4}$  [jetzt:  $\frac{1}{10}$  ]

des Handwerkskammerbeitrages an die Handelskammer abzuführen, wenn nicht die beteiligten Kammern eine andere Regelung vereinbaren). — Unberührt hiervon bleibt die Zuständigkeit der Industrie- und Handelskammern in Fragen, die die Allgemeinheit des kaufmännischen Berufswesens betreffen. Für die Eintragung von Handwerkern in das Handelsregister sind sie in jedem Falle neben den Handwerkskammern eingeschaltet; s. darüber § 126 n. F. FGG und § 8 Rdn. 11 ff. Da Handelsbräuche einen Bestandteil der Handelsrechtsordnung bilden (§ 346 HGB), muß deren Beurteilung im Interesse der Einheitlichkeit der Auffassung und der Beurteilungsmaßstäbe ausschließlich den Handelskammern verbleiben, auch soweit die Verbindlichkeit von Handelsbräuchen für kaufmannsstandschaftliche Handwerksbetriebe in Frage steht. Ferner verbleiben den Handelskammern auch in Ansehung der kaufmannsstandschaftlichen Handwerksbetriebe jene Bereiche, in denen sie sich schon bisher betätigt haben, so etwa: Stellungnahme zu Fragen des unlauteren Wettbewerbs; Begutachtung der Frage, ob eine Geschäftsbezeichnung oder eine Warenausstattung Verkehrsgeltung erlangt oder verloren hat; Betreuung des kaufmännischen Lehrlingsnachwuchses, welcher nunmehr auch im Geschäftsbetrieb kaufmännischer Großhandwerker ausgebildet werden kann. Vornehmlich zum Aufgabenbereich der Handelskammern gehören endlich die Fragen des kommerziellen Insolvenzrechtes (Konkurs, Vergleich, Vertragshilfe). Anträge auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens sind daher dem Konkursgericht gegenüber, unbeschadet § 14 VglO, auch von den Handelskammern zu begutachten.

#### 4. Öffentliches Recht und Kaufmannsstatus

Der Erste Abschnitt regelt schließlich in zwei Beziehungen das Verhältnis des **öffentlichen Rechts** zum Kaufmannsstatus: durch einen affirmativen Tatbestand in § 5 (a), und als eine abgrenzende Klarstellung in § 7 (b). 17

a) Es kann ein gewerbliches Unternehmen im Handelsregister, sei es als einzelkaufmännisches, sei es unter der Firma einer Handelsgesellschaft eingetragen sein, ohne daß die gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen gegeben waren oder (noch) gegeben sind. Das Register stimmt dann mit der Wirklichkeit nicht überein. Hier schafft § 5 einen **kaufmannsstandschaftlichen Auffangstatus**, einen Als-ob-Status kraft (bloßer) Eintragung. Das Register in seiner öffentlichrechtlichen Funktion wird zum konstitutiven Faktor in letzter Zuspitzung: auf die Unrichtigkeit der registerlichen Verlautbarung des Kaufmannsstatus, und zwar als eines Vollkaufmannsstatus, soll niemand (auch der zu Unrecht Eingetragene nicht) und dies selbst bei Kenntnis der Unrichtigkeit, sich berufen dürfen. Das Register hat damit eine jede Anzweiflung der Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen ausschließende Kennzeichnungskraft. Daraus ergibt sich aber zugleich und mittelbar eine eminente Bedeutung für die zivilprozessuale Praxis. Liegt eine Eintragung als Kaufmann vor, erübrigt sich — sofern die Parteien nicht über das Gegenteil, d. h. die Unrichtigkeit der Eintragung einig sind — jede Erörterung, ob die Vollkaufmannseigenschaft im konkreten Falle wirklich gegeben sei: sie ist kraft des § 5 als gegeben zu unterstellen, solange der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt und solange die Eintragung besteht.

b) In umgekehrter Richtung wird die Kaufmannseigenschaft gegen das öffentliche Recht durch § 7 abgeschirmt. Danach bleiben die für die Kaufleute gegebenen Vorschriften auch dann anwendbar, wenn die öffentlichrechtlichen Vorschriften über die **Befugnis zum Gewerbebetrieb** nicht eingehalten sind. Der handelsrechtliche Kaufmannsstatus ist von Gewerbehindernissen des öffentlichen Rechts unabhängig.

## II. Kaufmannsstatus im Gesamtbild der Privatrechtsordnung

### 1. Kaufmannsstatus und allgemeiner bürgerlicher Status

- 18** Zum bürgerlichen Status gehört im freiheitlichen Rechtsstaat die **Gewerbefreiheit**. Sie hat auch einen handelsrechtlichen Aspekt. Dieser kommt sinnfällig darin zum Ausdruck, daß das HGB mit einer Aussage beginnt, die in ihrem Fundamentalcharakter an diejenige des BGB in seinem Eingangsparagraphen anklingt. So wie es dort heißt, die Rechtsfähigkeit „des“ Menschen beginne mit der Vollendung seiner Geburt, so hier in § 1 Abs. 1: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

„Wer“: damit ist die Kaufmannsfähigkeit jedem ohne Ansehen der Person eröffnet, der die sachlichen Voraussetzungen des Betriebs eines Handelsgewerbes erfüllt. Das bedeutet:

- 19** a) Jede **natürliche Person** ist im Geltungsbereich des HGB (Einl. Rdn. 39 ff) fähig, Kaufmann zu sein. Für Frauen, ob verheiratet oder nicht („Handelsfrau“, „Kauffrau“) ist das längst unproblematisch. Eine Ehe legt in beiden Teilen gewisse ehe-interne Beschränkungen in der Gestaltung einer Erwerbstätigkeit auf (§ 1356 Abs. 2 BGB); Außenwirkungen auf handlungsgewerbliche Betätigung und Kaufmannseigenschaft hat das nicht. Ebenso wenig hindert es den Erwerb der Kaufmannseigenschaft, wenn die Ehefrau nach einem für sie etwa geltenden ausländischen Güterrecht in ihrer Verfügungs- und Verpflichtungsfähigkeit allgemein beschränkt ist (§ 11 a GewO). Der Ausländer, der Staatenlose kann im Inland im Rahmen der Gesetze beliebig als Selbständiger am Erwerbsleben teilnehmen und wird, wenn er die Voraussetzungen der §§ 1–4 erfüllt, Kaufmann. Darüber, ob ein im Ausland ansässiges kaufmännisches Unternehmen im Inland eine Zweigniederlassung errichten darf, bestimmt freilich das Fremdenrecht. Fremdenrechtliche Beschränkungen dieser Art bestehen zur Zeit nicht (sie wären für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft auch unerheblich, § 7); im EG-Bereich ist die Niederlassungsfreiheit bereits durch den EWG-Vertrag Art. 52 Abs. 1 abgesichert. — Auch Verfügungsbeschränkungen berühren nicht die Fähigkeit, Kaufmann zu sein. Der Gemeinschuldner kann während des Konkurses jederzeit ein neues Geschäft eröffnen oder als selbständiger Handelsvertreter, Handelsmäkler, Kommissionär einem Handelsgewerbe nachgehen, in solchen Sparten sogar eine frühere Tätigkeit fortzusetzen (nur nicht unter der alten Firma). Daß er daneben für seine in Konkurs geratene Firma Kaufmann geblieben ist, wird unter § 1, 31 zu erörtern sein. — Über geschäftsunfähige und geschäftsbeschränkte Kaufleute s. Rdn. 21.

- 20** **Juristische Personen**, wirksam errichtet, werden Kaufleute in erster Linie über die Formkaufmannsbestimmung des § 6, d. h. als Handelsgesellschaften (AG, KGaA, GmbH) oder als diesen gleichgestellte Vereinigungen (eG). Insofern besteht auch für sie „Gewerbefreiheit“. Die Niederlassungsfreiheit ist für ausländische juristische Personen allerdings durch den Genehmigungsvorbehalt in § 12 GewO beschränkt, ausgenommen auch hier für den EG-Bereich (Art. 58 des EWG-Vertrages, § 12 a GewO).

Daneben können auch **juristische Personen, die nicht als Handelsgesellschaften errichtet sind**, Kaufleute sein.

Davon geht, wenn nicht schon § 6 Abs. 2, so jedenfalls § 33 aus. Sie stehen alsdann auf der Ebene des Einzelkaufmanns (§ 13 b Abs. 1 ist auf ausländische Verhältnisse projiziert und insoweit nicht spezifisch). In erster Linie ist hier die öffentliche Hand zu nennen. § 36 stellt ihre kaufmännischen Unternehmungen vom Eintragungszwang frei. Juristische Personen des Privatrechts, die sich kaufmännisch betätigen wollen, ohne sich einer der Rechtsformen der Handelsgesellschaft zu bedienen, betrachtet der Gesetzgeber dagegen argwöhnisch und unterwirft sie schon für die Erlangung der

Rechtsfähigkeit dem Verleihungszwang. Allgemein gilt dieser (§ 80 BGB) bereits für **Stiftungen**, und damit auch für solche, die ein Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht in Einheitsorganisation von Stiftungs- und Unternehmensleitung betreiben. Sie sind im übrigen für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft in Ansehung des Unternehmens auf die Anforderungen der §§ 1–4 verwiesen (*Strickerodt NJW 1962 1484*: Unternehmensträgerstiftung; *Goerdeler ZHR 113 [1950] 149*: Einzelkaufmann, Firmenbildung, 150: Eintragung in Abt. A des Handelsregisters, Möglichkeit des Betriebes mehrerer Unternehmungen unter verschiedener Firma). Die Rechtsfähigkeit durch Verleihung erlangt auch der **Verein**, dessen Vereinszweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 22 BGB). Betreibt er ein Handelsgewerbe nach den §§ 1–4, so wird er dadurch zum Kaufmann. „Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ ist allerdings nicht gleichbedeutend mit Handelsgewerbe. Auch Zusammenschlüsse zu gegenseitiger wirtschaftlicher Selbsthilfe können dazu gehören. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, eine Unterart des Vereins nach § 22 BGB, ist für seine Organisation und seine Betätigung gesetzlich im VAG besonders geregelt. Auch er erlangt die Rechtsfähigkeit durch staatlichen Verleihungsakt (§ 15 VAG). Da er aber ungeachtet seines „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ mangels Gewinnerzielungsabsicht kein Gewerbe betreibt, ist es folgerichtig, daß das Gesetz ihm die Kaufmannseigenschaft ausdrücklich vorenthält, auch wenn es im übrigen die Vorschriften des HGB auf ihn Anwendung finden läßt (§ 16 VAG; näheres: § 6 Rdn. 23), übrigens unter Ausschluß der sog. kleinen Versicherungsvereine (§ 53 VAG). Würde ein nach § 21 BGB rechtsfähiger Idealverein seine Vereinstätigkeit satzungswidrig auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb richten, der die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes nach den §§ 1 ff erfüllt, so wird er dadurch zum Kaufmann (h. M.; Nachweisung bei *Sack ZGR 1974 183* Fußnote 15; neuerdings auch *K. Schmidt ZGR 1975 478* Leitsatz 1 gegen *Sack S. 183*, der die Kaufmannseigenschaft zu Unrecht mit dem Argument aberkennen will, daß der Verein keine Handelsgesellschaft sei). Zwar setzt er sich der Entziehung der Rechtsfähigkeit aus (§ 43 Abs. 2 BGB), doch bildet diese rein öffentlichrechtliche Sanktion nach § 7 kein Hindernis gegen die Kaufmannseigenschaft. Immerhin genießt er das vereinsrechtlich sog. Nebenzweckprivileg: er kann als Nebenzweck sich einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb angliedern — so nicht selten große Sportclubs, *Sack S. 179*; auch: *Heckelmann AcP 179 (1979) S. 1 ff* — und ist dann ggf. Kaufmann, ohne der Auflösung nach § 43 Abs. 2 BGB zu verfallen. — Der nichtrechtsfähige Verein, der, sich wirtschaftlich betätigend, ein Handelsgewerbe betreibt, kann dagegen als solcher nicht Kaufmann sein. Er ist, wenn ein vollkaufmännischer Unternehmensbetrieb vorliegt, unter dem Typenzwang des Handelsrechts notwendig oHG (BGHZ 22 240, 244; *K. Schmidt ZGR 1975 480* Leitsatz 3; *Sack ZGR 1974 183* und die dort zu Fußnote 13 nachgewiesene übrige h. M.). Die Gegenmeinung (*Sack S. 183* Fußnote 14), wonach auch dieser, der nichtrechtsfähige Verein, als solcher Kaufmann sei, muß — abgesehen von dem handelsgesellschaftsrechtlichen Typenzwang, aber auch abgesehen davon, wie immer man die Rechtsträgerschaft am Unternehmen und die Haftungsverhältnisse unter bürgerlichem Recht zu beurteilen hat — schon daran scheitern, daß unklar bleibt, wer nun eigentlich „der“ Kaufmann sein soll (die Mitglieder in ihrem fluktuierenden Bestand? das wäre mit dem Gebot der Rechtsklarheit für einen handelsrechtlichen und handelsgeschäftlichen Fundamentalbegriff wie den des Kaufmanns unvereinbar). Abzulehnen ist deshalb auch die Auffassung von *K. Schmidt ZGR 1975 485* Leitsatz 6, wonach in derartigen Fällen eine Kaufmannseigenschaft des nicht rechtsfähigen Vereins wenigstens dann anzuerkennen sei, wenn er den handelsgewerblichen Betrieb vergleichbar dem Nebenzweckprivileg des rechtsfähigen Idealvereins als Nebenzweck verfolge. Zu dem Problemkreis umfassend *K. Schmidt AcP 182 (1982) 1 ff.*

Über die Kaufmannseigenschaft von **Gesamthandsgemeinschaften** außerhalb der Handelsgesellschaften s. § 1 Rdn. 43 ff; über die Kaufmannseigenschaft von **Vor-Gesellschaften** (Vor-GmbH, Vor-AG) s. § 1, 28.

### b) Kaufmannsstatus und Geschäftsfähigkeit

#### Schrifttum

*Kunz* Der Minderjährige als Kaufmann ZBJR 1981 490

**21** Die Kaufmannseigenschaft, soweit sie an die natürliche Person anknüpft, ist **nicht an die Geschäftsfähigkeit gebunden**. Auch der Minderjährige: allgemein: der beschränkt Geschäftsfähige — auch der Geschäftsunfähige — kann Kaufmann sein, sofern er nur Inhaber des Handelsgeschäfts ist und dieses in seinem Namen betrieben wird. Der Verlust der vollen Geschäftsfähigkeit hat deshalb auch nicht den Verlust der Kaufmannseigenschaft zur Folge; der Inhaber könnte zwar nicht mehr allein rechtsgültig disponieren, im günstigsten Falle aber bliebe eine bestehende Prokura unberührt und damit der Weiterbetrieb des Unternehmens ermöglicht. Auch als ursprüngliche kann die Kaufmannseigenschaft von einem Minderjährigen jeder Altersstufe, einem sonst Geschäftsbeschränkten oder einem Geschäftsunfähigen erworben werden. Sie alle können ein Handelsgeschäft ererbt oder der gesetzliche Vertreter in ihrem Namen ein Handelsgeschäft eröffnet haben — das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1645, 1823 BGB ist nur Ordnungsvorschrift —: wenn ihnen das Handelsunternehmen „gehört“ und es in ihrem Namen betrieben wird, hängt die Kaufmannseigenschaft an ihrer Person, worauf insbesondere die Bildung der kaufmännischen Firma (§§ 18, 22) abzustellen hat. Die mit dem Kaufmannsstatus verbundenen Pflichten, so die Buchführungspflicht, die Prinzipalpflichten gegenüber dem kaufmännischen Personal, die Unternehmerpflichten gegenüber dem für das Handelsunternehmen tätigen Handelsvertreter obliegen dann dem **gesetzlichen Vertreter**. Sind gesetzliche Vertreter die Eltern, so wird das allerdings kaum anders als so zu handhaben sein, daß für die laufenden Geschäfte der eine Elternteil dem anderen die Generalmächtigung erteilt. Nur für das, was außerhalb des Bereichs der laufenden Geschäfte liegt, müßten beide Elternteile zusammenwirken: Erteilung einer Handlungsvollmacht, Abschluß eines Handelsvertretervertrages; namentlich aber für alle rechtsförmlichen Akte wie Anmeldungen zum Handelsregister, Unterzeichnung der Bilanz, Erteilung einer Prokura; letzteres schon deshalb, weil sie der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (darüber sogleich).

**22** Der gesetzliche Vertreter, der ein Handelsgeschäft für den Inhaber führt, bedarf der **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** zu einzelnen Geschäften, die der Betrieb mit sich bringt, namentlich zu Grundstücksgeschäften (§ 1821 BGB), gewissen Kreditgeschäften (§ 1822 Nr. 8, 9, 10 BGB), Prokuraerteilung und anderem (§ 1822 Nr. 11, 12, 13 BGB; RGZ 127 158), der Vormund zu mehr Geschäften als die Eltern (§ 1643 BGB). Für die in § 1822 Nr. 8, 9, 10 BGB genannten Kreditgeschäfte kann das Vormundschaftsgericht dem elterlichen Sorgerechtsinhaber oder dem Vormund eine allgemeine Ermächtigung im voraus erteilen (§ 1825 BGB). Dagegen kann es nicht für zulässig erachtet werden, wie bisweilen behauptet worden ist, daß ein vom Vormundschaftsgericht zu diesem Zweck bestellter Pfleger dem ordentlichen gesetzlichen Vertreter Prokura erteilt, das Vormundschaftsgericht die Erteilung nach § 1822 Nr. 11 BGB genehmigt und nunmehr der gesetzliche Vertreter die Befugnisse des Prokuristen hat, die ihn mit Ausnahme der Veräußerung und Belastung von Grundstücken von allen Genehmigungserfordernissen befreien würden (so allerdings *Staudinger/Engler*<sup>10/11</sup> § 1822, 131; *Düringer/Hachenburg* Allg. Einl. 102 a). Das widerspricht dem

Gesetz, das die Fälle des Genehmigungserfordernisses wohl erwogen und die Möglichkeit einer im voraus zu erteilenden Ermächtigung in § 1825 BGB eng begrenzt hat (vgl. dazu RGZ 85 421). Wenn der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Prokuristen bestellt, so hat dieser allerdings weitergehende Befugnisse als der gesetzliche Vertreter selbst (vgl. RGZ 106 185) — denn die Prokura ist unbeschränkbar —, aber er kann vom gesetzlichen Vertreter in einem Maße fortlaufend beaufsichtigt (auch die Prokura stets und unabdingbar widerrufen) werden, wie es bei einer Beaufsichtigung des gesetzlichen Vertreters durch das Vormundschaftsgericht nicht möglich ist.

Auch sind gewisse Akte, die den **Erwerb der Kaufmannseigenschaft** zu Folge haben, **23** wenn ein gesetzlicher Vertreter sie namens des von ihm Vertretenen vornimmt, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gültig. Dazu zählen: der Vertrag auf entgeltlichen Erwerb eines Handelsunternehmens und der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, der die Gründung einer oHG/KG oder die Beteiligung an einer solchen zum Gegenstande hat — auch als Kommanditist (BGHZ 17 160; über die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten s. § 1, 35 ff) —, alles dies nach §§ 1822 Nr. 3 (Vormund), 1643 BGB Abs. 1 (Eltern). Die letztgedachten Fälle des Erwerbs von Beteiligungen werfen in unserem Zusammenhang keine Probleme auf. Fehlt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, ist die Beteiligung nicht rechtswirksam zustande gekommen und eine mit der Gesellschafterstellung sonst verbundene Kaufmannseigenschaft nicht begründet worden. Auch eine Haftung als Scheingesellschafter, selbst wenn es zu einer Eintragung im Handelsregister gekommen sein sollte, würde nicht begründet (Anhang § 5, 45). Zur Frage, ob unter den übrigen Gesellschaftern eine vollgültige oder eine fehlerhafte Gesellschaft besteht und welche Grundsätze hierfür gelten, vgl. die Erläuterungen zu § 105.

Anders liegen die Probleme beim **entgeltlichen Erwerb eines Handelsunternehmens**. Soweit das Handelsgeschäft trotz fehlender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im Namen des Kindes oder Mündels weiterbetrieben wird, sind zwar die einzelnen Geschäfte rechtsgültig (OLG Breslau OLG 26 270 unter Hinweis auf die entsprechende Rechtslage bei **Neugründung** eines Erwerbsgeschäfts ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung). Dessenungeachtet bleibt jedoch die Übernahme des Erwerbsgeschäfts als solche bis zur Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht schwebend unwirksam; und deshalb wird wiederum eine Kaufmannseigenschaft des Kindes oder Mündels bis dahin nicht begründet, da sonst der vom Gesetz bezweckte Schutz vor den mit eben dieser Kaufmannseigenschaft verbundenen Gefahren wirkungslos bliebe. Daher hat auch der Registerrechtspfleger zur Eintragung des rechtsgültigen Übergangs den Nachweis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu verlangen. Kommt es gleichwohl zu einer Eintragung ins Handelsregister, so treten die Wirkungen des § 5 nicht ein (§ 5, 23). Auch die Grundsätze über den Scheinkaufmann (Anh. § 5, 45) finden keine Anwendung. Ein durch die etwaige Registereintragung irreführender Dritter ist auf Amtshaftungsansprüche gegen den Staat verwiesen.

Alles bisher Gesagte gilt nicht, wenn ein Minderjähriger mit **Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters** nach § 112 BGB ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt. **24** Auch diese Bestimmung hat infolge der Vorverlegung des Mündigkeitsalters auf 18 Jahre vieles von ihrer früheren Bedeutung (wenn sie sie je hatte) eingebüßt und dürfte im wesentlichen nur noch in minderkaufmännischen Betätigungsformen praktisch werden. Der so ermächtigte Minderjährige — das Gleiche gilt für den übrigen geschäftsbeschränkten Personenkreis — ist dann hinsichtlich der von ihm vorgenommenen Betriebsakte voll geschäfts- und damit als Kaufmann selbst aktionsfähig. Gültig

vornehmen kann er jedoch nur diejenigen Rechtsgeschäfte, die der Betrieb des von der Ermächtigung umfaßten Handelsgewerbes (gewöhnlich) mit sich bringt. Überschreitet er im Einzelfalle diesen Rahmen, so wird der redliche Verkehr nicht geschützt. An dieser, sich bereits aus allgemeinem bürgerlichen Recht ergebenden Rechtsfolgen ändern weder § 5 — er trifft diesen Fall ohnehin nicht —, noch die Regeln über den Scheinkaufmann etwas. Außer es läge Arglist vor, die den Minderjährigen nach den §§ 826, 823 Abs. 2 (§ 263 StGB), 828, 829 BGB zum Schadensersatz verpflichten würde.

- 25** c) **Kaufmannsstatus und ehelicher Güterstand.** Die vieldiskutierten Probleme, welchen Einfluß im **gesetzlichen Güterstand** die Genehmigungsvorbehalte der §§ 1365 ff BGB auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften haben können, die den Erwerb eines Handelsgeschäfts oder einer gesellschafterlichen Beteiligung zum Gegenstand haben, falls als Gegenleistung hierfür das ganze Vermögen des im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten eingesetzt wird — darüber siehe an dieser Stelle die Voraufgabe Vorbem. 11 ff — sollen hier nicht mehr vertieft werden. Sie sind Materie des bürgerlichen Rechts. Soweit die Genehmigung des anderen Ehegatten erforderlich gewesen wäre, aber nicht eingeholt worden ist, hat das im übrigen auf die Kaufmannseigenschaft dessen, der mit der Hingabe seines ganzen Vermögens das Handelsunternehmen erworben hat und betreibt oder Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft geworden ist, keinen Einfluß. Das gleiche gilt für den Fall, daß ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte sein ganzes Vermögen in sukzessiven Akten drangibt, um ein neues Handelsgeschäft aufzuziehen, und er es daraufhin auch betreibt. Er ist Kaufmann, bis die von dem übergangenen Ehegatten einzuleitenden Sanktionen ihn zwingen, das Geschehene rückgängig zu machen und den Betrieb einzustellen.
- 26** **Gütergemeinschaft:** Sie spielt in Handelskreisen ohnehin kaum eine Rolle. Immerhin kann ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte im Erbgang einen Gesellschaftsanteil an einer oHG/KG erwerben. Dieser fällt dann kraft Gesetzes in sein Sondergut (§§ 1417 Abs. 1, 717 S. 1 BGB, 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Für eine mit dem Gesellschaftsanteil verbundene Kaufmannseigenschaft bleibt das ohne Belang. Ebenso ist der in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte Kaufmann für ein Handelsgeschäft, das zu seinem Vorbehaltsgut gehört, weil er es von Todes wegen oder durch Schenkung mit der ausdrücklichen Bestimmung als Vorbehaltsgut erworben hat, oder weil es durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut erklärt worden ist. Wegen eines zum Gesamtgut gehörenden Handelsgeschäfts, das der eine von beiden Ehegatten eingebracht hat, s. zunächst § 1, 46 ff betreffend den Fall des gemeinsamen Betriebs durch beide Ehegatten. Der einzig wirklich praktische Fall wird indessen so liegen, daß ein solches, zum Gesamtgut gehörige Handelsgeschäft (es unterfällt dem Oberbegriff „Erwerbsgeschäft“ in der Terminologie des BGB) von einem der Ehegatten selbständig betrieben wird. Der selbständige Betrieb kann ihm einverständlich überlassen worden sein; er kann auch gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten erfolgen (vgl. §§ 1431, 1456 BGB). Im einen wie im anderen Falle ist der Betreibende Kaufmann. Ein Widerspruch des anderen Ehegatten gegen den eigenmächtig selbständigen Betrieb ändert daran nichts, selbst wenn er im Güterrechtsregister eingetragen wäre. Erst recht ist der Betreibende Kaufmann, wenn er als der dazu durch Ehevertrag bestimmte das Gesamtgut allein verwaltet (§§ 1422 ff BGB) und daraufhin das zum Gesamtgut gehörende Handelsgeschäft nach außen hin selbständig führt (BayOblG BB 1978 423).
- 27** Die ehevertragliche Bestimmung eines Handelsgeschäfts zum Vorbehaltsgut und der Widerspruch (gleichstehend: der Widerruf einer früher erteilten Einwilligung) gegen den einseitig-selbständigen Betrieb des zum Gesamtgut gehörenden Handelsgeschäfts, der vom anderen Ehegatten ausgeht, können immerhin Wirkungen auch

gegenüber Dritten haben, müssten dazu allerdings im **Güterrechtsregister** eingetragen sein (§§ 1418, 1431 Abs. 3, 1456 Abs. 3, 1412 BGB). Insbesondere kann die Zugehörigkeit eines Handelsgeschäfts zum Vorbehaltsgut Bedeutung gewinnen für die Frage, ob das Gesamtgut für die Geschäftsverbindlichkeiten haftet (§§ 1439, 1440, 1461, 1462 BGB). Ebenso ist die Haftbarkeit des Gesamtguts beschränkt, auch bereits jede Verfügung über gesamtgut-gebundenes Geschäftsvermögen unwirksam, wenn der eine Ehegatte das zum Gesamtgut gehörende Handelsgeschäft gegen den verlautbarten Widerspruch des anderen betreibt (§§ 1431, 1438, 1456, 1460 BGB): schon dadurch würde der Betrieb des Unternehmens binnen kurzem praktisch blockiert. Nun erfolgen die Eintragungen im Güterrechtsregister nach bürgerlichem Recht (§ 1558 BGB) bei demjenigen Gericht, in dessen Bezirk der Ehemann seinen Wohnsitz hat. Wird das Handelsgeschäft im Bezirk eines anderen Registergerichts betrieben, so besteht ein Bedürfnis des Handelsverkehrs nach erweiterter registerlicher Kundmachung auch am Ort der Handelsniederlassung. Denn den maßgebenden güterrechtlichen Tatsachen ist das Handelsregister nicht geöffnet. Diesem Bedürfnis trägt Art. 4 EGHGB Rechnung, der lautet:

„Die nach dem bürgerlichen Rechte mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemanns zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisses nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. Bei mehreren Niederlassungen genügt die Eintragung in das Register des Ortes der Hauptniederlassung.“

Wird die Niederlassung verlegt, so finden die Vorschriften des § 1559 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

## 2. Kaufmannsstatus und internationales Privatrecht

a) **Das Problemfeld.** Das HGB und sein Einführungsgesetz enthalten **keine Kollisionsnormen für das materielle Handelsrecht.** Für die Handelsgeschäfte könnten sie sich erübrigen; solche mit Auslandsberührung erhalten ihr kollisionsrechtliches Statut nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts, wie sie für die entsprechenden schuldrechtlichen Typen des allgemeinen bürgerlichen Rechts unter Ergänzung durch die international-privatrechtlichen Regeln über Geschäftsfähigkeit (Art. 7 EGBGB), Form des Rechtsgeschäfts (Art. 11 EGBGB) und Stellvertretung entwickelt worden sind. Für die sachenrechtlichen Normen im Recht der Handelsgeschäfte (§§ 366 ff) ist das allgemeine Sachenrechtsstatut, gleich dem schuldvertraglichen, im EGBGB nicht geregelt und durch Lehre und Rechtsprechung herausgebildet. Die einzige Kollisionsnorm, die sich im HGB an versteckter Stelle findet, die des § 13 b Abs. 3, betrifft das registerliche Verfahrensrecht (Rdn. 36).

Was dagegen speziell handelsrechtlich ist und hier **kollisionsrechtliche Bedeutung** gewinnen kann, ist der **Kaufmannsstatus**. Er interessiert sowohl (vgl. Rdn. 1) in seinen primären Statuswirkungen — Begründung des Status, ggf. in unterschiedlicher Ausprägung, Firma, Pflicht zur kaufmännischen Buchführung, Recht zur Bestellung kaufmännischer Stellvertreter, Prinzipaleigenschaft gegenüber dem kaufmännischen Personal — wie auch für die sekundären, die die Anwendung von Sonderrecht auf bestimmte, unter Beteiligung von Partnern mit Kaufmannsstatus eingegangene Rechtsverhältnisse — im deutschen Recht Handelsgeschäfte genannt — steuern. Rechtsordnungen, die, so die französische, den vom Kaufmannsstatus der Beteiligten losgelösten Begriff des sogenannten absoluten Handelsgeschäfts kennen (und soweit sie es ken-

nen), scheiden deshalb insoweit für die folgenden Betrachtungen aus. Diese Erscheinungsformen bedingen kein zum Schuldstatut hinzutretendes, kaufmannsstandschaftliches Kollisionsrecht.

Die **primären Statuswirkungen** sind zum guten Teil öffentlichrechtlicher Art. Schon deshalb, aber auch aus anderen, methodischen Gründen, wird im Nachstehenden zwischen ihnen und den **sekundären** zu scheiden sein. Beide Problembereiche haben indes **eine Schwierigkeit gemeinsam**, die es an die Spitze zu stellen gilt und die bei aller Einzelbetrachtung gegenwärtig sein muß. Nicht alle Rechtsordnungen kennen einen gesetzlich als solchen definierten, vom allgemeinen Status der Person abgehobenen Kaufmannsstatus. Italien hat ihn beispielsweise seit 1942 abgeschafft. Auch gibt es nicht in allen Rechtsordnungen eine dem deutschen Handelsregister vergleichbare Einrichtung. Hier können im Bereich der sekundären Statuswirkungen und namentlich dann, wenn das Schuldstatut das deutsche ist, kollisionsrechtliche Regelungslücken auftreten. Sie werden in Rdn. 43 ff behandelt.

- 30** b) **Anknüpfung für die primären Statusinhalte** ist international-privatrechtlich der **Ort der kaufmännischen Niederlassung**. Das dort geltende Recht ist für den Kaufmann sein „kaufmännisches Personalstatut“ (ebenso: *Frankenstein* IPR II (1929) 408/409; *Düringer/Hachenburg* Allg. Einleitung Rdn. 16; *Gierke/Sandrock* § 5 A I 2, S. 16). Für die öffentlichrechtlichen Implikationen wie Firma (als Teil des — auch öffentlichen — Namensrechts) und Buchführungspflicht folgt das schon aus dem Grundsatz, daß nur die öffentliche Rechtsordnung des Landes, welches diese Pflichten ihren Gebietsansässigen auferlegt, über ihren Inhalt entscheidet (*Frankenstein* S. 408), sodaß wir diese Rechtsordnung, sofern sie eine fremde ist, als Ausfluß fremder Souveränität völkerrechtlich respektieren. Die bürgerlichrechtliche Grundlegung jenes kaufmännischen Personalstatuts ist zwar im EGBGB mitenthalten. Sie verklammert sich mit der öffentlichrechtlichen aber schon dadurch, daß die kaufmännische Betätigungsfreiheit nach deutscher Auffassung ein Stück des Persönlichkeitsrechts ist und dieses sich dort und unter derjenigen Rechtsordnung verwirklicht, wohin die Niederlassung gelegt wird. Insofern mag man mit *Gierke/Sandrock* von einer Maßgeblichkeit des „Gründungs- oder Organisationsstatuts“ sprechen. Nur darf man aus der *Sandrock'schen* Formulierung nicht den Schluß ziehen, es stehe dem das Handelsgeschäft Betreibenden offen, sein Unternehmen an einem bestimmten Ort zu errichten und gleichwohl das Organisationsstatut frei zu wählen, d. h. zu bestimmen, unter welcher Rechtsordnung er sein Unternehmen gegründet wissen wolle — es sei denn, das Recht am Ort der Niederlassung habe ihm solches gestattet. Dem deutschen Recht ist es jedenfalls fremd. Ein Ausländer, der im Inland ein Handelsunternehmen eröffnet, untersteht für dieses in seinen organisationsrechtlichen Grundlagen selbstverständlich deutschem Recht. Denn daß er das überhaupt darf (und unbeschränkt darf), ist Wirkung und Vergünstigung des hiesigen Fremdenrechts: als deren Konsequenz ergibt sich, daß die deutsche Rechtsordnung das so gegründete Unternehmen voll erfaßt, weil sie alle Unternehmen erfassen will, die in ihrem Hoheitsgebiet betrieben werden. Der betreffende Ausländer ist also Kaufmann, wenn er die Voraussetzungen der §§ 1—4 erfüllt. Er hat, minderkaufmännische Betätigung ausgenommen, seine Firma nach den §§ 18 ff zu bilden und ist für sie registerpflichtig. Er hat Bücher nach den Vorschriften der §§ 38 ff zu führen und kann Prokura und Handlungsvollmacht nach den §§ 48 ff erteilen. Sein Heimatrecht (s. auch Art. 7 Abs. 3 EGBGB) ist dafür allemal ohne Belang. Etwaigen Erschwerungen bei der Bildung der Firma, wenn der ausländische Einzelkaufmann nach seinem Heimatrecht keinen vom Familiennamen gesonderten Vornamen führt (Exoten), sollte flexibel Rechnung getragen werden können.

Dementsprechend untersteht derjenige, der ein **Handelsunternehmen mit Sitz im Ausland** betreibt, aus deutscher Sicht den dortigen Rechtsvorschriften. Seine Staatsangehörigkeit ist darauf ohne Einfluß. Seine Kaufmannseigenschaft beurteilt sich für die davon abhängigen, im Inland zur Beurteilung stehenden organisationsrechtlichen Grundlagen seines Unternehmens nach dem Recht des Ortes seiner Niederlassung, sofern und soweit dieses überhaupt einen selbständig ausgeformten Kaufmannsbegriff kennt. Seine Firma hat er nach dortigen Rechtsgrundsätzen zu bilden (und wird für sie gemäß Art. 8 der Pariser Verbandsübereinkunft [PVÜ] vom 20. 3. 1883 [jetzige — Stockholmer — Fassung BGBl. 1970 II, 391 ff, 1073] in allen Vertragsstaaten ohne Verpflichtung zur Hinterlegung oder Eintragung geschützt); Einzelheiten: Anh. § 37. Daß er sie im Inland nicht mit Zusätzen verwenden darf, die, mögen sie auch nach dem ausländischen Firmenrecht nicht zu beanstanden sein, hier als zur Täuschung i. S. von § 18 Abs. 2 geeignet erscheinen, kann sich aus der *ordre-public*-Klausel des Art. 30 EGBGB ergeben (KGJ 42 160). Seine Bücher sind nach den Grundsätzen des Sitzlandes zu führen. In einem vor inländischen Gerichten schwebenden Prozeß sind sie auch nur in dieser Form, ggf. nach Maßgabe von Vorbehalten des ausländischen materiellen Rechts, vorzulegen. Schließlich: Die Möglichkeit der Erteilung einer besonderen, namentlich einer standardisierten kaufmännischen Vollmacht richtet sich gleichfalls nach dem Recht des Sitzlandes. Dieses bestimmt, unter welchen Formen solche besonderen Stellvertreter rechtsgültig bestellt werden. Es wird insoweit das gleiche zu gelten haben wie für die Maßgeblichkeit des allgemeinen Personalstatuts in der Frage, welcher Grad von Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers für die wirksame Erteilung einer Vollmacht entscheidend sei (*v. Caemmerer* RabelsZ 24 215). — Ein hiervon zu trennendes und an dieser Stelle nicht zu vertiefendes Problem bleibt es, welche Wirkungen die Bevollmächtigung entfaltet, wenn von ihr in einem Drittland Gebrauch gemacht wird. Siehe hierzu hinsichtlich der kaufmännischen Zweigniederlassung außerhalb des Landes des Hauptsitzes Rdn. 35, und im übrigen *Gierke/Sandrock* S. 68 sowie *v. Caemmerer* aaO S. 209 ff.

b) Bezog das bisher Gesagte sich auf den Einzelkaufmann, so ist das **Personalstatut der Handelsgesellschaften** als Bezugspunkt ihrer Kaufmannseigenschaft schon in der Frage der Anknüpfung umstritten. Es stehen sich die Sitztheorie und die Theorie des Gründungsstatuts gegenüber. Nach der Sitztheorie ist Personalstatut das Recht des Staates, in welchem der Verwaltungssitz der Gesellschaft sich befindet. Dieses Statut ist damit wandelbar, wenn der Verwaltungssitz in ein anderes Land verlegt wird. Die Theorie des Gründungsstatuts, vertreten besonders im angelsächsischen Rechtskreis, aber auch bei uns im Vordringen begriffen, sieht dagegen als Personalstatut der Handelsgesellschaft dasjenige Recht an, unter dem die Handelsgesellschaft gegründet worden ist und seither lebt, wo immer sich ihr Sitz befindet; ein solches Statut wird daher durch Sitzverlegung in ein anderes Land nicht berührt. Die ständige Rechtsprechung und ein Teil der Lehre sprechen sich für die Sitztheorie aus; dafür etwa *Staudinger/Großfeld*<sup>12</sup> Internationales Gesellschaftsrecht Rdn. 18 ff, 29 ff, 61; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I § 14 II 1 a cc, S. 782 ff, 785; a. A. (Gründungstheorie) *Beitzke* Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts (1972) S. 94, 112 ff, *Hachenburg/Behrens* GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 74 ff, 87 (alle mit weiteren Nachweisungen).

Der Streit braucht für die **Kaufmannseigenschaft** der Gesellschaften nicht entschieden zu werden. Sie ist ein Attribut der Gesellschaft, deren Rechtsfähigkeit (Teilrechtsfähigkeit) feststehen muß, damit die Rechtsordnung ihr den hinzukommenden Status als Kaufmann verleiht, so, wie das für das deutsche Recht etwa in § 3 AktG und § 13

Abs. 3 GmbHG geschehen ist. Das ist deshalb keine Frage, die auf der Ebene des Gründungsrechts und der Fortexistenz der Gesellschaft unter diesem ihrem Gründungsrecht angesiedelt wäre. Es ist eine Frage der Zuständigkeit der Rechtsordnung zur Zuerkennung dieser besonderen handelsrechtlichen Eigenschaft, die das Konstituiert-sein der Gesellschaft voraussetzt. Diese Zuständigkeit aber liegt in jedem Falle bei derjenigen Rechtsordnung, welche die Betätigung der Gesellschaft an ihrem Verwaltungssitz erfaßt und regelt. Für die Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschaft ist deshalb die Niederlassung, hier: der Verwaltungssitz der Gesellschaft, der maßgebende Anknüpfungspunkt. Gewicht erlangen kann das u. a. dort, wo, wie im deutschen Recht, die Kaufmannseigenschaft einer AG oder einer GmbH unabhängig vom Betrieb eines Handelsgewerbes auf Grund der reinen Rechtsform gegeben ist.

- 34 c) Weitere Fragen ergeben sich, wenn ein Unternehmen mit Sitz im Ausland eine **inländische Zweigniederlassung** errichtet (und umgekehrt).

Daß die Zweigniederlassung in ihrer eigenen Verfaßtheit dem Recht des Staates untersteht, in dem sie errichtet worden ist, folgt aus den zu Rdn. 29 entwickelten Grundsätzen. Für die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens geht insbesondere § 13 b hiervon aus. Für sie sind Bücher nach deutschem Recht zu führen. Für sie kann eine auf ihren Geschäftsbereich beschränkte Prokura (§ 50 Abs. 3) und eine Handlungsvollmacht deutschen Rechts erteilt werden. Die Firma der Zweigniederlassung macht freilich eine Ausnahme. Da die Zweigniederlassung — wenn sie eine solche ist (das wiederum richtet sich nach deutschem Recht) — einen Teil des im Ausland residierenden Unternehmens bildet, hat sie an dessen Identität Anteil und muß daher dessen Namen als Firma führen; allenfalls kann (nach § 13 b Abs. 2, Halbs. 2) und muß (nach § 30 Abs. 3) ein auf die Eigenschaft als Zweigniederlassung hindeutender Zusatz angefügt werden. Die Firma der Hauptniederlassung ist jedoch unter ausländischem Recht gebildet. An sie können keine weitergehenden Anforderungen deutschen Rechts gestellt werden. Wegen der Einzelheiten des § 13 b vgl. Erl. dazu; wegen der Verwendung ausländischer Firmen im Inland s. auch § 19, 78 ff.

- 35 Eines Rückgriffs auf die Frage, ob der die inländische Zweigniederlassung errichtende, im **Ausland mit seiner Hauptniederlassung ansässige Unternehmer dort Kaufmannseigenschaft** hat, bedarf es nicht. § 13 b Abs. 1 scheint es zwar auf „[den] Einzelkaufmann oder [die] Handelsgesellschaft“ mit Sitz im Ausland abzustellen. Anscheinend ist jedoch bei Schaffung der Vorschrift im Jahre 1937 das internationalrechtliche Problem nicht gesehen worden (Amtliche Begründung DJust 1937 1302; RAnz 1937 Nr. 28 S. 2; Lenz DJust 1937 1308). Denn es kann ja durchaus sein, daß das Recht des Domizilortes den (Einzel-)Kaufmannsbegriff, den Begriff der Handelsgesellschaft nicht kennt oder Wirtschaftsunternehmungen die Kaufmannseigenschaft nach anderen Maßstäben als denen des deutschen Rechts zuspricht oder abspricht. Darauf kann es nicht ankommen (so auch KGJ 13 A 50). Wegen der Einordnung ausländischer Gesellschaftstypen vgl. § 13 b, 6. Für die Fähigkeit, eine Zweigniederlassung zu errichten, ist entscheidend, daß das ausländische Unternehmen so strukturiert ist, um aus sich heraus eine Zweigniederlassung ausgliedern zu können, die nach hiesigen Grundsätzen, für sich betrachtet, Kaufmannsqualität haben kann. Alsdann ist oder wird der ausländische Unternehmer in Ansehung seiner hiesigen Zweigniederlassung Kaufmann, wenn er für sie die Voraussetzungen der §§ 1—3 erfüllt, und in dem Maße (§§ 2, 3, 4!), wie er sie erfüllt. Die Firmenbildung für die Zweigniederlassung (Rdn. 34) muß, wenn der ausländische Unternehmer nach dem Recht seiner Hauptniederlassung keine als kaufmännisch qualifizierte Firma führt, unter Verwendung seiner Unternehmensbezeichnung

gebildet werden. Es handelt sich insoweit um das Problem der Normenlücke und ihrer Harmonisierung (Rdn. 43 ff).

Aus der in Rdn. 34 hervorgehobenen Teilhabe der Zweigniederlassung an der Identität der Hauptniederlassung folgt im übrigen, daß eine vom Unternehmer der Hauptniederlassung erteilte, nach dem dortigen Recht als kaufmännisch besonders ausgestaltete **Vertretungsmacht**, sei sie bezeichnet wie immer, auch für die Zweigniederlassung gilt und für diese ggf. mit einer nach § 50 Abs. 3 unter deutschem Recht erteilten Sonderprokura konkurriert. Für eine solche ausländische Vertretungsmacht und ihren Gebrauch gilt dann das zu Rdn. 31 Gesagte. — Aktuell wird die Identität im übrigen in Aktivprozessen der inländischen Zweigniederlassung, da alsdann das Unternehmen selbst klagt (BGHZ 4 62, 65) und mit seinen gesetzlichen Vertretern aufgeführt sein muß (vgl. noch § 13 b, 16).

Für das Verfahren auf **Registereintragung von inländischen Zweigniederlassungen** **36** ausländischer Unternehmen machen § 13 b Abs. 3 HGB und § 44 Abs. 5 AktG denn auch folgerichtig den Vorbehalt der Vorrangigkeit des ausländischen Rechts, soweit dieses Abweichungen vom deutschen Registerrecht erforderlich werden läßt. Das betrifft vornehmlich Anmeldungen und Zeichnungen, die von der Hauptniederlassung und ihrem Inhaber auszugehen haben. Im einzelnen ist hierzu auf die Erläuterungen bei § 13 b, 17 ff zu verweisen.

d) Eigentliche Schwierigkeiten ergeben sich erst bei der Anknüpfung für die **Sekundärwirkungen des Kaufmannsstatus** (Begriff: Rdn. 29). **37**

Das Rechtsverhältnis, innerhalb dessen die Kaufmannseigenschaft rechtserheblich werden kann, hat seine eigenen schuldrechtlichen oder (in Ansehung der §§ 366 ff) sachenrechtlichen Anknüpfungsmomente. Es hat sie so, wie sie im internationalen Privatrecht für das allgemeine bürgerliche Recht unabhängig von der Kaufmannseigenschaft der Beteiligten entwickelt worden sind. Das danach ermittelte Schulstatut oder das sachenrechtliche Statut können nun verschieden sein von dem Personalstatut eines an dem Rechtsverhältnis Beteiligten, dessen etwaige Kaufmannseigenschaft in den Sachnormen des maßgebenden Schuld- bzw. sachenrechtlichen Statuts die Anwendung besonderer handelsrechtlicher Rechtssätze eben dieses Sachstatuts — der *lex causae* — fordern würde. Alsdann entsteht die Frage des **Vorrangs**: Ist die Kaufmannseigenschaft nur Inzidentpunkt des kollisionsrechtlich einzuordnenden Rechtsverhältnisses und daher aus dessen Sachstatut heraus zu entscheiden — unselbständige Anknüpfung? —. Oder aber ist sie aus dem je eigenen Personalstatut der Beteiligten, einschließlich des etwaigen kaufmännischen, unabhängig von dem Sachstatut des konkreten Rechtsverhältnisses zu beurteilen, d. h. selbständig anzuknüpfen?

Das Problem ist streitig. Es haben sich bisher geäußert: *Düringer/Hachenburg* Allg. **38** Einleitung Rdn. 16 sub cc) zugunsten der **selbständigen Anknüpfung**, *Neubaus* Grundbegriffe des IPR<sup>2</sup> (1976) S. 346, *v. Bar* in *Ehrenberg* Hdb. I S. 330 und *BGB-RGRK-Wengler*<sup>12</sup> Internationales Privatrecht Bd. I S. 292 mit Fn. 48 hierzu (Bd. II S. 856) zugunsten der **unselbständigen Anknüpfung**. Bettet man die Frage ein in das allgemeine Problem: selbständige oder unselbständige Anknüpfung von Elementen des Sachnormtatbestandes, so ergibt sich ein vergleichbarer Meinungsstreit, wenschon eine als herrschend betrachtete Meinung der selbständigen Anknüpfung zuneigt (Nachweis bei *Raape/Sturm* IPR I [1977] S. 289).

Auf den Kern des Problems zurückgeführt wird es darauf ankommen, ob die Kaufmannseigenschaft eine bloße „Teilfrage“, also reiner Inzidentpunkt des Sachnormtatbestandes, oder aber **echte Vorfrage** ist. Vorfrage ist sie dann, wenn sie ein selbständi-

ges Rechtsverhältnis zum Gegenstande hat (*Raape/Sturm* wie vor). Das aber wird man für den Kaufmannsstatus bejahen müssen. Er ist deshalb nach dem Personalstatut der Beteiligten je **selbständig anzuknüpfen**, ehe an die Frage der dadurch gesteuerten Anwendung handelsrechtlicher Sondernormen im Sachstatut herangegangen werden kann.

**40** Dafür sollte nicht nur der Nutzen der sogenannten **Entscheidungsharmonie** sprechen. Man kann die Kaufmannseigenschaft sowohl für ihre primären wie für die sekundären Statusgehalte kollisionsrechtlich stets einheitlich anknüpfen und ist nicht gezwungen, u. U. die Anknüpfung für ein und dieselbe Rechtsbeziehung „Kaufmann“ zu wechseln. Auch Gründe der **Praktikabilität** sprechen für die selbständige Anknüpfung. Das zeigen die notwendig unvollkommen bleibenden Versuche derjenigen Autoren, die sich — ohne freilich das Anknüpfungsproblem als solches anzusprechen — für den Bereich des § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG zur Frage des für den „Kaufmann“ maßgebenden Statuts geäußert haben — *Jayme ZHR 142 (1978) 115 Fn. 57 a*, und *Schlechtriem FS Duden 1977 S. 580* — und die dort, unter der Voraussetzung der Anwendung der deutschen Sachnorm des AGBG, die unselbständige Anknüpfung empfehlen. Danach soll die Kaufmannseigenschaft des im Ausland ansässigen Geschäftspartners, dem gegenüber der deutsche Vertragsteil seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet, nach den Maßstäben des deutschen Rechts zu beurteilen sein. Für das Grundhandelsgewerbe deutscher Prägung mag das noch möglich sein. Für andere als Grundhandelsgewerbe will *Schlechtriem* die Verlautbarung in einer dem deutschen Handelsregister funktional vergleichbaren Einrichtung entscheidend sein lassen (*Jayme* äußert sich insoweit nicht). Besteht eine solche Einrichtung nicht, soll nach *Schlechtriem* nichts übrig bleiben, als die Kaufmannseigenschaft zu verneinen. Das ist schwer vereinbar mit der inzwischen Gemeingut gewordenen Erkenntnis, daß für die materielle Kaufmannseigenschaft auch im deutschen Recht die sachlichen Maßstäbe des § 2 längst die Leitnorm geworden sind, und um so weniger wäre es zu vereinbaren mit einer Feststellung, daß der, dem gegenüber die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden, nach seinem ausländischen Heimatrecht selbst ohne Eintragung in einem Register, das es dort nicht gibt, Kaufmannseigenschaft hat. Wie will man nach deutschen Kriterien vollends denjenigen qualifizieren, der nach deutschen Rechtsregeln Kann-Kaufmann werden könnte, der aber nach dem Recht seiner gewerblichen Niederlassung gar keine Wahl hat, ob er Kaufmann werden will oder nicht? Nicht ohne Willkür scheint die Annahme von *Jayme*, der im gleichen Zusammenhang die unselbständige Anknüpfung auch für § 8 AbzG empfiehlt und dort, wo das Recht am Ort der Niederlassung des Abzahlungskäufers keine dem deutschen Handelsregister vergleichbare Einrichtung kennt, die bloße Eintragungsfähigkeit — übrigens nur für das Grundhandelsgewerbe; mit welchem Recht die Eintragungsfähigkeit nach den §§ 2, 3 außer Betracht bleiben soll, wird nicht ersichtlich — genügen lassen will.

**41** Man wird nach allem, wenn im Sachstatut des konkreten Rechtsverhältnisses das Problem der Anwendung handelsrechtlicher Sondernormen sich stellt und deren Anwendung durch die Kaufmannseigenschaft eines oder beider an dem Rechtsverhältnis Beteiligten bedingt wird, die danach vorgreifliche Frage der Kaufmannsqualität unabhängig vom Sachstatut des Rechtsverhältnisses aus dem kaufmännischen Personalstatut, d. h. dem Recht am Ort der gewerblichen Niederlassung eben dieser Beteiligten zu beurteilen haben. Hätte zum Beispiel eine namhafte ausländische Konzertagentur, die einen Künstler für eine Tournee im Inland vermittelt hat, dem deutschen Tourneemanagement eine Vertragsstrafe zur Sicherung der Engagementsverpflichtung des Künstlers versprochen und hätten die Parteien diese Vereinbarung deutschem Recht

unterstellt, so kann die ausländische Konzertagentur vor deutschen Gerichten keine Herabsetzung der Vertragsstrafe (§ 348) verlangen, sofern sie nach dem Recht ihres Sitzlandes Kaufmannseigenschaft hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einer dort etwa bestehenden, dem deutschen Handelsregister vergleichbaren Einrichtung eingetragen worden ist und ob die Eintragung, falls erfolgt, dort nur deklaratorische Wirkung äußert. Im übrigen versteht sich, daß auch die Relevanz der Kaufmannseigenschaft, soweit sie bloß eine Vorfrage bildet und nicht zwingendes Recht der *lex causae* entgegensteht, der **Parteiautonomie** unterliegt. Die Vertragsparteien können frei festsetzen, nicht nur, welcher Rechtsordnung sie ihre Beziehungen unterstellen wollen, sondern auch, daß für deren Anwendung die Kaufmannseigenschaft des einen oder beider von ihnen sich nach eben dieser (oder einer anderen) Rechtsordnung bestimmen solle.

Abschließend sei noch bemerkt, daß die hier vertretene Lösung des Anknüpfungsproblems nicht ohne weiteres übertragbar ist, wo in **anderen Gesetzen der Kaufmannsbegriff** verwendet wird (Rdn. 47 ff). Wo nicht die Verdrängung einer privatrechtlich allgemeinen Sachnorm durch eine handelsrechtliche in Rede steht, mag die Anknüpfungproblematik flexibel angegangen werden können. Darin ist *Jayme* (Rdn. 40) Recht zu geben. § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB z. B. verkürzt die Verjährung für Ansprüche von „Kaufleuten, Fabrikanten, Handwerkern, Kunstgewerbetreibenden“. Unabhängig davon, wie die kaufmannsstandschaftliche Frage hier in Fällen ohne Auslandsberührung zu entscheiden ist (Rdn. 48), wird man es für den ausländischen Auftragnehmer, sei er Kaufmann nach seinem Heimatrecht oder nicht, mit der Einordnung in den von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB verwendeten, funktional verstandenen Formenkreis des Produzierens und Verteilens von Waren, des Ausführens von Arbeiten und des Besorgens fremder Geschäfte bewenden lassen dürfen. Andere Probleme werfen § 8 AbzG und § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG auf. Für beide wurde, soweit sie auf den Kaufmann abstellen, gesetzgeberischer Leitgedanke die geringere Schutzbedürftigkeit des im Geschäftsleben Stehenden. Da er aus einer dem Kaufmann, und zwar hier als gesetzlichem Typus, unterstellten größeren Geschäftsgewandtheit begründet wird, läßt diese sich wiederum nur beurteilen und bejahen aus der Sicht der Rechtsordnung des Landes, wo und von wo aus der Vertragspartner sich geschäftlich betätigt. Das aber legt die selbständige Anknüpfung nahe (a. M. für § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG<sup>3</sup> § 24, 15 unter Zitierung von *Jayme* und *Schlechtriem* — oben Rdn. 40 —). Für § 8 AbzG entsteht bei selbständiger Anknüpfung, die auch in den Kommentaren zum AbzG von *Ostler/Weidner*<sup>6</sup> (§ 8, 13) und *Klauß* (Rdn. 526) befürwortet wird, das Sonderproblem der Eintragung im Handelsregister. Im Gegensatz zu *Schlechtriem* (Rdn. 40) wird man die Frage nicht damit abschneiden können, daß eine Eintragung in einem dem deutschen Handelsregister funktional entsprechenden Kundmachungsorgan zwar genügen müsse, bei Fehlen eines solchen die Anwendung des § 8 AbzG jedoch auszuschließen habe. Im letzteren Falle darf der im Ausland mit seinem Handelsunternehmen residierende, nach seinem Heimatrecht als Kaufmann rite ausgewiesene Unternehmer nicht dadurch aus dem Anwendungsbereich des § 8 AbzG — Geltung des deutschen Sachrechts im übrigen vorausgesetzt — „herausfallen“, daß er nicht in einem „Handelsregister“ eingetragen ist (so auch *Ostler/Weidner*<sup>6</sup> und *Klauß* aaO). Er darf nicht besser gestellt sein als der deutsche Kaufmann, der sich unter dem hiesigen Recht hat eintragen lassen müssen. Es muß deshalb, in international-privatrechtlicher Angleichung (Rdn. 43 ff), das Erfordernis der Eintragung in einem Handelsregister in Fortfall kommen und bei der Kaufmannseigenschaft ausländischen Rechts sein Bewenden behalten, soweit nicht der Betreffende die charakteristischen Merkmale eines Minderkaufmannes deutschen Rechts aufweist. — Die Anwendung des Kaufmannsbegriffs in Verfahrens-

gesetzen (Rdn. 54 ff) und im Strafrecht (Rdn. 57) wird, wie schon für § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB, in Fällen mit Auslandsberührung erneut zu einer funktionalen Betrachtungsweise zwingen. Vgl. für die Prorogationsabrede nach § 38 Abs. 1 ZPO etwa *Katholnigg BB 1974 395*, der für die unselbständige Anknüpfung und Kaufmannsqualifikation des ausländischen Partners nach den Maßstäben des deutschen Rechts eintritt.

- 43** Wie aber ist zu entscheiden, wenn das deutsche Recht für die Sachnorm berufen ist, es danach auf Kaufmannseigenschaft ankommt und das für die Kaufmannseigenschaft in selbständiger Anknüpfung berufene ausländische Recht der Niederlassung oder des Verwaltungssitzes des beteiligten Unternehmens dieses nicht als Kaufmann einstuft, weil es einen vom bürgerlichen Recht abgehobenen Sondertypus „Kaufmann“ im (handels-)rechtlichen Sinne nicht kennt (und auch die Parteien keine Abrede für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft getroffen haben)? Dann entsteht das im internationalen Privatrecht so benannte Problem der Angleichung (*Normenlückenproblem*). In der Diskussion hierüber werden unterschiedliche Lösungen vorgeschlagen. Die Harmonisierung der auseinanderfallenden Rechtsordnungen kann durch Anpassung der Kollisionsnormen des einheimischen Rechts oder aber durch Anpassung auf dem Felde der Sachnormen erfolgen (vgl. *Soergel/Siebert/Kege*<sup>10</sup> Vor Art. 7 EGBGB, 71 ff).
- 44** Vorzuziehen sein dürfte hier eine Reduktion der das ausländische Personalstatut insituierenden Kollisionsnorm dahin, daß in solchen Fällen die **Kaufmannseigenschaft** sich nach deutschem Recht oder doch jedenfalls in sinngemäßer **Anwendung der Maßstäbe des deutschen Rechts** bestimmt. Hat das im Ausland residierende Unternehmen ein Grundhandelsgewerbe i. S. des § 1 Abs. 2 zum Gegenstande, ist der das Unternehmen Betreibende für die Anwendung der deutschen Sachnorm als Kaufmann, ggf. als Minderkaufmann anzusehen. Betätigt es sich in einem Gewerbegebiet, der hier die Einordnung als Sollkaufmann oder als Kann-Kaufmann rechtfertigen würde, so können in die Lücke treten die Grundsätze über das Auftreten als (Voll-)Kaufmann, wenn eine Eintragung im Handelsregister nicht vorliegt, aber das Auftreten unter einer kaufmännisch gestalteten Firma geschieht (Anhang § 5, 20 ff). Es muß genügen, daß der Rechtsverkehr, der die Einzelheiten des ausländischen Rechts ja nicht kennen kann, darauf vertrauen darf, ein solches Unternehmen werde an seinem ausländischen Sitz als Kaufmann „registriert“, jedenfalls als Kaufmann anerkannt sein.
- 45** Schritte man auf der gleichen Linie fort, müßte man die ausländische juristische Person, die als AG, als GmbH oder in einer diesen beiden gleichwertigen Rechtsform konstituiert ist, für die kollisionsrechtlich berufene inländische Sachnorm auch dann als Kaufmann (Formkaufmann) ansehen, wenn sie — in einem Staat mit einer Rechtsordnung ohne handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff residierend und deshalb dort auch nicht als Kaufmann klassifiziert — einen nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zum Gegenstande hat. Doch wird man so weit nicht gehen dürfen. Das Zusammentreffen von Formkaufmannsqualität einer AG oder GmbH mit der Öffnung dieser Gesellschaftsform für Unternehmen ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihrer Betätigung ist eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts (vgl. *Hallstein Die Aktienrechte der Gegenwart* [1931] 73 ff), deren Überspitzung für die kollisionsrechtliche Betrachtung besser auf den allgemeinen Typus des Idealvereins zurückgeführt zu werden verdient. Dieser aber ist als solcher nicht Kaufmann. Hier kommt der Gesichtspunkt des sachgerechten Interessenausgleichs zum Tragen, der als Alternativlösung in der Angleichungsproblematik, als **Angleichung der Sachnormen**, seinen Ort hat.
- 46** Was im Vorstehenden über die Normenlücke im Verhältnis zwischen deutschem Sachstatut und fehlendem ausländischem kaufmännischen Personalstatut gesagt ist, gilt

entsprechend, wenn **zwei ausländische Rechte** in gleichem Zusammentreffen eine ähnliche Regelungslücke aufweisen und das ausländische Sachstatut durch ein deutsches Gericht anzuwenden ist.

### III. Kaufmannsbegriff in anderen Gesetzen

#### Schrifttum

*Kornblum* Der Kaufmann in der Gerichtsstandsnovelle ZHR 138 (1974) 478; *Schlechtriem* Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen FS Duden (1977) S. 571

**Vorbemerkung:** Der Terminus „Kaufmann“ wird in Gesetzen außerhalb des HGB **47** und seiner Nebengesetze (wo er per definitionem gilt, weil sie auf dem handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff aufbauen; Einl. Rdn. 11) wiederholt verwendet. Davon, daß er dort mit seinem **handelsrechtlichen Begriffsgehalt übernommen** worden ist, wird man auszugehen haben. Gegen eine unspezifische Verwendung spricht die im allgemeinen sorgfältige Differenzierung, mit der der deutsche Gesetzgeber die Kennzeichnungen „Unternehmer“, „Gewerbetreibender“ gebraucht, wo er den Kaufmann des HGB nicht gemeint wissen will. Da, wo er ihn nennt, geschieht das freilich in auffällig unkoordinierter Art und Weise: teils als eingetragenen Kaufmann, teils als Kaufmann unter Ausschluß des Minderkaufmanns, teils als Kaufmann mit dem Vorbehalt der handelsgewerblichen Qualifizierung des konkreten Rechtsverhältnisses. Hieraus ergeben sich mancherlei Bruchstellen und Zweifelsfragen.

#### 1. Im Privatrechtsbereich

Auf privatrechtlichem Felde gilt das für § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 8 AbzG und die §§ 13 Abs. 3, 24 S. 1 Nr. 1 AGBG. Eine mittelbare Bezugnahme auf den Kaufmann scheint § 16 UWG zu enthalten, indem dort der verwechslungsfähige Gebrauch einer „Firma“ im geschäftlichen Verkehr genannt wird.

**a) § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB** unterwirft der kurzen zweijährigen Verjährungsfrist die **48** Ansprüche „der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker und derjenigen, die ein Kunstgewerbe betreiben“, aus Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte unter Ausschluß der für den Gewerbebetrieb des Schuldners bestimmten Leistungen. Davon, daß mit der Rubrik „Kaufleute“ auf den Kaufmannsbegriff des HGB Bezug genommen sei, gehen KG OLGE 22 164 und BGH NJW 1961 453, 455 als selbstverständlich aus. In der ersteren Entscheidung wird sogar — was daraus allein für die bürgerlichrechtlichen Verjährungsregelung noch nicht notwendig folgen würde — vom „Kaufmann“ auf die Anwendbarkeit der §§ 343, 344 HGB (Maklergeschäft eines Warenhandwerkers) geschlossen; ebenso neuerdings OLG Braunschweig NdsRpfl. 1974 319. Der Übertragung des handelsrechtlichen Begriffs wird man zustimmen können. Daß Fabrikanten und Handwerker besonders genannt sind, sollte nicht entgegenstehen. Denn weder Fabrikanten (Ziegelhersteller, gemeindliches Elektrizitätswerk als Stromerzeuger, BGH aaO) noch Handwerker (reine Lohnhandwerker) brauchen Kaufleute zu sein. Da Minderkaufleute hier ohnehin nicht ausgeschlossen und andererseits zahlreiche sonstige Gewerbetreibende durch den weitgespannten Katalog des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfaßt sind, dürfte die Bestimmung des § 5 HGB in diesem Zusammenhang keine größere Bedeutung gewinnen. Streitig ist nur, ob auch der eigentliche Scheinkaufmann (Anhang zu § 5) mit seinen Ansprüchen der verkürzten Verjährung des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB unterfällt. Das RG hatte das verneint (RGZ 89 163 und 129 401, 403). Ihm folgen heute noch RGRK-*Johannsen*<sup>12</sup>

§ 196, 14 und MünchKomm.-v. *Feldmann* § 196, 2. Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum des bürgerlichen Rechts ist jedoch bejahend (*Staudinger/Coing*<sup>11</sup> 3; *Soergel/Siebert/Augustin*<sup>11</sup> 7; *Erman/Hefermehl*<sup>6</sup> 3; *Enneccerus/Nipperdey*<sup>15</sup> II S. 1408 Fn. 9; jetzt auch *Palandt*<sup>41</sup> 4 a); so auch hier schon die Voraufgabe (Anhang § 5 Anm. 6 sub 3, c cc). An diesem Standpunkt wird festgehalten. Die Entscheidung RGZ 89 163 — die spätere in RGZ 129 403 nimmt auf sie lediglich Bezug — hatte noch mit der Erwägung gearbeitet, es liege keine (rechtsgeschäftliche) Erklärung vor, die einen Vertrauensschutz des daraufhin der Kaufmannseigenschaft vertrauenden Partners des Lieferverhältnisses rechtfertige. Doch zum einen war schon das nicht ganz überzeugend: die Verjährungsabrede kann auch durch rechtsgeschäftliche Abrede verkürzt werden, § 225 BGB; möglicherweise hätte sich mit einer stillschweigend vereinbarten Unterstellung des Lieferverhältnisses unter die verkürzte Verjährung wie bei Kaufleuten arbeiten lassen. Zum anderen datiert die Entscheidung RGZ 89 163 aus dem Jahre 1916, als die Lehre vom Scheinkaufmann noch in der Entwicklung begriffen war. Heute wird der Vertrauensschutz nicht mehr auf Erklärungsgehalte beschränkt, sondern aus dem zurechenbar erweckten Rechtsschein hergeleitet (Anhang § 5, 8, 14 ff) mit allen dem Geschäftspartner kraft Handelsrechts daraus zukommenden Vergünstigungen, von denen dieser als ihm zustehend ausgehen durfte.

Auf anderem Felde liegt, daß die Typologie des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB: „Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker, Kunstgewerbetreibende“ als ganzes betrachtet nicht so konturenscharf ist, als daß man ihre Anwendung auf juristisch vorgeprägte Figuren einengen dürfte. Das hat der BGH in BGHZ 39 255, 259 entschieden. Es ging um ein führendes Bauunternehmen mit zahlreichen Arbeitsstellen an Großbauten, das sich der Eintragung nach § 2 bisher entzogen hatte. Kaufmann im Sinne des HGB war der Unternehmer deshalb nicht; er war aber auch weder „Handwerker“ noch „Fabrikant“. Der BGH wendet dessen ungeachtet die kurze Verjährung des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen den Unternehmer an, da die Verjährungsverkürzung nicht wegen der Person des Betriebsinhabers, sondern wegen der Art der in seinem Betrieb ausgeführten Geschäfte eingeführt worden sei; hier aber seien die Leistungen als solche im wesentlichen „handwerksmäßig“ bewirkt worden. § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB müsse in sinngemäßer Auslegung durchgreifen (S. 260 aaO). Wenn die Vorschrift daher an ihren Rändern eine **Ausweitung von ihrem Zweck her** zuläßt, wird man sie im Lichte der Entscheidung des BGH auch auf Unternehmungen anwenden können, deren Gegenstand etwa der Warenumsatz ist, aber ohne daß das gewerbsmäßig geschieht, und denen deshalb die Kaufmannseigenschaft versagt ist (nichteingetragene Genossenschaft, Vereine wirtschaftlicher Selbsthilfe, Rdn. 20).

- 49 b) § 8 AbzG spricht von dem Empfänger der auf Abzahlung gekauften Ware, der „als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist“. Die Formulierung ist nicht eindeutig.

Muß der, der in § 8 AbzG angesprochen ist, wirklich Kaufmann — Vollkaufmann? Minderkaufmann? — sein und eine Eintragung im Handelsregister lediglich hinzukommen? Oder genügt es, daß er „als Kaufmann“ im Handelsregister figuriert, ohne es in Wahrheit zu sein? Geht man davon aus, daß auch § 8 AbzG den Kaufmannsbegriff des HGB übernimmt, so kann zunächst § 5 eingreifen. In dem Maße, wie hiernach die Eintragung im Handelsregister dem Eingetragenen die Verteidigung, er sei nur Minderkaufmann oder betreibe ein Gewerbe außerhalb des Handelsgewerbes, versperret, entzieht sie ihm auch den Schutz des Abzahlungsgesetzes, indem sie ihn in den Personenkreis der § 8 einreicht. So wie er sich, als Kaufmann im Handelsregister eingetragen, für die Anwendung handelsrechtlicher Regeln als Kaufmann behandeln lassen muß, so

in gleicher Weise für die Anwendung des § 8 AbzG; ein Grund für sachliche Differenzierung wäre nicht ersichtlich. Es gilt, wie überall im Bereich des § 5, selbst dann, wenn der Vertragspartner den registerwidrigen Sachverhalt kennt (§ 5, 19). — § 8 AbzG kehrt sich aber nicht zuletzt auch gegen denjenigen, der, ohne Kaufmann zu sein, durch Erwirken oder zurechenbares Bestehenlassen seiner wie immer zustande gekommenen Eintragung im Handelsregister den Rechtsschein erweckt, Kaufmann zu sein. Tritt er dementsprechend im Geschäftsverkehr auf und kauft Waren auf Abzahlung, so muß er sich, wenn sich sein Lieferant im Vertrauen auf den Scheintatbestand darauf eingelassen hat, dem vermeintlichen Kaufmann Ware auf Abzahlungsbasis zu überlassen, die Verschärfung der Rechtsposition aus § 8 AbzG entgegenhalten lassen. Das folgt aus den Grundsätzen der Scheinkaufmannslehre (Anhang § 5, 19 ff; wie hier: *Ostler/Weidner* AbzG<sup>6</sup> 10; *Klauß* Abzahlungsgeschäfte Rdn. 522; *A. Hueck* ArchBürgR 43 457). Er ist „als Kaufmann im Handelsregister eingetragen“ — das Gesetz formuliert nicht: „... wenn der Empfänger der Ware Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches und als solcher im Handelsregister eingetragen ist“. Erst recht entbehrt er des Schutzes des AbzG gegenüber einem Abzahlungsverkäufer, der sich auf eine Eintragung mit der Wirkung des § 15 Abs. 1 — das Gewerbe war bereits aufgegeben, der Inhaber als Kaufmann aber noch nicht gelöscht; s. a. Rdn. 50 — oder auf eine fälschliche Eintragung mit hinzukommender Bekanntmachung nach § 15 Abs. 3 berufen kann, insofern der durch diese Bestimmungen gegebene Vertrauensschutz im Zeitpunkt des Abschlusses der Abzahlungsabrede begründet war.

§ 8 AbzG setzt seinem Wortlaut nach **nicht voraus**, daß der konkrete Abzahlungs- **50**  
kauf für den als Kaufmann im Handelsregister eingetragenen Käufer **zum Betrieb seines Handelsgewerbes** gehöre. Es kann sich also auch um einen zur Privatsphäre des Käufers gehöriges Geschäft handeln (*Ostler/Weidner*<sup>6</sup> 4). Die Versagung des gesetzlichen Schutzes knüpft an die Kaufmannseigenschaft, ggf. die unterstellte Kaufmannseigenschaft als solche an. Der Kaufmann erscheint als nicht schutzbedürftig auch für seinen privaten Bereich. Das ist immerhin bemerkenswert: das Recht des HGB kennt nichts Vergleichbares. Die Herausnahme des (Voll-)Kaufmanns aus dem Geltungsbereich von Schutzvorschriften für den präsumtiv rechtsungewandten Privatmann (§§ 343, 766, 780 BGB) ist in den §§ 343, 348, 350 HGB ausdrücklich nur für seine geschäftliche — nicht auch für seine Privatsphäre — ausgesprochen.

Fraglich könnte noch sein, ob der „Eintragung im Handelsregister“ die Eintragung **51**  
einer rechtsfähigen Genossenschaft im **Genossenschaftsregister** gleichsteht. Man wird das wohl bejahen müssen. Das Genossenschaftsregister ist der Sache nach eine Ausgliederung aus dem Handelsregister Abt. B. Die Ausgliederung ist entstehungsgeschichtlich begründet. Auch gilt die eingetragene Genossenschaft jetzt praktisch schrankenlos als Kaufmann; der letzte Vorbehalt kraft § 17 GenG ist, nachdem seit der Novelle von 1973 die Genossenschaft auch Prokura erteilen kann, gegenstandslos geworden. Aus der Bestimmung des § 53 BörsG über Börsentermingeschäfte:

„Das Geschäft ist verbindlich, wenn auf beiden Seiten als Vertragsschließende Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind ... oder eingetragene Genossenschaften beteiligt sind“

sollte sich gegen das hier vertretene Ergebnis kein Gegenschluß herleiten lassen. Die Differenzierung beruht darauf, daß Genossenschaften, immerhin erst über eine Fiktion (§ 1, 9) und selbst ursprünglich noch nicht im vollen Maße mit der Kaufmannseigenschaft ausgestattet, jedenfalls nicht per se als börsenterminfähig angesehen wurden.

c) Weniger Probleme bietet das **AGBG in den §§ 13 Abs. 3, 24 S. 1 Nr. 1**. Die Apo- **52**  
strophierung des „Kaufmanns“ stellt für die Vorenthaltung des Individualschutzes

(§ 24 S. 1 Nr. 1) und des Schutzes durch Verbandsklage (§ 13 Abs. 3) nicht auf die Eintragung im Handelsregister ab. Dafür übernimmt das Gesetz die Terminologie des § 343 HGB („wenn der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgeschäfts gehört“) und mit dieser sachlichen Einschränkung auch die Vermutungsregel des § 344. Für die im voraus gegebene Empfehlung zur Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen „unter Kaufleuten“ (§ 13 Abs. 3, 2. Alt.) entfällt die Einschränkung naturgemäß. Im AGBG wird der Kaufmannsbegriff am undifferenziertesten eingeführt. Daß es auch den Minderkaufmann erfaßt, ist unbezweifelt, so auffällig ein solcher Rigorismus in einem modernen Gesetz und im Angesicht seiner Intentionen auch erscheinen mag. — Die Hineinnahme des Scheinkaufmanns (wohl jeder Spielart) in den Anwendungsbereich der Vorschrift wird mit *Schlechtriem* S. 512 und den Kommentaren zum AGBG von *Ulmer/Brandner/Hensen*<sup>3</sup> 15 und *Löwe/v. Westphalen/Trinkner* 8 — je zu § 24 — zu bejahen sein.

- 53 d) § 16 UWG („Firma“). Die Vorschrift verwendet den Begriff „Firma“ im ungebrochenen Sinne des HGB. Geschäftsbezeichnungen von anderen als firmenführenden Unternehmen werden durch die in Parallele zur „Firma“ gesetzte Nomenklatur „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts“ abgedeckt. Ob hinter dem Gebrauch der Firma ein kaufmännisches Unternehmen steht oder nicht, ob es im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, ob die Firma für sich betrachtet den Anforderungen der §§ 18, 19 HGB entspricht oder nicht, spielt ebensowenig eine Rolle wie für § 37 HGB.

## 2. Im bürgerlichen Verfahrensrecht

- 54 a) Die Bestimmungen der ZPO wenden sich, in verschiedener Ausgestaltung, vornehmlich an den Vollkaufmann (§§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1, 1027 Abs. 2). Der Begriff wird an allen diesen Stellen im materiellen Sinne des HGB gebraucht, ohne daß es auf die Eintragung im Bereich des § 1 irgend ankäme (*Reinelt* NJW 1974 2311 für die Prorogationsabrede). Im übrigen fällt sowohl der als Kaufmann auf Grund Eintragung fingierte hierunter (§ 5, 24); aber auch der Scheinkaufmann, da die Wirkung jener prozessualen Bestimmungen auf rechtsgeschäftliche Abreden zurückgeht, auf die sich jedenfalls der dem Rechtsschein vertrauende Partner im Prozeß berufen kann (Anhang § 5, 48). Für die Ausdehnung auf den Personenkreis des § 5 auch *Stein/Jonas/Leipold*<sup>21</sup> § 38, 4; *Raisch* FS Ballerstedt S. 447; wichtig ist das insbesondere im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten, da alsdann der Nachweis seiner Kaufmannseigenschaft für die behauptete Prorogationsabrede durch einfache Vorlage des Handelsregisterauszugs geführt werden kann (*Vollkommer* Rpfl. 1974 131).
- 55 § 1027 ZPO bringt die bereits aus § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG bekannte Einschränkung auf die Zugehörigkeit der Abrede — hier: der Schiedsklausel unter den für Vollkaufleute zugelassenen Formenerleichterungen — zum Betrieb des Handelsgeschäfts i. S. des § 343 HGB. Gerade diese Technik, mit der § 1027 ZPO arbeitet, erspart für seinen Bereich den erneuten Zweifel, der angesichts der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO auftaucht: gilt die Zulässigkeit der Vereinbarung über Erfüllungsort und Gerichtsstand, „wenn die Vertragsparteien Kaufleute sind, die nicht zu den in § 4 des Handelsgesetzbuches bezeichneten Gewerbetreibenden gehören“, auch für den privaten Bereich? Die Auffassungen sind geteilt. Die h. M. gibt dem Wortlaut des Gesetzes den Vorzug und will den § 38 Abs. 1 nicht auf die kaufmännische Sphäre des Prorogierenden beschränkt wissen. So: *Rosenberg/Schwab*<sup>13</sup> § 37 I 2 S. 185; *Stein/Jonas/Leipold*<sup>21</sup> 9; *Zöller*<sup>13</sup> II 1 b; *Baumbach/Lauterbach*<sup>40</sup> 3 A a; *Thomas/Putzo*<sup>11</sup> 2 a aa — sämtlich zu § 38 —, *Löwe* NJW 1974 475; *Scholz* BB 1974 570; *Schultz* MDR 1974 546; *Kornblum* ZHR 138 (1974) 482; *Vollkommer* Rpfl. 1974 131; a. M. *Diederichsen* BB 1974 379;

Raiser FS Ballerstedt S. 448. Die h. M. hat neben dem Gesetzestext die Entstehungsgeschichte (BT-Dr. 7/268 S. 6; BT-Dr. 7/1384 — Bericht des Rechtsausschusses — S. 3) für sich, *Diederichsen* die damals noch mißlichen Folgen für die Aufnahme der Prorogationsklausel in Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zu deren Aufspaltung zwingen je nach dem, ob sie gegenüber Kaufleuten oder gegenüber Nichtkaufleuten Verwendung finden sollten. Es ist nicht zufällig, daß die gegen *Diederichsen* vorgebrachte Polemik, besonders diejenige von *Scholz*, aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des AGBG herrührt. Nachdem das AGBG in § 24 S. 1 Nr. 1 die sachgerechtere Einschränkung auf die geschäftliche Sphäre verfügt hat, wirkt die Diskrepanz zu den nicht, auch nicht nachträglich damit abgestimmten §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO vollends unerfreulich.

b) § 109 GVG bedient sich für die Befähigung zum Handelsrichteramt der gleichen Formulierung wie § 8 AbzG. Die zu Rdn. 49 erörterten Zweifelsfragen dürften hier jedoch wegen des vorgeschalteten Vorschlagsrechts der Industrie- und Handelskammer (§ 108 GVG) kaum akut werden. — Die Zuständigkeitsvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG definiert für ihren Anwendungsbereich den Kaufmann am klarsten als den „im Sinne des Handelsgesetzbuches“. Im gleichen Sinne wird er daher auch in § 97 Abs. 2 S. 2 und in § 98 Abs. 1 S. 2 GVG verwendet. Damit ist abermals der Personenkreis des § 5 eingeschlossen (§ 5, 25), nicht jedoch der Scheinkaufmann außerhalb des § 5, da dieser Zuständigkeitsnorm keine rechtsgeschäftliche Abrede zugrundeliegt und das Prozeßgesetz als das insoweit zwingend öffentlichrechtliche die scheinkaufmännischen Grundsätze verdrängt (Anhang § 5, 48). 56

### 3. In den Bankrottbestimmungen des Strafrechts

Das StGB knüpft in den Bankrottbestimmungen verschiedentlich an den Kaufmannsbegriff an. Teils geschieht das durch ausdrückliche Zitierung in Verbindung mit der Pflicht zur Aufbewahrung handelsgeschäftlichen Schriftguts (§ 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB), teils indirekt durch Verweisung auf die Bilanzierungspflicht „nach Handelsrecht“ (§§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283 b Abs. 1 Nr. 3), oder auf die Pflicht zur Führung von „Handelsbüchern“ (§§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 283 b Abs. 1 Nr. 1, 2). Gemeint ist also durchweg der **Vollkaufmann**, und zwar im **materiellen Sinne des HGB**, allerdings unter Ausdehnung auf den Personenkreis des § 47 b. Der bloße Eintragungsstatus des § 5, die gegen die wahre Rechtslage eintretende Publizitätswirkung des § 15, das Auftreten als (bloßer) Scheinkaufmann bleiben, da sie nur für den privaten Rechtsverkehr gelten, außer Betracht (§ 5, 24; Anhang § 5, 49; § 15, 13; so jetzt auch *Schönke/Schröder*<sup>21</sup> § 283 StGB Rdn. 29; kritisch unter rechtspolitischen Aspekten *K. Schmidt* JuS 1977 212). 57

### 4. Im Gewerberecht

§ 15 a Abs. 2 GewO bestimmt, daß „Kaufleute, die eine Firma führen“, zur Kennzeichnung ihrer Betriebsstätte (offenes Ladengeschäft, Gaststätte) außer dem Namen des Inhabers ihre Firma anzubringen haben, wobei es bei der Anbringung der Firma bewenden darf, wenn aus ihr der Familienname des Inhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen ist. Gemeint sind hiernach **Vollkaufleute**; auf die Eintragung der Firma im Handelsregister dürfte es nicht ankommen. Der Personenkreis des § 5 ist einbegriffen, aber nicht der Scheinkaufmann im Sinne des Anhangs zu § 5, da das öffentliche Gewerberecht für ihn die seinem wahren Status gerecht werdende Kennzeichnungspflicht des § 15 a Abs. 1 GewO bereit hält. 58

5. Im Steuerrecht

59 Das Steuerrecht verwendet zwar den Kaufmannsbegriff als solchen nicht (statt dessen den des „Unternehmers“ und des „Gewerbetreibenden“). Wohl aber arbeitet es mit **Erscheinungsformen des Kaufmanns**: Formkaufleuten in allen Spielarten (EStG § 15, GewStG § 2 Abs. 1 u. ö.) oder Einzelausprägungen des Kaufmannsbegriffs wie Kommissionär, [Kommittent], Kommissionsgeschäft (UStG § 3 Abs. 3). Daß alle diese Kategorien solche des HGB sind, versteht sich von selbst.

§ 1

(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbooks ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

(2) Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern das Gewerbe nicht handwerksmäßig betrieben wird;
3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handelsvertreter oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern das Gewerbe nicht handwerksmäßig betrieben wird.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Die Grunddefinition des Absatz 1</b>		c) Beginn und Ende der Kaufmannseigenschaft . . . . .	28
1. Kaufmann als Rechtsbegriff . . . . .	1	d) „zweistufiges“ Betreiben: Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter einer oHG/KG . . . . .	32
2. „im Sinne dieses Gesetzbooks“ . . . . .	3	6. Sonderfälle des Betriebens durch eine Gesamthand bürgerlichen Rechts	
3. „ist“ . . . . .	4	a) Allgemeines und Gemeinsames . . . . .	37
4. „Handelsgewerbe“ als Gewerbe		b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	45
a) Gewerbe als übergeordneter Rechtsbegriff . . . . .	5	c) Eheliche Gütergemeinschaft . . . . .	47
b) Selbständigkeit . . . . .	6	d) Erbengemeinschaft . . . . .	49
c) Planmäßigkeit, Dauer . . . . .	7	<b>II. Der Katalog der Grundhandelsgeschäfte (Abs. 2)</b>	
d) Äußere Erkennbarkeit . . . . .	8	1. Allgemeines . . . . .	56
e) Gewinnerzielungsabsicht . . . . .	9	2. Nr. 1: Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren	
f) Rechtsgültigkeit der getätigten Geschäfte . . . . .	17		
g) Nicht: die freien Berufe . . . . .	18		
h) Nicht: Abwesenheit von staatshoheitlichem Zwang . . . . .	19		
5. „betreibt“			
a) Wesentlich: in wessen Namen . . . . .	20		
b) Gegenständlicher Umfang der Kaufmannseigenschaft . . . . .	24		

a) Anschaffung . . . . .	57	b) Geldwechslergeschäfte . . . . .	90
b) Weiterveräußerung . . . . .	59	6. Nr. 5: Beförderungsgeschäfte	
c) Innerer Zusammenhang von Anschaffung und Weiterveräu- ßerung . . . . .	60	a) Beförderung von Gütern und Reisenden zur See . . . . .	91
d) „Bewegliche“ Sachen als Waren	61	b) Frachtführer . . . . .	92
e) Bearbeitung oder Verarbeitung .	66	c) Anstaltsmäßige Personenbeför- derung zu Lande, auf Binnenge- wässern und im Luftverkehr . .	93
f) Wertpapiere . . . . .	67	d) Schleppschiffahrtsunternehmer .	97
3. Nr. 2: Bearbeitung oder Verarbei- tung von Waren für andere, sofern nicht handwerksmäßig		7. Nr. 6: Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter . . . . .	98
a) Ausgrenzender Charakter der Vorschrift . . . . .	68	8. Nr. 7: Handelsvertreter, Handels- mäkler . . . . .	99
b) Bearbeitung, Verarbeitung . . . .	69	9. Nr. 8: Verlagsgeschäfte; sonstige Geschäfte des Buch- und Kunst- handels	
c) Gegenstand: Waren . . . . .	70	a) Verlagsgeschäfte . . . . .	101
d) „für andere“ . . . . .	71	b) sonstiger Buch- und Kunsthan- del . . . . .	103
e) „nicht handwerksmäßig“ . . . . .	72	10. Nr. 9: Nicht handwerksmäßig betriebene Druckereien	
f) Mischformen mit der Gruppe des § 1 Abs. 2 Nr. 1 . . . . .	82	a) Gegenstand des Unternehmens .	104
4. Nr. 3: Übernahme von Versicherun- gen gegen Prämie . . . . .	83	b) „nicht handwerksmäßig“ . . . .	105
5. Nr. 4: Bankier- und Geldwechsler- geschäfte			
a) Bankiergeschäfte . . . . .	86		

## I. Die Grunddefinition des Absatz 1

### 1. Kaufmann als Rechtsbegriff

Indem § 1 Abs. 1 vom „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs“ spricht, grenzt er **1** den **juristischen Kaufmannsbegriff** ab von Begriffsinhalten, die sich im unscharfen Sprachgebrauch des Alltags mit der Erscheinung des „Kaufmanns“ verbinden. Mit der Kurzbezeichnung Kaufmann pflegen sich nicht selten auch im Wirtschaftsleben unselbständig Tätige zu bezeichnen, im Rechtssinne also kaufmännische Angestellte, namentlich dann, wenn sie mit mehr oder weniger begrenzten eigenen Dispositionsbefugnissen ausgestattet sind. Aber solche Personen, Prokuristen (RGSt. 47 38; 49 72; 65 411), Handlungsbevollmächtigte, aber auch Organe von juristischen Personen des Handelsgesellschaftsrechts (AG — RGSt. 47 40; 65 411 —; GmbH — BGH LM § 348 HGB Nr. 1 —) sind nicht Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches, weil sie das Unternehmen, für das sie tätig sind, nicht (im eigenen Namen) „betreiben“ (Rdn. 20). Die den letztgenannten Organen auferlegte Sorgfalt hinsichtlich der Führung der Geschäfte ist denn auch nicht die des ordentlichen Kaufmanns (§ 347), sondern — wie schon in der Einleitung Rdn. 7 bemerkt — die des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 34 Abs. 1 S. 1 GenG) oder des „ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG). Die verkürzende Bezeichnung „Kaufmann“ ist in allen diesen Fällen nur eine berufssoziologische, von der Berufsausbildung und dem Berufsfeld her zu verstehende. Vollends hat die Bezeichnung „Diplomkaufmann“ (vgl. BayObLG JW 1925 1014<sup>3</sup>) mit dem Rechtsbegriff des Kaufmanns nichts zu tun. Sie ist nur ein Titel, der dem Träger bescheinigt, daß er eine auf die Ausübung des kaufmännischen Berufs bezogene akademische Ausbildung erfolgreich abgeschlossen hat.

Aber auch für den Betriebsinhaber ist „Kaufmann“ eine Klassifizierung mit aus- **2** schließlich juristischem Begriffsgehalt, die **gegenüber seinem Standort im Organismus der Wirtschaft neutral** bleibt. Staat und Gemeinde können Kaufmann sein. Bezeich-

nungen wie „Großhändler“ (§ 6 a Abs. 2 UWG), die die Handelsstufe bezeichnen, und „Geschäftsinhaber“ (§ 14 Abs. 1, 15 UWG), die auf die Funktion in der betrieblichen Hierarchie zielen, sind volkswirtschaftlich bzw. betriebswirtschaftlich gedacht und haben deshalb mit dem juristischen Kaufmannsbegriff ebensowenig zu tun wie der terminus „Unternehmer“, der dem Unternehmensrecht angehört (Einleitung Rdn. 5), übrigens auch vom HGB (§§ 2, 3) in diesem erweiterten Sinne gebraucht wird.

## 2. „im Sinne dieses Gesetzbuchs“

- 3 Wenn der Kaufmannsbegriff durch den Zusatz „im Sinne dieses Gesetzbuchs“ gekennzeichnet wird, so darf das nicht dahin verstanden werden, als sei die Definition damit auf das HGB beschränkt. Sie gilt gleichermaßen für das EGHGB (vgl. dessen Art. 4), auch ohne daß das, wie in Art. 2 EGBGB geschehen, für das Gesetz und sein Einführungsgesetz besonders hätte ausgesprochen werden müssen. Es gilt aber ferner ohne weiteres für die **handelsrechtlichen Nebengesetze** in der durch die Einleitung Rdn. 9, 11 gezogenen Begrenzung. So deshalb für die Verwendung des Kaufmannsbegriffs in § 1 DM-Bilanzgesetz und in § 1 DM-Bilanz-Ergänzungsgesetz (*Schmölder/Gesler/Merkle* Kommentar zum DM-Bilanz-Gesetz § 1 Anm. 2), in §§ 1, 17, 31 DepotG, § 53 BörsG, §§ 50 ff UmwG; aber auch in der der Führung des Handelsregisters dienenden Verfahrensvorschrift des § 125 a Abs. 2 FGG. § 17 Abs. 2 GenG qualifiziert die eingetragenen Genossenschaften ausdrücklich als „Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs“.

Wegen der Verwendung des Kaufmannsbegriffs in anderen Gesetzen vgl. Vorbemerkung Rdn. 47 ff.

## 3. „ist“

- 4 Mit der Wahl des sprachlich scharfen „ist“ bringt das Gesetz in prägnantester Weise zum Ausdruck, daß die Kaufmannseigenschaft mit dem Betreiben eines Handelsgewerbes untrennbar verbunden ist. **Kaufmannsbetrieb** und **Handelsgewerbe** sind **Wechselbegriffe**. Das Gesetz definiert den Kaufmann geradezu, und in § 1 Abs. 1 für alles folgende, von seinem Handelsgewerbe her. Am sinnfälligsten wird diese Ineinssetzung für das Handelsgewerbe in § 1 Abs. 2. Hier macht die Tatsache des Betriebens der im einzelnen aufgezählten Handelsgewerbearten automatisch und kraft Gesetzes zum Kaufmann, ohne daß dazu noch die Eintragung im Handelsregister erforderlich wäre (obwohl die Anmeldung hierzu, wenngleich mit der durch § 36 bestimmten Ausnahme, nach § 29 vorgeschrieben und nach § 14 erzwingbar ist). Eine gewerbliche Tätigkeit in Zweigen außerhalb jenes Grundhandelsgewerbes soll nach § 2 dann als Handelsgewerbe gelten, wenn die Eintragung im Handelsregister unter bestimmten weiteren Voraussetzungen als obligatorische, und nach § 3, wenn sie für die dort genannten land- und forstwirtschaftlichen Betriebe fakultativ hinzukommt. Kaufmann „ist“ man deshalb in diesen beiden Fällen mit Erfüllung des Doppeltatbestandes von Betriebsinhaberschaft und Eintragung — bis dahin nennen § 2 und § 3 den Betriebsinhaber „Unternehmer“ —, und das zeigt sich am Gegenbild: Die Kaufmannseigenschaft geht automatisch verloren, wenn eines dieser beiden Merkmale wegfällt, sei es auch nur durch irrtümlich erfolgte Löschung im Register (Näheres: § 2, 19 ff und § 3, 23).

## 4. „Handelsgewerbe“ als Gewerbe

- 5 a) **Gewerbe als übergeordneter Rechtsbegriff.** „Handelsgewerbe“ in der Definition des § 1 Abs. 1 wäre zwar, was den Wortbestandteil „Handel“ anlangt, ein wirtschaftswissenschaftlich annähernd fest umreißbarer Begriff (Einleitung Rdn. 3). Gleichwohl

wird er vom HGB nicht so verstanden, sondern, „Handel“ mit dem Wortbestandteil „Gewerbe“ gekoppelt und obwohl Handel für sich betrachtet immer Gewerbe ist, schon in § 1 Abs. 2 (Vor § 1, 2) und von da ab durchgehend (Einleitung Rdn. 12) in einem erweiterten Sinne gebraucht. Das Gewicht verschiebt sich auf den Oberbegriff „Gewerbe“.

Was den **Bedeutungsgehalt** von „Gewerbe“ ausmacht, sagt das Gesetz nicht; es setzt ihn voraus. Sein Nachvollzug hat manche Zweifelsfragen aufgerührt.

Es liegt nahe, hierzu auf die Gewerbeordnung zurückzugreifen. Doch auch sie gibt keine Begriffsbestimmung. Nur soviel läßt sich sagen:

b) Erstes Merkmal des Begriffs „Gewerbe“ im Sinne des HGB ist die **Selbständigkeit** 6 des Inhabers. Sie muß eine rechtliche, braucht nicht notwendig auch eine wirtschaftliche zu sein (KG JFG 18 311). Sie muß in der Substanz des rechtlichen Disponieren-Könnens im Außenverhältnis gegeben sein; einzelne Beschränkungen in dieser Richtung, etwa wettbewerbsrechtlichen, ehegüterstandsschaftlichen (§ 1365 BGB) oder (Beispiel: § 112 Abs. 1 S. 2 BGB) vormundschaftsrechtlichen Ursprungs, erst recht internes Gebundensein im Geschäftsbetrieb an Weisungen und Zustimmungen Dritter (Vergleichsverwalter), mögen letztere noch so stark ausgeprägt sein, stehen nicht entgegen. Wegen der Kaufmannseigenschaft des Gemeinschuldners s. Rdn. 31.

c) Zum Begriff des Gewerbes gehört, daß es **planmäßig** und auf eine gewisse **Dauer** 7 geplant betrieben wird. Das bloße Wahrnehmen von Gelegenheiten zum „Geschäftemachen“ irgendwelcher Art, darum auch das gelegentliche Spekulieren an der Börse (*Gierke/Sandrock* § 6 II 2 S. 109) ist kein Gewerbe. Das Angelegt-Sein auf gewisse Dauer (in einer Art „fortgesetztem Zusammenhang“, RGZ 74 150 und JW 1910 803<sup>10</sup>; OLG Dresden OLGE 36 249) schließt die Beschränkung auf kürzere Zeiträume nicht aus. Beispiel: das Betreiben eines Kioskes auf einer Ausstellung. Das kann bis zu einer eintägigen Betätigung gehen (Würstchenbude auf einem Volksfest). A. M. in letzterem Punkte zwar die Voraufgabe und *Gierke/Sandrock* aaO; aber soll es bei einer zweitägigen Ausstellung bereits anders sein? Entscheidend dürfte sein müssen, ob der Betrieb auf Abschlüsse mit einer (im Rahmen der Betriebsmittel) nicht begrenzten Zahl beliebiger Dritter angelegt ist.

d) Der Betrieb des Gewerbes muß äußerlich **erkennbar** hervorgetreten sein. Schon 8 deshalb ist der stille Teilhaber am Handelsgeschäft eines anderen nicht Kaufmann, so wenig wie die stille Gesellschaft Handelsgesellschaft im Sinne des § 6 ist (was schon die Überschrift des Zweiten Buches des HGB deutlich macht). Aber auch sonst gewinnt dieses Merkmal gelegentlich Bedeutung. Wer mit Hilfe seiner Bank jahrelang spekuliert, ohne daß das der Öffentlichkeit gegenüber hervortritt, wird dadurch noch nicht zum Kaufmann (ROHG 22 303). Daß das Strafrecht eine andere Abgrenzung des Begriffs „gewerbsmäßig“ vornimmt, entscheidet nicht. Was dort unter dem lichtscheuen „Gewerbe“ des Wilderers (§ 292 Abs. 3 StGB), des Hehlers (§ 260 Abs. 1 StGB) usw. verstanden wird, ist nur das Zerrbild eines Gewerbes; der heimliche, wenngleich fortgesetzte Absatz von gewilderten Tieren ist jedenfalls kein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne (über den Hehler s. auch Rdn. 17).

e) Zum Betriebe eines Gewerbes gehört weiter die Absicht, hieraus **planmäßig** 9 **Gewinn zu erzielen**. Das entspricht der durchaus herrschenden Auffassung in Lehre (*Schlegelberger/Hildebrandt* 24; *Düringer/Hachenburg* 4; *Lehmann/Hoeniger* § 13, 1 b S. 44; *Ehrenberg* Handbuch II S. 16; *Ritter* 4 a, aa; *Heymann/Kötter* 7; *A. Hueck* Recht der OHG § 1 I 1 b S. 3; *Brecher* Das Unternehmen als Rechtsgegenstand 1953 S. 123; *Winkler* NJW 1970 449, 454) und Rechtsprechung (BGHZ 36 276 — grundlegend —;

49 260 — öffentliche Hand —; auch schon RGZ 116 228; 132 372; 138 16). Freilich wird das neuerdings bestritten (*Gierke/Sandrock* § 6 II 5 S. 114; *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen . . . S. 186 ff; *Fabricius* Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts<sup>2</sup> [1978] S. 23; *Sack* ZGR 1974 S. 196 ff). Die kritischen Stimmen, denen, das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht bereits deutlich relativierend, auch *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> 1 B hinzuzuzählen wären, orientieren sich vorwiegend an den Unternehmen der öffentlichen Hand, daneben auch an Erscheinungsformen wie den in kaufmännischer Art und mit kaufmännischem Geltungsanspruch auftretenden Unternehmens-Dachverbänden (vielfach Gesellschaften bürgerlichen Rechts) und den Unternehmen rechtsfähiger Stiftungen. *Sack* im besonderen verweist auf die Idealvereine, deren Betätigungsfeld sich auf das Unterhalten eines wirtschaftenden Nebenbetriebs ausgedehnt hat. Kritisch ferner: *K. Schmidt* Handelsrecht § 9 IV 2 d S. 212.

10 Vorab diene zur Klarstellung eines Punktes, der in der Diskussion gelegentlich undeutlich wird: Die **Gemeinnützigkeit** als Gegensatz zur „Selbstnützigkeit“ (*Sack*) ist nicht schon für sich betrachtet mit einer Gewinnerzielungsabsicht unvereinbar (BGHZ 49 260; RGZ 132 372; RG DR 1940 161; OLG Hamburg OLGE 9 241). Sie kann mit dem Verzicht auf die Planung von Gewinnen einhergehen, muß es aber nicht. Ein Unternehmen, mit dem Gewinne erzielt werden sollen, kann trotzdem gemeinnützig sein (bedenklich deshalb KG RJA 4 203), wenn es nach seiner Satzung oder sonstigen Verfassung die erwirtschafteten Gewinne zu gemeinnützigen Zwecken, und trotz fehlender Gewinnerzielungsabsicht fremdnützig, wenn es seine Betriebsergebnisse zugunsten von Destinatären (Mitgliedern, Belegschaft) zu verwenden hat. Man wird daher die Frage der Gewinnerzielungsabsicht, wo immer sie unter dem Aspekt des fehlenden Selbstnutzens zweifelhaft sein könnte, sorgfältig von Fall zu Fall unter Heranziehung des Organisationsstatuts des betreffenden Unternehmens erörtern müssen. Gelangt diese Erörterung dazu, daß der Betrieb des Unternehmens auf dem reinen Kostendeckungsprinzip aufgebaut ist, dann fehlt die Eigenschaft als Gewerbe, und aller kaufmännische Stil der Betriebsgebarung und des Auftretens nach außen würde daran nichts ändern. Ändern würde es selbst dann nichts, wenn im konkreten Jahresergebnis einmal ein Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsaufwendungen sich herausstellen sollte. Solche Überschüsse sind dann „außer Plan“ angefallen. Es ist nicht zufällig, daß für die eingetragene Genossenschaft in § 17 GenG hat angeordnet werden müssen, daß sie als Kaufmann „gelten“ solle: sie wäre es mangels Gewinnerzielungsabsicht von Natur aus nicht. Den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (Vor § 1, 20) enthält das VAG in § 16 die Kaufmannseigenschaft sogar ausdrücklich vor (irrig *Gierke/Sandrock* § 6 II 6 S. 115). Auch sie sollen und wollen als solche keine Gewinne erwirtschaften. Wünschen andere, nicht mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitende Unternehmen die Vorteile des kaufmännischen Rechtsverkehrs für sich in Anspruch zu nehmen, müssen sie das unter den Rechtsformen tun, die das Handelsrecht für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft bereithält (AG, GmbH). Dem Schutz von Drittkontrahenten, die auf Grund ihres Auftretens im Rechtsverkehr auf ihre Kaufmannseigenschaft vertraut haben, dienen im übrigen die Regeln über den Scheinkaufmann (Anhang § 5).

11 Auch bei der **öffentlichen Hand**, die ein Unternehmen betreibt, verschlägt es nichts, wenn der mit ihren Unternehmungen beabsichtigte Gewinn zur Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben dienen soll (RGZ 132 372; OLG Hamburg OLGR 9 241). Nach RGZ 132 372 bleibt „vielmehr maßgeblich, nach welchen Gesichtspunkten das Unternehmen selbst geführt wird, ob dabei wirtschaftliche Leitgedanken überwiegen — also das Bestreben nach Erzielung möglichst großen Gewinnes mit möglichst geringem Aufwand —, oder nichtwirtschaftliche, ideale“. Unter diesem Gesichtspunkt

sind zweifellos die **kommunalen Versorgungsbetriebe** fähig, Kaufmann zu sein. Ihre Betriebsführung ist auf Erzielung von Gewinnen angelegt, die so hoch sein sollen, daß die Bildung eines Rücklagenkapitals und die Verzinsung des in sie investierten Eigenkapitals der Trägerkörperschaft gewährleistet ist, vgl. § 8 der EigBetrVO v. 21. 11. 1938 (RGBl. I, 1650); § 11 des EigenBetriebsGes. von Berlin, v. 11. 12. 1959 (GVBl. 1229), bestimmt das sogar ausdrücklich („Die Eigenbetriebe sollen einen Gewinn erzielen“). Unter dieser Voraussetzung richtet sich die Kaufmannseigenschaft nach dem Charakter des Versorgungsunternehmens. Der Betrieb eines Gaswerks ist Grundhandelsgewerbe, gleichgültig, ob das Gas aus hierzu beschaffter Kohle erzeugt oder als Ferngas von dritter Seite bezogen wird (§ 1 Abs. 2 Nr. 1). Elektrizitäts- und Wassergewinnung dagegen ist Urproduktion (für Elektrizität: Rdn. 61; dort auch darüber, daß es anders liegt, wenn der Versorgungsbetrieb sich den Strom aus einem überörtlichen Verbundnetz liefern läßt — möglicher Fall des § 1 Abs. 2 Nr. 1 —); hier würde die Kaufmannseigenschaft erst durch Eintragung nach § 2 entstehen, deren Herbeiführung nach § 36 wiederum im Belieben der Trägerschaft steht. Unterbleibt die Eintragung, so ist der betreffende kommunale Versorgungsbetrieb freilich Nichtkaufmann, und wiederum kann alle kaufmännische Gebarung daran nichts ändern. Die Befreiung vom Eintragungszwang würde sonst den fundamentalen Unterschied zwischen § 1 und § 2 verwischen. Ob zum Schutz des Verkehrs die Regeln über den Scheinkaufmann eingreifen, bestimmt sich nach den Grundsätzen im Anhang zu § 5, soweit nicht öffentliches zwingendes Organisationsrecht, in der Regel Landesrecht, dagegensteht. Wo die Frage der Kaufmannseigenschaft im Streit um die kurze Verjährung der Forderungen an die Abnehmer nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB akut wird, hilft gelegentlich die alternative Qualifizierung des Versorgungsbetriebs als „Fabrikant“ im Sinne jener Bestimmung (BGH NJW 1961 453, 455). — Alles Gesagte trifft selbstverständlich nicht den Fall, daß die Gemeinde ihren Versorgungsbetrieb, wie nicht selten, in der Rechtsform einer selbständigen GmbH betreibt; insoweit ist sie dann Kaufmann nach § 6.

Nicht gleich eindeutig ist die Lage bei den **öffentlichen Sparkassen**. Soweit sie unselbständige Einrichtungen von Gemeinden, Gemeindeverbänden oder anderen öffentlichen Körperschaften waren, sind sie auf Grund der Notverordnung v. 6. 10. 1931 (RGBl. I, 537) 5. Teil Kap. I § 2 (S. 554) landesrechtlich in Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit umgestaltet worden. Die einschlägigen Mustersatzungen und die Gesetzgebung (vgl. z. B. § 14 der prSparkVO v. 20. 7. 1932 — GS 241 —) pflegen zwar davon auszugehen, daß Überschüsse fallweise erwirtschaftet werden; sie schließen sie nicht aus und regeln ihre Verwendung. Auch hat *Sprengel* ZHR 119 (1956) 6 sicherlich recht mit seinem Hinweis, „es sei nicht so, daß dann, wenn (sc. durch die Zuführung eines Überschusses) die Sicherheitsrücklage die vorgeschriebene Mindesthöhe erreicht habe, etwa durch Senkung der Zins- und Provisionssätze die Entstehung weiterer Überschüsse vermieden werden müsse“. Dennoch ist damit noch nicht klargestellt, daß die Geschäfte der Sparkasse mit dem eigentlichen Ziele geführt würden, Gewinne, d. h. im Endergebnis Zuschüsse zum Etat der Trägerkörperschaften zu erwirtschaften. Aus diesem Dilemma hilft auch nicht die ausweichende Formulierung von *Frick* (Die Kaufmannseigenschaft der kommunalen Sparkassen, in „Sparkasse“ 1959 380), die Sparkassen hätten „nach dem Kostendeckungsprinzip“ mit einem „Trend zum Überschuß“ zu arbeiten. Die öffentlichen Sparkassen, die im Gegensatz zu den kommunalen Versorgungsbetrieben kein Eigenkapital aufweisen (*Frick aaO*), erfüllen ihre Aufgabe jedenfalls auch ohne Erzielung von Überschüssen; sie sind von ihren Ursprüngen her — vgl. z. B. das preußische Sparkassenreglement v. 12. 12. 1838 (GS 1839, 9) — und bis heute in diesem und ursprünglichsten Sinne gemeinnützig.

Wenn die öffentlichen Sparkassen dessenungeachtet praktisch als Kaufleute erachtet werden, so hängt das damit zusammen, daß sie inzwischen durchweg (*Sprengel* aaO S. 5) **neben dem Einlagengeschäft auch das Bankgeschäft** pflegen. Dieses Kriterium für die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft hat sich seit RGZ 116 229 — siehe des weiteren RGZ 127 228; RG SeuffA 83 226, 275 u. BankA 33 33; RAG DJZ 1930 629; RFH BankA 25 372 — in zunehmendem Maße durchgesetzt; der Bundesgerichtshof (NJW 1952 869) hat sich erneut zu ihm bekannt. Hierbei wird mit der mehr oder weniger unausgesprochenen Vereinfachung gearbeitet, das Betreiben von Bankgeschäften indiziere die Gewinnabsicht. Noch in früheren Auflagen war daher der Fall ausgenommen worden, daß neben der städtischen Sparkasse — die alsdann nicht Kaufmann sei — eine besondere „Stadtbank“ bestehe. An dem vorstehenden Indiz ist so viel richtig, daß Banken mit weitgehend standardisierten Verdienstmargen arbeiten, mindestens in denjenigen Geschäftszweigen, in denen ihrer Breitenausdehnung wegen sich auch die Sparkassen betätigen, und daß die so gegebenen Gewinnmöglichkeiten automatisch den Sparkassen zuwachsen. Aus dem neueren Schrifttum will deshalb *Baumbach/Duden*<sup>27</sup> § 1, 8 D die Sparkassen allgemein im Hinblick auf ihre bankgeschäftliche Betätigung zu den Kaufleuten rechnen. Für die Kaufmannseigenschaft der Sparkassen sprechen sich ferner *Frick* aaO und *Sprengel* aaO aus, sowie *Schlegelberger/Hildebrandt* 49.

- 13** Immerhin steht diese Betrachtungsweise nicht vereinzelt da. Der Zug der Rechtsprechung geht in steigendem Maße dahin, Unternehmungen der öffentlichen Hand auch dort, wo sie wegen ihrer gemeinwirtschaftlich-staatpolitischen Aufgabenstellung, d. h. wegen Fehlens der Gewinnabsicht nicht als Gewerbebetrieb anerkannt werden könnten, die Kaufmannseigenschaft dennoch für die ihrem Inhalt nach typischen Handelsgeschäfte zuzubilligen. So wird die **Bundesbank** (Gesetz über die Deutsche Bundesbank, v. 26. 7. 1957 — BGBl. I, 745 —), eben weil sie „Bank“ ist, als Kaufmann betrachtet. Ihrer Funktion nach Organ der staatlichen Währungspolitik und errichtet als juristische Person des öffentlichen Rechts, erfüllt sie ihre durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben nichtsdestoweniger überwiegend in den Formen bankmäßiger Geschäfte. Daß sie hierfür als Kaufmann angesehen werden muß, erscheint in der Tat unabweisbar. Trotzdem kann diese ihre Eigenschaft, wenn man sie überhaupt positivrechtlich begründen will, aus keiner anderen als der einen mageren Vorschrift des § 29 Abs. 3 BundesbankGes. („Die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Eintragung in das Handelsregister sind auf die Deutsche Bundesbank nicht anzuwenden“) im Wege des Gegenbeschlusses belegt werden. In solchem Sinne äußert sich etwa der Kommentar zum BundesbankG von *v. Spindler/Becker/Starke*<sup>2</sup> (§ 2, 4), obwohl er einräumen muß, daß die Bundesbank nicht Gewerbebetrieb sei, da sie ohne die Absicht der Erzielung von Gewinnen geführt werde (was nicht ausschließt, daß jährweise „Bundesbankgewinne“ anfallen: oben Rdn. 10). Übrigens war, worauf *v. Spindler/Becker/Starke* aaO hinweisen, auch schon für die frühere Reichsbank mit ähnlicher formaler Argumentation die Kaufmannseigenschaft angenommen worden. Dogmatisch mehr befriedigend wäre es, könnte man sich hier zu der Konstruktion einer Art Formkaufmann kraft öffentlichen Rechts entschließen. Auf das gleiche läuft es hinaus, wenn *Raisch* (JuS 1967 533) auf die Bundesbank Handelsrecht schlichtweg analog angewandt wissen will.
- 14** Man sollte meinen, daß für die frühere Reichsbahn und jetzige **Bundesbahn** ein gleiches gelten müsse. Allerdings war für die Reichsbahn in § 16 des ReichsbahnGes. v. 4. 7. 1939 (RGBl. I, 1205) wörtlich bestimmt, sie sei „kein Gewerbebetrieb“; für sie und für die Bundesbahn — wengleich in der Parallelbestimmung des § 41 BundesbahnGes. v. 13. 12. 1951 (BGBl. I, 955) der ausdrückliche Ausschluß vom Gewerbe nicht mehr

enthalten ist — wurde und wird deshalb angenommen, beide seien Nichtkaufleute. Und dies, obwohl die gleichinhaltlichen Bestimmungen in § 11 Abs. 2 ReichsbahnGes. und § 32 BundesbahnGes. („Die Vorschriften des Handelsrechts gelten nicht für die Aufstellung des Jahresabschlusses der Deutschen Reichsbahn [der Deutschen Bundesbahn]“) einen ähnlichen Gegenschluß auf die Kaufmannseigenschaft wie bei der Reichsbank und der Bundesbank hätten nahelegen sollen! Dennoch kann auch die herrschende Lehre nicht leugnen, daß die Vorschriften des 7. Abschnitts des HGB über die Beförderung von Gütern und Personen auf Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs samt der Eisenbahnverkehrsordnung als seinem integrierenden Bestandteil Handelsgeschäfte vollkaufmännischer Unternehmungen betreffen und daß es grotesk wäre, sie insoweit nur auf die Privatbahnen zur Anwendung zu bringen und den privatrechtlichen (dazu RGZ 161 341) Beförderungsverträgen der Bundesbahn die Anerkennung als Handelsgeschäften eines Vollkaufmanns vorzuenthalten. So sagt BGHZ 2 51, die Reichsbahn sei „zwar nicht im Rechtssinne, aber der Sache nach“ Kaufmann; Entsprechendes müsse für die Bundesbahn gelten. Demgemäß bringt der Bundesgerichtshof nach dem Vorgang von OGHZ 3 195 auf Veräußerungsgeschäfte der Reichs- bzw. Bundesbahn die Vorschrift des § 366 „analog“ zur Anwendung. Für die Anwendung des § 82 Abs. 5 EVO ließe sich die Unterstellung der Kaufmannseigenschaft ohnehin nicht vermeiden, da dort bei der Auf-Lagernahme des Beförderungsguts für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehaftet wird. Wollte man hier in Anbetracht der Bundesbahn ausweichen auf die Hilfskonstruktion einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung dahin, daß für Sorgfalt wie die eines ordentlichen Kaufmanns gehaftet werden solle, so würde sich derartiges schon durch den gesetzlichen Kontrahierungszwang verbieten. — Die öffentlichrechtliche Betrachtungsweise nimmt ohnehin an, daß die der Bundesbahn verliehene Rechtsfähigkeit auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt bleibe (*Forsthoff* Lb<sup>10</sup> § 25, 3 S. 497). Wenn das der Fall ist und wenn § 38 Abs. 1 S. 1 BundesbahnG sogar ausdrücklich bestimmt, der Betrieb der Bundesbahn sei „nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen“, dann sollte um so mehr der Schritt getan werden müssen, den für den rechtsgeschäftlichen Verkehr verliehenen Status unter denjenigen Kategorien zu begreifen, denen eben dieser Verkehr seiner Natur nach eingeordnet ist. Wie hier: *Becker* NJW 1977 1674.

Die **Bundespost** hingegen, wie schon früher die Reichspost, ist Nichtkaufmann kraft gesetzlichen Befehls, mithin unbedingt und ohne die Möglichkeit einer zweckrationalen Durchbrechung im Einzelfalle. Sie ist in allen ihren Dienstzweigen Hoheitsverwaltung des Bundes, nicht nur (so § 452) für die Beförderung von Gütern, nämlich von Briefen — dort schon kraft des Postzwanges — und Paketen, sondern auch für den Fernmeldedienst (BGHZ 12 89 und VersR 1957 590, RGZ 126 28; 165 366; 166 1), für den Postscheckdienst (RGZ 161 174); nach BGHZ 20 102 sogar für den Postreisedienst. Für den Postreisedienst ist das nicht unbestritten, zumal der Vergleich mit der Personenbeförderung durch die Eisenbahn sich aufdrängt. Doch bliebe die Auffassung des Bundesgerichtshofs zumindest deshalb haltbar, weil die Postdienste der Personenbeförderung und der Brief- bzw. Paketbeförderung sich praktisch kaum trennen lassen: wenn man schon Unternehmungen der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Art ihrer grundhandelsförmigen Betätigung dem Kaufmannsrecht unterstellen will, dann ist das nur vertretbar, wenn die betreffende Unternehmung organisatorisch als Ganzes zum Zwecke der Betätigung in diesem Rahmen konstituiert ist.

Besondere Betrachtung verdienen endlich die **Staatlichen Einfuhr- und Vorratsstellen**. Den gesetzgeberischen Modellfall bildet die Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, errichtet auf Grund des Getreidegesetzes v. 4. 11. 1950

(BGBl. I, 721) in der Neufassung des Gesetzes v. 24. 11. 1951 (BGBl. I, 900). Sie ist nach § 7 des Gesetzes Anstalt des öffentlichen Rechts. § 8 Abs. 9 des Gesetzes bestimmt, daß sie bei der Durchführung ihrer kaufmännischen und technischen Aufgaben sich der Einrichtungen der gewerblichen Wirtschaft bedienen soll. Dennoch ist ihre eigene Geschäftsgebarung von Elementen und Formen kaufmännischer Betätigung nicht völlig freizuhalten. Das beweist der Fall LG Frankfurt/M. NJW 1958 754, wo über die Anwendbarkeit des § 1027 Abs. 2 ZPO auf eine von der Einfuhr- und Vorratsstelle kontrahierte Schiedsgerichtsklausel zu befinden war, die unter der Voraussetzung beiderseitigen Handelsgeschäfts gewisse Formerleichterungen genießt. Die Zwi-spältigkeit der im Fluß befindlichen Auffassungen wird durch die Tatsache beleuchtet, daß das Landgericht die Einfuhr- und Vorratsstelle für die Anwendung des § 1027 Abs. 2 ZPO dem Recht des Handelsverkehrs unterstellte (ihr also jedenfalls insoweit Kaufmannseigenschaft beimaß) und damit die Billigung nicht nur des Oberlandesgerichts im Berufungsverfahren, sondern auch die des Schrifttums (*Schlegelberger/Hildebrandt*<sup>4</sup> § 1 Anm. 23 — anders jetzt: 5. Aufl. Rdn. 24 —, *Baumbach/Duden*<sup>14</sup> § 1 Anm. 7 — anders jetzt: 24. Aufl. Anm. 7 —) fand, während der Bundesgerichtshof (NJW 1962 868) auf Revision hin die Kaufmannseigenschaft unter Hinweis auf das Fehlen der Gewinnabsicht verneinte. Die Begründung des Bundesgerichtshofs will zwar für sich genommen nicht befriedigen. Haltbar wird sie nur dadurch, daß die Einfuhr- und Vorratsstelle zwar als Aufkäuferin des aus dem Ausland importierten Brotgetreides auftritt und bei Übernahme den Einführer verpflichtet, das Getreide von ihr zurückzukaufen (§ 8 Abs. 1, 3 des Gesetzes), daß sie daneben jedoch nicht unerhebliche hoheitliche (§ 8 Abs. 5, 7) und sonstige Funktionen der staatlichen Bevorratungspolitik (§ 8 Abs. 6) innehat. Sie ist mithin nicht als Ganzes auf kaufmännische Betätigung hin strukturiert; die Ankaufsakte lassen sich, wie § 8 Abs. 3 S. 3 des Gesetzes deutlich macht, von der damit verbundenen Setzung hoheitlicher Verpflichtungsakte nicht trennen (im Ergebnis ebenso: *Gierke/Sandrock* § 6 II 7 S. 116). Eben darin liegt der Unterschied etwa zur Bundesbank und die Parallele zur Bundespost. Für die sonstigen Einfuhr- und Vorratsstellen gilt Entsprechendes, zumal die einschlägigen Gesetze die im Vorstehenden zitierten Bestimmungen aus § 8 des Getreidegesetzes nahezu wörtlich übernommen haben. So bezüglich der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette das Milch- und Fettgesetz v. 28. 2. 1951 (BGBl. I, 135: § 15), der Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker das Zuckergesetz v. 5. 1. 1951 (BGBl. I, 47: § 9), der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fleisch und Fleischerzeugnisse das Vieh- und Fleischgesetz v. 25. 4. 1951 (BGBl. I, 272: § 17). — Erwähnt sei noch die Staatliche Mühlenstelle (§ 5 des GetreideGes.). Sie darf nach § 2 Abs. 2 ihrer Satzung (BGBl. 1951 I, 973, erlassen auf Grund der 4. DVO zum Getreidegesetz, v. 17. 12. 1951 — BGBl. I, 972 —) keine kaufmännischen Geschäfte irgendwelcher Art betreiben, wäre also von der Kaufmannseigenschaft schon von Gesetzes wegen schlechthin ausgeschlossen.

- 17 f) Um ein Gewerbe im Rechtssinne zu begründen, müssen die mit dem Inhaber abgeschlossenen Geschäfte **gültig und zivilrechtlich einklagbar** sein. Schon aus diesem Grunde begründen die Rdn. 8 genannten strafbaren Handlungen kein Gewerbe im Rechtssinn; ebensowenig sind es gewerbsmäßiger Wucher, gewerbsmäßiger Schmuggel, gewerbsmäßiges Glückspiel, gewerbsmäßiger Bordellbetrieb usw. Nach *Schlegelberger/Hildebrandt* 26 soll es gleichgültig sein, ob das Unternehmen sich auf erlaubte oder verbotene Tätigkeit erstreckt, da kein Grund bestehe, den verbotswidrig Handelnden günstiger zu stellen als den ordentlichen Gewerbetreibenden. Aber *Schlegelberger/Hildebrandt* unterscheiden schon zu Beginn nicht genügend scharf zwischen bloß gewerbepolizeilich verbotener und strafbarer Tätigkeit. Die erstere ist hier nicht

gemeint; über sie verhält sich § 7. Außerdem geht es nicht nur um „verbotene“ sondern auch um „nicht einklagbare“, weshalb entgegen *Gilles JZ 1972 383* und *John JR 1977 363* auch die Tätigkeit des Ehemäklers kein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne darstellt (*BayObLGZ 1972 1327*; *OLG Frankfurt/Main NJW 1955 716*), mag er auch steuerlich der Gewerbesteuer unterliegen. Es geht jedenfalls nicht an, Personen, die für ihre Forderung aus gewinnorientierter Betätigung nicht den Schutz des Gesetzes genießen, die herausgehobene Stellung als Kaufmann einzuräumen. Wenn *Schlegelberger/Hildebrandt* meinen, die damit verbundenen Vorrechte würden an dieser Stelle überschätzt, so ist dem entgegenzuhalten, daß ja die Kaufmannseigenschaft zum mindesten für Vollkaufleute auch eine betont öffentlichrechtliche Seite hat. Ein gewerbsmäßiger Hehler wäre als Vollkaufmann buchführungspflichtig (§§ 38 ff: soll er die doppelte Bestrafung aus den Bankrottvorschriften der Konkursordnung wagen, wenn er Bücher nicht führt, um nicht sein strafbares Gewerbe offenlegen zu müssen?); er wäre registerpflichtig und erlangte durch die Eintragung die Befähigung zum Amt des Handelsrichters (!), § 109 GVG. Das alles sind unvollziehbare Folgerungen. Soweit andererseits erhöhte Pflichten oder Haftungen in Frage stehen, hilft die Lehre vom Scheinkaufmann (Anh. zu § 5). Gegen die Kaufmannseigenschaft daher auch *Gierke/Sandrock* § 6 II 3 S. 109; *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> 1 E.

### g) Nicht: die freien Berufe

Schrifttum: *Müller, Wolfgang* Die Einbeziehung der freien Berufe in das Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Architekten, Dissertation Köln 1967; *Ritter* Unternehmen und freie Berufe als Rechtsbegriffe 1962. 18

Selbst eine planmäßige, mit Gewinnabsicht und öffentlich ausgeübte Tätigkeit mit rechtsgültigen Geschäften ist kein Gewerbe, wenn die Verkehrsanschauung sie nicht als Gewerbe, sondern als „freien Beruf“ ansieht. Nach der Verkehrsauffassung werden dem Gewerbe im allgemeinen Tätigkeiten zugerechnet, die überwiegend mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht hingegen solche, die überwiegend auf wissenschaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden. So werden der selbständig tätige wissenschaftliche Sachverständige, der selbständige Dolmetscher, der Privatlehrer, der freischaffende Künstler (zweifelhafter schon beim Werbegraphiker und Werbetexter), obwohl bei ihnen die Erwerbsabsicht regelmäßig nicht fehlt und auch im übrigen die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit vorhanden sind, verkehrsmäßig nicht zu den Gewerbetreibenden gerechnet. Stets kommt es auf das Typische des Berufsbildes an. Also werden wohl der Ingenieur, der Chemiker wegen ihrer wissenschaftlichen, der Architekt wegen seiner wissenschaftlichen und künstlerischen Vorbildung nicht zu den Gewerbetreibenden zu rechnen sein, während in concreto wissenschaftliche Vorbildung des Kaufmanns, des Land- und Forstwirts ihren Tätigkeiten nach der Verkehrsauffassung nicht den Charakter der Gewerbsmäßigen nimmt. Übrigens ist die Verkehrsanschauung bei den Ingenieuren, Chemikern und Architekten nicht sicher. So sind chemische Laboratorien mit geringem wissenschaftlichen Einschlag ihres Arbeitsfeldes (Gegensatz: Forschungslaboratorien) unter die gewerblichen Betriebe gerechnet worden, die unter den Voraussetzungen des § 2 durch Eintragung zu Handelsgewerben werden (*AG Magdeburg* und *KG bei Sobernheim/Strauß 61 ff*). Daß der Architekt ein Gewerbe betreibt, ist jedoch in den manchmal dafür angeführten Entscheidungen nicht ausgesprochen. Das *KG* behandelt in der Entsch. *OLGE 9 365* nur eine prozessuale Frage, und die Entsch. des *RG JW 1913 641*<sup>5</sup> läßt nicht erkennen, ob der „Baumeister“, um dessen formlose Bürgschaft es sich handelte, ein Architekt war; da er nicht im

Handelsregister eingetragen war, erübrigte es sich, seine Eintragungsfähigkeit zu untersuchen. Auch für einen Gartenarchitekten ist in der Entsch. RGZ 129 403 nur ausgesprochen, daß er Kaufmann weder nach § 1 noch — mangels Eintragung — nach § 2 sei, die Frage ob er ein Gewerbe betreibt, ist aber offengelassen worden. Bei wissenschaftlicher und künstlerischer Vorbildung gehört der Beruf aller **Architekten** — bauleitender, Garten- und Innenarchitekten — zu den freien Berufen. Siehe hierzu auch den folgenden Absatz a. E. Zu den freien Berufen in dem hier gedachten Sinne werden schließlich auch die „Wissenschaftlichen Auskunfteien“ — Institute zur Erfassung, Sammlung und Bereithaltung von wissenschaftlichen Daten, Quellen, Fundstellen — zu zählen sein.

Für **Rechtsanwälte** (vgl. § 2 Abs. 2 der Bundes-Rechtsanwaltsordnung v. 1. 8. 1959), Patentanwälte (§ 2 Abs. 2 der Patentanwaltsordnung v. 7. 9. 1966), Wirtschaftsprüfer (§ 1 Satz 2 der Wirtschaftsprüferordnung v. 5. 11. 1975) ist die Herausnahme aus dem Bereich der Gewerbetreibenden gesetzlich besonders verfügt. — Kein Gewerbe betreibt nach ausdrücklicher Vorschrift ferner der **öffentlich bestellte Vermessungsingenieur** (Verordnung v. 20. 11. 1938 — RGBl. I, 40 —, § 1 Abs. 2). Daß die Landesgesetze, die — mit Ausnahme von Bremen — bisher zur Ordnung des Architektenberufes ergangen sind und hierbei auch öffentlichrechtliche Architektenkammern errichtet haben, eine Herausnahme des Architekten aus dem Gewerbebegriff nicht förmlich aussprechen, läßt keinen Gegenschuß gegen die am Ende des vorigen Absatzes vertretene Auffassung zu, da die Kompetenz des Landesgesetzgebers zu einem solchen Ausspruch im Hinblick auf Art. 74 Nr. 11 GG und die bundesrechtlich geltende Materie der Gewerbeordnung zweifelhaft sein kann.

Für **Ärzte**, auch Zahnärzte und Tierärzte bestimmt § 6 GewO, daß das Gesetz auf die Heilberufe, abgesehen von den §§ 24 bis 24 d, 120 c Abs. 5, keine Anwendung findet. Die Verkehrsanschauung rechnete schon immer die genannten Berufe zu den wissenschaftlichen, nicht zu den gewerblichen (RGZ 64 157; 66 142 u. 148; 68 188; 70 342; 144 2). Die Bundes-Ärzteordnung v. 14. 10. 1977 (BGBl. I, 1885) sagt ausdrücklich: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe“ (ähnlich die Bundestierärzteordnung v. 17. 5. 1965, BGBl. I, 416 i. d. F. d. Bek. v. 20. 11. 1981, BGBl. I, 1193, und das Bundesgesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde v. 31. 3. 1952, BGBl. I, 221). Dagegen werden die Apotheker als Apothekenbesitzer zu den Kaufleuten gerechnet; dementsprechend bestimmt z. B. § 8 des Bundesgesetzes über das Apothekenwesen v. 15. 10. 1980 (BGBl. I, 1994), daß mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform (einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder) einer offenen Handelsgesellschaft betreiben können. Aber auch die Ärzte können Gewerbetreibende sein, wenn sie nämlich Inhaber von Sanatorien (RGZ 109 75), Privatkrankenhäusern oder privaten Heilanstalten, insgesamt also: Anstalten sind, in denen den Patienten nicht nur ärztliche Behandlung, sondern auch Unterkunft und Verpflegung gegen ein Entgelt gewährt wird, das für den Inhaber eine Einnahmequelle bildet (RGZ 64 157; KG RJA 2 27 und OLGE 8 89; PrOVG DJZ 1898 331). Solche Anstalten kennzeichnen sich nicht zuletzt dadurch, daß sie eine von der ärztlich-wissenschaftlichen Leitung getrennte kaufmännische Verwaltung haben.

„Anstalt“ im vorgedachten Sinne ist auch das **Privattheater**. Der einzelne, zu seinem Ensemble gehörige Schauspieler oder Sänger ist zwar freier Beruf, nicht aber das Theater als solches, dessen Betrieb auf Gewinnerzielung angewiesen ist und deshalb kaufmännisch geführt werden muß.

- 19 h) Kein Merkmal des Gewerbebetriebes ist Abwesenheit von staatshoheitlichem Zwang.** Kontrahierungszwang bei öffentlichen Verkehrsunternehmen, Betriebspflicht

des Konzessionsträgers, staatliche Preisfestsetzung in einer Zwangswirtschaft, sonstige vorgeschriebene Taxen und Gebühren beeinträchtigen den gewerblichen Charakter des dadurch betroffenen Unternehmens nicht (KGJ 3 9, 10). Auf der anderen Seite verträgt sich die Ausübung staatshoheitlicher Tätigkeit nicht mit dem Gewerbebegriff. Deshalb ist der sog. staatlich beliehene Unternehmer (Dampfkesselüberwachungsverein!) nicht Gewerbetreibender und könnte deshalb auch nicht über § 2 Kaufmannseigenschaft erlangen.

### 5. Das „Betreiben“ des Handelsgewerbes

a) Der „Betreibende“, der in § 1 Abs. 1 angesprochen wird, ist synonym mit dem **20** Unternehmer des Handelsgewerbes. Unternehmer ist derjenige, in dessen Namen der Betrieb als selbständige Veranstaltung geführt wird.

Er braucht ihn **nicht persönlich** zu führen. Deshalb ist der Geschäftsunfähige, der **21** Geschäftsbeschränkte gleichwohl der Unternehmer „seines“ Betriebs, den der gesetzliche Vertreter in seinem Namen führt (Vor § 1, 21 ff); er — der Unternehmer im Rechtssinne — ist der Kaufmann, nicht der gesetzliche Vertreter. Gelegentlich sollen Schwierigkeiten überbrückt werden müssen (*Gierke/Sandrock* § 6 II 4 d S. 114), die darin gesehen werden, daß Gegenstand des Unternehmens der Abschluß von Geschäften in fremdem Namen sei, wie z. B. beim Handelsvertreter mit Abschlußvollmacht. Hier liegt ein Fehlschluß vor. Der Betrieb der Agentur als solcher erfolgt selbstverständlich im eigenen Namen ihres Inhabers — er schließt den Agenturvertrag mit seinem Auftraggeber ab, erstattet die laufenden Berichte, rechnet eigenen Namens die angefallenen Provisionen ab, erklärt die Kündigung des Agenturvertrages und hat gegebenenfalls den Ausgleich nach § 89 b zu beanspruchen —; die Geschäftsabschlüsse mit dem Kunden des Auftraggebers sind Vollzugspflicht aus dem eingegangenen Agenturverhältnis, nicht aber Betrieb der Agenturfirma als Vertreter für einen anderen (wie eben dann, wenn der Vormund für sein Mündel das ererbte Agenturgeschäft fortführt oder durch einen Prokuristen fortführen läßt). Das gleiche gilt für das Unternehmen des gewerblichen Häuserverwalters.

**Gleichgültig** ist, für wessen Rechnung der Betrieb geführt wird. In der stillen Gesellschaft **22** ist Kaufmann nicht der stille Teilhaber, sondern nur „der andere“, der das Handelsgewerbe betreibt (§ 335). Der Betrieb des Unternehmens kann sogar völlig auf fremde Rechnung gehen: Tragung des betrieblichen Risikos ist nicht notwendiges Merkmal des Kaufmanns. Bei einem zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehörigen Handelsgeschäft wird der Betrieb stets für Rechnung des Gesamtguts geführt, sei es, daß dieses von einem Ehegatten allein verwaltet wird (§§ 1422 ff BGB), sei es, daß der nicht (oder nicht allein) verwaltende Ehegatte das Unternehmen „selbständig“, wie §§ 1431, 1456 BGB sagen, betreibt. Trotzdem ist im ersteren Falle der Alleinverwalter des Gesamtguts und damit allein (und nach außen) das Handelsgeschäft Betreibende (BayObLG BB 1978 423), im zweiten Falle der selbständig als Unternehmensinhaber auftretende Ehegatte „der“ Kaufmann (Vor § 1, 26).

**Gleichgültig** endlich ist, wem die Betriebsmittel gehören. Kaufmann ist deshalb auch der **Pächter**, der Nießbraucher des Handelsgeschäfts, der es im eigenen Namen weiterbetreibt (KG RJA 11 37; OLG Köln NJW 1963 541).

Hieraus ergibt sich die Lösung der Kaufmannsfrage in Sonderfällen. Kaufmann ist der **Treuhänder**, der das Handelsunternehmen in verdeckter Treuhandenschaft für einen anderen führt (RGZ 99 159; vgl. auch BGH BB 1976 1193). Der **Testamentsvollstrecker**, der sich entschließt, das zum Nachlaß gehörige Handelsunternehmen aufgrund **23**

der ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsmacht im eigenen Namen, aber für Rechnung des Erben zu betreiben, wird dadurch Kaufmann, haftet dafür allerdings auch persönlich für die Geschäftsverbindlichkeiten (und könnte allenfalls vom Erben Befreiung verlangen); anders, wenn er das Handelsgeschäft im Namen des Erben fortführt, wofür er wiederum der Ermächtigung des Erben bedarf, da er diesen alsdann für die Geschäftsverbindlichkeiten haftbar macht (BGHZ 12 100; über die nachlaßrechtliche Problematik vgl. *Lange* JuS 1970 103). Der **Strohmann** ist, weil es auf das Außenverhältnis ankommt, im Rechtssinne Unternehmer des durch ihn verdeckend für den Hintermann geführten Unternehmens und damit der Kaufmann. Nach *Wassner* ZGR 1973 427 ff, 435, 436 soll dem Strohmann und dem Hintermann gleichzeitig Kaufmannseigenschaft zukommen: dem Hintermann, wenn und soweit er im Geschäftsverkehr fallweise erkennbar ist(?).

Nicht dagegen ist Kaufmann der **Konkursverwalter**, der **Vergleichsverwalter**, der vom Gericht bestellte **Liquidator** einer oHG/KG in dieser seiner Eigenschaft. Für den letzteren ist die Rechtslage insoweit eindeutig. Er wickelt ab unter der Firma der oHG/KG, der Zusatz „i. L.“ ändert nichts an deren fortbestehender Kaufmannseigenschaft; in ihrem Namen werden die Abwicklungsakte getätigt. Für den Vergleichsverwalter ist darauf hinzuweisen, daß er ohnedies nur Aufsichtsperson über den Vergleichsschuldner ist, der sein Geschäft im eigenen Namen weiterführt (Rdn. 6). Selbst wenn der Vergleichsverwalter die Kassenführung übernimmt (§ 57 Abs. 2 VglO), geschieht alles, was er in Ausübung dieser Funktion tut, als insoweit gesetzlicher Vertreter des Vergleichsschuldners (*Bley/Mohrbutter* Kommentar zur Vergleichsordnung<sup>4</sup> § 57, 2). Nicht einmal beim sogenannten Vergleichsverfahren Kölner Prägung, der praktisch gemeinsamen Unternehmensleitung durch Vergleichsschuldner und Vergleichsverwalter (*Bley/Mohrbutter* aaO) als Folge dem Schuldner nach §§ 12, 58 ff VglO auferlegter Verfügungsbeschränkung, wird der Vergleichsverwalter rechtlich neben dem Vergleichsschuldner zum Mit-Kaufmann, allenfalls vorübergehend zum wirtschaftlichen Träger der Unternehmensleitung (*Knorr* KTS 1970 69 i. d. Anm. zu AG Dortmund S. 68 daselbst). Für den Konkursverwalter endlich kann der Streit um die Rechtsnatur seiner Funktion hier offen bleiben. Auch wer ihn nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Vertreter kraft Amtes ansieht, kann nicht leugnen, daß, wenn überhaupt das Unternehmen des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter fortgeführt wird (§§ 129 Abs. 2, 130 Abs. 2 KO), dies unter der Firma des Gemeinschuldners geschieht und damit sichtbar, wenn schon nicht in dessen Namen, so doch jedenfalls nicht im eigenen (des Konkursverwalters) Namen. Darüber, daß der Gemeinschuldner Kaufmann geblieben ist, s. Rdn. 31.

- 24 b) Gegenständlicher Umfang der Kaufmannseigenschaft.** Wer (Einzel-)Kaufmann ist, ist es nur für den Umkreis seines handelsgewerblichen Betriebs. In seine **Privatsphäre** reicht die Kaufmannseigenschaft **nicht** hinein; Abgrenzungsfragen, ob ein vom Kaufmann vorgenommenes Rechtsgeschäft zu seiner kaufmännischen oder seiner Privatsphäre gehört, regeln die Bestimmungen der §§ 343 Abs. 2 (branchenfremde Grundhandelsgeschäfte) und 344 (Vermutung zugunsten der kaufmännischen Sphäre). Das gilt zunächst jedoch nur für den Anwendungsbereich des HGB. Außerhandelsrechtliche Vorschriften sind zuweilen so gefaßt, daß die Kaufmannseigenschaft sich auch in der Privatsphäre ihres Trägers auswirkt. So geht der Schutz des Abzahlungsgesetzes einem im Handelsregister eingetragenen Kaufmann auch für seine privaten Abzahlungskäufe verloren (§ 8 AbzG; Vor § 1, 49). Die Möglichkeit der vertraglichen Festlegung des Erfüllungsorts mit der Wirkung des § 29 Abs. 2 ZPO nebst der Prorogation nach § 38 Abs. 1 ZPO, die ein Vollkaufmann hat, hat der Kaufmann nach herrschen-

der, allerdings bestrittener Meinung auch für Rechtsgeschäfte auf privatem Gebiet (Vor § 1, 55). Zur Frage, ob die Handelsbilanz des Einzelkaufmanns auch sein Privatvermögen ersichtlich zu machen hat, vgl. die Erläuterungen zu § 38.

Die Handelsgesellschaft kennt dagegen keine Privatsphäre. S. dazu Rdn. 33.

Möglich ist, daß jemand **mehrere selbständige Gewerbe** nebeneinander betreibt, die nicht unter sich organisch verbunden sind, und für deren jedes eine gesonderte Buchführung besteht oder doch bestehen muß, soweit sie vorgeschrieben ist. In solchem Fall kann dieselbe Person für das eine Gewerbe Kaufmann, für das andere Nichtkaufmann, für das eine Vollkaufmann, für das andere Minderkaufmann sein. Dahin gehört es, wenn ein nicht eingetragener Weingutsbesitzer auch ein Weinkommissionsgeschäft (RGZ 130 235) oder ein nicht eingetragener Gärtner neben seiner Gärtnerei einen Handel mit Schnittblumen betreibt, die er einkauft (RG JW 1930 829<sup>23</sup>); jener ist nur für das Kommissionsgeschäft, dieser nur für den Handel Kaufmann. Liegen mehrere selbständige Handelsgeschäfte vor, so ist der Inhaber Kaufmann in mehrfacher Eigenschaft. Er hat für jedes ggf. eine Firma zu führen. Sie kann zwar für die mehreren Unternehmungen dieselbe sein. Einheitlichkeit der Firma bedeutet dann aber nicht etwa Einheitlichkeit des Unternehmens. Dies ist wichtig für die Zurechenbarkeit eines getätigten Rechtsgeschäftes als zum Betrieb des einen oder des anderen Handelsgeschäfts gehörig (§§ 343, 344 HGB) und ist auch im Hinblick auf die Pflicht zur getrennten kaufmännischen Buchführung nach §§ 38 ff zu beachten. Betreibt ein Unternehmer neben dem Handelsgeschäft ein Gewerbe, das nicht Handelsgewerbe ist, so ist er insoweit Nichtkaufmann, und es kommen auf den Gewerbebetrieb die Vorschriften des Ersten Buches des HGB, die sich auf das kaufmännische Unternehmen und das Personal beziehen, nicht zur Anwendung. Werden jedoch auf den nichtkaufmännischen Gewerbebetrieb bezogene Geschäfte unter der Handelsfirma abgeschlossen, so greifen die §§ 343, 344 Platz, die dazu führen können, daß diese Geschäfte als zum Bereich des Handelsbetriebes gehörig angesehen werden. Betreiben dieselben Personen in personengesellschaftlichem Zusammenschluß sowohl ein Handelsgeschäft als auch ein davon getrenntes nichtkaufmännisches Gewerbe, so sind sie in bezug auf das erstere oHG, in bezug auf das letztere Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Zurechnung der mit Dritten geschlossenen Verträge unterliegt wiederum den §§ 343, 344; es greifen modifizierend die Grundsätze des Scheinkaufmannes ein (Anh. § 5), durch welche auch die Beweisführung aus § 344 ausgeschlossen sein kann.

Eine **Handelsgesellschaft** dagegen kann unter ihrer Firma **nicht mehrere selbständige Handelsunternehmen** betreiben. Sie kann sich nicht vervielfachen, da sie, anders als der Einzelkaufmann, nur unter dieser ihrer einen Firma existent und begreifbar ist, die allein ihre Identität verkörpert. Wollte sie diese ihre Firma für mehrere selbständige Unternehmen führen, würde das Verwirrung stiften, zumal sie dann im Handelsregister an mehreren Stellen mit Hauptsitz erscheinen müßte. Will sie sich ein anderes Unternehmen angliedern, so ist das (entweder durch Verselbständigung in der Rechtsform einer — beteiligungsgleichen — Handelsgesellschaft, sonst) nur in Form der Zweigniederlassung zum Stammunternehmen möglich (BGHZ 67 186 mit weiteren Nachweisungen).

Von getrennten Gewerbebetrieben ist der **gemischte Gewerbebetrieb** zu unterscheiden, der einen einheitlichen Organismus mit einheitlicher Buchführung aufweist, aber verschiedenartige Bestandteile enthält. Ein Beispiel bei OVG Münster DVBl. 1956 456 (Brotfabrik und Lebensmittel-Einzelhandel; die Entscheidung selbst betraf gewerberechtliche Fragen). Beim Fabrikanten spielt die Mischung des technischen und des kaufmännischen Bestandteils seines Unternehmens für die Kaufmannseigenschaft des

Inhabers keine Rolle, weil nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 die Be- oder Verarbeitung der angeschafften Ware an dem handlungsgewerblichen Charakter des ganzen Unternehmens nichts ändert; wohl aber ist sie von Bedeutung für die Scheidung seiner Angestellten in Handlungs- und Gewerbegehilfen (ROHG 11 387), für welche letztere die Gewerbeordnung gilt. Im übrigen macht ein kaufmännischer Bestandteil das ganze Unternehmen zum Handelsgewerbe, ein vollkaufmännischer macht es zum Vollhandelsgewerbe, ein grundhandlungsgewerblicher zum Grundhandelsgewerbe. So ist ein Fabrikant, der sich eigene Erz- oder Kohlengruben hält, auch für deren Betrieb Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 1, nicht erst durch Eintragung nach § 2. Ebenso ein Maurermeister, der ein Baugeschäft verbunden mit Baumaterialienhandlung, Kohlenhandel und Tankstelle betreibt (LG Flensburg BB 1961 1025).

Zu unterscheiden hiervon sind die Fälle, in denen ein gewerbetreibender Nichtkaufmann Handelsgeschäfte für seinen Betrieb tätigt, die für sich betrachtet Grundhandelsgeschäfte sein könnten, aber im Vergleich zum Kern der gewerblichen Betätigung nur **nachrangige Bedeutung** haben. Der Umänderungsschneider — reiner Lohnhandwerker nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 —, der Zwirn und Knöpfe einkauft, wird dadurch nicht zum Kaufmann, ebensowenig wie der Inhaber eines kleinen und deshalb nicht eingetragenen Beherbergungsbetriebes (Hotel garni), der eine Restauration nur für seine Gäste unterhält und hierfür Speisen und Getränke einkauft.

**27** Nicht eine Sonderform des Betriebes mehrerer gewerblicher Unternehmen ist das Verhältnis von **Haupt- und Nebengewerbe**. Auch bei ihnen kann das eine Handelsgewerbe sein, das andere nicht. Es handelt sich um zwei selbständige gewerbliche Unternehmungen, aber mit der Besonderheit, daß das zweite mit dem ersten innerlich verbunden ist (RGZ 130 235). Der gesetzliche Anwendungsfall ist der des § 3 Abs. 3. Dort auch das Nähere über das Merkmal der inneren Verbundenheit (§ 3, 8 ff).

**28** c) **Beginn und Ende der Kaufmannseigenschaft.** Der **Beginn der Kaufmannseigenschaft** knüpft an verschiedene, teils genau fixierbare, teils im einzelnen eruierungsbedürftige Tatbestände an. Beim Sollkaufmann des § 2 und beim Kann-Kaufmann des § 3 ist es, sofern — was die Regel; andernfalls: § 2, 16 — der Betrieb schon vorher bestand, die Eintragung im Handelsregister. Eine Vorwirkung für den Sollkaufmann hinsichtlich der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht statuiert § 47 b. Für den Mußkaufmann des § 1 ist der Erwerb der Kaufmannseigenschaft nicht an die Eintragung geknüpft. Sie besteht unabhängig von ihr und beginnt bereits mit dem **ersten Vorbereitungsgeschäft** (BGHZ 10 96), das der demnächstigen Eröffnung des Betriebes die Bahn bereiten soll. Dazu kann gehören: Ankauf der als Grundstock benötigten Ware (RGSt. 27 227), Anmietung eines Ladenlokals, Beschaffung von Geschäftsinventar, Verträge mit dem einzustellenden Personal — auf den jeweils ersten Vertrag dieser Art ist abzustellen —; das Reichsgericht hat auch den auf den Erwerb des ganzen Betriebs gerichteten Vertrag als Vorbereitungsgeschäft angesehen (JW 1908 206<sup>27</sup>). Nicht zu den Vorbereitungsgeschäften dürfte jedoch die Inauftraggabe einer Marktanalyse gehören, die erst die Entschließung ermöglichen soll, ob überhaupt ein Betrieb eröffnet werden soll. Statt von Vorbereitungsgeschäften sollte man besser von Ingangsetzungsgeschäften sprechen. Beim Sollkaufmann und beim Kann-Kaufmann rechtfertigen bereits Ingangsetzungsgeschäfte solcher Art die Eintragung und mit ihr den Erwerb der Kaufmannseigenschaft (§ 2, 17, § 3, 18).

Eine ähnliche Unterscheidung spiegelt sich im Bereich der **Handelsgesellschaften**. Für die oHG/KG vgl. hierzu § 123. Bei den juristischen Personen unter den Handelsgesellschaften und den eingetragenen Genossenschaften entsteht die Kaufmannseigenschaft mit der Eintragung im Handelsregister bzw. im Genossenschaftsregister (§§ 41

Abs. 1 S. 1, 278 Abs. 3 AktG, § 11 Abs. 1 GmbHG, § 13 GenG). Die Frage, wie weit für ihre Vor-Gesellschaften im Gründungsstadium, die Vor-GmbH und die Vor-AG, die Kaufmannseigenschaft auch schon vor demnächstiger Eintragung entstehen könne, ist streitig. Eine überwiegende Auffassung im Schrifttum bejaht dies, jedenfalls für den Fall der Sachgründung mit Einbringung eines bestehenden Handelsgeschäfts, welches durch die Vorgesellschaft, d. h. durch deren Organe und für Rechnung der künftigen Gesellschaft weitergeführt wird (*Hachenburg/P. Ulmer GmbHG*<sup>7</sup> § 11, 50; *Ballerstedt ZHR* 127 [1965], 92 ff, 102; *Kraft* in *Kölner Komm. z. AktG* § 1, 34; *Flume Festschrift Geßler* [1970] S. 3 ff, 36; *Rittner Die werdende juristische Person* [1973] S. 359; *K. Schmidt JZ* 1973 299 ff, 303, 304; einschränkend *Schnorr v. Carolsfeld DNotZ* 1963 410 Fn. 29 auf den Fall der grundhandelsgewerblichen Betätigung; *a. M. Barz* in *Großkomm z. AktG*<sup>3</sup> § 29, 9 — allerdings unter Bejahung der Buchführungspflicht —). Die Rechtsprechung hat bisher noch nicht Stellung genommen; die vielzitierte Entscheidung BGHSt. 3 23, 26 hat zwar die Pflicht der GmbH-Vorgesellschaft zur kaufmännischen Buchführung bejaht, aber unter ausdrücklicher Billigung der Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach die Vorgesellschaft als OHG anzusehen sei. — Die Vordatierung der Kaufmannseigenschaft ist für den Fall der Einbringung und interimistischen Fortführung eines Handelsgeschäfts durch die Vorgesellschaft wohl unausweichlich. Die Vorgesellschaft kann dann Prokura und Handlungsvollmacht erteilen (*Hachenburg/P. Ulmer, Rittner aaO*; verneinend für die Prokuraerteilung *Schnorr v. Carolsfeld aaO*, da diese auf einen eingetragenen Kaufmann zurückgehe); auch eine Firma kann geführt werden (*Hachenburg/P. Ulmer aaO*), wenn sie durch entsprechenden Zusatz zu der künftigen Gesellschaftsfirmas das Gründungsstadium als solches ersichtlich macht. Die eigentliche Schwierigkeit liegt darin, daß die Vorgesellschaft mit ihrer Firma nicht eintragungsfähig ist, weil das Gesetz nur die Eintragung bestimmter Typen von Personenvereinigungen im Handelsregister gestattet (*BayObLG NJW* 1965 2254, 2257 sub 4 e a. E.). *Flume aaO* S. 37 folgert aus der Bejahung der Kaufmannseigenschaft zwar konsequent die Pflicht der Anmeldung zum Register, ohne jedoch einen Weg aus dem Dilemma anzubieten (was soll die Anmeldung „zur Eintragung“ — § 29 — bewirken, wenn keine Eintragung erfolgen darf?). *K. Schmidt aaO* S. 304 sieht dem Dilemma offen ins Auge und hält dafür, daß es hingenommen werden müsse. Es gibt dann allerdings Kaufleute — Vollkaufleute —, die aus dem Register rechtens nicht zu ersehen sind. Da es sich um ein bloßes Durchgangsstadium handelt, mag das tragbar sein. Man wird dann freilich die Einschränkung machen müssen, daß ein eingebrachtes Handelsgeschäft einstweilen nur unter der bisherigen Firma und unter Verzicht auf einen die Vorgesellschaft durch ihre eigene Firma kennzeichnenden Nachfolgezusatz fortgeführt werden kann. Unabhängig von der Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft bleibt bei allem, inwieweit nicht jedenfalls die §§ 343 ff auf die geschäftliche Betätigung der Vorgesellschaft analog angewendet werden können. Diese (wohl zu bejahende) Frage ist hier nicht zu vertiefen.

Die Kaufmannseigenschaft **dauert nur so lange**, als ihre sämtlichen Voraussetzungen vorliegen. Das gilt sowohl für Handelsgewerbe nach § 1 wie für solche nach §§ 2 und 3 (vgl. § 2, 19 ff; § 3, 23). Die auf § 1 beruhende Kaufmannseigenschaft **endet** daher mit endgültiger Einstellung des Handelsgewerbes unabhängig von der registerlichen Löschung. Zur Herbeiführung der Löschung besteht nach § 31 Abs. 2 eine Verpflichtung. Solange jedoch die Löschung nicht erfolgt, greift Dritten gegenüber § 15 Abs. 1 Platz. Umgekehrt bedeutet Löschung der eingetragenen Firma ohne Betriebsaufgabe für die Kaufleute nach § 1 Abs. 2 nicht die Beendigung der Kaufmannseigenschaft. Trotz Löschung kann der Betrieb weitergeführt worden sein. Eine Rechtsver-

mung für die Fortdauer des begonnenen Betriebes besteht dann freilich nicht; wer behauptet, daß jemand zu einer gewissen Zeit Kaufmann gewesen sei (vollends: trotz Löschung noch sei), hat es zu beweisen (Bolze 4 Nr. 1230; 13 Nr. 658; RGZ 13 152). Insbesondere kennt das HGB für das Handelsregister keine dem § 891 BGB entsprechende Bestimmung (Näheres: § 5, 5). Wegen des Verlustes der Kaufmannseigenschaft zufolge (auch den Tatsachen widersprechender) Löschung in den Fällen der konstitutiven Eintragungswirkung nach §§ 2, 3 s. d. Erläuterungen zu § 2 (Rdn. 21) und § 3 (Rdn. 23, 32).

- 30** Als **Beendigung des Gewerbebetriebes** ist es **noch nicht** anzusehen, wenn zeitweilig keine Geschäfte gemacht werden (RGZ 130 235; BayObLG JW 1929 674; KG das. 1059). **Saisonbetriebe**, die während der Saison vollkaufmännischen Charakter haben, haben diesen ein für alle Male. Sie verlieren ihn nicht etwa während der Nichtsaison, wenn dann der Betrieb eingeschränkt wird oder zum Ruhen kommt (LG Lübeck BB 1964 1192 [Gaststättenbetrieb]; AG Wyk auf Föhr BB 1958 891 [Hotelunternehmen; allerdings anscheinend ein Grundhandelsgewerbe unterstellend und insofern nicht unbedenklich, vgl. Rdn. 26, 66]). Aber auch sonst gilt: Bestehen noch die Grundlagen des Geschäfts, werden namentlich die Beziehungen zur Kundschaft noch aufrecht erhalten, so ist selbst in dem Verlust der Betriebsmittel, der zur **einstweiligen Stilllegung** des Betriebes nötigt, noch keine endgültige Aufgabe des Betriebes zu sehen (BGHZ 32 312 [Sperrung gem. MRGes. 52; Interimsverpachtung durch Treuhänder]; RGZ 110 425; BayObLG OLGE 38 7). Selbst während der zwecks Auflösung des Betriebes vorgenommenen **Abwicklung** bleibt die Kaufmannseigenschaft des Inhabers bis zur wirklichen Beendigung unverändert. Auch die Abwicklung ist noch Gewerbebetrieb; die Gewinnabsicht erscheint hier als Absicht der günstigen Verwertung des Vorhandenen, die Erwerbsquelle versiegt erst mit der Einstellung des Betriebes. Ebenso wie die Vorbereitungsgeschäfte schon zum Gewerbebetriebe gehören. (Rdn. 28), gehören die Abwicklungsgeschäfte noch dazu (RG JW 1903 643). Erst der letzte der Abwicklungsakte führt das Erlöschen der Kaufmannseigenschaft herbei. Der auf Veräußerung des gesamten Unternehmens gerichtete Vertrag ist der letzte Geschäftsvorfall dann, wenn er mit der Veräußerung selbst zusammenfällt; ist es erst einige Zeit nach Vertragschluß zu übergeben und wird es bis dahin von dem Veräußerer fortgeführt, so bleibt der Veräußerer Kaufmann bis zur Übergabe (RG JW 1899 494<sup>32</sup>). Entsprechendes gilt für den Fall der Nießbrauchsbestellung oder Verpachtung; mit der Übernahme des Betriebes durch den Nießbraucher oder Pächter endigt die Kaufmannseigenschaft des Bestellers oder Verpächters, die des Nießbrauchers oder Pächters beginnt. Für die Handelsgesellschaften gilt Entsprechendes. Auch sie bestehen im Stadium der an die Auflösung sich anschließenden, gesetzlich geordneten Liquidation als solche mit unveränderter Kaufmannseigenschaft fort (RG HRR 1932 Nr. 1482). Sie erlöschen, und damit ihre Kaufmannseigenschaft, erst mit der Beendigung der Liquidation (§§ 157 HGB, 273 AktG, 74 GmbHG, 93 GenG). Muß bei den Personenhandelsgesellschaften nach Löschung die Liquidation wieder aufgenommen werden, weil sich nachträglich noch Vermögen herausstellt, so besteht, wenn das Unternehmen ein Grundhandelsgeschäft betrieben hatte, die Kaufmannseigenschaft insoweit fort.

- 31** Die **Eröffnung des Konkurses** über das Vermögen eines Einzelkaufmanns beendet seine Kaufmannseigenschaft für das von ihm bis dahin betriebene Handelsgeschäft nicht. Selbst wenn der Konkursverwalter das Geschäft nicht fortführt (§§ 129 Abs. 2, 130 Abs. 2 KO), wird es durch den Konkurs abgewickelt. Das Gegenteil wurde früher angenommen: RG JW 1902 186; *Lehmann/Ring* 34; *Josef LZ* 1909 833; diese Ansicht ist aber heute überholt (vgl. *Jaeger/Henckel KO*<sup>9</sup> § 6, 52 m. Nachw.). Der Gemein-

schuldner bleibt vielmehr Kaufmann, wenn auch mit Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, einer Entziehung, die möglicherweise nur vorübergehend ist. Der Konkursverwalter übt zwar nach § 6 Abs. 2 KO das Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus. Aber es ist doch das der Ausübung nach auf ihn übergegangene Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners, und zwar das eines Kaufmannes, der abwickelnd (noch) ein Handelsgewerbe betreibt. Die Verwaltungs- und Verfügungsgeschäfte des Konkursverwalters sind daher ebenso Handelsgeschäfte, wie sie es wären, wenn der Gemeinschuldner sie vornähme. Dem entspricht es auch, daß die Handelsgesellschaften, obwohl sie durch den Konkurs „aufgelöst“ werden, dennoch bis zur Beendigung des Konkurses Handelsgesellschaften bleiben, und daß sie ihre Fortsetzung beschließen können, wenn das Konkursverfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag der Gesellschaft eingestellt worden ist (§ 144 HGB; § 274 Abs. 2 AktG; § 60 Nr. 4 GmbHG).

d) „Zweistufiges“ Betreiben: Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter einer oHG/KG

#### Schrifttum

*Landwehr* Die Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschafter JZ 1967 198; *Lieb* Zur Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter von KG und OHG DB 1967 759; *Wagner, Hans-Dieter* Die Kaufmannseigenschaft des OHG-Gesellschafters Dissertation Köln 1969

Die juristischen Personen unter den Handelsgesellschaften haben die Kaufmannseigenschaft nur für sich selbst; ihre Mitglieder — Aktionäre, Gesellschafter der GmbH (BGHZ 5 133, 134), Genossen bei der eG — sind nicht Kaufleute. Anders kann es liegen bei den personenrechtlich organisierten, der oHG und der KG. Sie sind Gesamthandschaften der in ihnen zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsunternehmens zusammengeschlossenen Einzelnen. Zwar haben auch diese Zusammenschlüsse als Handelsgesellschaften selbständig Kaufmannseigenschaft. Die Frage ist jedoch, inwieweit damit — und daneben — auch ihre gesamthänderischen Träger je für ihre Person Kaufleute sind. 32

Für die oHG und die persönlich haftenden Gesellschafter der KG wird das von der bis heute herrschenden Meinung angenommen (*Schlegelberger/Hildebrandt* 21; *Schlegelberger/Gesler* § 105, 29 und § 161, 27; *Ehrenberg* Handbuch II S. 72; *A. Hueck* Recht der OHG § 3 III S. 27; *Ballerstedt* JuS 1963 259; Nachweisung der älteren Literatur bei *Landwehr* S. 108 Fn. 2; aus der Rechtsprechung: BGHZ 34 293, 296; 45 282, 284). Die Frage ist seit der Voraufgabe erneut in die Diskussion geraten; kritische Stimmen (*Landwehr, Lieb*) haben sie verneint. *P. Ulmer* (in den Erläuterungen zu § 105, auf die insoweit verwiesen sei) hält sie aus jüngster gesellschaftsrechtlicher Sicht für im wesentlichen überholt. Da sie jedoch auf zwei Ebenen spielt, soll im folgenden noch der Versuch gemacht werden, die auf der kaufmannsstandschäftlichen, und dort nicht zuletzt für die praktischen Konsequenzen, bisher gebrachten Argumente pro et contra darzustellen und abzuwägen.

Ihre Beantwortung hängt ab von der Vorfrage, wer bei einer Personenhandelsgesellschaft das Unternehmen „betreibt“. Nach dem Gesetz (§ 6 in Verbindung mit § 1 Abs. 1) ist Betreibender die Gesellschaft. Doch schon § 124 Abs. 1 ist Ausdruck der Besonderheit, die darin liegt, daß hier dem gesamthänderischen Zusammenschluß einzelner die rechtliche Eigenschaft einer quasi-Person verliehen wird, obwohl sie gerade nicht (juristische) Person ist. Die Teilnehmer des Zusammenschlusses bleiben stets sichtbar: bis hinein in das Handelsregister und bis hinein in die Firma, die aus den personalen Bestandteilen ihrer (wenngleich nicht notwendig aller ihrer) Namen gebildet sein muß. Weder aus § 6, am wenigsten aus § 124 Abs. 1 läßt sich der Schluß ziehen,

die Kaufmannseigenschaft komme der Gesellschaft unter Ausschluß der Gesellschafter zu. Die Gesellschafter sind Träger des in ihrem Unternehmen arbeitenden Vermögens. Jeder Gesellschafter, der die Gesellschaft vertritt, handelt unter der gemeinschaftlichen Firma so, daß sein Handeln nicht nur die Gesellschaft, sondern ihn selbst und alle Mitgesellschafter auch persönlich verpflichtet (§ 128). Das persönliche Verpflichtetwerden aus den Geschäftsverbindlichkeiten aber ist das Merkmal des Kaufmanns (so richtig *Gierke/Sandrock* § 6 II 4 b α S. 113). Es ist deshalb für den Gesellschafter der oHG und den Vollhafter der KG nur der Form nach ein zusätzliches dictum des Gesetzes, in der Sache Ausdruck ursprünglicher, aus der Gemeinschaftlichkeit des unternehmerischen Zusammenschlusses sich ergebender Kaufmannsqualität; die persönliche Haftung bleibt folgerichtig, wie beim Einzelkaufmann nach Aufgabe des Betriebs, so auch hier über das Ausscheiden aus der Gesellschaft hinaus erhalten (arg. § 159). Der **Gesellschafter der oHG, der persönlich haftende Gesellschafter der KG**; beide sind **Kaufmann**, ungeachtet der Kaufmannseigenschaft ihrer Gesellschaft. Die Kaufmannseigenschaft und das Betreiben des Unternehmens in Kaufmannseigenschaft sind gleichsam zweistufig.

- 33** Freilich: Die Gesellschafter sind je Kaufmann nicht im vollen Sinne des Einzelkaufmanns. Die bekannte *Thölsche* Formel: „Kaufmann, nicht Einzelkaufmann“ (Handelsrecht<sup>6</sup> [1879] S. 141) bringt das treffend zum Ausdruck. Sie sind Kaufmann nur in Bezug auf die kaufmännische Sphäre ihrer Gesellschaft, **Gesellschafter-Kaufmann**. Insoweit sind sie es (alle, in Person, nicht nur die die Gesellschaft vertretenden), die die erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister zu bewirken haben (§ 108), die im Handelsregister eingetragen werden und die die Bilanzen unterzeichnen müssen (§ 41 S. 2). Jenseits der Gesellschaftssphäre beginnt für jeden der Gesellschafter sein Privatbereich; seine Kaufmannseigenschaft unterscheidet sich von derjenigen der Gesellschaft kennzeichnend in diesem Punkt: die Gesellschaft hat keine Privatsphäre. Beim Gesellschafter sind kaufmännische und private Sphäre nach § 344 abzugrenzen. Übernimmt der Gesellschafter zur Verstärkung der (auch ihn über § 128 treffenden) Verpflichtung seiner Gesellschaft eine Vertragsstrafe, so kann er, wenn sie überhöht ist, keine Herabsetzung nach § 343 BGB verlangen (§ 348 HGB); die Übernahme der Vertragsstrafe gehört zu seiner gesellschafterlich-kaufmännischen Sphäre; daß er die Kaufmannseigenschaft seiner Gesellschaft teilt, hat der BGH in NJW 1960 852 ausgesprochen. Zur gesellschafterlichen Sphäre gehört insbesondere der Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Es handelt sich um ein Vorbereitungsgeschäft (Rdn. 28), welches der Ingangsetzung des in Aussicht genommenen kaufmännischen Betriebes dient, und läßt damit die Kaufmannseigenschaft der dieses Vorbereitungsgeschäft tätigen Personen beginnen (streitig; wie hier: *A. Hueck* Recht der OHG<sup>4</sup> § 3 III Fn. 9; *Rob. Fischer* Anm. 60 a zu § 105 in der Voraufgabe mit Nachweis des Meinungsstandes). Das hat Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 1027 Abs. 2 ZPO. Eine vereinbarte Schiedsklausel kann in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden und bedarf keiner besonderen Urkunde. Hinwiederum unterwirft der Umstand, daß die Gesellschafter auch für ihre Person (überhaupt) Kaufleute sind, sie denjenigen Vorschriften außerhalb des HGB, die auf die Kaufmannschaft als solche abstellen. Sie sind kraft ihrer Eintragung börsenterminfähig nach § 53 Abs. 1 S. 1 BörsG auch für solche Geschäfte, die sie im eigenen Namen außerhalb des Betriebs der Gesellschaft vornehmen (OLG Düsseldorf BankArchiv 13 259). Sie können im privaten Bereich einen beliebigen Erfüllungsort vertraglich vereinbaren (§ 29 Abs. 2 ZPO) und den Gerichtsstand im voraus prorogieren (§ 38 Abs. 1 ZPO). Denn im Gegensatz zu § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG stellen §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO nicht darauf ab, daß es sich um ein Han-

delsgeschäft des jeweils vom Gesetz als Kaufmann Angesprochenen handeln müsse (Vor § 1, 55). — Für § 8 AbzG liegen die Dinge noch besonders. Hier wird gefordert, daß der Abzahlungskäufer, der den Schutz des Gesetzes soll entbehren müssen, als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Zwar wird auch der Gesellschafter in dieser seiner Eigenschaft und damit als Kaufmann (der er ist) im Handelsregister vermerkt. Doch bleibt ein Unterschied: § 8 AbzG steht, wenn er den eingetragenen Kaufmann ohne Beschränkung auf seine kaufmännische Sphäre ergreift, im Spannungsfeld des § 344. Der Abzahlungsverkäufer soll beim Verkauf von Ware an einen eingetragenen Kaufmann auf Abzahlung, d. h. auf Kredit, nicht untersuchen und im Prozeß den Beweis gewärtigen müssen, der Kauf sei für die private Sphäre erfolgt. Sinn hat das für den Einzelkaufmann. Seine Kaufmannseigenschaft ist „allgegenwärtig“ und Grundelement des Vertrauens, das er als Person mit seinem Auftreten im geschäftlichen Verkehr erwartet und beansprucht. Der Gesellschafter ist dagegen von vornherein nur Kaufmann in Angelegenheiten seiner Gesellschaft und nimmt auch nur dies im geschäftlichen Verkehr in Anspruch. Für Abzahlungskäufe seiner Gesellschaft hat er nach § 128 einzustehen. Seine privaten Käufe werden von der Reichweite des § 8 AbzG nicht erfaßt, weil seine Eintragung nicht eine Kaufmannseigenschaft schlechthin, sondern nur eine solche in Angelegenheiten der Gesellschaft bezeugt. Die Gegenmeinung bei *Ehrenberg* Handbuch II, 72 wird nicht näher, und in der Entscheidung KG JW 1930 3778<sup>1</sup> nur kurz und formal begründet.

Es versteht sich, daß die Kaufmannseigenschaft der **Gesellschafter bei der soll- und 34**  
**der kann-kaufmännischen oHG/KG** nicht früher als mit deren Eintragung im Register beginnen kann. Hier bedingen deshalb auch Vorbereitungsgeschäfte keine andere Beurteilung (Rdn. 28). Bis zur Eintragung bilden die Gesellschafter eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Gesellschaftsvertrag kann eine rechtsgültige Schiedsklausel nicht in sich aufnehmen; eine solche müßte in besonderer Urkunde vereinbart sein. In eine spätere, der Eintragung nachfolgende Abänderung des Gesellschaftsvertrages könnte sie allerdings aufgenommen werden, weil dann die Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter begründet ist; diese Differenzierung ist unausweichlich.

Sehr viel streitiger ist die **Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.**

**35**

Sie wird von zahlreichen Autoren des Schrifttums verneint (*Schlegelberger/Hildebrandt* 22; *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> § 161, 2 B; *Düringer/Hachenburg* 5; *Ehrenberg* Handbuch II, 74; weitere Nachweisungen bei *Landwehr* S. 109 Fn. 5).

Dem hat sich der Bundesgerichtshof in BGHZ 45 282 angeschlossen. Wer, wie *Landwehr* JZ 1967 198 und *Lieb* DB 1967 759 bereits die Kaufmannseigenschaft des persönlich haftenden Gesellschafters der oHG/KG verneint, muß sie folgerichtig auch dem Kommanditisten absprechen.

*Landwehr* und *Lieb* ist darin zuzustimmen, daß die Begründung des BGH in keinem Punkt überzeugt. Daß das Unternehmen der KG nicht (mit) im Namen des Kommanditisten geführt werde, ist nicht schon damit zu begründen, daß der Name in der Gestaltung der Firma nicht erscheinen darf (§ 19 Abs. 4). Dasselbe Argument ließe sich für den persönlich haftenden (Mit-)Gesellschafter verwenden, bei dem die Aufnahme seines Namens in die Firma durch vertragliche Abrede ausgeschlossen worden ist und dessen Namen daher ebensowenig in der Firma erscheint. Die Firma, unter der für alle gehandelt wird, bleibt gleichwohl eine gemeinsame. Die Beschränkung der Haftung

<sup>1</sup> Eine vierte Erscheinungsform, die Gesamthand unter Miturhebern einer geistigen Schöpfung

nach § 8 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 UrhG, bleibt für unsere Zusammenhänge außer Betracht.

des Kommanditisten entscheidet ebenfalls nicht. Derjenige, der das Unternehmen rechtens „betreibt“, braucht nicht einmal das Risiko zu tragen (Rdn. 22), erst recht nicht das volle Risiko, und bis zur Eintragung der Gesellschaft oder seiner eigenen Eintragung als hinzutretender Kommanditist haftet dieser nach Maßgabe des § 176 ohnehin unbeschränkt persönlich, sogar noch später bis zur Leistung seiner Einlage. Daß seine Kaufmannseigenschaft insoweit zeitlich beschränkt solle bestehen können, ist nicht wohl anzunehmen. Daß der Kommanditist von der Vertretung der Gesellschaft zwingend ausgeschlossen ist (§ 170), kann deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil auch sonst der Inhaber des Unternehmens von dessen Vertretung zwingend ausgeschlossen sein kann (Geschäftsunfähiger, Geschäftsbeschränkter, Gemeinschuldner). Das Fehlen des Wettbewerbsverbotes ist nur der Ausdruck einer eingeschränkten Treuepflicht: wer (als persönlich haftender Gesellschafter) dem Kommanditisten über die Führung der Geschäfte nur die magere Rechenschaft des § 166 schuldet, kann nicht verlangen, daß der Kommanditist bei seiner eigenen Betätigung wettbewerbliche Rücksichten gegenüber der Gesellschaft übt, deren Geboten-sein er nicht einmal voll zu übersehen in den Stand gesetzt wird.

Demgegenüber sollte entscheidend sein: Der Kommanditist ist gesamthänderischer **Mitträger des Unternehmens**. Bei allen Änderungen der vertraglichen Grundlage der Gesellschaft ist er mitwirkend notwendig beteiligt. Auch für ihn wird unter der Firma der Gesellschaft mit gehandelt, mit der Wirkung, daß er an dem geschäftlichen Risiko seiner Gesellschaft unter Gefahr des Verlustes seiner Einlage beteiligt ist. Er hat die Anmeldungen zum Handelsregister mit zu bewirken und wird im Handelsregister als Mitträger des Unternehmens ersichtlich gemacht, wenn auch eine öffentliche Bekanntmachung seiner Person unterbleibt. Darauf, ob die Verkehrsanschauung ihn als „Inhaber“ oder „Prinzipal“ ansieht oder nicht (verneinend RGSt. 69 65, 69), kann es nicht ankommen; eine Verkehrsanschauung gegen das Register wäre unbeachtlich. Die Formulierung des Reichsgerichts, „der Geschäftsbetrieb bleibe für den Kommanditisten trotz seiner Beteiligung ein fremder“ (HRR 1934 Nr. 143), wird der Wirklichkeit noch weniger gerecht — allenfalls der der Masse der Kommanditisten in der sog. Publikums-KG. Man mag den Kommanditisten als einen „bleichsüchtigen Kaufmann“ (*J. v. Gierke* in der 3. Aufl. seines Lehrbuchs S. 219) ansehen. Aber Kaufmannseigenschaft hat er gleichwohl. Sie ihm abzuerkennen, hieße seinen Status von dem des persönlich haftenden Mitgesellschafter so weit abrücken, daß er in dieser Beziehung sich kaum noch über den stillen Gesellschafter erhöhe. An der Auffassung der Voraufgabe (Anm. 18 zu § 1) muß deshalb nach allem festgehalten werden. Wie hier: *Ballerstedt* JuS 1963 259 und das OVG Münster BB 1962 541 (die Entscheidung ist zwar zu § 35 GewO ergangen — Kommanditist als „Gewerbetreibender“ —, tendiert im übrigen aber deutlich auch zur Bejahung seiner Kaufmannseigenschaft).

- 36** Daß der Kommanditist nur mit den gleichen Einschränkungen wie der persönlich haftende Gesellschafter (Rdn. 33) Kaufmannseigenschaft hat, bedarf keiner Betonung. Wenn er Kaufmann ist, dann unter **Begrenzung auf die gesellschaftlerliche Sphäre**, d. h. soweit er in dieser sich mit den Rechten und Pflichten eines Gesellschafters bewegen kann (so auch *Schilling* in der Voraufgabe Anm. 11 zu § 161; *A. Hueck* Gesellschaftsrecht § 19 II 2 und *Schlegelberger/Gesler*<sup>A</sup> § 161, 27); insoweit freilich mit allen Konsequenzen. *Schilling* aaO bringt das Beispiel eines Schuldanerkenntnisses, das der Kommanditist gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger für seine Haftung in Höhe seiner noch rückständigen Einlage abgibt: es ist nach § 350 formfrei. Seine nach dem Gesellschaftervertrag bestehende Pflicht zur Erbringung einer Sacheinlage untersteht den Regeln des Handelskaufs, namentlich (wegen § 493 BGB) den §§ 377, 378, 381 Abs. 1.

Vor allem kann eine Schiedsklausel in den Gesellschaftervertrag unter Inanspruchnahme des Privilegs des § 1027 Abs. 2 ZPO rechtsgültig aufgenommen werden — an dieser Folgerung hat sich der Streit um die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten immer wieder entzündet; er hat auch der obigen Entscheidung des BGH zugrunde gelegen —; vgl. Rdn. 33. Aus § 95 Abs. 1 Nr. 1 in der Gegenüberstellung mit Nr. 4 Buchst. a GVG kann entgegen *Landwehr* JZ 1967 204 kein Gegenargument gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten hergeleitet werden. Nr. 4 a ist auch angesichts der Nr. 1 nicht überflüssig, weil die dort genannten Streitigkeiten auch solche aus gesetzlichen Tatbeständen des gesellschaftlichen Rechtsverhältnisses (Abschichtung!) entstehen können. Die privilegia odiosa der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO (Rdn. 33; Vor § 1, 55) gelten dann aber auch für den Kommanditisten.

## 6. Sonderfälle des Betreibens durch eine Gesamthand bürgerlichen Rechts

### Schrifttum

*Armbruster* Die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts, Dissertation Tübingen 1965; *Beck* Der Betrieb eines Handelsgewerbes in Gütergemeinschaft DNotZ 1962 348; *Buchwald* Der Betrieb eines Handelsgewerbes in Erben- oder Gütergemeinschaft BB 1962 1405; *Rob. Fischer* Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft? ZHR 144 (1980), 1; *Goldstein* Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts, Diss. Köln 1972; *Lion* Der Übergang des einzelkaufmännischen Handelsgeschäfts auf mehrere Erben LZ 1925 842; *K. Schmidt* Zur „Kaufmannsfähigkeit“ von Gesamthandsgemeinschaften JZ 1973 299; *Sobich* Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft, Diss. Kiel 1974; *M. Wolf* Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft AcP 181 (1981) 480

a) **Allgemeines und Gemeinsames.** Das HGB kennt als gesamthänderische Zusammen- **37**  
schlüsse mehrerer Einzelpersonen zum Betrieb eines Handelsgeschäfts die oHG und die KG; es legt dem Zusammenschluß als solchem Kaufmannseigenschaft bei. Das bürgerliche Recht kennt als **Gebilde der Gesamthand**: die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die eheliche Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft<sup>1</sup>. Alle drei sind auf der Grundlage eines gesamthänderisch gebundenen Vermögens modelliert. Die erste — Gesamthand am Gesellschaftsvermögen — entsteht durch Vertrag, die zweite — Gesamthand am ehelichen Gesamtgut — entsteht kraft Gesetzes, aber als Folge eines Vertrages (des auf Begründung der Gütergemeinschaft gerichteten Ehevertrages). Die dritte — Gesamthand am Nachlaß — entsteht ausschließlich kraft Gesetzes durch den Erbfall.

In allen diesen Fällen kann zu dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen ein **38**  
Handelsgeschäft gehören. Bei **Gesellschaften bürgerlichen Rechts** ist das nach § 4 Abs. 2, 105, 161 nur denkbar, wenn es sich um einen minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb handelt. In der Lehre wird als Parallelerscheinung zur GbR auch die Vorgesellschaft im Gründungsstadium einer AG/GmbH dem Formenkreis der Gesamthand zugeordnet (*Hachenburg/P. Ulmer* GmbHG<sup>7</sup> § 11, 49); da ihre Kaufmannseigenschaft unter dem Gesichtspunkt der Sachgründung mit Einbringung eines Handelsgeschäfts bereits oben Rdn. 28 erörtert worden ist, scheidet sie für die nachfolgenden Betrachtungen aus. In der **ehelichen Gütergemeinschaft** gehört das Handelsgeschäft zum Gesamtgut, wenn es durch einen der Ehegatten in die Ehe eingebracht ist oder während des Güterstandes erworben und nicht Vorbehaltsgut wird (§ 1418 BGB). In unserem Zusammenhang kommt freilich nur der Fall in Betracht, daß beide Eheleute das Gesamtgut verwalten (§§ 1450 ff BGB) und das zum Gesamtgut gehörige Handelsgeschäft demgemäß gemeinsam führen, da bei Verwaltung des Gesamtguts

oder selbständigem Betrieb des Handelsgeschäfts durch einen der Ehegatten nur dieser der Kaufmann ist (Rdn. 22; Vor § 1, 26). Die **Erbengemeinschaft** endlich kann ein Handelsgeschäft nur als Bestandteil des überkommenen Nachlasses haben und bis zur Auseinandersetzung über den Nachlaß fortführen. Ein neues mit Nachlaßmitteln zu begründen oder ein bestehendes unter Einsatz von Nachlaßmitteln zu erwerben mit der Wirkung, daß es wieder Nachlaßbestandteil werde, ist ihr versagt (KG JFG 9 111, 112).

- 39 In neuerer Zeit ist — eine spiegelverkehrte Problematik zu der in Rdn. 32 bei der oHG/KG behandelten — die Kontroverse darüber aufgekommen, wer bei solchen gesamthänderisch betriebenen Handelsgeschäften **der Kaufmann** sei, und insbesondere, ob der Gesamthand als solcher Kaufmannseigenschaft zukomme. Die ehemals herrschende Meinung lehnt letzteres ab. Kaufmannsfähigkeit könne außer natürlichen nur juristischen Personen und den Personenhandelsgesellschaften des HGB eignen; sie sei wesentlich an die Rechtsfähigkeit, bei den Personenhandelsgesellschaften an deren als erweitert zu denkende Rechtsfähigkeit gebunden (so *Schlegelberger/Hildebrandt* 6); das entspreche auch dem Gebot der Rechtssicherheit (*Gierke/Sandrock* § 6 II b S. 117).

Überzeugen will das kaum. Was Rechtsfähigkeit ist, wird im Gesetz vorausgesetzt, aber nicht definiert. Es handelt sich um eine Kategorie der Rechtswissenschaft, die — jenseits der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen — nicht einmal an vor-rechtliche Gegebenheiten anknüpfen kann; sie steht zur Disposition wissenschaftlicher Begriffsbildung. Von da her ist insbesondere die Denkmöglichkeit einer **Teilrechtsfähigkeit** nicht ausgeschlossen. Diese wiederum hat sich an den Zwecken zu orientieren, um dererwillen die Zubilligung einer solchen Teilrechtsfähigkeit zur sinnvollen Einordnung ihrer Träger in das Rechtsleben hilfreich sein kann. Den Begriff der Teilrechtsfähigkeit hat *Fabricius* (Relativität der Rechtsfähigkeit [1963] S. 111 ff) in die Diskussion eingeführt. Er hat sie für alle in Rdn. 37 genannten gesamthandschaftlichen Erscheinungsformen bejaht (S. 145 ff, 152 ff, 158); für die GbR ferner *MünchKomm-P. Ulmer* § 714, 6 und in wengleich anderer Terminologie insbesondere *Flume* (FS Harry Westermann S. 120 ff, 123; ZHR 136 [1972] 177 ff) und *Teichmann* (AcP 179 [1979] 475 ff).

- 40 Die Gesamthandslehre in der Breite ihrer Problemstellungen aufzurollen ist hier nicht der Ort. Es geht nur um die Kaufmannsfähigkeit. Das BGB hat — im einzelnen unterschiedlich — die Gesamthand im wesentlichen nur als eine solche an einem Vermögen gesehen. Dagegen hat es die organisationsrechtlichen Elemente so gut wie völlig vernachlässigt und vor allem die haftungsrechtlichen Konstituenten so unterschiedlich geregelt (und im einzelnen nicht einmal immer schlüssig durchgebildet), daß eine einheitliche begriffliche Zusammenschau dieses Rechtsgebildes zunehmend fragwürdig wird. Immerhin ermöglicht der Umstand, daß die Gesamthand in allen oben genannten Erscheinungsformen ein Handelsgeschäft als ihr Vermögen innehaben und betreiben kann, dennoch einige wenige, ihnen gemeinsame handelsrechtliche Wertungen.

Diese haben davon auszugehen, daß die in der Gesamtheit zusammengeschlossenen Gesamthänder das Handelsgeschäft unter einer gemeinsamen Firma, als GbR jedenfalls (anders allerdings *Fabricius* FS Kastner [1972] S. 98) unter einem nach § 16 UWG rechtlich geschützten Namen betreiben. Sie treten im Geschäftsleben als „**kollektive Einheit**“ (*Fabricius*), als „Gruppe“ (*Flume*) auf. Hierfür scheint das Gesetz ihr zwar keine **Organe** zuzuordnen, sondern im Grundsatz von der Gesamtorganschaft, d. h. dem gemeinsamen Handeln aller Mitglieder (arg. §§ 709, 2038 BGB) auszugehen. Doch hat sich aus der für die GbR zugelassenen Bestellung eines Mitglieds zum geschäftsführenden Gesellschafter mit der Befugnis, die übrigen rechtsgeschäftlich zu

vertreten (§§ 710, 714 BGB), längst und gegen den Wortlaut des Gesetzes die Anerkennung echter Organschaft des so bestellten Geschäftsführers für „die Gesellschaft“ entwickelt, die er als solche vertritt (*MünchKomm-P. Ulmer* § 714, 6). Auch der Erbengemeinschaft sind organschaftliche Verhältnisse nicht fremd. Der BGH (BGHZ 30 391, 395) sieht zwar den von den übrigen Mitgliedern mit der Führung des ererbten Handelsgeschäfts beauftragten Miterben noch nicht als Organ der Erbengemeinschaft, sondern als Bevollmächtigten eines jeden der anderen Erben an. Ob sich mit Verfestigung solcher Erscheinungen (OLG Frankfurt/Main BB 1975 1319) nicht doch die Erstreckung organschaftlicher Rechtsgedanken aus dem Recht der GbR nahelegen sollte, wäre ernsthaft zu erwägen. Jedenfalls hat, bei einer Mehrheit von Erben, der Testamentsvollstrecker eine organähnliche Stellung (was bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern, § 2224 BGB, besonders deutlich wird), insofern seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an die Stelle von Beschlüssen, Verwaltungs- und Vollzugshandlungen der Erbengesamtheit tritt, die diese sonst zu tätigen hätte: er ist dabei, auch wenn nicht im Namen der Erben handelnd, neutrale Treuhänderperson in gleicher Weise wie der (u. U. bestellte) Liquidator einer Personenhandelsgesellschaft, der in seinem Aufgabenkreis ebenso als deren Organ tätig wird. Weiter: Die Firma oder, bei der GbR, der geschützte Name des Unternehmens gehört zum Gesellschaftsvermögen als der von den Vermögen der Mitglieder der Gesamthand abgesetzten Vermögensseinheit. Beides kann durch Veräußerung des Unternehmens mit diesem zusammen von der Gesamthand auf einen Rechtsnachfolger übergehen — die Firma mit allen Rechtsfolgen der §§ 22, 25, 26. Daß die Gesamthand als Gruppe neben ihren Mitgliedern steht (*Flume ZHR 136 [1972] 182* für die GbR; neuerdings verallgemeinernd in: *Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts I/1 § 4 S. 50 ff*), zeigt sich nicht zuletzt darin, daß ihre **Zusammensetzung ohne Schaden für ihre Identität** (*Flume FS Harry Westermann S. 127; Korbblum Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften [1972] S. 70*) **wechseln** kann. Bei der Erbengemeinschaft ist das gesetzlich vorgesehene (Veräußerung des Erbanteils, § 2033 BGB). Bei der GbR ist das Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 736 ff BGB) und der Hinzutritt eines neuen durch Vertrag ohnehin jederzeit möglich, wofür sich die juristischen Begriffe der Ab- und Anwachsung (vgl. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB; die Identität bejahend auch *MünchKomm-P. Ulmer* § 714, 6) gebildet haben. In allen diesen Fällen dürfte sogar § 24 HGB entsprechend anwendbar sein. Daß in der ehelichen Zweierbeziehung der Gemeinschaft am Gesamtgut ein Wechsel der Teilhaber nicht denkbar ist, ergibt sich, als Ausnahme, aus der Natur der Sache. Die eheliche Gütergemeinschaft steht auch sonst, da sie nun wirklich keine „Organe“ haben kann, unverkennbar am Rande der hier behandelten Gemeinsamkeiten (wie denn auch das zum Gesamtgut gehörende und in gemeinschaftlicher Verwaltung desselben betriebene Handelsgeschäft in der Praxis nicht vorzukommen pflegt). Ihre bloße Zweigliedrigkeit verweist sie aber aus diesem Bereich noch nicht heraus; auch eine GbR und eine Erbengemeinschaft kann aus zwei Mitgliedern bestehen.

Insgesamt ist nicht zu leugnen, daß die Gesamthand das Zuordnungssubjekt aller **41** auf ihr Vermögen und dessen Verwaltung bezüglichen Rechte und Pflichten ist. Neuerwerb für die Gesamthand tritt kraft Gesetzes ein in die gesamthänderische Bindung; im übrigen gilt Surrogationsprinzip (§§ 718, 2041 BGB, in der ehelichen Gütergemeinschaft schon als Auswirkung von § 1416 Abs. 2 BGB). Aus Rechtsgeschäften für die Gesamthand entstehen in erster Linie Gesamthandsverbindlichkeiten, d. h. solche mit Haftung des gesamthänderischen Vermögens (§§ 1460, 2059 Abs. 2 BGB; für die GbR s. Rdn. 46 und § 736 ZPO). Wieweit daneben eine persönliche Haftung der Gesamt-

händer mit ihrem übrigen Vermögen besteht, wird in Rdn. 46, 48, 51 zu erörtern sein. Insgesamt erscheint die Gesamthand danach als „**Rechtssubjekt mit eigener Handlungsfähigkeit** (Gütergemeinschaft insoweit ausgenommen) und **Rechtzuständigkeit**, eine außer den Personen der Gesamthänder bestehende Wesenheit“ (Flume ZHR 136 188, 189; zustimmend Teichmann AcP 179 480).

**42** Dann aber ist es nur folgerichtig, ihr, der kollektiven Einheit der unter ihr zusammengeschlossenen Gesamthänder, auch in Ansehung eines von ihr betriebenen Handelsgeschäfts die **Kaufmannsfähigkeit** zuzubilligen. Kaufmann ist die Gesamthand daraufhin: im grundhandelsgewerblichen Bereich kraft Gesetzes, voll- oder minderkaufmännisch, die GbR freilich nur minderkaufmännisch, da der personengesellschaftliche Zusammenschluß zum Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens notwendig (§§ 105,161) oHG/KG ist; Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaften daneben als Vollkaufmann auch im soll- und im kann-kaufmännischen Bereich nach Erfüllung der in §§ 2 und 3 aufgestellten allgemeinen Voraussetzungen (für § 3 insbesondere s. dort Rdn. 19). Sie wird als Inhaberin des Unternehmens ausdrücklich bezeichnet in BGH NJW 1951 311, 312 — insoweit in BGHZ 1 65 nicht abgedruckt —. Als solche wird sie, soweit firmenführend, im Handelsregister eingetragen, und zwar mit den Gesamthändern als Teilhabern; über die Gestaltung der Firma, wenn sie nicht übernommen worden, sondern neu zu bilden ist, wird je bei den einzelnen Erscheinungsformen der Gesamthand (Rdn. 47, 51) das Nähere zu sagen sein. Sie ist auch Mitglied der Industrie- und Handelskammer (!) und zu diesem Zweck als „Nichtrechtsfähige Personeneinheit“ in § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern rubriziert. Sie, die Gesamthand, ist, bezogen auf ihr Unternehmen, „der“ Unternehmer, von dem die §§ 2 S. 2, 3 Abs. 2 sprechen, wenn die obligatorischen oder fakultativen Schritte zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft für „das“ Unternehmen einzuleiten sind. Sie ist „der“ Prinzipal der im Betrieb angestellten Handlungsgehilfen (diese haben nicht etwa so viele „Prinzipale“, wie es Gesamthänder gibt). Sie ist „der“ Kommissionär (der Auftrag zur Kommission wird nicht „mehreren“ Kommissionären erteilt), „der“ Frachtführer (es werden nicht mehrere Frachtführer tätig) mit allen hierauf bezüglichen Rechten und Pflichten, etwa in der Gelegenheitskommission (§ 406) oder dem Gelegenheits-Frachtgeschäft (§ 451). Wird in einem gesamthänderisch betriebenen Kommissionsunternehmen oder im Rahmen einer Gelegenheitskommission eines sonstigen gesamthänderisch betriebenen Unternehmens eine nicht zum Betriebsvermögen gehörige bewegliche Sache veräußert, so braucht, um die Wirkung des § 366 zu erzeugen, der gute Glaube des Erwerbers sich nur auf die Veräußerungsbefugnis der Gesamthand zu beziehen, nicht auf die eines jeden der einzelnen Gesamthänder (um deren Person und deren Zahl er sich nicht einmal zu kümmern hat). Die Gesamthand ist „der“ andere, ein Handelsgewerbe betreibende Kaufmann (§ 335), an dessen Unternehmen sich ein stiller Gesellschafter mit einer Einlage beteiligen kann. Sie ist als Kaufmann Partner des mit ihr eingegangenen Kontokorrentverhältnisses. Sie ist für ihren Geschäftsbetrieb der Normadressat des § 362, usf.

**43** Die **Alternative**, die die herrschende Meinung dem entgegenzusetzen vermag, ist denn auch nur die, daß, da die Gesamthand nicht Kaufmannseigenschaft habe, die einzelnen Gesamthänder je Kaufleute seien. Dann also doch notwendig Einzelkaufleute: so in der Tat ausdrücklich *Rob. Fischer* aaO S. 8/9 für die Mitglieder der Erbengemeinschaft. Doch wie sollen sie das können, wo doch die Dispositionsfreiheit unbestritten zu den Merkmalen des Einzelkaufmanns gehört (Rdn. 6), während der Gesamthänder eben dieser Dispositionsfreiheit über das Gesamthandsvermögen enträt? Die Aufspal-

tung der Gesamthand in Einzelkaufleute führt auch sonst zu unannehmbaren Ergebnissen. Man denke an § 8 AbzG. Seine Anwendbarkeit auf die Gesellschafter der oHG und der KG wurde in Rdn. 33, 36 bereits verneint. Daß im Gegensatz hierzu die Gesamtgut-Ehegatten, die Miterben einer Erbengemeinschaft, wenn zu ihrem gesamthänderisch gebundenen Vermögensteil ein im Register eingetragenes Handelsgeschäft gehört, schon deshalb auch für ihre gesamte Privatsphäre des Schutzes des Abzahlungsgesetzes verlustig gehen sollen, nur weil sie (und gerade sie, nicht ihre Gesamthand) Kaufleute seien, wäre schwer erträglich — am allerwenigsten für den Miterben, der bei der Fortführung des Handelsgeschäftes daran gebunden sein kann, daß die Auseinandersetzung über den Nachlaß an einer durch den Erblasser verfügten Sperre (§ 2044 Abs. 1 BGB) oder einfach an der noch fehlenden Auseinandersetzungsreife über den Gesamtnachlaß scheitert. Die gleiche Konsequenz müßte ein Ehegatte nur deshalb auf sich nehmen, weil der andere Ehepartner ein Handelsgeschäft in das gemeinsam verwaltete Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft einbringt und eine Verständigung über die (Weiter)führung des Handelsgeschäftes durch diesen anderen allein nicht zustandekommt.

Gewiß sind die **einzelnen Gesamthänder**, die die Gesamthand bilden, für ihre Person **ebenfalls Kaufleute**. Aber sie sind es in gleicher Weise wie die Gesellschafter einer oHG/KG ausschließlich für den Bereich ihres gesamthänderisch betriebenen Unternehmens. So wie dort Gesellschafter-Kaufleute (Rdn. 33), sind sie hier **Gesamthands-Kaufleute**, aber nicht „Einzelkaufleute“. Deshalb werden sie als Gesamthänder unter ihrer — soweit firmenführenden — Gesamthand im Handelsregister eingetragen (Rdn. 47, 51). Hinwiederum: daß die Gesamthand nicht aktiv und passiv Prozeßpartei sein kann, vielmehr die Gesamthänder klagen und verklagt werden müssen, tut der Kaufmannsfähigkeit der Gesamthand keinen Abbruch. § 124 Abs. 1 ist hier kein argumentum e contrario; die aktive und passive Prozeßfähigkeit der oHG ist nicht Ausfluß ihrer Kaufmannseigenschaft, sondern, ebenso wie die anderen dort aufgeführten Privilegien, die besondere Ausprägung der ihr verliehenen, über die bloße Teilrechtsfähigkeit hinausgehobenen (Quasi-)Vollrechtsfähigkeit. Ebensowenig ist ein Gegengrund, daß, um in das Gesamthandsvermögen vollstrecken zu können, jeweils ein Titel gegen alle Gesamthänder erwirkt sein muß (§§ 736, 740 Abs. 2, 747 ZPO). Das Vollstreckungsrecht regelt die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung selbständig und ohne Präjudiz für materielle rechtliche Klassifizierungen. Das Prozeßrecht regelt ja auch autonom, in welchen Fällen die Gesamthänder aus den Bedingtheiten ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als notwendige Streitgenossen zusammen zu verklagen sind. — Ob man freilich so weit gehen kann, die Gesamthand in einem Maße gegenüber den Gesamthändern zu verselbständigen, daß einem der Gesamthänder Prokura oder (in der GbR) Handlungsvollmacht für das gesamthänderische Handelsunternehmen erteilt werden kann, ist (so *Beuthien* FS. Rob. Fischer [1979] S. 9 für die Erbengemeinschaft; *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit S. 147 für die Erbengemeinschaft, S. 160 für die GbR), läßt sich nicht einheitlich beantworten. Das rechtssystematische Argument des BGH im BGHZ 30 391, 397 (Erbrechtsfall) in Fortsetzung der ständigen Rechtsprechung des KG (JW 1939 565), eine Prokura müsse nach § 48 Abs. 1 von dem Inhaber des Unternehmens mittels ausdrücklicher Erklärung und könne deshalb nur von allen Gesamthändern erteilt werden, weshalb der eine, zum Prokuristen Ausersehene nicht sich selbst Prokura erteilen könne, ist jedenfalls für die Gütergemeinschaft und die schlichte (organlose) Erbengemeinschaft nicht zu schlagen. In organschaftlichen Verhältnissen dagegen wird eine Prokuraerteilung seitens des Vertretungsorgans an einen nichtvertretungsberechtigten Gesamthänder zuzulassen sein (so wie diejenige an

einen Kommanditisten: BGHZ 17 392), etwa seitens des Testamentsvollstreckers an einen oder mehrere der Erben. Vollends ist deshalb die Erteilung einer Handlungsvollmacht seitens des geschäftsführenden Gesellschafters an einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgesellschafter unbedenklich.

- 45 b) Im einzelnen: Zur Kaufmannseigenschaft der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** haben bisher Stellung genommen: *Fabricius* (Relativität der Rechtsfähigkeit S. 160) bejahend, *K. Schmidt* (JZ 1973 301) verneinend. *K. Schmidt* begründet dies damit, Vollkaufleute könnten sich personengesellschaftlich nur in der Rechtsform der oHG zusammenschließen. Das sicherlich: aber auch Minderkaufleute haben Kaufmannsstatus, und ihnen steht mit Rücksicht auf § 4 für einen personengesellschaftlichen Zusammenschluß nur die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts offen (richtig jetzt in: Handelsrecht § 5 I 3 a S. 80).

Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus hat die GbR Kaufmannsstatus, wenn sie **echte Gesamthand**, nicht bloß „atypische“, etwa stille Gesellschaft, ist. Sie ist dann, als Zusammenschluß von Minderkaufleuten, ihrerseits notwendig Minderkaufmann (so richtig *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit S. 160). Zwar tauchen bei ihr daraufhin Probleme der Firma, der Eintragung im Handelsregister, der Prokura nicht auf. Aber eine Handlungsvollmacht bleibt möglich, insbesondere eine Generalhandlungsvollmacht zur laufenden Führung des Betriebs. Man wird anzunehmen haben, daß sie, da § 48 nicht anwendbar ist, von dem geschäftsführenden Gesellschafter erteilt werden kann. Daß die kaufmännische GbR wechselfähig sei, wird entgegen *Baumbach/Hefermehl* Kommentar zur Wechselordnung<sup>12</sup> Einleitung Rdn. 23 und ihnen folgend BGHZ 59 184 zu bejahen sein (so mit Recht *Flume* Allgemeiner Teil I/1 § 7 III 6 S. 109). Einem Kaufmann kann man nicht wohl durch Vorenthaltung der Wechselfähigkeit vom Wechselverkehr ausschließen. Für die Kaufmannseigenschaft im besonderen fällt noch ein weiteres Argument in die Waagschale. Eine oHG oder KG kann sich durch Rückgang ihres Betriebs auf ein minderkaufmännisches Niveau zurückbilden. Wird sie dann gelöscht, büßt sie ihren Status als Handelsgesellschaft ein (§ 5). War sie im soll- oder im kannkaufmännischen Bereich tätig, verliert sie damit allerdings ihre Kaufmannseigenschaft. Betrieb und betreibt sie dagegen ein Grundhandelsgewerbe, erlischt die Kaufmannseigenschaft nicht. Sollte man annehmen müssen — wozu die herrschende Lehre sich gezwungen sähe (Rdn. 43)—, daß die Kaufmannseigenschaft — nunmehr minderkaufmännisch — sich in die einzelnen Gesamthänder auffasere? Das wäre mit der Kontinuität und Identität des gesellschafterlichen Zusammenschlusses (BGH WM 1962 10) schwerlich vereinbar.

- 46 Die Fragen der **Haftung** für die Geschäftsschulden — Haftbarkeit des Gesellschaftsvermögens (Gesamthandsverbindlichkeiten) und Beschränkbarkeit hierauf (für rechtsgeschäftliche, für nicht-rechtsgeschäftliche); Haftbarkeit der Gesellschafter mit ihrem persönlichen Vermögen (Gesamtschuldverbindlichkeiten); Haftung des im Namen der Gesellschaft aufgetretenen geschäftsführenden Gesellschafters — werden nicht durch die Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft beeinflusst. Hier geht es allenfalls um eine Differenzierung nach solchen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die allgemein Erwerbszwecken dienen (Fall BGH NJW 1979 2306) und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, insbesondere gemeinnützigen (Fall OLG Breslau OLGE 32 362) oder Gelegenheitszusammenschlüssen. Hierzu ist auf das Kommentarschrifttum zu § 714 BGB, insbesondere *MünchKomm-P. Ulmer* Rdn. 27 ff das.) und *Soergel/Siebert/Schultze v. Lasaulx* Rdn. 9 das.) sowie auf die oben Rdn. 40 zitierte *Kornblum'sche* Monographie und auf *K. Schmidt* Haftungsrechtliche Probleme der bürgerlichrechtlichen KG, DB 1973 653 ff, 706 ff zu verweisen. Zusammengefaßt ergibt sich etwa fol-

gender Stand: Bei einer Erwerbszwecken dienenden, im Geschäftsleben laufend tätig werdenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird sowohl die jeweilige Verpflichtungserklärung des geschäftsführenden Gesellschafters dahin ausgelegt werden können, daß er nicht nur die von ihm vertretene Gesellschaft, sondern auch die Gesellschafter persönlich verpflichten wolle, als auch in der Regel davon auszugehen sein, daß er hierzu von den Gesellschaftern bevollmächtigt ist — mindestens im Wege der Anscheins- oder Duldungsvollmacht als bevollmächtigt zu gelten hat —, soweit nicht das Gegenteil nach außen eindeutig erkennbar wird. Der Geschäftspartner ist deshalb nicht gehalten, sich eine hierauf lautende Vollmacht der übrigen Gesellschafter vorlegen zu lassen. Der handelnd auftretende geschäftsführende Gesellschafter wird, ähnlich § 54 S. 2 BGB, im Zweifel immer auch persönlich verpflichtet.

Soweit hiernach für die Geschäftsschulden der GbR eine Schuldnerstellung begründet ist, bestimmt der Inhalt des Geschuldeten sich ggf. nach denjenigen Normen des HGB, die auch für Minderkaufleute gelten (§§ 347, 352, 358—361, 377, 378 — Haftung auf den Kaufpreis unter Verlust der Gewährleistungsrechte —, 380 *usf.*).

c) In der **ehelichen Gütergemeinschaft** läßt sich der Status der Gesamthand, die das zum Gesamtgut gehörige vollkaufmännische Handelsgeschäft in **gemeinschaftlicher Verwaltung** betreibt, am Gegenbild der oHG sichtbar machen. Ihre durch die Begründung des Güterstandes vermittelte vertragliche Grundlage könnte daran denken lassen, den Ehegatten die stillschweigende Gründung einer oHG zu unterstellen. Solche Unterstellung wird gelegentlich versucht, und nicht nur dann, wenn mit Mitteln des Gesamtguts ein Handelsgeschäft erworben oder im Rahmen des Gesamtguts eingebracht wird. Indessen ließe das auf eine Vergewaltigung des Willens der Ehegatten hinaus. Die Ehegatten könnten zur Eintragung der gedachten oHG gezwungen werden; sie müßten dann notgedrungen schon eine Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 2 S. 1, Abs. 4) mit eintragen lassen. Aber im grundhandelsgewerblichen Bereich bestünde die oHG auch ohne Eintragung, und daraufhin wäre jeder der Ehegatten zur Einzelvertretung in ihrem Unternehmen berechtigt, was sie mit der Übernahme der gemeinsamen Verwaltung gerade nicht gewollt haben. Jeder einzelne Ehegatte könnte den anderen ohne Einschränkung auch persönlich verpflichten (§ 128), während er in der ehelichen Gütergemeinschaft durch nicht konsentiertes Handeln für das Gesamtgut, d. h. hier für das Handelsgeschäft, die persönliche Haftung des anderen Ehegatten nur im Wirkungskreis der §§ 1455, 1460 Abs. 2 BGB begründet (§ 1460 Abs. 1, § 1459 Abs. 2 BGB). Immerhin bleibt zu beachten, daß die gütergemeinschaftlichen Ehegatten sich der Stringenz des Personen-Handelsgesellschaftsrechts nicht in jedem Falle durch Zuordnung eines Handelsgeschäfts zum Gesamtgut entziehen können. Betreiben eines Handelsgeschäfts als Teil des Gesamtguts durch die gemeinsame Verwaltung der Ehegatten ist rechtens nur möglich, wo das **Handelsgeschäft bereits bestand** und dadurch Gesamtgut wird, daß es entweder von einem der Ehegatten in den Güterstand eingebracht worden ist oder ihm während des Güterstandes durch Schenkung oder von Todes wegen zufällt oder von ihm oder von beiden Ehegatten während des Güterstandes mit Mitteln des Gesamtguts (*arg.* § 1418 Abs. 1 Nr. 3 BGB) erworben wird. In allen diesen Fällen wird ein nicht zum Vorbehaltsgut erklärter (§ 1418 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder bestimmter (§ 1418 Abs. 1 Nr. 2 BGB) Erwerb kraft Gesetzes Gesamtgut (§ 1416 Abs. 1 BGB). Diese Rechtsfolge ist für das bereits bestehende und zur Fortführung übernommene Handelsgeschäft vorgestaltet. Nicht jedoch können die Ehegatten Gesamtgut dadurch schaffen, daß sie ein Handelsgeschäft neu gründen, geschähe es auch mit Mitteln des Gesamtguts. Für Neugründungen sind sie dem Typenzwang des Handelsrechts unterworfen (Rdn. 50: die Rechtslage ist die gleiche wie bei der Erben-

gemeinschaft). Eine oHG/KG können sie nach BGHZ 65 79 nur in der Form ins Leben rufen, daß sie ihre Beteiligung an der zu gründenden Gesellschaft je ihrem Vorbehaltsgut zuweisen.

- 48** Die Anerkennung der Gesamthand als der Betreibenden des Handelsgeschäfts unter Zubilligung der **Kaufmannseigenschaft** hat inzwischen steigende Zustimmung gefunden. Bejahend sind: *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit S. 157; *K. Schmidt* JZ 1973 302; *Beck* S. 351; *Buchwald* S. 1407; aus der Rechtsprechung: BayObLG in einem obiter dictum der Entscheidung BB 1978 423; aus der familienrechtlichen Literatur: *Staudinger/Felgentraeger*<sup>10/11</sup> § 1416 Rdn. 14; *MünchKomm-Kanzleiter* § 1416 Rdn. 8; *Gernhuber* Familienrecht<sup>3</sup> § 38 II 6 S. 546. Die Firma wird hier — zwecks Ausschlusses von Mißdeutungen gegenüber § 19 und unter Vermeidung der Signatur „&“ — die Namen der Ehegatten mit dem Zusatz „Eheleute in Gütergemeinschaft“ zu enthalten haben, falls nicht die Firma eines übernommenen Handelsgeschäfts weitergeführt werden soll. Die Auffassung von *Beck* S. 352, der Zusatz sei freigestellt, verdient keine Zustimmung. Jedenfalls wird die Gesamthand mit dieser ihrer Firma in Spalte 2 des Handelsregisters, die beiden Ehegatten werden unter Spalte 3 eingetragen, und in Spalte 5 (betreffend „die der Eintragung unterliegenden sonstigen Rechtsverhältnisse“, § 40 Nr. 5 Abs. 1 HRegVfg.) ist zu vermerken, daß die in Spalte 3 Eingetragenen im Rechtsverhältnis der Gütergemeinschaft nach den §§ 1415 ff, 1450 ff BGB stehen. Die Haftungsfrage regelt sich für die vertraglichen Geschäftsverbindlichkeiten (für die außervertraglichen gleichlaufend) einfach: da beide Ehegatten Betreibende sind, weil sie gemeinsam das Gesamtgut verwalten, werden sie durch Abschlüsse im Rahmen des Betriebes sowohl für das Gesamtgut wie beide persönlich als Gesamtschuldner verpflichtet (§ 1459 BGB). Sollte nur einer der Ehegatten handelnd unter der Firma des Unternehmens aufgetreten sein, gilt das allerdings nur bei konsentierten Abschlüssen oder bei der gesetzlich gesondert geordneten Entbehrlichkeit der Zustimmung des anderen Eheteils (§§ 1460, 1455 BGB). Der Geschäftspartner mag sich also Vollmacht oder Zustimmung des anderen Ehegatten vorlegen lassen; allenfalls ließe sich das Fehlen der Bevollmächtigung nach den Grundsätzen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht überbrücken. Über sonstige handelsrechtliche Auswirkungen vgl. *Beck* S. 354 ff. Zu bemerken ist noch, daß für die Verbindlichkeiten eines in das Gesamtgut eingebrachten Handelsgeschäfts des einen Ehegatten der andere automatisch und persönlich mit haftbar wird. § 1459 BGB macht keinen Unterschied zwischen vor-güterstandlichen Schulden und neuen Verbindlichkeiten. Insoweit sind die Geschäftsgläubiger sogar genauso gestellt, wie wenn der andere Ehegatte im Zuge einer oHG-Gründung in das Geschäft mit eingetreten wäre (§ 28); nicht einmal eine Haftungsbeschränkung wie nach § 28 Abs. 2 bliebe möglich.

Die **fortgesetzte Gütergemeinschaft** ist in Ansehung des zu ihr gehörigen Handelsgeschäfts dagegen nicht Kaufmann (KG JFG 6 93; *Buchwald* S. 1408), da hier der überlebende Ehegatte der allein nach außen Betreibende ist. Die Abkömmlinge haben die Stellung von stillen Gesellschaftern.

- 49** d) Eigentlich praktische Bedeutung hat unter den Gesamthandsgemeinschaften der Fall der **Erbengemeinschaft**, die ein ererbtes Handelsgeschäft fortführt. Er hat hier auch in der Rechtsprechung seinen Niederschlag gefunden.

Die **Rechtsprechung** hat die Möglichkeit einer Fortführung des vollkaufmännischen, firmenführenden Handelsgeschäfts<sup>2</sup> durch eine Erbengemeinschaft über die

<sup>2</sup> Über die Fortführung eines minderkaufmännischen Unternehmens durch eine Erbengemein-

schaft s. *M. Wolf* S. 513 ff und OLG Frankfurt/Main BB 1975 1319.

Dreimonatsfrist des § 27 hinaus schon früh **anerkannt** und diese Linie bis jetzt durchgehalten. Ihr Gang ist bei *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980) 6 ff nachgewiesen (zuletzt: BGH NJW 1951 311; BGHZ 30 391; 32 67). Dabei sind Vorbehalte wegen gewisser praktischer Schwierigkeiten, vor allem auch in Ansehung des einer jeden Gemeinschaft von Erben notwendig anhaftenden Übergangscharakters und der daraus folgenden Wünschbarkeit, den Übergangszustand möglichst bald in das Definitivum einer echten Handelsgesellschaft übergeführt zu sehen, nicht unterdrückt worden. Das **Schrifttum** hat Bedenken dieser Art gleichfalls nicht verkannt. Trotzdem ist auch hier die Zustimmung bis heute überwiegend (*Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit S. 147; *Flume* Allg. Teil I/1 § 4 II S. 59 Fn. 48; *Buchwald* und *Beck* (oben Rdn. 48); *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht<sup>2</sup> Rdn. 169). In jüngster Zeit hat *Rob. Fischer* die These von der Zulässigkeit der Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft nachhaltig in Zweifel gezogen. Er verweist die Erbengemeinschaft auf den Weg der Gründung einer oHG (KG), da das HGB für den gemeinschaftlichen Betrieb eines firmenführenden Handelsunternehmens keine andere Wahl lasse. Vor ihm hatte *Lion* schon 1925 (LZ 1925 842 ff, 846) sich in gleichem Sinne ausgesprochen.

Demgegenüber sollte bereits zu denken geben, daß die Rechtsprechung sich nicht **50** zu dem von ihr konsequent verfolgten Standpunkt entwickelt haben würde, wenn dem nicht ein wirklich **praktisches Bedürfnis** zugrunde gelegen hätte. Ein solches ist in der Tat nicht zu übersehen. Die Dreimonatsfrist des § 27 ist in vielen Fällen zu kurz, um einen abschließenden Überblick über die Lage des Unternehmens gewinnen und die Entscheidung über eine Einstellung oder eine Fortführung unter der bisherigen Firma bei Inkaufnahme der Haftung für die früheren Verbindlichkeiten treffen zu können. Die Alternative: Gründung einer Handelsgesellschaft unter den Erben zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens müßte dann nicht nur überstürzt ergriffen werden. Sie würde (neben möglichen steuerlichen Auswirkungen) stets auch eine Teilauseinandersetzung über den Nachlaß insoweit bewirken. Dafür wiederum kann die Lage des Gesamtnachlasses unter Umständen noch nicht reif sein. Auch gehören nicht selten Minderjährige zu der Erbengemeinschaft. Deren Beteiligung an einer zu gründenden Handelsgesellschaft macht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; wann diese, jedenfalls im Instanzenzug, durchgesetzt werden kann, steht dahin: in den wenigsten Fällen wäre das selbst bei aller gebotenen Beschleunigung innerhalb der Dreimonatsfrist des § 27 erreichbar (darauf macht auch *M. Wolf* AcP 181 [1981] S. 484 aufmerksam). Die schlichte Fortführung des Unternehmens durch die Erbengemeinschaft bedarf der gleichen Genehmigung nicht und vermeidet die Gefahr des Schwebezustandes, der anderenfalls eintreten müßte.

Die Erbengemeinschaft, die als Gesamthand sich zur Fortführung des Unternehmens **51** entschließt, ist vielmehr und so auch nach herrschender Meinung in ihrer gesamthänderischen Zusammenfassung Träger des Unternehmens und damit **Kaufmann**. Sie tritt unter ihrer Firma — einer fortgeführten oder einer neu angenommenen (darüber sogleich) — „gleich einer oHG“ im Rechtsverkehr auf (treffend: *M. Wolf* S. 494). Sie wird mit allen ihren Gliedern, gegebenenfalls mit deren Einzelrechtsnachfolgern, im Handelsregister eingetragen, und zwar mit einem das gesamthänderische Rechtsverhältnis kennzeichnenden Zusatz (*Buchwald* S. 107; *K. Schmidt* JZ 1973 302; *Keidel/Schmatz/Stöber* aaO [Rdn. 49]). Sie kann die bisherige Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz führen und wird das auch in der Regel tun. Sie kann aber auch eine neue Firma annehmen, in der dann die Namen sämtlicher Miterben mit mindestens je einem ausgeschriebenen Vornamen und dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ (KG JFG 5 209), oder gefälliger etwa: „Erbengemeinschaft NN und (nicht: &c) XY“, zu erscheinen haben.

Zur Eintragung in den Spalten 2, 3 und 5 des Registers s. oben Rdn. 48; in Spalte 5 hier: „Ungeteilte Erbengemeinschaft nach den §§ 2032 ff BGB“. Die Erbengemeinschaft kann Prokura erteilen und damit die Konstanz der Betriebsfortführung ohne den Zwang zur jeweiligen Mitwirkung aller Miterben sicherstellen. Auch kann einer der Miterben zur Führung des Betriebs von den anderen ermächtigt werden (Rdn. 38). Für die ordnungsmäßige Buchführung bleiben allerdings alle Miterben verantwortlich; die Jahresbilanz muß von ihnen allen unterzeichnet werden. Die Fortführung des Betriebs als eine Verwaltung des Nachlasses begründet echte Nachlaßverbindlichkeiten („Nachlaßerbenschulden“, *Boehmer* RG-Festschrift III 264; *M. Wolf* S. 503); für sie haften die Miterben nach erbrechtlichen Regeln persönlich als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB). Einer „stillschweigenden“, durch den bloßen Gebrauch der Firma erreichbaren Beschränkbarkeit der Haftung auf den Nachlaß würde hier das Verbot der Typenvermischung im Handelsgesellschaftsrecht (GmbH!) entgegenstehen; so mit gleichem Ergebnis, gegen BGH BB 1968 769/770, auch *M. Wolf* S. 495. Die erbrechtliche Beschränkbarkeit auf den Nachlaß durch Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1975 BGB) kann schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Zweck der Nachlaßverwaltung (§§ 1985 Abs. 1, 1986 Abs. 1 BGB) sich mit der Fortführung eines Handelsgeschäfts nicht verträgt; hier bliebe den fortführungswilligen Erben — und ebenso, wenn die Nachlaßverwaltung von einem Nachlaßgläubiger beantragt wird, § 1981 Abs. 2 BGB — in der Tat nur der Weg einer Überführung des Handelsgeschäfts aus dem sonstigen Nachlaß in eine zu gründende Personenhandelsgesellschaft (wohl unter Sicherstellung der bis dahin begründeten Geschäftsverbindlichkeiten zur Verfügung des Nachlaßverwalters).

**52** Die von *Rob. Fischer* erhobenen grundsätzlichen Bedenken schlagen demgegenüber nicht durch:

*Rob. Fischer* geht aus vom Rechtsformzwang des HGB und folgert daraus, daß es den Miterben nicht freistehe, ein Handelsgeschäft mittels gemeinsamer Firma unter Umgehung der vom Gesetz allein zur Verfügung gestellten Formen — oHG oder KG — in einer davon abweichenden Rechtsform als Gesamthandsgemeinschaft zu führen. So unbezweifelbar richtig die Bindung an den Rechtsformzwang für eine Neugründung durch die Erben wäre: hier scheint nicht genügend berücksichtigt, daß es einen Unterschied bedeutet, ob die Erben eine Neugründung vornehmen (was ihnen für den Nachlaß ohnehin verwehrt ist) oder aber ein vorgefundenes Handelsgeschäft in einer Rechtsform, in die sie vom Gesetz hineingezwungen worden sind, einstweilen fortführen. *Rob. Fischer* ist denn auch genötigt, für die Dauer der Dreimonatsfrist des § 27 der Erbengemeinschaft in dieser ihrer Eigenschaft die Fortführung des Unternehmens zu konzedieren (S. 14). Wenn die von ihm im übrigen bekämpfte Rechtsfigur während dieser Zeit möglich ist: warum soll der bloße Ablauf der Dreimonatsfrist allein sie unzulässig machen? Aus dem Gesetz ergibt sich das nicht; in § 27 ist von der Erbengemeinschaft als solcher nicht die Rede. Auch die nunmehr eintretende persönliche Haftung der Miterben für die Geschäftsverbindlichkeiten ihres Rechtsvorgängers kann die Verschiebung des dogmatischen Kriteriums kaum begründen. Persönliche Haftung der Beteiligten macht noch keine oHG, von der doch ebensogut denkbaren Alternative der KG ganz zu schweigen. Einem solchen Fehlschluß tritt insbesondere das BayOBLG in der Entscheidung JW 1931 3129 entgegen.

**53** Nicht überzeugungskräftig sind auch die von *Rob. Fischer* geäußerten **praktischen Anstände**. Sie treffen ohnehin nur einen Ausschnitt der Fallgestaltungen. Sie entstehen von vornherein nicht, wenn ein Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft namens der Erben weiterbetreibt. Das Problem, in welcher Rechtsform die Erben die Betrei-

benden sind, stellt sich gleichwohl, zumal nur die Erbengemeinschaft, nicht aber der Testamentsvollstrecker im Handelsregister erscheint (RGZ 132 138). Die Hauptbedenken von *Rob. Fischer*: die Gefahr der Majorisierung eines der Miterben bei der als Verwaltungshandeln am Nachlaß anzusehenden Fortführung der Geschäfte, der fehlende Schutz des Vormundschaftsgerichts für den minderjährigen Miterben, die möglichen Mißhelligkeiten namentlich durch Veräußerung eines Erbanteils und Hinzutreten eines Dritten sind zwar dadurch bedingt, daß die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes und nicht durch freiwilligen Zusammenschluß einander vertrauender Persönlichkeiten entsteht. Aber das Korrelat hierzu ist das Recht eines jeden Miterben, die Auseinandersetzung verlangen zu können, und dieses Recht kann bei wichtigem Grund nicht einmal durch entgegenstehende Anordnung des Erblassers ausgeschlossen werden (§§ 2044 Abs. 1 S. 2, 749 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Fortführung des Betriebs auf längere Sicht ist eben ohnehin nur bei Einigsein aller Beteiligten praktikierbar. Praktisch werden aber auch die Rechte der Geschäftsgläubiger, Altgläubiger wie Neugläubiger, nicht verkürzt. Gegen die gesamtschuldnerisch haftenden Erben muß zwar je ein vollstreckbarer Titel vorliegen, damit in den Nachlaß vollstreckt werden kann (§ 747 ZPO). Doch kann die Klage gegen alle gemeinsam erhoben werden, und dies sogar unter Voranstellung der für das Handelsgeschäft geführten Firma (§ 17 Abs. 2; weitergehend *M. Wolf* S. 495, der hier den § 124 Abs. 2 HGB analog anwenden will). Durch den bzw. die Titel wird dann zugleich die Vollstreckung in das persönliche Vermögen der Miterben eröffnet; die Klage ist also keine andere, als sie bei der Verklagung einer oHG ganz geläufig ist. Schließlich ist auch nicht zu ersehen, warum entgegen *Rob. Fischer* (aaO) bei Überschuldung des Unternehmens ein Nachlaßkonkurs nicht möglich sein solle, sofern die Überschuldung des Geschäfts eine Überschuldung des etwa darüber hinaus noch vorhandenen Nachlasses im ganzen bewirkt. Daß die Erben auch persönlich für die Geschäftsverbindlichkeiten haften, stünde nicht im Wege (§ 216 Abs. 1 KO).

Ungelöst bleibt unter der Kritik von *Rob. Fischer* endlich das weitere Problem, wie es sich verhalte, wenn der Erblasser nach § 2044 BGB die Auseinandersetzung über den Nachlaß oder Teile desselben, beispielsweise das Handelsgeschäft, ausgeschlossen hat, oder wenn er eine Mehrzahl von Personen zu Vorerben eingesetzt und hinter ihnen einen Nacherben bestimmt hat, dem im Nacherbfalle mit dem Nachlaß zusammen auch das ererbte Handelsgeschäft zufallen soll. Was die Vollerben allenfalls vermöchten und der Erblasser auch durch befristetes Verbot der Teilung nicht verhindern könnte — daß sie nämlich sich über das Auseinandersetzungsverbot hinwegsetzen, wenn sie insoweit einig sind und zum Zwecke der Auseinandersetzung eine oHG gründen —, stünde den Vorerben nicht einmal als faktische Möglichkeit offen. Nicht zu sprechen von den Komplizierungen, die auftreten müßten, wenn zu den mehreren Mit-Vorerben ein Minderjähriger gehört. Der Vormundschaftsrichter, um die Genehmigung des Beitritts zu einer solchen oHG-Gründung angegangen, würde sich unzweifelhaft an das Auseinandersetzungsverbot des Erblassers gebunden wissen. 54

Richtig bleibt, daß die das Handelsgeschäft betreibende Erbengemeinschaft ein rechtlich nicht unproblematisches Gebilde ist, dessen praktischer Vollzug unleugbare Reibungspunkte schaffen und das schon deshalb, vor allem aber aus dem Wesen der Erbengemeinschaft heraus **nicht auf Dauer** angelegt sein kann. Irgendwann wird es in eine Form regulärer Personenhandelsgesellschaft übergeleitet werden müssen. Diesen Zeitpunkt mit dem Ende der dreimonatigen Karenzzeit des § 27 als gegeben anzunehmen und von da ab der Erbengemeinschaft einen vertraglichen Willen auf Gründung einer oHG (oder KG?) zu unterstellen, um sie daraufhin als oHG (oder KG?) zu behandeln — zu der so gedachten Zäsur nötigt die Argumentation von *Rob. Fischer*; 55

*Lion* (S. 846) hat die Folgerung sogar ausdrücklich gezogen —, ist nicht so juristisch unausweichlich, wie es dargestellt wird, und als reine Unterstellung vollends bedenklich. Gerade an solchen Unterstellungen haben deshalb Rechtsprechung und Schrifttum (grundlegend neuerdings: *M. Wolf* S. 482 ff) immer wieder und mit Recht Anstoß genommen. Mit konkreter Erforschung des auf Übergang zur echten Personenhandelsgesellschaft gerichteten Willens würde sich überzeugender arbeiten lassen. Das hat zuletzt der lehrreiche Fall BGHZ 17 299 gezeigt. Nur dann, wenn nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 27 die Erben das ererbte Geschäft gemeinsam unter der alten Firma ohne Nachfolgezusatz fortführen, aber ihre Eintragung im Handelsregister unterlassen, müssen sie sich nach Maßgabe des erzeugten Rechts Scheins als oHG behandeln lassen, ohne Unterschied, ob ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2, nach § 2 oder nach § 3 vorliegt.

## II. Der Katalog der Grundhandelsgeschäfte (Absatz 2)

### 1. Allgemeines

- 56** Abs. 2 gibt unter den Nummern 1—9 eine Aufzählung derjenigen Branchen, die dem, der sich in ihnen betätigt, die Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes verleihen, das sogenannte Grundhandelsgewerbe. Die Aufzählung ist erschöpfend, eine Ausdehnung im Wege der Analogie ist ausgeschlossen (KG RJA 2 230). Jedenfalls gilt das in Ansehung der mit dem Kaufmannsstatus als solchem verbundenen Rechtsstellung (der primären Statuswirkungen, Vor § 1, 28). Es schließt nicht aus, daß einzelne Vorschriften aus dem Recht der Handelsgeschäfte (§§ 347 ff) analog auch auf solche Vertragspartner angewendet werden können, die nicht Kaufleute sind (Einleitung Rdn. 13).

Nicht selten fällt der Kaufmann kraft Grundhandelsgewerbes unter mehrere der hier aufgezählten Kategorien (Rdn. 25). Es kann auch sein, daß er einzelne Geschäfte oder ganze Gruppen von Geschäften tätigt, die für sich gesehen nicht die Voraussetzungen der grundhandelsgewerblichen Betätigung erfüllen, seien es branchenfremde oder mit der Branche zwar zusammenhängende, aber untergeordnete Geschäftsvorfälle. Entscheidend bleibt dann für die Eigenschaft als Kaufmann nach § 1 Abs. 2 die „Stammbranche“, diejenige kaufmännische Betätigung, auf die der Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist (und mit der, als dem Gegenstand des Unternehmens, er deshalb gemäß § 40 Nr. 2 HRegVf. im Handelsregister Abt. A unter Spalte 2 eingetragen wird). Jene anderen Geschäfte sind gleichwohl Handelsgeschäfte des Kaufmanns i. S. von § 343 Abs. 2.

Das Grundhandelsgewerbe steht sowohl dem Vollkaufmann wie dem Minderkaufmann des § 4 offen.

### 2. Nr. 1: Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren

- 57** a) Was unter **Anschaffung** zu verstehen ist, hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum seinerzeitigen Reichstempelgesetz klargestellt: es ist „abgeleiteter entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden“ (RGZ 31 18), mit Einschluß des auf solchen Erwerb gerichteten schuldrechtlicher Vertrags. Verträge dieser Art sind namentlich Kauf (§ 433 BGB), Tausch (§ 515 BGB), Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) und uneigentliche Verwahrung (§ 700 BGB). Auch Annahme an Zahlungen Statt (§ 364 BGB) kommt als Anschaffungsgeschäft vor, wenn von dem Schuldner nichts anderes zu erlangen ist (RGSt. 11 148 bei Wechseln), vereinzelt auch der Vergleich (§ 779 BGB). Das sind zwar keine Anschaffungen, die geeignet

sind, die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden; immerhin sind sie Handelsgeschäfte, wie alles, was im Betriebe eines Handelsgewerbes geschäftlich anfällt (§ 343; Rdn. 56). Nicht unter Nr. 1, sondern unter Nr. 4 gehören die Formen der Wertpapierverwahrung, bei denen der Verwahrer Eigentum erwirbt, und das uneigentliche Lombardgeschäft. Nicht nötig ist, daß der Anschaffende selbst, es genügt, daß sein Abnehmer unmittelbarer Eigentümer werden soll (*DürHach./Geiler* 16 dd).

#### Keine Anschaffung liegt vor:

58

bei Geschäften, die nicht auf Eigentumserwerb gerichtet sind, z. B. Miete, Erwerb zu eigentlichem Nießbrauch oder Pfand (RGZ 21 36; 31 18), Annahme von Wechseln zur Einziehung (RGSt. 11 149). Ist aber mit dem Mietvertrage, wie bei Abzahlungsgeschäften gelegentlich, ein Kaufvertrag verbunden, kraft dessen der Mieter schließlich Eigentümer werden soll, so genügt das dem Begriff des Anschaffungsgeschäfts;

bei unentgeltlichem Erwerb unter Lebenden. Die Ansicht von *Ehrenberg* (Handb. II, 26), der unentgeltlichen Erwerb nicht ausschließen und z. B. einem Südfruchthändler, der seinen ganzen Bedarf von einem reichen Verwandten geschenkt erhält, die Kaufmannseigenschaft beilegen will, wird allgemein abgelehnt. Ein solches Unternehmen freilich aus dem Kreise der Gewerbetreibenden überhaupt herauszuweisen und ihm damit auch die Möglichkeit abzusprechen, durch Eintragung nach § 2 zum Kaufmannsstatus aufzusteigen, begegnet Bedenken: warum sollte, wer sich der schenkweisen Zusage jenes reichen Verwandten für eine Reihe von Jahren versichert (vielleicht weil der Verwandte sich mit der Aberntung und dem Absatz seines Südfruchtanfalls nicht befassen will), hierauf nicht ein mit planmäßigem Gewinn kalkulierendes Unternehmen aufbauen? Im Ergebnis gl. M. *Staub/Bondi*<sup>14</sup> 34.

Namentlich aber ist der Begriff der „Anschaffung“ nicht erfüllt bei ursprünglichem Erwerb. Erwerb durch Jagd, Fischerei, Aneignung (Bernsteingewinnung) ist kein Anschaffungsgeschäft. Hauptfall des ursprünglichen Erwerbs und damit nicht „Anschaffung“ ist die Selbsterzeugung (**Urproduktion**), gleichviel, ob das selbstgewonnene Erzeugnis noch bearbeitet oder verarbeitet wird; gleichviel auch, ob etwaiges Saatgut (Paarungsgut) zuvor angeschafft sein muß. Landwirtschaft, wenn sie sich auf Verwertung selbstgewonnener Erzeugnisse beschränkt, und Forstwirtschaft fallen daher nicht unter § 1 Abs. 2 Nr. 1, ebensowenig Baumschulen, Gärtnereibetriebe, sofern sie sich auf den Verkauf selbstgezogener Zier- und Nutzpflanzen beschränken (der Ausdruck „Handelsgärtner“ ist nicht spezifisch, er soll wohl vornehmlich den Gegensatz zum Lohngärtner bezeichnen; s. im übrigen über die Abgrenzung zur Landwirtschaft § 3, 6), Bergbau, Erdgasgewinnung und Erdölförderung, Ziegelei, Elektrizitätserzeugung (Rdn. 61), Herstellung feuerfester Steine aus selbstgewonnenen Stoffen, Gewinnung natürlicher Mineralwässer (anders bei künstlichen, Bolze 18 Nr. 253), Steinbruch, Züchtung von Pferden, Hunden, Geflügel oder Pelztieren. Ob die Gewinnung auf Grund des Eigentums vor sich geht oder auf Grund eines Fruchtziehungsrechts, bleibt sich gleich (RGZ 6 9; RGSt. 27 264). Es ist aber zu unterscheiden, ob Erzeugnisse auf Grund eines Fruchtziehungsrechts, etwa einer Pacht, gewonnen oder auf Grund einer kaufvertraglich im Einzelfall erteilten Gestattung der Aberntung oder sonstigen Ausbeutung (§ 956 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB) abgenommen werden; im letzten Fall liegt ein Anschaffungsgeschäft vor (RG DJZ 1919 433). Die Urproduzenten treiben kein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 Nr. 1; wohl aber kann ihr Gewerbe ein Handelsgewerbe nach § 2 sein; alsdann sind ihre zum Betriebe gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte nach § 343. Für die Land- und Forstwirtschaft gilt eine Besonderheit nach § 3.

- 59** b) Die **Weiterveräußerung** ist das der Anschaffung entsprechende Geschäft. Beide zusammen bilden den „Umsatz“. Weiterveräußerung ist ein auf Übertragung des Eigentums gerichtetes entgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden. Dahin gehören in erster Linie wiederum Verkauf, Tausch, Werklieferungsvertrag, uneigentliche Verwahrung, aber auch Hingabe an Zahlungs Statt, Vergleich. Vom Begriff der Weiterveräußerung sind deshalb ausgeschlossen Geschäfte, die nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet sind. Keine Weiterveräußerung ist das Vermieten. Der Bootsverleiher wird nicht dadurch Kaufmann, daß er Boote anschafft und vermietet, der Kostümverleiher nicht dadurch, daß er aus der Vermietung der von ihm angeschafften Kostüme ein Gewerbe macht, der Leihbibliothekar nicht durch die Vermietung der von ihm angeschafften Bücher. Erst recht fällt nicht unter Nr. 1 der Ankauf von Tieren durch einen Menageriebesitzer zu Schaustellung, der Ankauf von Theaterdekorationen und Ausstattungsgegenständen durch einen Theaterunternehmer (ROHG 22 17).
- 60** c) Anschaffung und Weiterveräußerung müssen in einem **inneren Zusammenhang** stehen. Die Anschaffung muß zum Zwecke der Weiterveräußerung erfolgt sein. Darum fällt z. B. der Ankauf von Vieh zur Viehzucht (Urproduktion! Rdn. 58) nicht unter die Nr. 1, mag auch nach erfolgter Nutzung zur Zucht ein Verkauf zu Schlachtzwecken in Betracht kommen. Gleichgültig ist jedoch, ob die Anschaffung der Veräußerung vorangeht oder umgekehrt. Der einheitliche Vorgang ist im einen wie im andern Fall gegeben: gewerbsmäßig handelt nicht nur der, welcher Sachen anschafft, um sie später zu veräußern, sondern auch der, welcher Sachen verkauft, die er sich, um seine Verkäuferpflicht erfüllen zu können, erst anschaffen muß. Jener rechnet auf Steigen, dieser auf Sinken des Preises; jener spekuliert à la hausse, dieser à la baisse. Beides sind Formen des Handelsgewerbes. — Nicht „zur Weiterveräußerung“ angeschafft sind bloße Zutaten und Herstellungsmittel für eine im übrigen reine Lohnbearbeitung oder Lohnverarbeitung fremder Sachen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2; Rdn. 68 ff) oder für die Urproduktion. Herstellungsmittel sind: Zwirn und Nadel beim Änderungsschneider, Sohlenleder beim Ausbesserungsschuhmacher, Pinsel und Kleister beim Tapezierer, Farbe beim Maler (RGSt. 28 59), Chemikalien beim Photographen, Papier im Vervielfältigungsgewerbe einschließlich der Schreibbüros, Vieh bei einer Meierei, überhaupt: das Aufzuchtmaterial wie das Bienenvolk des Imkers, der Erstbesatz im Fischteich des Fischzuchtbetriebs, das Geflügel einer Hühnerfarm. Lediglich Zutaten sind: Knöpfe und Futter beim Änderungsschneider, Rahmen beim Gemäldewiederhersteller (BuschA 21 358), Kisten und Leinwand zur Verpackung, auch wenn sie besonders berechnet werden. Weder die Verwendung der Herstellungsmittel noch die der Zutaten begründet als solche trotz der Anschaffung durch den Schneider usw. ein Handelsgewerbe. Dagegen ist der Marmor, den der Steinmetz verwendet, um Grabdenkmäler herzustellen, weder nur Herstellungsmittel, noch nur Zutat, sondern verarbeitete Ware (a. M. *Staub/Bondi*<sup>14</sup> 43), der Steinmetz also Warenhandwerker, wenn er nicht sein Erzeugnis einem Grundstück als wesentlichen Bestandteil einfügt (Rdn. 65). Über Zutaten bei Bädern s. Rdn. 70. Über Hotels und Restaurationen im besonderen s. Rdn. 26, 66.
- 61** d) Als Gegenstand der Anschaffung und Weiterveräußerung nennt das Gesetz in erster Linie **bewegliche Sachen**. Sie heißen als Gegenstand gewerbsmäßiger Anschaffung und Weiterveräußerung **Waren**. Als solche kommen in Betracht nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB), nicht Rechte wie Forderungs-, Urheber-, Patentrechte (RGZ 74 162). Der Gegenstand braucht aber kein fester Körper zu sein; auch Flüssigkeiten und gasförmige Körper kommen als Gegenstand des Handelsverkehrs vor. Der elektrische Strom als Erzeugnis menschlicher Arbeit, das ähnlich wie Gas gesammelt und gemessen werden kann, wird im Verkehr ebenfalls als Ware betrachtet (BGH NJW 1961 453; st. Rspr.). Elektrizitätswerke schaffen den Strom jedoch nicht an, sondern

stellen ihn her; sie sind also Urproduzenten (Rdn. 58). Kaufleute nach Nr. 1 wären sie deshalb nur dann und insoweit, als sie die vom Dritterzeuger über Verbundnetz bezogene Elektrizität käuflich abgeben; durchweg sind sie heute allerdings, soweit nicht kommunale Eigenbetriebe, Formkaufleute nach § 6. — Vermögensinbegriffe (ganze Unternehmungen, Nachlaßmassen) fallen nicht unter den Begriff der Waren, wohl aber Sachgesamtheiten wie Warenlager, Büchereien und Briefmarkensammlungen.

Nicht alle beweglichen Sachen aber sind Waren, sondern nur diejenigen, die nach der **Verkehrsauffassung** Gegenstände gewerbsmäßigen Umsatzes sein können. Der Modellbauer, der das in Auftrag gegebene Gießereimodell aus eigenem, hierzu angeschafften Material anfertigt, liefert keine „Ware“ (das Modell ist Formgebung eines schöpferischen geistigen Aktes des Bestellers, die Zwischenstufe zwischen zeichnerischer oder sonstiger Beschreibung und demnächstigem Versuchsstück); es ist nicht „marktfähig“. Der Inhaber einer orthopädischen Werkstätte, eines Dentallabors, eines Instituts zur Herstellung und Einpassung von Kontaktlinsen stellt ebensowenig „Waren“ her, auch nicht als Warenhandwerker; die gefertigte Prothese ist dem Körper dessen, für den sie bestimmt ist, angepaßt und soll dem Zwecke dienen, in den Organismus eines Menschen eingefügt zu werden. Anders deshalb der Augenoptiker, der Brillen gemäß Befund, d. h. nach Maß, anfertigt und liefert. Der Inhaber eines privaten Abdeckereibetriebes, der die abgelieferten Tierkadaver zu Gerbereirohstoffen, Leim etc. verarbeitet, hat zwar dem Eigentümer eine angemessene Vergütung zu zahlen (§ 9 des Tierkörper-Beseitigungsgesetzes v. 1. 2. 1939 — RGBl. I, 187 —). Dennoch würde schon das Sprachgefühl sich dagegen sträuben, die Kadaver als (zum Zwecke der Weiterverarbeitung angeschaffte) „Waren“ zu bezeichnen. Sie sind es in der Tat nicht; die Vergütung ist nichts als ein gesetzlich angeordnetes Äquivalent für den Ablieferungszwang, der Sache nach eine Enteignungsentschädigung, wie sie in gleicher Weise auch von den kommunalen Abdeckereibetrieben zu zahlen ist.

Als „bewegliche“ — als Waren — müssen die Sachen angeschafft und auch weiterveräußert werden. Hierin äußert sich zum anderen Male der innere Zusammenhang zwischen Anschaffung und Weiterveräußerung (Rdn. 60). Für die Anschaffung genügt es, daß der Käufer sie mit der Abnahme beweglich machen soll. Der Kauf von Früchten auf dem Halm, von Holz auf dem Stamm, von Gebäuden auf Abbruch ist eine Anschaffung, nicht aber die Nutzung durch Pächter oder andere Nutzungsberechtigte, weil dies ursprünglicher Erwerb ist. Andererseits muß im Zuge der Weiterveräußerung die Sache auch zu der Zeit, wo der Erwerber ihr Eigentümer wird, beweglich oder doch nur unwesentlicher Bestandteil einer unbeweglichen Sache sein. Würde ein Unternehmer es zum Gegenstand seines Geschäfts machen, Sämlinge, Stecklinge, Rasensamen u. dgl. anzukaufen und sie im Wege des Anpflanzens bzw. Aussäens in fremde Gärten auf Bestellung an den Mann zu bringen (§ 94 Abs. 1 S. 2 BGB), so würde er damit nicht Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 1. Das Beispiel zeigt, wo und wie die Grenze zu ziehen ist. Es kommt selbstverständlich nicht darauf an, wie der Erwerber mit der als beweglich angeschafften Ware demnächst verfährt, insbesondere ob erst er selbst sie nach der Lieferung zur „unbeweglichen“ macht. Die Samenhandlung, die an den Letztverbraucher Samen verkauft, der ihn bei sich im Garten aussäen oder durch seinen Gärtner aussäen lassen will, liefert keine durch Weiterveräußerung unbeweglich werdende Sache. Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn die Samenhandlung Personal an der Hand hätte, die das Aussäen als Kundendienst gegen zusätzliche Vergütung besorgt. Denn Gegenstand des Vertrags ist die Lieferung von Samen, und dieser geht mit der Anlieferung beim Empfänger in dessen Eigentum über; das Aussäen ist dann nur übernommene Nebenleistung. Wird die zu liefernde Sache nur unwesentlicher Bestandteil einer unbeweglichen beim Empfänger, so steht das der

Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 vollends nicht entgegen (der Rundfunkhändler, der eine gekaufte Außenantenne auf dem Dach des Hauses des Käufers anbringt, oder der Hersteller von Alarmschutzanlagen, Blitzschutzeinrichtungen, Anrufbeantwortern, Markisen, der die betreffenden Objekte am oder im Hause installiert).

**64** Bei **Bauunternehmungen** ist zu unterscheiden: Beschränkt sich der Unternehmer auf Bauführung in eigener Regie, um die fertigen Gebäude als wesentliche Bestandteile der Grundstücke mit diesem zu verkaufen, so gehört dieses Unternehmen zum Grundstückshandel. Kaufmannseigenschaft dieses sog. „Bauunternehmers“ kann nur nach § 2 erworben werden, sofern er nicht als Bauträgersgesellschaft nach § 6 Formkaufmann ist. Umgekehrt fällt der Baumaterialienhandel, bei dem die angeschafften Baustoffe als bewegliche Sache geliefert werden, unter § 1 Abs. 2 Nr. 1 (RGZ 58 190 oben; OLG München SeuffA. 75 293). Der sog. Generalunternehmer wiederum, der die Erstellung eines schlüsselfertigen Baues akkordiert, betreibt kein Grundhandelsgewerbe; er steht insoweit auf der gleichen Stufe wie der in eigener Regie arbeitende Unternehmer.

**65** Auch **Bauhandwerker** betreiben in aller Regel zugleich einen Baumaterialienhandel, indem sie angeschaffte Sachen mit oder ohne Bearbeitung oder Verarbeitung als bewegliche Sachen weiterveräußern (RG LZ 1914 961<sup>26</sup>). Alsdann liegt ein gemischter Gewerbebetrieb vor, dessen kaufmännischer Teil den Handwerker insgesamt zum Kaufmann macht (Rdn. 26). Wenn jedoch Bauhandwerker sich darauf beschränken, die von ihnen beschafften Materialien oder Einrichtungen selbst einzubauen oder zu montieren, kann es im Gegensatz zu RGSt. 52 292 nicht darauf ankommen, ob das gelieferte Material wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wird oder nicht. Es befriedigt nicht, die Kaufmannseigenschaft von diesem, ganz anderen Gesichtspunkten entsprungenen und anderen Zwecken dienenden Unterschied abhängen zu lassen; vgl. auch *Ehrenberg* Handb. II S. 30; *Wieland* 1, S. 71; *Müller-Erzbach* S. 56; *Schlegelberger/Hildebrandt* 33; *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> 8 A. Umgekehrt erscheint es nicht gerechtfertigt, sämtliche Bauhandwerker rechtlich gleich zu behandeln, indem auch dafür eine durchschlagende juristische Begründung fehlt. Vielmehr dürfte es der natürlichen Auffassung, aber auch der gesetzlichen Regelung, die nun einmal in § 1 Abs. 2 Nr. 1 auf den Warenhandel abstellt, am meisten entsprechen, zu unterscheiden zwischen jenen Handwerkern, die den Bau mit Schwergewicht ihrer Arbeit an der Baustelle selbst nach Plan und Maß erstellen, also eine Werkleistung erbringen (BGHZ 59 179, 182), und jenen, bei denen die — vorgefertigte oder katalogmäßige — Lieferung (als Lieferung) im Vordergrund steht, der gegenüber der Einbau oder die Montage zurücktritt. Unter die „Bauhandwerker“ der ersten Gruppe rechnen z. B. die Maurermeister (RG JW 1901 844<sup>27</sup>), Zimmermeister (RG in SeuffBl. 69 159), Parkettfußbodenhersteller; das Pflastern einer Straße (ROHG 15 257); der Einbau von kompletten sanitären oder Zentralheizungsanlagen (OLG Frankfurt/M BB 1975 1319; bedenklich OLG Köln BB 1973 777 — Unternehmen zur Lieferung und zum Einbau von Klima-, Kalt- und Warmluftanlagen als Warenlieferant —); das Verlegen elektrischer Leitungen über oder unter Putz: diese Gruppe fällt daher (immer vorausgesetzt, daß nicht zugleich reiner Handel mit Materialien oder Geräten mit dem Gewerbe verbunden ist, wie z. B. typisch beim Elektroinstallateur) nicht unter § 1 Abs. 2 Nr. 1. Wohl aber steht die Lieferung im Vordergrund z. B. im Falle des Tischlers bei Lieferung von Türen, Fenstern (OLG Düsseldorf MDR 1980 849); beim Ofensetzer (RG JW 1901 844<sup>27</sup>; vgl. auch HansGZ 1909 92); ebenso bei Lieferung einer einzubauenden oder zu montierenden Maschine, von Gasherden usw. Der Sprachgebrauch gibt nicht unwichtige Hilfen: Eine sanitäre, eine Zentralheizungsanlage wird eingebaut, Türen, Fenster und Fensterglas werden eingesetzt (auch der Türrahmen wird angeschlagen), Treppen dagegen eingebaut (vielfach Zimmermanns-, nicht Tischlerarbeit), Öfen *gesetzt*, Gasherde montiert,

Elektrogeräte angeschlossen. Der Bautischler gehört, falls er nicht lediglich Fußböden verlegt, der zweiten Gruppe, der Dachdecker der ersten Gruppe an. — Bei den modernen Fertighäusern bildet die Lieferung und die Montage vorgefertigter, genormter Bauteile ohnedies das Wesentliche. Hier schrumpft der Kreis der Bauhandwerker i. e. S. (1. Gruppe) zusammen auf den Hersteller der Fundamente, allenfalls noch unter Einbeziehung der Installateure für Heizung, sanitäre Anlagen und elektrische Leitungen.

e) Gleichgültig ist, ob die Ware in unverändertem Zustand weiter veräußert wird **66** oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung. Da Bearbeitung und Verarbeitung einander gleichgestellt werden, kommt auf eine scharfe Grenzziehung, die schwierig ist, nichts an; Bearbeitung ist Änderung am Stoff, z. B. durch Färben, Schleifen, Reinigen, Bleichen; Verarbeitung bringt eine neue Sache hervor (§ 950 BGB), z. B. durch Anfertigung eines Rockes aus Tuch, von Schuhen aus Leder. Daher gehören unter Nr. 1 auch die (Waren-)Fabrikanten, insbesondere die Verarbeitungs- und Fertigungsindustrie, die aus angeschafften oder importierten Rohstoffen Halbfabrikate oder Fertigwaren (Stahl, Treibstoff, Gummi, Tuche usw.) herstellt oder sie veredelt, und die (Waren-)Handwerker, welche die von ihnen angeschafften Stoffe nach Be- oder Verarbeitung weiterveräußern. Modernstes Beispiel für den „Waren“-Fabrikanten ist die gesamte Petrochemie, sofern sie nicht Urproduktion mit anschließender Verarbeitung ist: Ölraffinerien, Hydrierwerke, Kokereien unterfallen der Kategorie der Nr. 1; für Gaswerke ist das schon früher entschieden worden (OLG Jena RJA 1 54). Zu den Warenhandwerkern, die damit Kaufleute kraft Grundhandelsgewerbes sind, zählen deshalb insbesondere Bäcker (BGHZ 22 236), Fleischer (KGJ 27 A 60), Tischler, Mühlen, sofern sie angeschafftes Getreide vermahlen, Putzmacher (KG RJA 9 109), überhaupt alle Handwerksbetriebe, die mit selbstbeschafftem Material arbeiten, um es nach handwerklicher Verarbeitung oder Bearbeitung abzusetzen. Auch die Inhaber von Restaurationsbetrieben sind deshalb Kaufleute nach § 1 Abs. 2 Nr. 1, indem sie die angekauften Speisen und Getränke entweder unverarbeitet oder nach Zubereitung an ihre Gäste verabreichen; die Gestellung des Platzes zum Verzehr ist Nebenleistung. Anders beim Beherbergungsbetrieb mit Restauration nur für Beherbergungsgäste; hier ist die Beköstigung Nebenleistung (Rdn. 26).

f) Neben Waren nennt das Gesetz als Gegenstand der Anschaffung und Veräußerung **67** Wertpapiere.

Das Gesetz gibt an dieser Stelle für die Kaufmannseigenschaft totes Recht; es ist durch die Rechtsentwicklung überholt. Der gewerbliche Wertpapierhandel ist heute bei den Banken konzentriert. Nur sie dürfen auf Grund des KrWesG Wertpapierhandel überhaupt betreiben; Einzelkaufleute sind vom Bankgewerbe geradezu ausgeschlossen (§ 2 a KrWesG). Die Kaufmannseigenschaft des Bankiers wiederum ergäbe sich aus der berufsfeld-bezogenen Bestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 — und damit auch die der Sparkassen (Rdn. 12) —, sofern die Banken nicht schon nach § 6 als Handelsgesellschaften Kaufleute oder, wie die Genossenschaftsbanken (Volksbanken), diesen gleichgestellt sind.

Allenfalls über § 343 Abs. 2 hat unsere Vorschrift noch eine gewisse **mittelbare Bedeutung**. Insofern mag deshalb genügen, hier anzumerken, daß § 1 Abs. 2 Nr. 1, da es einen für das ganze Privatrecht gültigen Wertpapierbegriff nicht gibt, von einem spezifischen Begriffsinhalt ausgeht. Er betrifft die **marktfähigen Papiere** („Handelspapiere“). Marktfähig, d. h. umsatzfähig werden sie dadurch, daß der Übergang des durch das Papier verbrieften Rechts sich nicht durch Zession, sondern durch sachen-

rechtliche Übereignung des Papiers, gegebenenfalls mit hinzukommendem Indossament, vollzieht und daß Einreden aus der Person des Vorbesitzers weitgehend abgeschnitten sind. Der gleiche Wertpapierbegriff begegnet in § 381 beim Handelskauf und hat deshalb dort seinen eigentlichen Ort behalten; es wird auf die Erläuterungen zu § 381 verwiesen.

**3. Nr. 2: Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern das Gewerbe nicht handwerksmäßig betrieben wird**

- 68** a) Das hiermit bezeichnete Grundhandelsgewerbe wird meist als das der Lohnfabrikation bezeichnet (so auch die Voraufgabe). Die Kennzeichnung ist indessen nur mit Vorsicht zu gebrauchen; auf „fabrik“mäßigen Betrieb (so *Gierke/Sandrock* § 7 I 2 c, S. 123) kommt es nicht an. Eine treffendere Kennzeichnung wird sich indessen nicht finden lassen. Das Merkmal dieser Gruppe des Grundhandelsgewerbes ist vielmehr ein negatives, **ausgrenzendes**, und zwar in doppelter Richtung: Es ist die, schon in Nr. 1 angesprochene, Be- und Verarbeitung von Waren, aber ohne daß der Be- oder Verarbeiter sie zuvor selbst angeschafft — oder als Urproduzent produziert — haben darf — das liegt in dem Wort „für andere“ — (**gegenständliche Ausgrenzung**), und die Be- und Verarbeitung darf „nicht handwerksmäßig“ sein (**strukturelle Ausgrenzung**). Ins Positive gewendet: gemeint sind diejenigen industriellen oder halbindustriellen Unternehmen, die fremde Sachen im reinen Lohnauftrag, meist auf der Grundlage eines Werkvertrages (§ 631 BGB), gelegentlich eines Dienstvertrages (§ 611 BGB) zur Be- oder Verarbeitung übernehmen. In Betracht kommen Gold- und Silberscheideanstalten, automatische Wäschereien (Gegensatz „Waschsalons“, die ihre Geräte lediglich teilweise zur Verfügung stellen), Desinfektionsanstalten, Färbereien, Zylinderschleifereien, Fotolabors, reine Mühlenbetriebe (also solche, die nur fremdes Mehl im Lohn vermahlen, nicht solche, die das Mahlgut selbst anschaffen und es dann als Mehl absetzen; solche Müllereien unterfallen der Nr. 1), reine Holzschneidebetriebe (OLG Dresden OLGE 16 76), Münzprägestätten, Unternehmen zum Aufziehen, Mästen, Dressieren von Tieren, Hundekosmetiksalons. Manche dieser Gewerbe können auch handwerksmäßig betrieben werden: unter Nr. 2 fallen sie nur, wenn sie ihrer betrieblichen Struktur nach nicht (mehr) „Handwerk“ sind.
- 69** b) Der Begriff der **Bearbeitung oder Verarbeitung** ist derselbe wie in Nr. 1 (Rdn. 66). Eine Substanzveränderung ist damit nicht notwendig verbunden. Dagegen gehören Bearbeitungen nicht technischer, sondern geistiger oder künstlerischer Art nicht hierher, weil diese überhaupt nicht zum Gewerbebetrieb gerechnet werden (Rdn. 18), übrigens der greifbare Stoff bei ihnen auch nur eine untergeordnete Rolle spielt. Das gilt z. B. von der Bearbeitung oder Übersetzung von Schriftwerken und von der Wiederherstellung von Gemälden. Ob der Stoff (Papier, Leinwand, Öl) vom Besteller geliefert wird, ist dabei gleichgültig.
- 70** c) Die Bearbeitung oder Verarbeitung muß **Waren** zum Gegenstand haben. Der Begriff ist wiederum derselbe wie in Nr. 1 (Rdn. 61). Das können auch getragene Kleider oder Wäsche sein (RG LZ 1910 211<sup>2</sup>), aber jedenfalls nur bewegliche Sachen. Die Bearbeitung von Grundstücken (Entwässern, Dränieren, Beregnen, Fußwegreinigen) und von Gebäuden (Gebäudereinigungsanstalten, Fensterputzbetriebe, Parkettschleifereien, Unternehmen des Bautenschutzes durch Trockenlegung, Imprägnierung usw.) erfüllt nicht diese Voraussetzung.

Ebensowenig gehört der Betrieb des **Friseurgewerbes**, der Betrieb von **Badeanstalten** unter Nr. 2, da er es nicht mit Sachen, sondern mit dem menschlichen Körper zu tun hat. Unerheblich ist, ob Zutaten wie Seifen, Essenzen, Moorerde, Salz, Sole, Kiefern-

nadeln verabreicht werden. Die Anschaffung und Verabreichung solcher Zutaten begründet auch kein Handelsgewerbe nach Nr. 1. Daß Friseure heute durchweg auch Warenhandel treiben, liegt auf anderer Ebene; sie sind insoweit Kaufleute, und zwar in der Regel Minderkaufleute i. S. von § 4.

d) Die Bearbeitung oder Verarbeitung muß für andere vorgenommen werden (Hauptfall: Werkvertrag, auch Dienst- oder sog. „Lohnveredelungsvertrag“), während im Gegensatz hierzu nach Nr. 1 derjenige, der die Waren anschafft und veräußert, die etwa dazwischen liegende Be- oder Verarbeitung für sich vornimmt. Die Voraussetzung der Nr. 2 liegt also nicht vor, wenn der Be- oder Verarbeiter den Stoff für eigene Rechnung anschafft, geschweige, wenn er ihn selbst produziert. Es ist aber nicht gerade erforderlich, wenn es auch die Regel ist, daß der Besteller Eigentümer des Stoffes ist und ihn dem Unternehmer übergibt. Es genügt, daß der Stoff für Rechnung des Bestellers angeschafft wird; dann ist dieser, nicht der Unternehmer, der Anschaffende. Der Besteller kann daher den Unternehmer beauftragen, den Stoff für seine — des Bestellers — Rechnung anzuschaffen, gleichviel, ob auch in seinem oder des Unternehmers Namen, so daß möglicherweise der Unternehmer zunächst Eigentümer des Stoffes wird. Auch gehört es noch unter Nr. 2, wenn der Besteller durch einen selbständigen Vertrag vor der Be- oder Verarbeitung den Stoff vom Unternehmer kauft, so daß der Vertrag über die Be- oder Verarbeitung von dem vorangehenden Kauf, dessen Erfüllung und Erfüllungsannahme unabhängig ist. Liegt dagegen ein einheitlicher Vertrag vor, kraft dessen der Unternehmer den Stoff zu liefern und zu bearbeiten oder zu verarbeiten hat (§ 651 BGB), so fällt das nicht unter Nr. 2, sondern unter Nr. 1.

**Gleichgültig** ist, worin die Vergütung besteht, namentlich ob sie in Geld gezahlt oder dadurch entrichtet wird, daß der Besteller dem Unternehmer einen gewissen Teil des gelieferten Stoffes beläßt. Diese Form der Vergütung ist in der Lohnmüllerei üblich.

e) Im Gegensatz zu Nr. 1 setzt Nr. 2 voraus, daß das Gewerbe **nicht handwerksmäßig** betrieben wird. Das Moment des „Nicht-Handwerksmäßigen“ ist konstituierend und steht zur Beweislast dessen, der sich auf die Kaufmannseigenschaft beruft. Dennoch handelt es sich nicht um ein Negativum i. S. der probatio diabolica. Denn wie noch zu zeigen sein wird, stellt für das Be- und Verarbeiten von Waren eine Betriebsart, die nicht handwerksförmig ist, sich als industrieförmig dar. Beide schließen in kontradiktorischem Gegensatz einander aus (oder auch aneinander an, wenn man das Industrielle als eine Steigerung des Handwerklichen ansehen wollte): tertium non datur. Der Nachweis hätte sich mithin, ins Positive gewendet, auf das Gegebensein einer solchen Betriebsform zu richten; die die Schwelle der industriellen Struktur bereits überschritten hat.

Unter Nr. 2 gehören m. a. W. die **Lohnunternehmer** mit Ausschluß der (reinen) Lohnhandwerker. Letztere sind, im Gegensatz zu den Warenhandwerkern, von der Kaufmannseigenschaft grundsätzlich ausgeschlossen; allenfalls können sie sie noch für § 2 als Sollkaufleute kraft Eintragung erwerben, wenn sie großhandwerkliches Niveau erreichen (Rdn. 81); niemals sind sie Minderkaufleute.

Wie schon Vor § 1, 11 ff vorweggeschickt, hat sich hier und in der Sparte der Druckereien (§ 1 Abs. 2 Nr. 9; Rdn. 105) ein Rest der ursprünglich sehr viel weitergehenden Abschichtung des Handwerks von den Bereichen des Kaufmannsstatus bewahrt. Es behält daher vieles von dem Gültigkeit, was in den früheren Auflagen über Begriff und Abgrenzung des Handwerks in den Erläuterungen zu § 4 a. F. ausgeführt worden war. Dort war auch bereits zutreffend auf die Gesamtwürdigung der den Betrieb prägenden Merkmale abgehoben, in Abkehr von einer Zuordnung nach dem bloßen „Umfang“

des Unternehmens. Handwerk ist eine Frage der **Betriebsstruktur**. Den Gegensatz zum Handwerk bildet die Betriebsform der Industrie. Es gibt großhandwerkliche Unternehmungen, die an Kapazität das kleinere Industrieunternehmen übertreffen, dennoch aber Handwerk bleiben. Dies nicht nur für die hier interessierende handelsrechtliche, sondern vor allem für die gewerberechtliche Betrachtung.

Auf jenem gewerberechtlichen Gebiet hat die Frage deshalb auch ihren Sitz, namentlich nachdem das zuvor außerordentlich zersplitterte und unübersichtliche Handwerksrecht durch das Gesetz zur Ordnung des Handwerks — **Handwerksordnung** — i. d. F. v. 28. 12. 1965 (BGBl. 1966 I, 1) eine feste Grundlage erhalten hat. Zwar ist die Eingliederung eines Betriebes in die Kategorien der Handwerksordnung nicht unbedingt präjudiziell für § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 9 HGB. Die Handwerksordnung ist öffentliches Recht; sie knüpft an einen traditionellen, vom Zunftgedanken herkommenden und daher in einem numerus clausus (der sog. Positivliste, Anlage A zum Gesetz) festgelegten Handwerksbegriff, um auf ihm das Recht des Handwerksstandes aufzubauen. Es gibt handwerksförmige Unternehmungen, die allenfalls „handwerksähnlich“ i. S. v. § 18 HandwO, nicht „Handwerk“ in standesrechtlicher Bedeutung, insbesondere nicht handwerksrollenpflichtig sind, die aber nicht schon deshalb i. S. unserer Nr. 2 zum Grundhandelsgewerbe gehören. Beispiel: die Messerschleiferei (OVG Münster, OVG Mü/Lü 9 289), die Ausbesserungswerkstätte des reinen Flickschneiders (OVG Bremen MDR 1955 567), der Betrieb zur Ausführung bloßer Spezialarbeiten aus dem Ausschnitt eines Handwerkszweiges (LVG Gelsenkirchen GewArch. 1959 137: Werkstatt für Ausmessen, Nähen, Anbringen von Gardinen als Nebenbetrieb der Gardinenabteilung eines Kaufhauses — handelsrechtlich lag hier ein Hilfsbetrieb innerhalb der Umsatzorganisation vor; Rdn. 82 —). Diese Betätigungen unterfallen (primär) der Gewerbeordnung, werden von der Handwerksordnung nur nach Maßgabe ihrer Aufführung in einer Anlage B in lockerer Überwachung erfaßt, bleiben aber jedenfalls jenseits des industriellen Formenkreises und kommen deshalb für eine Zuordnung zum Grundhandelsgewerbe des § 1 Abs. 2 Nr. 2 so wenig in Betracht wie das unter dem Recht der Handwerksordnung arbeitende Lohnhandwerk. Dennoch ist die überragende indizielle Bedeutung des Handwerksbegriffs nach der Handwerksordnung auch für unseren Zusammenhang nicht zu übersehen, namentlich für die Abgrenzung zur Industrie.

- 74** Die **Grenze** zwischen Handwerk und Industrie ist **flüssig**. Das haben auch die literarischen Bemühungen nach Erlaß der Handwerksordnung (*Fröbler* BB 1957 1127 ff; *Meyer-Hentschel* NJW 1958 1321 ff) deutlich gemacht. Die frühere Rechtsprechung des Reichswirtschaftsgerichts hierzu ist nur noch bedingt verwendbar (*Meyer-Hentschel* aaO, OVG Münster DVBl. 1956 456), zumal gerade sie gelegentlich dazu neigte, auf die Größenverhältnisse des Betriebes abzustellen. Es kann nur darum gehen, eine Reihe von **typischen Unterscheidungsmerkmalen** herauszuarbeiten, um hiernach — sie pflegen nicht einmal in aller Eindeutigkeit auf der einen oder der anderen Seite versammelt zu sein (OVG Koblenz DVBl. 1954 437) — im Einzelfalle zu bestimmen, ob der Betrieb vorwiegend handwerks- oder vorwiegend industrieförmig strukturiert ist. Die in Frage kommenden Unterscheidungsmerkmale sind erschöpfend zusammen- und gegenübergestellt in OVG Lüneburg BB 1960 12. Danach ist kennzeichnend

für das **Handwerk**:

Die Leitung des Betriebes liegt in der Hand eines Meisters mit abgeschlossener handwerklicher Vorbildung. Betriebsleiter und Betriebsinhaber sind personengleich. Der Meister arbeitet selber mit. Er versieht die Anleitung und Überwachung des Pro-

duktionsvorganges und übernimmt die Ausbildung des Lehrlingsnachwuchses. Die Mitarbeiter gehören in die gleiche soziale Sphäre. Sie bilden eine Arbeitsgemeinschaft. Die Mitarbeiter (Gesellen, in Grenzen auch Auszubildende) sind fachlich vorgebildet. Sie sind mit dem Gesamtvorgang der Fertigung vertraut und daher allgemein gegeneinander auswechselbar. Der Betriebsraum, die Werkstatt, die Zahl der Mitarbeiter (Gesellen und Auszubildende), der Umsatz, der Kapitalbedarf und die Investition, die Zahl und Art der Maschinen halten sich, am Normalfall gemessen, in mäßigen Grenzen. Sie sind übersehbar. Die manuelle Tätigkeit überwiegt gegenüber dem Einsatz der Maschinen; sie kann in gewissen Funktionen nicht durch Maschinen ersetzt werden, sondern stellt sich als ein selbständiges Gestalten des Handwerkers dar. Die Leistung erfolgt als individuelle Einzelanfertigung auf Bestellung. Es handelt sich um einen übersehbaren und in der Regel bekannten Abnehmerkreis. Die Buchführung ist einfach. Die Handelstätigkeit tritt weniger in Erscheinung;

für die **Industrie**:

Der Unternehmer ist an der technischen Produktion nicht persönlich mitarbeitend beteiligt. Die Vorbildung der Mitarbeiter ist spezialisiert auf Einzelprozesse des Arbeitsvorganges, insbesondere auf Maschinenbedienung; oft brauchen sie hierfür nur angelehrt zu sein. Die Mitarbeiter sind untereinander nicht auswechselbar. Es handelt sich nicht um die gleiche soziale Sphäre. Die Betriebsräume (die Fabrik), die Zahl der Mitarbeiter, Umsatz, Investitionen und Kapitalbedarf, die Zahl und Art der Maschinen weisen erhebliche Größenverhältnisse auf. Die maschinellen Funktionen überwiegen gegenüber den manuellen. Die Maschine ersetzt die Arbeit des Menschen, sie arbeitet automatisch. Der Betrieb ist organisatorisch, kaufmännisch und technisch aufgegliedert. Oft sind besondere Planungsbüros vorhanden. Der Arbeitsvorgang ist aufgeteilt durch einzelne Spezialarbeitsgänge (Fließband). Es herrscht weitgehend Arbeitsteilung. Die Produktionsleistung erfolgt als typenmäßige gleichartige Massenanfertigung auf Vorrat (Lager), für den allgemeinen und anonymen Markt. Der Absatz wird organisiert, kaufmännische Funktionen treten stärker hervor. Der Abnehmerkreis ist unbekannt. Es wird vielfach exportiert. Die Buchführung ist perfektioniert.

Von diesen Kriterien sind diejenigen, die auf den Fertigungsprozeß von der Gestaltung des Absatzes her abzielen — Arbeit auf Vorrat: Arbeit auf Bestellung —, hier ohne Interesse, weil der Gegensatz zwischen Warenhandwerker und Warenfabrikant nicht zur Erörterung steht. (Er ist als solcher für das Handelsrecht ohnehin gegenstandslos: Rdn. 66). Die übrigen sind in der Rechtsprechung auch schon früher wiederholt und näher beleuchtet worden. Der Unternehmer muß, um handwerklicher Unternehmer zu sein, das Verfahren der Be- oder Verarbeitung, die den Gegenstand seines Betriebes bildet, **selbst erlernt haben**, auf welchem Wege und ob mit oder ohne Ablegung von Gesellen- und Meisterprüfung, ist für den handelsrechtlichen Begriff des Handwerks gleichgültig (KG JW 1936 1682<sup>19</sup>). Wer das Verfahren selbst auszuüben überhaupt nicht erlernt hat, sondern darauf angewiesen ist, es ausschließlich durch andere ausüben zu lassen, die er anstellt und beaufsichtigt, ist nicht geeignet, einen handwerksmäßigen Betrieb zu gründen (BayObLG LZ 1931 1463<sup>2</sup> = JFG 9 101). Ist aber der Betrieb einmal von einer dazu geeigneten Person begründet worden, so kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer durch äußere Umstände, z. B. durch Krankheit oder Abwesenheit, an der persönlichen Mitarbeit verhindert ist; es genügt die auf die Mitarbeit des Unternehmers eingerichtete Anlage des Betriebes (BGH LM § 343 BGB Nr. 1). Nicht einmal sein Tod braucht das Ende des handwerksmäßigen Betriebes zu bedeuten; die Fortführung durch die Witwe unter Leitung eines Altgesel-

len findet sich häufig, seltener die Fortführung durch andere Erben, möglich ist aber auch diese, z. B. die Fortführung durch den Vormund des noch minderjährigen Sohnes, der im Handwerk des Vaters ausgebildet wird und es später weiterführen soll, oder durch den Testamentsvollstrecker, den Nachlaßverwalter, den Nachlaßpfleger (§ 4 HandwO; die dort vorgesehene Befristung auf ein Jahr, nach deren Ablauf die Leitung des Betriebes einer handwerksrollenfähigen Persönlichkeit zu übertragen sei, ist nur gewerberechtlich von Bedeutung). Überhaupt ist das Merkmal der persönlichen Mitarbeit des Handwerksbetriebsunternehmers oder -leiters nicht so zu verstehen, daß er in den Arbeitsprozeß voll eingespannt sein müsse. Die Art seiner Mitarbeit darf der Betriebsgröße entsprechen. Es genügt bei größer werdendem Unternehmen, wenn er auf Grund seiner Fachkunde die Direktiven für den Arbeitsprozeß an Ort und Stelle erteilt (*Meyer-Hentschel* aaO; so auch BGHZ 39 255, 258), m. a. W. daß er sich auch um die technische Ausführung kümmert, also mitarbeitet und nicht nur die kommerzielle Leitung des Betriebes innehat.

**76** In solchem Sinne wird man mit den Vorauslagen definieren dürfen, Handwerk sei „diejenige Art der gewerbmäßigen Be- oder Verarbeitung von Sachen, die auf persönliche, auf Handfertigkeit beruhende Arbeit oder Mitarbeit des Unternehmers angelegt ist“. Den Gegensatz zu dem auf persönliche Mitarbeit des Unternehmers angelegten Betriebe bildet der Betrieb, der **nur auf die Oberleitung** durch den Unternehmer unter Ausschluß seiner persönlichen Mitarbeit angelegt ist, wobei die Oberleitung überwiegend in der kaufmännischen Planung und Finanzierung, also in der Entfaltung kommerzieller oder in der Verwertung theoretisch-technischer Kenntnisse beruht, die über die in dem betreffenden Handwerk allgemein erforderlichen Kenntnisse erheblich hinausgehen. Für die Abgrenzung bieten die Vorschriften über die bei einer Meisterprüfung des fraglichen Handwerks zu stellenden Anforderungen einen geeigneten Ausgangspunkt. Liegt solche Tätigkeit vor, dann ist der Betrieb nicht mehr ein handwerksmäßiger. Auch ein ursprünglich handwerksmäßiger Betrieb kann das Kennzeichen des Handwerks verlieren, wenn nämlich die Anlage sich so ändert, daß eine Mitarbeit des Unternehmers nicht mehr in Betracht kommt und dieser nur noch die Oberleitung ausübt. Das ist aber beim Großhandwerk nicht ohne weiteres der Fall. Auch die Arbeitsteilung macht für sich allein den Betrieb noch nicht zum Fabrikbetrieb, sofern nicht der größte Teil der Arbeit von ungelerten oder angelernten Arbeitern verrichtet wird (KG JW 1936 3128<sup>13</sup>).

**77** Der Begriff des Handwerks ist hiernach entscheidend an den der Handfertigkeit mit der Tendenz zum **erlernbaren meisterlichen Können** gebunden; OVG Münster VerwRspr. 9 1003. Das Merkmal der Handfertigkeit ist aber nicht dahin zu pressen, daß die Verwendung von Maschinen dem Begriff des Handwerks gänzlich entgegen und dieses nur auf Werkzeuge („Handwerkszeug“) angewiesen sei. Maschinelle Hilfsmittel sind auch im Handwerk durchaus üblich geworden, aber doch nur zur Unterstützung der Handfertigkeit, nicht zu deren Ersetzung. Wo die Maschine der Handfertigkeit keinen Raum mehr läßt, so daß nicht die Handfertigkeit, sondern die Bedienung der Maschine dasjenige ist, was erlernt werden muß, hört der Begriff des Handwerks auf (so auch OLG Köln NJW 1956 759; OVG Münster aaO). Ganz allgemein ist denn auch in der neueren Rechtsprechung in Grenzfällen immer wieder als Kriterium erachtet worden, ob die Arbeit im Betrieb überwiegend durch handwerklich geschulte Fachkräfte oder aber durch ungelernete, bestenfalls angelernte Arbeiter getan wird (OVG Koblenz DVBl. 1954 437; OVG Münster DVBl. 1956 456). Das OVG Lüneburg hat in einem Urteil v. 29. 1. 1960 — III OVG A 21/59 — für die Unterscheidung auf der großbetrieblichen Ebene die einprägsame Gegenüberstellung von „Handwerkerteam“

einerseits und „Fabrikbelegschaft“ andererseits gebraucht. Reparaturtätigkeit ist wesensmäßig dem Handwerk, nicht der Industrie zuzurechnen (OVG Münster DB 1963 618).

Für den Prozeß- wie für den Registerrichter ist es ein gewichtiges **Indiz**, ob ein **78** Gewerbebetrieb in die **Handwerksrolle** — VO v. 2. 3. 1967 — BGBl. I, 274 — eingetragen ist (vgl. KG JW 1936 1682<sup>19</sup>, 3127<sup>13</sup>). Bindend ist dies indessen nicht (BGHZ 39 255, 258; OLG Karlsruhe BB 1959 899). Schon die Begründung zur Handwerksnovelle vom 11. 2. 1929, die sie schuf (Reichstagsdrucksache Nr. 405 von 1928, S. 15), erklärt ausdrücklich, das Verzeichnis der Handwerker solle nicht mit privatrechtlichen Folgen verknüpft sein und werde darum nicht als Register, sondern als Handwerksrolle bezeichnet. Hieran haben weder die Handwerksordnung von 1953 noch deren Neufassung von 1965 etwas geändert; die Materialien (BT-Dr. I/1428, 4172; IV/3461) haben keine Veranlassung gesehen sich hierüber nochmals auszusprechen. Ebenso wenig hat das Verzeichnis der Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden können, die sog. Positivliste (Anl. A zur Handwerksordnung; Vor § 1, 15), unmittelbare privatrechtliche Bedeutung. Die Gerichte sind daher grundsätzlich nicht gehindert, einen Lohngewerbebetreibenden als Handwerker zu beurteilen, auch wenn er nicht in die Handwerksrolle eingetragen worden ist, ja, auch wenn sein Gewerbe im Verzeichnis der Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden können, nicht mitenthalten ist. Umgekehrt ist es den Gerichten grundsätzlich auch nicht verwehrt, einen in die Handwerksrolle eingetragenen Lohngewerbebetreibenden der Nr. 2 unseres Katalogs zu unterstellen, wenn sein Betrieb nach der richterlichen Überzeugung die Merkmale des Handwerks nicht oder nicht mehr trägt. Wünschenswert sind solche Unstimmigkeiten selbstverständlich nicht. Für die registergerichtliche Praxis wird ihnen durch § 126 FGG n. F. und § 23 Abs. 11 HRegVf. nach Möglichkeit vorgebeugt. Danach ist neben der Industrie- und Handelskammer auch die Handwerkskammer zu hören, wenn in Frage steht, ob ein Betrieb als eintragungspflichtiges Handelsgewerbe oder als nichteintragungspflichtiges (Lohn-)Handwerk anzusehen ist.

Unter Anwendung der zu a) und b) dargelegten Grundsätze kommen als **Lohn- 79 handwerk** i. S. der Nr. 2 in Betracht und sind vom Grundhandelsgewerbe danach ausgeschlossen: Mechaniker aller Art (auch Uhrmacher) als Inhaber von Reparaturwerkstätten, namentlich Kfz-Werkstätten, Maler, Autolackierer, Anstreicher, Klavierstimmer, Buchbinder; aber auch Änderungsschneider, Instandsetzungsschuhmacher, Inhaber von Kunststopfereien. Wenn sie Zutaten liefern, so werden sie dadurch noch nicht zu Kaufleuten (Rdn. 60). Das wird sogar für den Goldschmiedemeister zutreffen, der die in Auftrag gegebene Umarbeitung von Schmuckstücken durch Zugabe von Edelmetall ausführt und dieses gesondert in Rechnung stellt (er „verkauft“ es nicht, sondern tut es „dazu“). In gleicher Weise verschafft es nicht die Kaufmannseigenschaft, wenn der Inhaber der Kfz-Werkstatt Ersatzteile gegen Auswechseln beschädigter Teile einbaut und sie in der Rechnung gesondert ausweist. Auch sie sind lediglich das Substrat für seine Instandsetzungstätigkeit, mag selbst ihr Rechnungswert im Einzelfalle den der Arbeitsleistung übersteigen. — Der Gegensatz ist überall der anstaltsmäßige Betrieb, wo er denkbar ist, d. h. im wesentlichen unter Zuhilfenahme angelernter oder ungelerner Kräfte sich abwickelt. Das ist der Fall z. B. bei „Wäschekliniken“, Wäschereianstalten, wenn sie mit vollautomatischen Waschmaschinen arbeiten, BVerwGer. BB 1964 365 (Verwendung halbautomatischer läßt die Antwort offen, zumal Wäschereibetriebe nach der Anlage A zur Handwerksordnung auch Handwerksbetriebe sein können; vgl. einerseits BayVGH VerwRspr. 9 760, andererseits LG Köln NJW 1956 759), Fotolaboratorien, Chemisch-Reinigungs-Betrieben (OVG Münster DB 1961 673;

BVerwGer. BB 1964 365). Für Plättereien hat OLG Düsseldorf DBVl. 1957 63 entschieden, die Anwendung selbst eines Heimbüglers stehe der Annahme eines Handwerksbetriebes nicht entgegen, wenn die die Maschine bedienende Ehefrau des Betriebsinhabers handwerksmäßig ausgebildet sei; doch liegt der Fall schon auf der Grenze.

- 80** Ist die **Grenze vom Handwerk hinweg überschritten**, so wird der Betrieb des Be- und Verarbeitungs(lohn)gewerbes damit zum Grundhandelsgewerbe nach Nr. 2. In aller Regel wird er dann zugleich soviel an kaufmännischer Geschäftsgebarung aufweisen und erfordern, daß er sich als vollkaufmännisch darstellt. Doch muß das nicht notwendig so sein. Es lassen sich Gestaltungen denken, in denen ein Betrieb nicht (mehr) handwerklich arbeitet, weil er vorwiegend un- oder angelernte Kräfte an Maschinen einsetzt, aber seinem Umfang nach doch klein genug bleibt, um sich nicht über die Sphäre des Kleinunternehmens zu erheben (etwa bei kleineren Waschanstalten mit wenigen vollautomatischen Kesseln und entsprechend geringem, angelernten Personalbestand). Dann ist ein solcher Gewerbebetrieb Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 Nr. 2, aber minderkaufmännisch nach § 4.
- 81** Hinwiederum kann der handwerklich geführte Lohnverarbeitungsbetrieb bei entsprechendem Steigen der Betriebskapazität zum **Großhandwerk** sich erweitern, ohne daß er seine handwerkliche Struktur einbüßt. Man denke an Großreparaturwerkstätten für Kraftfahrzeuge, Großbuchbindereien, Vulkanisierbetriebe (vgl. BayObLG a. F. 10 48), Schnellbesohl„anstalten“ (OVG Münster DB 1961 673; differenzierend: BVerwGer. DB 1964 284; s. auch BVerwGer. BB 1964 366), galvanische Werkstätten. Solche Unternehmen bleiben, obwohl Großhandwerk, aber weil eben Handwerk, unverändert vom Grundhandelsgewerbe nach Nr. 2 ausgeschlossen. Sie können aber, wenn sie im übrigen einen kaufmännischen Betrieb erfordern, durch Eintragung nach § 2 als Sollkaufleute die (Voll-)Kaufmannseigenschaft erwerben.
- 82** f) Nicht selten sind **Mischformen** von Lohnhandwerksbetrieb, gekoppelt mit einem anderen gewerblichen, insbesondere kaufmännischen Unternehmen. Hier ist zu unterscheiden:

Wenn Lohnhandwerker gelegentlich zur Unterstützung ihres handwerksmäßigen Betriebes ein Handelsgeschäft der in Nr. 1 bezeichneten Art abschließen, wenn z. B. der Instandsetzungsschuhmacher gelegentlich ein Paar neue Schuhe aus selbst angeschafftem Leder für einen Kunden anfertigt, so begründet das nicht die Kaufmannseigenschaft. Der Betrieb ist auf solche Gelegenheitsverkäufe nicht „angelegt“; sie sind nicht intendierter Gegenstand der gewerblichen Betätigung des Inhabers.

Geht das Verkaufsgeschäft über das Gelegentliche hinaus und wird es gewerbsmäßig nicht nur zur Unterstützung des Lohnhandwerks, betrieben, so liegt ein gemischter Gewerbebetrieb vor, der den Lohnhandwerker zum Kaufmann macht (Rdn. 26), seine sämtlichen Geschäfte sind dann Handelsgeschäfte. So ist beispielsweise der Uhrmacher heute zumeist auch Verkäufer von Uhren, der Fotograf Verkäufer von Fotogeräten, der Inhaber einer Kfz-Reparaturwerkstatt Pächter einer Tankstelle. Noch enger wird die Verbindung, wenn sie zwischen Lohn- und Warenhandwerk bereits durch den betrieblichen Arbeitsprozeß gegeben ist (der Bäcker, der zugleich die ihm angelieferten Kuchenplatten im Lohn ausbäckt; der Sägewerker, der zugleich Schnittholzhandel betreibt). In solchen Fällen entscheidet sich übrigens die Frage nach dem Charakter des Unternehmens als eines voll- oder eines minderkaufmännischen (§ 4) aus dessen Ganzheit, nicht nur aus dessen grundhandelsgewerblichem Teilaspekt; § 4, 7.

Mitunter betreiben Lohnhandwerker neben ihrem Handwerk noch ein selbständi-

ges, nicht einschlagendes Handelsgewerbe nach Nr. 1, etwa einen Handel mit Zigarren oder Ansichtspostkarten. Das ist ein selbständiger Gewerbebetrieb neben dem Handwerk, nur für jenen ist der Handwerker Kaufmann, in der Regel Minderkaufmann. Die Geschäfte, die er in seinem Lohnhandwerk abschließt, sind keine Handelsgeschäfte (Rdn. 25).

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die **(lohn)handwerklichen Nebenbetriebe**, die mit Unternehmungen des Handels, der Industrie, der Landwirtschaft oder sonstiger Gruppen der Wirtschaft (§ 2 Nr. 3 HandwO; dazu BVerwGer. BB 1964 365) oder mit gewerblichen Unternehmungen der öffentlichen Hand (§ 2 Nr. 2 HandwO) verbunden sind. Zum Begriff des Nebenbetriebes und seine Relevanz für die Kaufmannseigenschaft s. zunächst Rdn. 27.

Mit ihrer Legaldefinition in § 3 umschreibt die Handwerksordnung wie folgt:

„(1) Ein handwerklicher Nebenbetrieb im Sinne des § 2 Nr. 2 und 3 liegt vor, wenn in ihm . . . Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, daß eine solche Tätigkeit nur in unerheblichem Umfange ausgeübt wird, oder daß es sich um einen Hilfsbetrieb handelt.

(2) Eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 1 ist unerheblich, wenn sie während eines Jahres den durchschnittlichen Umsatz und die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte arbeitenden Betriebes des betreffenden Handwerkszweiges nicht übersteigt.

(3) Hilfsbetriebe im Sinne des Absatzes 1 sind unselbständige, der wirtschaftlichen Zweckbestimmung des Hauptbetriebes dienende Handwerksbetriebe, wenn sie

1. Arbeiten für den Hauptbetrieb oder für andere dem Inhaber des Hauptbetriebes ganz oder überwiegend gehörende Betriebe ausführen oder

2. Leistungen an Dritte bewirken, die

a) als handwerkliche Arbeiten untergeordneter Art zur gebrauchsfertigen Überlassung üblich sind oder

b) in unentgeltlichen Pflege-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten bestehen oder

c) in entgeltlichen Pflege-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten an solchen Gegenständen bestehen, die in dem Hauptbetrieb selbst erzeugt worden sind, sofern die Übernahme dieser Arbeiten bei der Lieferung vereinbart worden ist, oder

d) auf einer vertraglichen oder gesetzlichen Gewährleistungspflicht beruhen.“

Für die weitere Betrachtung sind hier die Hilfsbetriebe auszuschneiden. Sie sind auch handelsrechtlich unselbständig und für die kaufmannsstandschaftliche Einordnung des Hauptbetriebes ohne Bedeutung.

Was die eigentlichen Nebenbetriebe anlangt, so findet sich ihre gewerberechtliche Regelung in § 7 Abs. 5 HandwO; danach wird der Inhaber des Nebenbetriebes in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Nebenbetriebsleiter den fachlichen Voraussetzungen für die Eintragung in die Rolle genügt. **Handelsrechtlich** ist aber der Unternehmer des Hauptbetriebes (Lohn-)Handwerker nur dann, wenn er auch den handwerklichen Nebenbetrieb leitet, das Handwerk also auch selbst erlernt hat und ausübt (Rdn. 75). Ist das der Fall, dann bleibt der Nebenbetrieb für die kaufmannsstandschaftliche Einordnung des Hauptbetriebes wiederum außer Betracht. Denn großhandwerklich, um aus sich heraus (wo nicht der Hauptbetrieb bereits Vollkaufmannsqualität hätte) für das Ganze die Voraussetzungen des § 2 zu schaffen, wird er als Nebenbetrieb kaum je sein, und auch nur ein solches Eigengewicht, daß er allein einen durch ihn ergänzten minderkaufmännischen Hauptbetrieb in die vollkaufmännische Sphäre

heben könnte, dürfte ihm ebensowenig zukommen. Für sich selbst genommen ist der Betrieb Nicht-Grundhandelsgewerbe, der in ihm mitarbeitende Inhaber für diesen seinen Nebenbetrieb Nichtkaufmann. Ist andererseits der Unternehmer des Hauptbetriebes nicht selbst handwerklich Leitender des Nebenbetriebs, so ist er trotz Eintragung in die Handwerksrolle nicht Handwerker im Sinne des Handelsrechts; er beschäftigt nur Handwerker. Der Nebenbetrieb geht in diesem Falle nach den Regeln des gemischten Betriebes (Rdn. 26): für ihn ist der Unternehmer Vollkaufmann, wenn er für den Hauptbetrieb Vollkaufmann (der oben Rdn. 73 erwähnte Fall des LVG Gelsenkirchen GewArch. 1959 137), und Minderkaufmann, wenn er für den Hauptbetrieb Minderkaufmann ist. Ob, bei einem grundhandelsgewerblichen Hauptbetrieb, die handelsregisterliche Eintragung erfolgt ist oder nicht, spielt selbstverständlich keine Rolle (Beispiel: das gem. § 36 nicht eingetragene kommunale Gaswerk, das eine Instandsetzungsabteilung für die Gasgeräte seiner Abnehmer-Kunden unterhält). — Zwei Ausnahmen sind zu machen. Ist der Unternehmer in seinem Hauptbetriebe Formkaufmann (Vor § 1, 10), so ist er Vollkaufmann auch für den handwerklichen Nebenbetrieb (§ 6 Abs. 2). Und ist er in seinem Hauptgewerbe Land- oder Forstwirt, so steht es ihm nach § 3 frei, für den Hauptbetrieb oder den (handwerklichen) Nebenbetrieb oder für beide unter den vollkaufmännischen Voraussetzungen des § 2 die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung zu erwerben. Hat er sie hiernach nur für den Hauptbetrieb erworben, so erstreckt sich die Kaufmannseigenschaft deshalb nicht auch auf den Nebenbetrieb. Für diesen bleibt er schlechthin Nichtkaufmann, und es gelten für die Abgrenzung im einzelnen die Regeln wie unter Rdn. 25.

#### 4. Nr. 3: Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie

**83** Hier ist die **gewerbliche private Versicherung** gemeint, die auf einen Gewinn des Versicherers gerichtet ist. Die „Prämie“ ist das vertragliche Entgelt dafür, daß der Versicherer dem Versicherungsnehmer eine Vermögensleistung für den Eintritt einer ungewissen, dem Versicherungsnehmer oder einem Dritten wirtschaftlich nachteiligen Tatsache — des Versicherungsfalles — verspricht. Nicht gemeint sind die Geschäfte der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§§ 15 ff VAG). Diese haben die Eigentümlichkeit, daß sich bei ihnen nicht Versicherer und Versicherte gegenüberstehen, sondern „die Versicherer zugleich die Versicherten sind und daß die einzelnen Überschüsse an die Versicherten zurückfließen, etwaige Ausfälle aber von diesen gedeckt werden“ (RGZ 14 238). Bei einem derartigen Aufbau des Unternehmens fehlt die Gewinnabsicht; sie sind Organisationen genossenschaftlicher Selbsthilfe (Rdn. 10). Ob die Beiträge der Mitglieder als Prämien bezeichnet werden, ist nicht entscheidend (im Sinne des VVG § 1 Abs. 2 S. 2 „gelten“ sie nur für die Anwendung jenes Gesetzes als Prämie). § 16 VAG bestimmt zwar für die größeren unter ihnen — genauer: unter Ausschluß der sogenannten „kleinen“ Vereine, § 53 VAG —, daß die Vorschriften des Ersten bis Dritten Buches des Handelsgesetzbuchs auf sie anwendbar sein sollen, da ihr Geschäftsbetrieb sich in kaufmännischen Formen abzuwickeln pflegt. Die Anwendung der §§ 1—7 ist aber wiederum ausdrücklich ausgenommen, sodaß von da her die Nichtkaufmannseigenschaft der (größeren) Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit bestätigt ist. Jener Ausschluß der Anwendbarkeit der §§ 1—7 hat daraufhin praktische Bedeutung nur noch für § 2: Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit könnten auch die Sollkaufmannseigenschaft durch Eintragung weder anstreben noch erreichen.

**84** Für die gewerbliche oder Prämienversicherung ist in § 7 Abs. 2 und 3 VAG bestimmt, daß der Betrieb der Lebensversicherung — wozu auch die Invaliditäts-, Alters-, Witwen-, Waisen-, Aussteuer- und Wehrdienstversicherung gezählt wird —,

der Unfall-, Haftpflicht-, Feuer- und Hagelversicherung nur Aktiengesellschaften erlaubt werden darf. Diese gelten aber nach § 3 AktG als Handelsgesellschaften, sie sind Formkaufleute (§ 6 Abs. 2 HGB). Für die **Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 3** bleibt daher nur ein verhältnismäßig **enges Gebiet**. Namentlich kommen Viehversicherung, Transportversicherung, Seeversicherung, Kursverlustversicherung, Schaufensterversicherung, Reisetwetterversicherung, Diebstahlversicherung, Kraftfahrzeugversicherung, Fahrradversicherung und Rückversicherung in Betracht. Daß ein Einzelkaufmann auch nur für diese Sparten das Versicherungsgewerbe betreibt, wird wegen der dazu erforderlichen und im Genehmigungsverfahren (§ 5 VAG) nachzuweisenden Deckungskapitalausstattung kaum je praktisch. Siehe jedoch Rdn. 85 betr. den auf die Prämienversicherung für Nichtmitglieder erstreckten Geschäftsbetrieb eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit.

Die **Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit** sind hinsichtlich der von ihnen betriebenen Sparten nicht beschränkt. Vor allem aber können sie, wenn die Satzung das ausdrücklich gestattet, Versicherungsgeschäfte gegen Prämie auch mit Nichtmitgliedern betreiben (§ 21 Abs. 2 VAG). Dadurch rückt unsere Vorschrift auch für sie in die Möglichkeit unmittelbarer Anwendung. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit müßte insoweit, da nicht Handelsgesellschaft, als Einzelkaufmann auf der Ebene der juristischen Person (Vor § 1 Rdn. 20) anzusehen sein, wenn man seinen Ausschluß von der Kaufmannseigenschaft als gerade und nur für den angestammten Bereich der Mitgliederversicherung verfügt ansieht. Das war in der Tat konsequent. Denn dieser Ausschluß von der Kaufmannseigenschaft beruht auf der fehlenden Gewerbsmäßigkeit der Betätigung. Wo dagegen der Verein auch Nichtmitglieder gegen Prämie versichert, tut er das gewerbsmäßig. Werden beide Arten von Versicherungen, die Versicherung der Mitglieder auf Gegenseitigkeit und die Versicherung Fremder gegen Prämie, als selbständige Unternehmungen mit getrenntem Vermögen nebeneinander betrieben, so ist deshalb der Verein für das zweite Unternehmen Kaufmann (RGZ 28 314), aber nur für dieses; für das erste bleibt er Nichtkaufmann, jedoch unter Anwendbarkeit der in § 16 VAG (Rdn. 83) genannten Vorschriften des HGB. Werden aber beide Unternehmungen, wie es wohl die Regel sein wird, miteinander verbunden, so daß der Gewinn aus der Prämienversicherung den Mitgliedern des Vereins zugute kommt, der Verlust sie in Mitleidenschaft zieht, so ist der Verein für sein ganzes Unternehmen Kaufmann. Dies ist herrsch. M.; vgl. *Kisch* Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (1951) S. 28; a. M. *Staub/Bondi*<sup>14</sup> 62: Der Verein sei in jedem Fall nur für die Prämienversicherung Kaufmann; *Ehrenberg* Handb. II, 104: auch wenn der Verein Nichtmitglieder gegen Prämie versichert, bleibe er Nichtkaufmann mit Anwendbarkeit der in § 16 VersAufsG genannten Vorschriften des HGB. Da der (größere) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auch bei fehlender Kaufmannseigenschaft im Handelsregister eingetragen wird (§ 6, 23), hat die Streitfrage praktische Bedeutung nur für die Anwendung von Bestimmungen in anderen Gesetzen, die auf die Kaufmannseigenschaft des HGB Bezug nehmen (Vor § 1, 47 ff).

#### 5. Nr. 4: Bankier- und Geldwechslergeschäfte

a) **Bankiergeschäfte**. Das HGB bricht hier das dem Katalog des § 1 Abs. 2 zugrundeliegende Einteilungsprinzip — nach der Art der den Gegenstand des Unternehmens bildenden Geschäfte — teilweise ab und geht über auf eine Kategorie, die es aus dem Berufsfeld, genauer: dem Berufsbild, bestimmt: dem des „Bankiers“. Nur für die „Geldwechslergeschäfte“ ist das bisherige Einteilungsprinzip beibehalten. 86

- 87** Für den Bankier **läuft** die Vorschrift **weitgehend leer**. Die das Berufsfeld des Bankiers beschreibenden Geschäfte sind leitbildhaft in § 1 KredWesG aufgezählt. Es sind: das Anlagengeschäft, das Kreditgeschäft, das Diskontgeschäft, das Effektengeschäft, das Depotgeschäft, das Investmentgeschäft, das Garantiegeschäft, das Girogeschäft, die Verpflichtung, Darlehensforderungen vor Fälligkeit zu erwerben. Für diese Geschäfte bedarf der Bankier der Erlaubnis nach § 32 KredWesG. Einzelkaufleuten darf sie nach § 2 a des Gesetzes nicht erteilt werden. Was sie dürften — und was die Banken und Sparkassen in größerem Umfange neben den oben aufgezählten Sparten auch betreiben, was aber die Erlaubnispflicht nicht begründen würde —, ist der An- und Verkauf von Geldsorten und Edelmetallen, geprägten und ungeprägten: aber das macht bereits nach Nr. 1 zum Kaufmann. Zum Berufsfeld des Bankiers könnte allenfalls noch das in § 1 KredWesG nicht genannte Inkassogeschäft für Wechsel und Schecks (*Gierke/Sandrock* § 7 I 4, S. 126) und das ebenfalls nicht genannte Emissionsgeschäft gehören. Indessen ist diese Lücke im KredWesG für das Handelsrecht unschädlich, weil jenes Gesetz ohnehin in erster Linie öffentlichrechtlichen Zwecken dient und seine Definition der zum Beruf des Bankiers gehörigen Geschäfte hier nur indizierende Kennzeichnungskraft besitzt. Emissionsgeschäft und Inkassogeschäft, letzteres bei Schecks schon wegen Art. 3 des Scheckgesetzes, können praktisch nur von Banken ausgeübt werden. Eigenständige, handelsrechtliche Bedeutung hat dagegen die Qualifizierung der Wertpapiersammelbank als Bank durch § 1 Abs. 3 des Depotgesetzes, eines handelsrechtlichen Nebengesetzes.
- 88** Wenn die Vorschrift mit der Nennung der Bankiergeschäfte gleichwohl noch eine Bedeutung hat, dann deshalb, weil sie zum einen den Anknüpfungspunkt für die Bejahung der Kaufmannseigenschaft der öffentlichen Sparkassen abgibt (Rdn. 12), und zum anderen, weil das Berufsbild „Bankier“ den **Pfandleiher** ausgrenzt, der, auch wenn er Kreditgeschäfte in Form der Hergabe von Darlehen gegen Pfand betreibt, nicht Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 ist (h. M., KG RJA 4 157; 11 217). Schließlich kann die Einstufung des Bankiers als Kaufmann bedeutsam werden in Zusammenhängen, wie sie in Rdn. 44 der Vorbemerkung behandelt worden sind, wenn ausnahmsweise die Kaufmannseigenschaft eines im Ausland residierenden, von einer Einzelperson betriebenen Bankunternehmens unter Anlegung deutscher Maßstäbe zur Beurteilung steht.
- 89** Neben den eigentlichen Bankgeschäften finden sich mancherlei **Bank-Nebentätigkeiten**. Dahin gehören Vermögensverwaltungen, Vermietung von Schrankfächern, Verwahrung verschlossener Depots, aber auch Verwahrung und Verwaltung unverschlossen hinterlegter Wertpapiere. Keines dieser Geschäfte würde, wenn es gewerbsmäßig für sich allein betrieben würde, ein Bankiergewerbe begründen können. Ihr Betrieb fällt jedoch (mit) unter die vollkaufmännische Betätigung des Bankgewerbes.
- 90** **b) Das Geldwechslergeschäft** wird vorzugsweise von Banken, aber auch von Einzelkaufleuten betrieben, die eine Wechselstube innehaben. Es ist Grundhandelsgeschäft. Der Geldwechselvorgang ist zwar zivilrechtlich gesehen Verkauf der gewünschten Geldsorte, die der Geldwechsler, zum Teil durch voraufgegangene Geldwechselgeschäfte, zuvor beschafft haben muß. Trotzdem fällt er nicht unter Nr. 1, weil Geld, zumal Papiergeld (Wertzeichen) nach der Verkehrsanschauung (Rdn. 62) nicht als Ware angesehen wird. Deshalb war die Aufführung der Geldwechslergeschäfte in Nr. 4 geboten: oft wird der Wechselstubeninhaber Minderkaufmann nach § 4 sein.

#### 6. Nr. 5: Beförderungsgeschäfte

**91** Das Gesetz nennt folgende Geschäfte:

- a) Die Übernahme der **Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See** (§§ 556 bis

678). Dieses Gewerbe, gleichviel ob Groß- oder Kleinbetrieb, ist stets Grundhandelsgewerbe.

b) Die Geschäfte der **Frachtführer** (§§ 425 bis 452), also die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern zu Lande, auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern. Auch hierbei kommt es nicht auf die Größe des Betriebes an. Frachtführer und damit Kaufmann ist auch der Dienstmann und der Gepäckträger. Ausgenommen ist kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 452) die Bundespost. Nicht ausgenommen sind aber staatliche Schifffahrtsunternehmungen; für diese Unternehmungen besteht lediglich kein Registerzwang (§ 36 HGB). Die Bundesbahn ist kein Gewerbebetrieb, Rdn. 14; daselbst aber auch über ihre Unterstellung unter die Vorschriften des HGB.

Frachtführer ist auch der Inhaber eines **Kfz-Abschleppunternehmens**. Ob im Einzelfall ein Frachtvertrag abgeschlossen ist, hängt ab von dem Inhalt des Abschleppauftrages: Frachtvertrag, wenn das Kfz zum Zwecke des Abschleppens in die Obhut des Unternehmers übergeht (OGH NJW 1950 25 [Leits.] = BB 1950 37), schlichter Werkvertrag, wenn der Kfz-Halter oder -Fahrer sich mit seinem fahruntüchtigen Kfz lediglich ins Schlepp nehmen läßt.

c) Die Geschäfte der zur **Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten**.

Binnengewässer bilden den Gegensatz zur See. Wo die Grenze liegt, bestimmt sich nach den Anschauungen des seemännischen Verkehrs; vgl. dazu *Wüstendörfer* Neuzzeitliches Seehandelsrecht<sup>2</sup> (1950) S. 45.

Die Personenbeförderung ist im HGB für das Binnengeschäft nicht näher geregelt; für die Beförderung mittels der Eisenbahn — Bundesbahn und Privatbahnen — verweist § 460 auf die Eisenbahnverkehrsordnung (EVO — Einl. Rdn. 29 —). Ebenso wie das Frachtgeschäft ist die Personenbeförderung Gegenstand eines Werkvertrags (§§ 631 ff BGB). Die entgeltliche Hergabe von Beförderungsmitteln, etwa die Vermietung eines Kfz an Selbstfahrer, und Leistung von Diensten würde nicht genügen; sie würde nur einen Miet- und Dienstvertrag begründen können. Gleichgültig ist aber, ob der Personenbeförderer Handgepäck des Reisenden mitbefördert; nur über das zur Beförderung besonders aufgegebenes Gepäck wird ein Frachtvertrag geschlossen (vgl. §§ 21, 25 ff EVO).

Im Gegensatz zur Seebeförderung ist die Binnenbeförderung von Personen nur dann ein Grundhandelsgewerbe, wenn sie von „Anstalten“ betrieben wird. Das bedeutet, daß nur der Großbetrieb, nicht auch der Kleinbetrieb hierher gehört. Damit ist aber nicht gesagt, daß nur Personenvereinigungen in Frage kämen, auch Einzelunternehmen können eine Anstalt betreiben. Unbegründet ist die Ansicht, daß die Personenbeförderung auch „fahrplanmäßig“ betrieben werden müsse (so *Ehrenberg* Hdb. II, 39, *Wieland* 76, *Lehmann/Hoeniger* 53, *DürHach/Geiler* 41, 3); wie hier *Gierke/Sandrock* § 9 I 5 S. 126; *Schlegelberger/Hildebrandt* 50, *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> 8 E). Dieses Erfordernis ist im Begriff einer Anstalt nicht enthalten. Sie setzt zwar planmäßigen Großbetrieb mit entsprechender Buchführung voraus, aber nicht einen Fahrplan für jede einzelne Fahrt, wie ihn zwar Eisenbahn- und Dampfschiffsunternehmungen zu haben pflegen, aber nicht jede Personenbeförderungsanstalt zu haben braucht. Außer diesen Unternehmungen und solchen von Straßenbahnen, Omnibuslinien, Dampffähren, Drahtseilbahnen gehören daher unter Nr. 5 auch Großunternehmungen von Reisebussen und Taxengestellungen. Dagegen betreiben einfache Lohnkutscher und Fuhrleute, Taxenbesitzer u. Reisebus-Kleinunternehmer keine Anstalt, sind also keine Kaufleute, auch nicht Minderkaufleute. Der Kreis der Nr. 5 deckt sich also hinsichtlich der Personenbeförderung zu Lande mit dem der Konzessionsträger nach dem Personenbeförde-

runngesetz v. 21. 3. 1961 (BGBl. I, 241). Die Post ist wiederum nach § 452 Satz 2 trotz ihres anstaltsmäßigen Betriebes ausgenommen; wegen der Bundesbahn vgl. Rdn. 14.

- 94** Kein Beförderungsgewerbe betreiben die **Speise- und Schlafwagenunternehmer**. Der Speisewagenunternehmer betreibt das Beköstigungsgewerbe (Rdn. 66). Der Schlafwagenunternehmer betreibt ein Gewerbe der Vermietung von Einrichtungen zur Nachtruhe, wenn auch nicht das Beherbergungsgewerbe im Sinne des § 701 BGB, denn die Verfügung über die eingestellten Schlafwagen steht der Eisenbahn zu, deren Beamte jederzeit Zutritt haben. Daß die Speise- und Schlafwagenunternehmer den Reisenden Wagen mit besonderen Bequemlichkeiten zur Verfügung stellen, ändert an dem Verhältnis nichts; die Wagen werden von der Eisenbahn befördert (PrOVG in DJZ 1906 374). Der Speisewagenunternehmer ist Kaufmann nach Nr. 1, der Schlafwagenunternehmer Kaufmann unter den Voraussetzungen des § 2. Die „Mitropa“ ist eine AG und damit ohnehin Formkaufmann nach § 6 Abs. 2 HGB und § 3 AktG.
- 95** Kein Beförderungsgewerbe betreiben ferner die **Unternehmer von Pauschal- und Gesellschaftsreisen**. Sie erbringen eine Gesamtheit von Reiseleistungen (§ 651 a Abs. 1 BGB) und sind damit Leistungsträger eigener Art. Soweit sie nach § 651 a Abs. 2 BGB sich ausnahmsweise auf bloße Vermittlereigenschaft berufen könnten (dazu vgl. bereits BGHZ 61 275, 281), wären sie Handelsvertreter (§ 1 Abs. 2 Nr. 7; BGH NJW 1974 1242), wenn sie in ständigem Vertragsverhältnis mit bestimmten Unternehmern (des Transport-, Beherbergungs- und Vergnügungsgewerbes) für diese die Zubringerdienste zu leisten haben. Gerade das aber soll nach § 651 a Abs. 2 BGB nicht den Gegenstand ihres Gewerbes bilden dürfen. Im übrigen unterfallen sie weder dem § 1 Abs. 2 Nr. 1 hinsichtlich der zu erbringenden Beköstigungsleistungen während der Reise oder am Urlaubsort — sie schaffen den Verzehr nicht vorher an, außerdem handelt es sich im Rahmen des Reiseprogramms und seiner Zielsetzung um Nebenleistungen — noch betreiben sie die Beförderung von Personen zu Lande i. S. von § 1 Abs. 2 Nr. 5, weil nicht sie die Beförderung ausführen und im übrigen die Beförderung als solche im Sinne der bloßen Überwindung einer räumlichen Distanz auch gar nicht der Inhalt des Reisevertrages ist (vgl. *Bartl* NJW 1979 1385). Die Reisevermittler haben deshalb, wenn sie nicht Handelsgesellschaft (§ 6) sind, Kaufmannseigenschaft allenfalls über § 2.
- 96** Die Geschäfte der gewerbsmäßig betriebenen **Luftverkehrsunternehmungen** haben im HGB von 1897 begrifflicherweise noch nicht geregelt werden können. Es sind daher auf sie diejenigen Vorschriften sinngemäß anzuwenden, die ihnen am meisten entsprechen. Damit scheiden die Vorschriften des Seerechts bei dessen eigenartiger Entwicklung für sie aus, und es sind die Vorschriften der Binnenbeförderung entsprechend anzuwenden, also für die Beförderung von Gütern die §§ 425 ff HGB auf der Grundlage der §§ 631 ff BGB, für die Beförderung von Personen nur die §§ 631 ff BGB; vgl. *H. Abraham* Der Luftbeförderungsvertrag (1955). Die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern macht den Luftverkehrsunternehmer zum Kaufmann nach § 1 Nr. 5, ebenso die gewerbsmäßige Beförderung von Personen, diese aber nur, wenn sie anstaltsmäßig betrieben wird (Rdn. 93; *Schlegelberger/Hildebrandt* 51 [dessen Hinweis auf die Nichtkaufmannseigenschaft des mit einem Flugzeug betriebenen Rundflugunternehmers freilich ins Leere geht, da das bloße Von-Ort-Bewegen zu Vergnügungszwecken um eines Raumerlebnisses willen ohnehin nicht unter Nr. 5 fällt, so wenig wie der Betrieb einer Achterbahn]; a. M. *Baumbach/Duden*<sup>24</sup> 8 E [nur Kaufmann nach § 2]). Übrigens bedürfen Unternehmen, die Personen oder Sachen durch Luftfahrzeuge gewerblich befördern, der Genehmigung (§ 20 Luftverkehrsges. v. 10. 1. 1959, BGBl. I, 9, i. d. F. der Bek. vom 14. 1. 1981 — BGBl. I, 61 —).

**d) Schleppschiffahrtsunternehmer** treiben ebenfalls mit ihren Geschäften nach Nr. 5 ein Grundhandelsgewerbe. Der Schleppschiffahrtsunternehmer ist in der Regel nicht Frachtführer. Regelmäßig hat er zwar die nautische Leitung des Schleppzuges, aber die Anhangsschiffe gehen nicht in seine Obhut über, wie es der Frachtvertrag voraussetzt, sondern bleiben unter der selbständigen Leitung ihrer Schiffer (RGZ 102 49; 112 42; 118 28). In diesem Regelfalle liegt ein einfacher Werkvertrag nach §§ 631 ff BGB vor. Ausnahmsweise ist das Verhältnis aber auch ein anderes. Es kommt vor, daß das Anhangsschiff ganz in den Gewahrsam des Schleppschiffahrtsunternehmers übergeht, dieser insbesondere die Besatzung stellt; dann ist er Frachtführer (RGZ 6 99; 67 12; RG LZ 1910 460<sup>6</sup>). Endlich kommt es vor, daß er nur Dienste leistet, indem er sich verpflichtet, die bewegende Kraft nach den Weisungen des Führers des Anhangsschiffs zu gewähren; dann liegt ein Dienstvertrag vor (RGZ 91 247; RG HRR 1929 Nr. 632). In welcher von diesen Formen der Schleppschiffahrtsunternehmer sein Gewerbe betreibt, ist für seine Kaufmannseigenschaft gleichgültig; Nr. 5 des § 1 macht darin keinen Unterschied. Geht sein Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist er Minderkaufmann nach § 4.

#### 7. Nr. 6: Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter

Diese Geschäfte sind in den §§ 383 ff, 407 ff, 416 ff geregelt; für die der Lagerhalter, die zur Ausstellung von Orderlagerscheinen ermächtigt sind, gilt die Verordnung über Orderlagerscheine v. 16. 12. 1931 (RGBl. I, 763). 98

Nicht zu den Spediteuren gehört der Annoncenspediteur, obwohl seine Stellung in der Rechtsprechung als spediteurähnlich beurteilt worden ist (RGZ 20 51). Denn er besorgt nicht die Versendung von Gütern (§ 407), sondern die Veröffentlichung von Anzeigen. Er ist auch nicht Kommissionär, denn er setzt seinem Auftraggeber einen bestimmten Preis ohne Rücksicht auf die tatsächliche Höhe seiner Aufwendung (vgl. dagegen die §§ 384, 387). Er gehört unter keine Nummer des § 1 und ist Kaufmann nur nach § 2.

#### 8. Nr. 7: Die Geschäfte der Handelsvertreter und Handelsmäkler

Hier scheint, wie schon in Nr. 4 für den Bankier, an ein Berufsbild angeknüpft zu sein. Zutreffend wäre das jedoch nur für den Handelsmäkler (vgl. Vor 93, 1). Die „Geschäfte“ des Handelsvertreterers dagegen, die das Gesetz an dieser Stelle meint, sind die Eingehung von Handelsvertreterverhältnissen i. S. des § 84 (*Schmidt-Rimpler Ehrenbergs Hdb.* Bd. V S. 7), nicht die in Vollzug solcher Handelsvertreterverhältnisse geschehenden Vermittlungs- oder Abschlußstätigkeiten. Folge: Ein Handelsvertreter, der nur ein Unternehmen vertreten hat und dessen Vertreterverhältnis endet, bleibt auch in der Zeit, während derer er eine neue Vertretung sich erst suchen muß, Kaufmann: solange er seine Bemühungen nicht endgültig eingestellt und damit sein Gewerbe „Handelsvertretungen“ — und sei es selbst nur ein Nebengewerbe (§ 92 b) — aufgegeben hat (Rdn. 30). So mit Recht *Stolterfoth* Die Selbständigkeit des Handelsvertreterers (1973) S. 2.

Nicht unter Nr. 7 fallen die **Zivilagenten** und die **Zivilmakler**. Erstere sind solche, die — im Gegensatz zu den Handelsvertretern, bis zur Novelle von 1953 Handlungsagenten genannt — nicht von einem „Unternehmer“ ständig betraut sind, sondern von einer Privatperson, etwa einem Sammler, der sich des Agenten zum Ankauf auf Auktionen u. dgl. bedient. Zu den Zivilmaklern (§§ 652 ff BGB) gehören namentlich die Grundstücks- und Hypothekmakler. Nach § 93 HGB erstreckt sich die Vermittlungstätigkeit des Handelsmäklers nur auf „Gegenstände des Handelsverkehrs“; zu 100

diesen gehören weder Grundstücke noch Hypotheken, auch nicht Wohnungen (in der Wohnungsvermittlung). Ebenso wenig gehören zu den Handelsmälkern, sondern sind Zivilmakler die Vermittler von Dienstverträgen, soweit dieses Gewerbe nach dem AFG überhaupt noch vorkommt (Bühnenvermittlung, Konzertvermittlung). Jedoch kann die Kaufmannseigenschaft nach § 2 begründet (für Grundstücksmakler OLG Oldenburg Recht 1902 Nr. 1511), auch kann das einzelne Vermittlungsgeschäft Handelsnebengeschäft nach § 343 sein. Den Schiffsprokureuren, die Flußfrachten vermitteln, hat das OLG Hamburg (OLGE 19 289) die Eigenschaft als Handelsmälker zu Unrecht abgesprochen.

### 9. Nr. 8: Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels

**101** a) Unter **Verlagsgeschäften** sind hier nur (das ergibt sich aus dem nachfolgenden Wortlaut „die sonstigen“) solche zu verstehen, die zum Buch- oder Kunsthandel gehören. An sich beschränkt sich der Begriff des Verlegers nicht darauf. Seine Tätigkeit besteht regelmäßig darin, daß er das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung, wo es ein geschütztes Recht ist, von dem Berechtigten mit der Verpflichtung erwirbt, die Vervielfältigung und Verbreitung vorzunehmen, und diese dann ausführt. Es gibt daher auch einen Verlag an Erfindungen und Mustern (Patentverlag, Musterverlag), aber er gehört nicht hierher; ein solcher Verleger wird in der Regel Fabrikant und nach Nr. 1 oder 2 Kaufmann sein. Das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. 6. 1901 regelt nur den Verlagsvertrag über Werke der Literatur oder der Tonkunst. Außer diesen Arten des Verlages gehört unter Nr. 8 auch der Verlag von Werken der bildenden Kunst und der Photographie einschließlich der Filmkunst.

**102** Für Nr. 8 ist aber — überhaupt — nicht wesentlich, daß der Unternehmer mit dem Berechtigten einen Verlagsvertrag schließt. Wo dies geschieht, ist es ohnehin und in der Regel nur der erste Teil seiner geschäftlichen Tätigkeit. Unter Nr. 8 fällt aber auch der **Selbstverlag** und der **Kommissionsverlag**, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden. Diese beiden Arten werden von dem Gesetz über das Verlagsrecht überhaupt nicht betroffen. Beim Selbstverlage tritt der urheberrechtlich Geschützte selbst als Verleger auf; beim Kommissionsverlage handelt der Verleger im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung. Ebenso fällt unter Nr. 8 der Zeitungsverlag, gleichviel, ob die Zeitung urheberrechtlich Geschütztes oder nur Ungeschütztes, etwa nur vermischte Nachrichten tatsächlichen Inhalts und Tagesneuigkeiten enthält, und ob der Schriftleiter selbst der Verleger ist. Auch die Neuausgabe von Werken, die schon veröffentlicht sind und keinen Urheberrechtsschutz mehr genießen, ist ein Verlagsgeschäft (a. M. *Wieland* S. 77).

Der zweite Teil der Tätigkeit des Verlegers besteht in der Regel in seinen Geschäften mit Papierlieferanten, mit der Druckerei, Kunstanstalten und Buchbindereien zum Zwecke der Vervielfältigung des Werks. Aber auch dieser zweite Teil ist für die Anwendung der Nr. 8 nicht wesentlich. Der Verleger kann sich seiner eigenen Papierfabrik, Druckerei und Buchbinderei, wenn er solche hat, bedienen.

Wesentlich allein ist der dritte Teil seiner Tätigkeit, der in der Verbreitung und Verwertung des Werks besteht, mag es urheberrechtlich geschützt sein oder nicht, mag ein Verlagsvertrag i. S. der Urheberrechtsgesetze geschlossen sein oder nicht (BGHZ 10 91, 95: Adreßbuchverlag). Diese Tätigkeit, gewerbsmäßig betrieben, bildet das Grundhandelsgewerbe. — Der Selbstverlag wird meist minderkaufmännisch sein, sofern er überhaupt den Gewerbebegriff erfüllt.

**b) Die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels** sind hauptsächlich die des Sortimentsbuchhandels. Der Sortimenter besorgt den Absatz an das Publikum. Soweit er vom Verleger ohne Stundung „gegen bar“ oder mit Stundung, aber „fest“ kauft, liegt bei ihm Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren vor und sein Gewerbe ist Handelsgewerbe schon nach Nr. 1. Eigentümlich ist dem Sortimentsbuchhandel aber das Konditionsgeschäft. Bei dem Geschäft à condition liefert der Verleger Stücke eines Verlagsgegenstandes unter der Abmachung, daß der Sortimenter die Stücke absetzen, aber auch bis zur Buchhändlermesse des nächsten Jahres „remittieren“ kann, und daß er für die abgesetzten oder nicht rechtzeitig zurückgesandten Stücke, die in beiden Fällen als fest übernommen gelten, den Buchhändlerpreis zu zahlen hat. Dieses Geschäft hat Anklänge an den Trödelvertrag und die Verkaufskommission, unterscheidet sich aber vom Trödelvertrag dadurch, daß der Sortimenter an den Ladenpreis gebunden ist und an den Stücken, die als fest übernommen gelten, das Eigentum erwirbt, von der Verkaufskommission dadurch, daß er nicht verpflichtet ist, Abnehmer zu suchen. Am richtigsten wird das Geschäft als bedingter Kauf aufgefaßt, jedenfalls fällt es unter Nr. 8. Auch die Geschäfte des Antiquars fallen unter Nr. 8, regelmäßig aber schon unter Nr. 1. Ferner gehören hierher die Geschäfte der Bücherhausierer (Kolporteur, zugleich unter Nr. 1), der Subskribentensammler und Buchhändlerkommissionäre (beide sind Handelsvertreter, da sie im ständigen Auftrag des Geschäftsherrn handeln, und gehören deshalb zugleich unter Nr. 7).

#### **10. Nr. 9: Die Geschäfte der Druckereien, sofern das Gewerbe nicht handwerksmäßig betrieben wird**

**a) Die Geschäfte der Druckereien** waren in Art. 272 ADHGB mit den Verlags- und sonstigen Geschäften des Buch- und Kunsthandels unter einer gemeinsamen Nummer (5) aufgeführt. Diese Zusammenstellung ergab, welcher Druck gemeint war, und die vom HGB vorgenommene Zerlegung in die Nrn. 8 und 9 hat daran nichts geändert. Gemeint ist der Druck von literarischen und künstlerischen Erzeugnissen. Die Technik ist nicht entscheidend: Buch-, Stein-, Kupfer-, Holzschnitt-, galvanoplastischer Druck, Vervielfältigung im Lichtpausverfahren wie überhaupt im Fotokopierverfahren (KG RJA 6 51). Nicht hierher gehören Geschäfte der Kattun-, Zeug- oder Tapetendruckereien; diese werden regelmäßig unter Nr. 1 oder 2 fallen.

In neuerer Zeit hat sich im Druckgewerbe weitgehend eingebürgert, daß der Drucksatz in besonders dazu eingerichteten Betrieben hergestellt wird, während der Ausdruck daraufhin in der eigentlichen Druckerei erfolgt. Hier handelt es sich um eine bloße Aufspaltung des vom Gesetzgeber als einheitlich angesehenen Gewerbes in **verschiedene Fertigungsstufen**. Auch die Setzereibetriebe unterfallen daher der Nr. 9; auch sie betreiben, wenn auch nur zu ihrem Teile, „Geschäfte der Druckerei“.

**b) Erfordert** ist aber ebenso wie in Nr. 2, daß das Gewerbe **nicht handwerksmäßig** betrieben wird. Es kann daher wegen des Merkmals des Handwerksmäßigen auf die Ausführungen in Rdn. 72 ff Bezug genommen werden. Der handwerksmäßig arbeitende Drucker, Holzschneider, Lithograph ist hiernach nicht Kaufmann, auch nicht Minderkaufmann. Der Großdruckereibetrieb handwerklicher Art kann Kaufmannseigenschaft jedoch nach § 2 erlangen. Lediglich wenn das Druckereunternehmen entscheidende Züge des Industriell-Fabrikatorischen annimmt, ist es Grundhandelsgewerbe und alsdann in der Regel vollkaufmännisch.

Lehrreich die Gegenüberstellung der beiden Entscheidungen OVG Berlin DVBl. 1957 761 und OVG Lüneburg BB 1960 12. Im Berliner Fall handelte es sich um einen Druckereibetrieb, der zwar im Handsatz und Maschinensatz arbeitete, dessen Maschi-

nensätze aber, noch dazu von einer anderen Firma geliefert, 80—90 % des Arbeitsvolumens ausmachten. Der Ausdruck erfolgte mit Druckpressen modernster Konstruktion. 90 % der Aufträge betrafen Formulare, Rechnungen, Lieferscheine, Briefbögen und Prospekte für die Industrie mit Auflagenhöhen bis zu 1 Million. Die wenigen zur graphischen Ausgestaltung verwendeten Schriftfamilien wurden entweder vom Kunden mitgeliefert oder vom Graphiker entworfen. Neben dem Inhaber waren 10 Personen tätig; der Inhaber selbst, obwohl gelernter Setzer, arbeitete im Betrieb nicht mit, sondern war wesentlich kaufmännisch, und hier wiederum vornehmlich in der Auftragsbeschaffung, tätig. Aus der Zusammenschau aller dieser Merkmale hat das OVG Berlin geschlossen, daß ein nicht-handwerklicher Betrieb vorliege. Der Massenanfertigung im maschinellen Fertigungsprozeß ohne eigene drucktechnische Gestaltung durch den Betriebsinhaber stellte es die handwerkliche Betriebsform gegenüber, bei der mit überschaubaren Auflagen in erster Linie Familiendrucksaachen hergestellt würden und bei der deshalb dem Drucker noch ein Rest von individuellem Gestaltungsspielraum belassen sei. In dem Lüneburger Fall ging es um eine kleinere Druckerei: 130 qm Betriebsfläche, 3 Fachkräfte (worunter ein verantwortlicher Meister) und 1 ungelerner Arbeiter, 2 Lehrlinge, Maschinenpark im Werte von 80 000,— bis 100 000,— DM, einige Massenaufgaben von 30 000 bis 40 000 Stück. Hier wurde ein handwerklicher Betrieb als vorliegend erachtet.

## § 2

Ein handwerkliches oder ein sonstiges gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 als Handelsgewerbe gilt, das jedoch nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach der für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

## Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Der Auffangcharakter der Vorschrift</b>			
1. Allgemeines . . . . .	1	b) abhängig vom Hinzutreten der sachlichen Voraussetzungen . . .	14
2. Beispiele . . . . .	3	c) Die Vorwirkung des § 47 b . . .	18
<b>II. Die drei Voraussetzungen für die Kaufmannseigenschaft des Sollkaufmanns</b>		<b>III. Die Rechtslage bei Wegfall von Eintragung und/oder Eintragungsvoraussetzungen</b>	
1. Betreiben eines Gewerbes . . . . .	4	1. Der Wegfall des Gewerbebetriebes .	19
2. Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs	-	2. Das Herabsinken zum Kleingewerbe	20
a) nach „Art und Umfang“: Komplementärvorschrift zu § 4 . . .	6	3. Die zu Unrecht erfolgte Löschung im Handelsregister . . . . .	21
b) Art . . . . .	7	<b>IV. Die Verpflichtung zur Eintragung (Satz 2)</b>	
c) Umfang . . . . .	10	1. Regelbereich . . . . .	24
d) „erforderlich“ . . . . .	11	2. Ausnahmen von der Eintragungspflicht . . . . .	25
3. Eintragung im Handelsregister			
a) Konstitutive Wirkung . . . . .	13		

### Schrifttum

*Greitemann* Wirtschaftliche Gegebenheiten als wesentliche Anhaltspunkte für die Reichweite des § 2 HGB, Festschrift Möhring (1965) S. 43. *Lasting* Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister, Festgabe für *Fitting* (1903) S. 527

## I. Der Auffangcharakter der Vorschrift

### 1. Allgemeines

Die Bestimmung des § 2 ist eine Konsequenz der Unvollkommenheit, die dem noch **1** vom ADHGB unternommenen Versuch, den Begriff des Handelsgewerbes in einem enumerativen Katalog nach Art des § 1 Abs. 2 zu fassen, angesichts der im ständigen Fluß befindlichen Entwicklung des Wirtschaftslebens notwendig anhaftet. Sie ist eine **Auffangvorschrift** für alle diejenigen Gewerbe, deren Betrieb „nicht schon nach § 1 Abs. 2 als Handelsgewerbe gilt“ und damit Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes begründet, die aber wegen ihrer Bedeutung nur in kaufmännischem Stil betrieben werden können und deren Einreihung in den Kaufmannsstand daher einem Gebot rechtlichen Sollens entspricht („Sollkaufleute“). Daß eine solche Generalnorm unumgänglich sei, war spätestens bei der Novellierung des HGB im Jahre 1898 nicht mehr zu übersehen. Ihre Schaffung entsprach Vorbildern im schweizerischen Obligationenrecht (Art. 865 Abs. 4) und im württembergischen Einführungsgesetz zum ADHGB (Art. 4). Das Anwendungsgebiet, das § 2 inzwischen erfahren hat, vor allem aber das Überzeugende des in ihm zum Ausdruck genommenen Prinzips, die Kaufmannseigenschaft weniger am Gegenstand als an dem Erfordernis eines kaufmännischen Stils der Unternehmensführung auszurichten, hat ihn nachgerade zum **Leitbild des modernen Kaufmannsbegriffs** und zum Schwerpunkt der praktischen Rechtsanwendung für die Evidenz des Kaufmannsstatus im einzelkaufmännischen Bereich erhoben. Die Leitbildfunktion wurde erst jüngst in der Novelle von 1976 bei der Ausdehnung der Kaufmannsfähigkeit auf Land- und Forstwirte sichtbar. Der Nutzen für die Rechtsanwendung erklärt sich aus der durch § 5 noch verstärkten Wirkung, die der Eintragung im Handelsregister zukommt: Wird unter der eingetragenen Firma ein Gewerbe gleich welcher Art und welchen Umfangs betrieben, erübrigen sich im Zivilprozeß Erörterungen darüber, ob ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 vorliegt und welchen Umfang es hat; der Eingetragene ist schlechthin als Vollkaufmann zu behandeln. — Durch § 47 b hat unsere Vorschrift noch eine Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs erfahren; s. darüber unten Rdn. 18.

**Besondere Bedeutung** hat die Öffnung des Kaufmannsstatus durch § 2 für diejeni- **2** gen Gewerbezweige gehabt, denen der Katalog des § 1 Abs. 2 die Eigenschaft als Kaufmann zunächst und gezielt verwehrt. Es sind dies: die Urproduktion, die Immobilienbranche, das handwerkliche Lohnbearbeitungs- und Lohnverarbeitungsgewerbe, das Baugewerbe, der handwerkliche Druckereibetrieb. Sie alle können, wenn sie Großbetriebe mit dem erforderlichen kaufmännischen Betriebszuschnitt sind, die Kaufmannseigenschaft über § 2 erwerben, namentlich die Großhandwerker unter ihnen, deren Betriebe zwar unverändert handwerkliche Grundstruktur aufweisen (weshalb sie dem § 1 Abs. 2 Nr. 2, 9 nicht unterfallen), aber gleichwohl eine kaufmännische Art und Weise in der Abwicklung der Geschäftsvorfälle erfordern. Handwerkliche Produktions- und Sozialstruktur einerseits, die Notwendigkeit einer kaufmännischen Betriebsführung andererseits schließen sich also nicht mehr aus. Dies nunmehr erkannt und anerkannt zu haben, ist der Fortschritt, den die Novelle von 1953 (s. Vor § 1, 12) gebracht hat, und um dieser Klarstellung willen spricht § 2 — an sich überflüssig — vom „handwerklichen oder“ einem sonstigen gewerblichen Unternehmen.

## 2. Beispiele

3 Die Reichweite des § 2 sei an nachstehenden Beispielen verdeutlicht. Es können, notwendige kaufmännische Betriebsführung (Rdn. 6 ff) vorausgesetzt, hierunter fallen:

(a) Die mannigfachen Zweige des freien Dienstleistungsgewerbes:

Patentbüros (über Patentanwälte s. jedoch § 1, 18), Buchführungsinstitute, Betriebs- und Organisationsberatungen, Anlageberatungen, Wirtschaftstreuhänder (KG HRR 1932 Nr. 249 [betrifft das Berufsfeld; wegen der Berufsbezeichnung s. aber jetzt § 132 Abs. 1 WiPO]), Bauträger und Baubetreuungsunternehmungen (§ 34 c GewO) — die allerdings in der Regel Handelsgesellschaften sind —; Frachtenprüfungsstellen, Datenverarbeitungsunternehmen;

Finanzmakler (§ 34 c GewO), Werbeagenturen, Annoncenexpeditionen (§ 1, 95), Gastspieldirektionen, Konzertdirektionen, Stellenvermittlungen (soweit nach dem AFG noch zugelassen, wie z. B. für Artisten u. ä.);

Handelsauskunfteien (anders die sog. wissenschaftlichen Auskunfteien, § 1, 18), Detektivinstitute, Auktionatoren (§ 34 b GewO), Inkassobüros. Die letztgenannten sind keine Banken (§ 1 Abs. 2 Nr. 4), wenngleich die Einziehung von Schecks und Wechseln ein Bankgeschäft ist. Ihr Gewerbe besteht in der entgeltlichen Einziehung von Forderungen aller Art. Gleichgültig ist, ob sie sich diese abtreten lassen. Auch dadurch wird kein Grundhandelsgewerbe — etwa nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 — begründet, denn Forderungen sind keine Waren (§ 1, 60), auch werden sie von den Inkassobüros nicht veräußert, sondern eingezogen; das Bewachungsgewerbe (Objektschutz und Gestellung persönlicher Leibwächter, s. § 34 a GewO);

Wettbüros; doch werden die Staatlichen Toto- und Lotto-Unternehmungen meistens in der Rechtsform der GmbH betrieben;

Privatschulen ausgedehnteren Formats mit vielseitigem Unterrichtsprogramm, etwa Handelslehranstalten; ähnlich Übersetzungsbüros mit einer Vielzahl von für verschiedene Sprachen angestellten Dolmetschern; nicht dagegen einfache Privatschulen ohne Internatsbetrieb (AG Düsseldorf DB 1961 774) oder Fahrschulen und Flugschulen. Ferner die nach der Verkehrsanschauung ebenfalls zu den Gewerben gerechneten Unternehmungen von Theatern (RGZ 41 55; KG und OLG Dresden OLGE 8 247 ff; § 1, 18), Lichtspieltheatern (BayObLG DJZ 1930 502; jedoch fehlt es bei kleineren Lichtspieltheatern häufig an der Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen, vgl. *Hildegard Krüger* HansRGZ 1937 A 401), Spezialitätenbühnen, Zirkusvorstellungen, Vergnügungsetablissemments;

(b) Die Zweige des (großhandwerksmäßig — vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 — betriebenen) Reparatur- und Instandsetzungsdienstes: Büromaschinen-Instandsetzungswerkstätten, Kfz-Reparaturbetriebe, Schnellbesohl„anstalten“ (s. § 1, 81), Autolackierereien, Galvanisierbetriebe, Vulkanisierbetriebe; Abschleppunternehmungen (vgl. § 1, 91);

(c) die Gewerbebetriebe der Verleih- (richtiger Vermietungs-)Anstalten, auch für sogenanntes Leasing (§ 1, 58), z. B. für Fernschreiber, Kraftwagen, Waschmaschinen, Boote, Pferde, Kostüme, Geschirre, Zelte, Gerüste; das Filmverleihgewerbe.

In diesen Zusammenhang gehören ferner die „Besitzunternehmen“ nach erfolgter Abspaltung des „Betriebsunternehmens“ (häufig aus erbfolgerechtlichen oder steuerrechtlichen Gründen, *Brandmüller* BB 1976 641), soweit sie unter Vorbehalt der bei ihnen verbleibenden Rechte am Anlagevermögen den Betrieb mit Umlaufvermögen an das ad hoc gegründete Betriebsunternehmen verpachten;

(d) das Pfandleihgewerbe (§ 34 GewO), vgl. § 1, 87;

(e) die Gewerbebetriebe der Urproduzenten, hier allerdings mit Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft (§ 3). Besonders hervorzuheben ist der Bergbau, ferner der Betrieb von Gruben, Brüchen, Salinen, die Ausbeute von Torfmooren, Mineralquellen, Bernsteinlagern.

Ferner die Gewerbebetriebe, in denen die Unternehmer selbstgewonnene — nicht angeschaffte — Stoffe verarbeiten, so die Tonwaren- und Porzellanfabriken, Steinschleifereien, Granit- und Porphyrwerke, Elektrizitätswerke (s. § 1, 61) ohne Rücksicht auf die Art der Gewinnung des Stroms; andererseits Betriebe in der Vorstufe der Urproduktion zu deren Vorbereitung (Tiefbohrunternehmungen);

(f) die mit Grundstücken zusammenhängenden Gewerbe, so der gewerbsmäßige Handel mit Grundstücken (KG KGJ 26 A 209; BayObLG Recht 1903 318 Nr. 1767; OLG Hamburg OLGE 24 110) einschließlich darauf erstellter schlüsselfertiger Häuser (§ 1, 64); das Gewerbe der Grundstücksporzellierer und der Ansiedlungsunternehmer (KG OLGE 9 238), der Grundstücks- und Hypothekmakler. Ferner gehören hierher die Unternehmungen, die sich mit der Verwaltung von Immobilien befassen; denn insoweit ist Gewerbe alles, was über das reine Verwalten eigenen Besitzes (wie etwa beim Hauseigentümer) hinausgeht, BGH BB 1967 1224; vgl. schon RGZ 94 162, 163: Gewerbe ist auch das Vermieten von Wohnungen, wenn die Einnahmen hieraus zugleich eine dauernde und umfangreichere objektbetreuende Tätigkeit abgelten und insoweit über die bloße Kapitalnutzung hinausgehen.

Ferner das Bau-Großhandwerk, soweit es nicht zum Grundhandelsgewerbe zu rechnen ist (§ 1, 63; BGH WM 1956 IV B, 284; OLG Hamm DB 1956 350); das Gewerbe des Bautenschutzes, der Grundstücks- und Gebäudereinigung (§ 1, 69) und der Schädlingsbekämpfung; das Tiefbaugewerbe. — Orgelbauunternehmer liefern „Einbauten“ (und hier sogar typisch wesentliche Bestandteile des Kirchenbauwerks im Sinne des § 94 Abs. 2 BGB); auch sie fallen regelmäßig unter § 2;

(g) die Gewerbe der Unternehmer von Hotels, Logierhäusern, Pensionaten, Altenheimen, Kinderheimen. Wenn die Beköstigung der Gäste nur Mittel des Beherbergungs- oder des heimmäßigen Betreuungsgewerbes ist, macht sie den Unternehmer nicht zum Kaufmann nach § 1 Nr. 1, ist aber bei Beurteilung der Frage, ob der Betrieb nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtungen erfordere, mit zu berücksichtigen (KG KGJ 31 A 139 und JW 1931 1969). Kaufmann kraft Grundhandelsgewerbes wird der Hotelinhaber, wenn ein dem allgemeinen Publikum zugänglicher Restaurationsbetrieb angeschlossen ist;

(h) die den Gewerben zu (g) ähnlichen, nach der Verkehrsanschauung noch zu den Gewerben gerechneten Unternehmungen von ärztlichen Sanatorien, Kurhäusern, Pädagogien mit Internatsbetrieb;

(i) das Gewerbe der Bestattungsunternehmer;

(j) Desinfektionsanstalten und die sonstigen Anstalten zur Entsorgung jeglicher Art;

(k) das Gewerbe der Modellbauer (§ 1, 44);

(l) die medizinischen Hilfgewerbe: Kunstgliederbau (§ 1, 61), diagnostische und Bestrahlungsinstitute, Anstalten zur physikalischen Heilbehandlung.

(m) Über Ingenieure, Chemiker, Architekten vgl. § 1, 18. Chemische Laboratorien sind bisweilen unter die handelsgewerblichen Unternehmungen nach § 2 gerechnet worden (AG Magdeburg und KG bei *Sobernheim/Strauß* 61 ff), indessen ist das nur dann zu rechtfertigen, wenn die wissenschaftlichen Anforderungen an die zu erhebenden Befunde zurücktreten.

## II. Die drei Voraussetzungen für die Kaufmannseigenschaft des Sollkaufmanns

Der erste Satz des § 2 stellt drei Voraussetzungen auf, zwei sachliche und eine formelle: 1. Es muß ein gewerbliches Unternehmen vorhanden sein. 2. Dieses muß nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. 3. Die Firma des Unternehmens muß in das Handelsregister eingetragen sein.

### 1. Betreiben eines Gewerbes

- 4** Dieses Gewerbe kann, über den Katalog des § 1 Abs. 2 hinausgehend, ein „sonstiges“, also beliebiger Art, sein. Es muß nur die allgemeinen Anforderungen an den **Gewerbebegriff** erfüllen. Hierzu ist auf die Erläuterungen zu § 1 Rdn. 5 ff zu verweisen und im besonderen darauf hinzuweisen, daß die freien Berufe auch hier ausgeschlossen sind: sie können auch nicht über § 2 die Kaufmannseigenschaft erwerben.
- 5** Durch die Anknüpfung: „dessen Gewerbe nicht schon nach § 1 Absatz 2 als Handelsgewerbe gilt“ nimmt § 2 neben dem Gewerbebegriff auch den Begriff des **Betreibens des Gewerbes** in Bezug, so, wie er in § 1 Abs. 1 zur Grundvoraussetzung der Kaufmannseigenschaft erhoben ist. Es gilt alles das, was hierzu in § 1, 20 ff ausgeführt worden ist, das dort in Rdn. 28–31 über Beginn und Ende der Kaufmannseigenschaft Gesagte jedoch mit der Einschränkung, daß hier die Eintragung im Handelsregister ihre spezifische Wirkung äußert: für den Beginn der Kaufmannseigenschaft muß sie hinzukommen (Rdn. 13, 14), das Ende der Kaufmannseigenschaft führt die Löschung im Handelsregister auch selbständig herbei (Rdn. 21).

### 2. Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs

- 6** a) Diese Notwendigkeit muß nach **Art und Umfang** des konkreten Betriebes gegeben sein. § 2 ist damit die **Komplementärvorschrift zu § 4**, durch den der Minderkaufmann dahin gekennzeichnet wird, daß sein Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern soll: gesetzestechnisch ist der Sollkaufmann insoweit das spiegelverkehrte Gegenbild des Minderkaufmanns. Das bedeutet mehrerlei. Zum einen: Der — eingetragene — Sollkaufmann ist stets Vollkaufmann. Zum anderen bedeutet es einen Gleichlauf der Begriffe; die an die Erforderlichkeit kaufmännischer Betriebsführung, und zwar im Blick auf die nach der Art wie nach dem Umfang des Gewerbes anzulegenden Maßstäbe sind für § 2 die gleichen wie für § 4. Deshalb ist die hierzu entwickelte Rechtsprechung für beide Bestimmungen auch weitgehend austauschbar. Es bedeutet endlich, daß, so wie das Absinken unter das Niveau erforderlicher kaufmännischer Betriebsführung schon nach einem der beiden dafür maßgebenden Kriterien — Art „oder“ Umfang, wie § 4 korrekt formuliert — das (muß-)kaufmännische Gewerbe zum minderkaufmännischen werden läßt, die Voraussetzung für die (Voll-)Kaufmannseigenschaft des Sollkaufmanns erst erfüllt sind, wenn das Gewerbe in jeder dieser beiden Richtungen — nach Art „und“ Umfang — den in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Zwar schließt bereits der Wortlaut aus, daß einem von beiden Maßstäben in der Abschlußbewertung der Vorzug zu geben sei. Indessen ist nicht richtig (so *Schlegelberger/Hildebrandt* 4), daß sie deshalb ohne zuvorige, ggf. nach ihrem Gefälle differenzierende Sicht erst in einer Art ununterschiedener Gesamtbeurteilung zum Zuge zu kommen hätten. So hat denn auch die Rechtsprechung deutlich geschieden. Einem Bauzimmereibetrieb wurde die Sollkaufmannseigenschaft versagt, obwohl sein Jahresumsatz den Vergleich mit anderen vollkaufmännischen Unterneh-

mungen gleicher Größenordnung sehr wohl ausgehalten hätte; jedoch resultierte er aus wenigen Großbauten, und der Betrieb war im übrigen in bezug auf Anschaffung des Materials, Lohnabrechnung und Betriebsausstattung verhältnismäßig einfach strukturiert (OLG Celle MDR 1974 235). Andererseits kann ein zum Zwecke des Grundstückshandels gegründetes Unternehmen nach seiner Betriebsstruktur sehr wohl die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsführung bedingen; gleichwohl sah das LG Köln (DB 1972 1015) in dem dort entschiedenen Falle die Voraussetzungen für die Sollkaufmannseigenschaft — unter anderem — deshalb als nicht erfüllt an, weil die Kapitalausstattung mit 150 000,— DM für ein solches Gewerbe allzu bescheiden erscheinen müsse.

b) Was zunächst das Kriterium der **Art des Gewerbebetriebes** anlangt, so ist hier an **7** die Außen- und Innenstruktur des Betriebes als solchen gedacht. Wenn *Groschuff* JW 1934 3033 und ihm folgend *Schlegelberger/Hildebrandt* 3 daneben die Branche („Arten von Geschäften“) in gleicher Weise wie in § 1 Abs. 2 geschehen als Anknüpfungspunkt einführen, so kann dem nicht zugestimmt werden. Eine solche Sichtweite verundeutlicht die Betrachtungsebene. Der Sollkaufmann ist gerade nicht ein branchenspezifischer Typus. Er ist bewußt von dem Kategorisierungsprinzip des § 1 abgehoben. Branche ist generalisierend: für § 2 kommt es auf die konkrete Betriebsstruktur, und allein auf sie, an.

Gemeint ist in § 2 die Art, wie das Unternehmen in seiner wirtschaftlich-organisatorischen Bedingtheit sich darstellt; sie ist es, die einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern muß. Zu den **wirtschaftlichen Bedingtheiten** zählt in erster Linie die Notwendigkeit, mit **Kredit** zu arbeiten (*Greitemann* S. 46 ff; zustimmend OLG Karlsruhe BB 1975 1364). Und zwar nicht nur als Betriebskredit (Bankkredit), sondern schon als Ausdruck dessen, daß die Geschäfte nicht Zug um Zug gegen bar abgewickelt werden, sondern „schwebende Posten“ begründen und die Begleichung der erbrachten Leistungen sowohl im Geben wie im Nehmen (bis zu den Löhnen und Gehältern, so mit Recht *Greitemann* aaO) jeweils erst mit zeitlicher Distanz erfolgt. Kontokorrentverkehr, die Begebung und Hereinnahme von Wechseln und Schecks sind unter diesen Umständen ebenso kennzeichnende Merkmale wie die Einrichtung einer kaufmännischen doppelten Buchführung, ohne die ein Überblick über die schwebenden Posten und damit eine ertragssichernde Betriebsführung gar nicht möglich wäre. Zusammen mit der Aufbewahrung der geschäftlichen Korrespondenz, der geregelten Kassenführung, der regelmäßigen Aufstellung von Inventur und Bilanz ist die kaufmännische Buchführung der Kern aller eine Betriebsführung als kaufmännisch charakterisierenden Einrichtungen zur Erzielung von Ordnung und Übersicht, die nicht nur für das Unternehmen vorteilhaft sind, sondern vor allem die mit dem Unternehmer in geschäftlichen Verkehr tretenden Personen, seine Gläubiger, seine Kunden und seine Hilfskräfte vor Nachteilen schützen sollen. **8**

**Organisatorisch** zeigt ein Unternehmen einen kaufmännischen Betriebsstil, wenn es, als Ausdruck betriebswirtschaftlicher Notwendigkeit (Rdn. 8), kaufmännisch vorgebildetes Personal beschäftigt und für dessen geordnete Beaufsichtigung Sorge trägt (KG OLGE 2 396). Die Ausstattung mit betrieblichem Areal und Betriebseinrichtungen ist so geartet, daß sie eine in der Buchführung ersichtliche Trennung von Anlage- und Umlaufvermögen notwendig macht, was wiederum eine geordnete Abschreibungspolitik ermöglicht. Die Vielfalt der zu erbringenden Leistungen und die Vielzahl der Geschäftsverbindungen erfordern eine Disponierfähigkeit der Unternehmensleitung, die nur mit den Mitteln kaufmännischer Durchstrukturierung des Betriebs wirtschaftlich sinnvoll zu arbeiten vermag. Ein wichtiges Kennzeichen pflegt zu sein, daß Perso- **9**

nal zu unterschiedlichen Tarifbedingungen tätig ist; es ist eine eigene Lohnbuchhaltung erforderlich, die mit den zahlreichen Fragen der tariflichen Eingruppierung, des Überstundenausgleichs, der Abzüge für Sozialabgaben und Lohnsteuer, der Lohn- und Gehaltspfändungen befaßt werden muß (*Greitemann* S. 86). In dem oben Rdn. 6 angeführten Fall OLG Celle MDR 1974 235 war eine von mehreren tragenden Erwägungen gewesen, daß die (wenigen) beschäftigten Zimmereigesellen nach ein und demselben Tarif entlohnt wurden. — Kompliziertheit der bloßen Binnenstruktur (Publikums-KG, innergesellschaftlicher Verkehr mit zahlreichen Kommanditisten) reicht allerdings nicht aus, LG Köln DB 1972 1015.

- 10 c) Mit seinem **Umfang** weist das Unternehmen auf die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsführung hin, wenn es eine Größenordnung erreicht, mit der, von außen gesehen, Gläubigerschaft und Publikum die Vorstellung von betrieblicher Ordnung und betrieblichem Überblick nach kaufmännischen Grundsätzen als unabdingbar zu verbinden pflegen. Hierfür spielt das Volumen des Umsatzes eine Rolle, daneben die Kreditausstattung, Größe des Maschinen- und des Fuhrparks, Zahl der Angestellten und nicht zuletzt das Ausmaß der betätigten Werbung. Der Betrieb muß seinem Umfang nach den Vergleich mit den vollkaufmännischen Unternehmungen im Grundhandelsgewerbe — dort in der Abgrenzung vom Minderkaufmann — aushalten können. Deshalb kann an dieser Stelle auf die einschlägigen Erörterungen zu § 4 (Rdn. 9, 10) verwiesen werden, insbesondere auf die dort ausgesprochene Warnung, Umsatzzahlen der oft genannten Größenordnung allzu schematisch zur Anwendung zu bringen.
- 11 d) Das Unternehmen muß nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb **erfordern** (BGH DB 1960 1097, wo die Hauptmerkmale — Zahl der Beschäftigten und Art ihrer Tätigkeit, Umsatz, Anlage- und Betriebskapital, Vielfalt der Geschäftsverbindungen wie der erbrachten Leistungen, Inanspruchnahme von Kredit, Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr — nochmals zusammenfassend aufgezählt sind). Die Erforderlichkeit zielt auf den Schutz der mit dem Unternehmen in Geschäftsverbindung tretenden Personen, BayObLG JW 1930 14157. Nicht entscheidend ist, ob das Unternehmen einen kaufmännischen „Zuschnitt“ tatsächlich aufweist. Doch wird das Vorhandensein im allgemeinen ein sicheres Indiz für die Erforderlichkeit sein. Die Einrichtung einer Steuerbuchführung — sie ist auch für Kleingewerbetreibende vorgeschrieben —, die regelmäßige Betrauung eines Angehörigen der steuerberatenden Berufe hat solche Indizkraft allerdings für sich allein noch nicht (OLG Celle MDR 1974 235; OLG Stuttgart Rpfl. 1968 154). Vollends ist der Umkehrschluß, das Fehlen einer kaufmännischen Einrichtung deute auf deren Entbehrlichkeit (BayObLG Recht 1917 899), kaum vertretbar. Denn dieses Fehlen kann auf einer leicht anzutreffenden Nachlässigkeit oder persönlichen Unfähigkeit, wenn nicht gar auf dem Bestreben beruhen, unter Verkennung des § 47 b sich den kaufmännischen Pflichten zu entziehen.
- 12 Die Erforderlichkeit des kaufmännischen Geschäftsbetriebs setzt eine **kumulative Bewertung** „nach Art und Umfang“ — Rdn. 6 — voraus. Nicht alle in Rdn. 7 ff angeführten Merkmale müssen hierbei gegeben sein. Dann ist auf das **Gesamtbild** der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Betriebsführung abzustellen (BGH DB 1960 917). Auch werden beide Bewertungsmaßstäbe sich oft gegenseitig durchdringen. So wird nicht selten gerade der Umfang des Unternehmens eine differenzierte Organisation und über diese dann einen kaufmännischen Betriebsstil erforderlich machen.

Bei **gemischtem Gewerbebetrieb** (§ 1, 26) genügt es, daß ein wesentlicher Bestandteil des Unternehmens nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert.

Als **Beispiele** für Unternehmen mit trotz ihres Umfangs oft durchsichtigem Geschäftsbetrieb, der keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert, nennt *Greitemann* Reitschulen (S. 58), Waschsalons (S. 59), Warenautomatenaufsteller (S. 59).

### 3. Eintragung im Handelsregister

a) **Konstitutive Wirkung.** Die dritte Voraussetzung für das Vorhandensein eines Handelsgewerbes nach § 2 ist, daß die Firma des Unternehmens ins Handelsregister **eingetragen worden ist**. Der Gesetzgeber hat es nicht ratsam gefunden, die Voraussetzungen, daß ein gewerbliches Unternehmen vorliege und daß dieses nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, für sich allein entscheiden zu lassen, weil diese Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmer Kaufmann sei, der genügenden Sicherheit ermangele. Er hat darum als äußeres Merkmal den formalisierten Akt der Eintragung in das Handelsregister hinzugefügt; damit ist die Entscheidung in die Hand des Registergerichts gelegt (Denkschr. S. 10). Die Eintragung hat also **konstitutive Wirkung**. Die Kaufmannseigenschaft entsteht mit der Vollendung des Eintragungsakts, nicht schon mit der Anmeldung und nicht erst mit der Bekanntmachung. Solange die Eintragung nicht vollzogen ist, hat ein nicht unter § 1 fallendes Gewerbe nicht die Eigenschaft eines Handelsgewerbes, mögen auch die übrigen Voraussetzungen des § 2 vorliegen, mag das Bedürfnis nach kaufmännischen Einrichtungen noch so groß, mögen solche selbst tatsächlich vorhanden sein, ja, mag der Unternehmer eine — nicht eingetragene — Firma führen. Allerdings gelten für ihn dann die Regeln, die eingreifen, wenn ein Nichtkaufmann im Verkehr als Kaufmann auftritt (Anh. § 5). Beachte aber die Vorwirkung nach § 47 b, unten Rdn. 18.

b) **abhängig vom Hinzutreten der sachlichen Voraussetzungen:** Hinwiederum ist die Eintragung konstitutiv nur in dem Sinne, daß sie zu den beiden anderen, tatbestandlichen Voraussetzungen — gewerbliches Unternehmen, Notwendigkeit kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs — **hinzukommen** muß, um der Kaufmannseigenschaft zur Entstehung zu verhelfen; sie läßt die Kaufmannseigenschaft keinesfalls etwa aus sich heraus entstehen. Fehlt es am Betrieb eines Gewerbes, so ist auch der rite Eingetragene nicht Kaufmann. Lediglich der registerliche Schein der Kaufmannseigenschaft wird in diesem Falle erzeugt, nicht anders als wenn die Eintragung eines Nichtgewerbetreibenden in der irrigen Annahme eines vorliegenden Grundhandelsgewerbes erfolgt wäre. Die Rechtslage beurteilt sich dann nach den Regeln über den Scheinkaufmann: der gutgläubige Verkehr wird in bestimmten Grenzen geschützt (Anh. § 5), soweit ihm nicht, bei hinzutretender Bekanntmachung der Eintragung, bereits § 15 Abs. 3 zugutekommt (§ 5, 14). Liegt ein Gewerbebetrieb vor, erfordert er jedoch keine kaufmännischen Einrichtungen, so greift, wenn es gleichwohl zur Eintragung gekommen ist, § 5 ein (s. folgende Rdn. 15).

Andererseits ist die Begründung der Kaufmannseigenschaft an nicht mehr als an den Tatbestand geknüpft, daß eben jene **drei Voraussetzungen zusammentreffen**. Ob die Eintragung auf einen Antrag des Unternehmers zurückzuführen oder, aus welchen Gründen immer, ohne einen solchen Antrag zustande gekommen ist, gilt gleich. Die Kaufmannseigenschaft ist entstanden, wenn nur die beiden anderen Voraussetzungen hierzu hinzukommen. Doch gilt dieser Satz uneingeschränkt nur für die Kaufmannseigenschaft im öffentlichen, insbesondere im Straf- und im Steuerrecht. Für den Bereich des bürgerlichen Rechts einschließlich des Prozeßrechts ist eine wichtige Einschränkung zu machen: Die (geschehene) Eintragung läßt, solange sie besteht, die Erforderlichkeit kaufmännischer Betriebsführung über § 5 zwingend unterstellt sein, so

daß es auf diese nicht mehr ankommt; die Feststellung der Kaufmannseigenschaft ist dann nur noch an das Betreiben eines Gewerbes durch den Eingetragenen gebunden.

Unbeschadet dessen muß die Eintragung, wenn sie unter der unrichtigen Annahme eines betriebenen Gewerbes oder der Erforderlichkeit kaufmännischer Betriebsführung zustande gekommen ist, nach § 142 Abs. 1 FGG wieder gelöscht werden. Eine Wiederlöschung nach § 142 Abs. 1 FGG wegen bloßen Fehlens des Antrags findet dagegen nicht statt (*v. Olsbansen ZHR 141 [1977] 104*).

- 16** Folgerichtig bewirkt es nicht mehr als eine zeitliche Hinausschiebung des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft, wenn die sachlichen Voraussetzungen hierfür trotz erfolgter Eintragung noch nicht sämtlich vorhanden sind. Wie die **Eintragung** ihnen regelmäßig nachfolgt, so kann sie ihnen auch einmal **vorangehen**. Die Firma ist dann zwar zunächst mit Unrecht eingetragen (s. Rdn. 14). Wenn das Unternehmen aber nachträglich den Charakter eines Gewerbes annimmt, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so besteht von da ab die Eintragung zu Recht, und es bedarf keiner neuen Eintragung. Für die Kaufmannseigenschaft genügt sogar, daß unter der eingetragenen Firma nunmehr ein Gewerbe gleich welchen Umfangs betrieben wird (§ 5; oben Rdn. 15). **Erwirbt** jemand ein Unternehmen, bei dem die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, **mit der Firma**, so wird er damit ohne weiteres Kaufmann; erwirbt er es ohne die Firma, so wird er Kaufmann erst dann, wenn seine Firma eingetragen wird. Nach *DürHach/Geiler* 18 soll er auch im zweiten Fall ohne weiteres Kaufmann werden, weil „das Unternehmen als solches“ schon vorher eingetragen sei; nur wenn die alte Firma ohne gleichzeitige Eintragung der neuen gelöscht werde, bestehe keine Kaufmannseigenschaft. § 2 schreibt aber nicht vor, daß das Unternehmen, sondern daß die Firma des Unternehmers eingetragen werde. Ein Unternehmen „als solches“, im firmenlosen Raum, kennt § 2 nicht. In dem vorgestellten Zwischenstadium fehlt also eine der Voraussetzungen, die das Unternehmen zum Handelsgewerbe machen (Rdn. 22). Jedoch greifen hier die Grundsätze des Verkehrsschutzes (Anhang § 5) Platz.
- 17** Für dasjenige, was an sachlichen Voraussetzungen zu der Eintragung hinzukommen muß, genügen dann allerdings auch **Vorbereitungsgeschäfte**. Auch darin nimmt der Ausdruck „Gewerbebetrieb“ in § 2 auf den gleichinhaltlichen in § 1 Bezug (s. dort Rdn. 28). Es kommt also darauf an, ob die Vorbereitungsgeschäfte auf einen Betrieb des Unternehmens zielen, welches, daraufhin in Gang gesetzt, nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert; dieses letztere Merkmal muß allerdings in den sonstigen Umständen schon hinreichend konkretisiert und feststellbar sein (BGHZ 10 96), damit schon im Stadium der Vorbereitungsgeschäfte mit der hinzukommenden Eintragung die Kaufmannseigenschaft entsteht. Gleicher Meinung ist *Greitemann* (S. 60) mit dem zutreffenden Hinweis, daß andernfalls ein sollkaufmännisches Unternehmen darauf verwiesen sei, seinen Geschäftsbetrieb mit Kaufmannsqualität aus dem Stand heraus, „simultan“ mit der Eintragung aufnehmen zu müssen. Freilich bleibt bei jenem Erfordernis der Feststellbarkeit einer Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsführung für den künftigen Geschäftsbetrieb, welches neben der Eintragung soll erfüllt sein müssen, § 5 (s. Rdn. 15) außer Betracht. Doch mag man dem BGH gleichwohl zustimmen, weil die Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen in diesem Stadium erst eine hypothetische sein kann und § 5 bei einer Erstreckung auf solche Fälle eine allzu unerwünschte Ausdehnung erführe. — Vor der Eintragung getätigte Vorbereitungsgeschäfte wirken selbstverständlich fort (*Gierke/Sandrock* § 8 VI a S. 133), allerdings mit handelsrechtlicher Sonderqualität nur insoweit, als der nunmehrige Sollkaufmann sie in dieser seiner Eigenschaft bestätigt,

gegebenfalls unter Rückbeziehung analog § 159 BGB. Zu weit geht indessen LG Köln DB 1972 1015, wenn es fordert, daß die sachlichen Voraussetzungen für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft schon im Augenblick des Eintragungsantrags vorliegen müßten. Ihre Nachweisbarkeit wird sich zwar für das Eintragungsverfahren empfehlen. Für den materiell-rechtlichen Erfolg des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft genügt es jedoch, wenn sie bis zur Vollendung des Eintragungsaktes hergestellt worden sind; hierauf würde sich insbesondere eine Zwischenverfügung des Registergerichts nach § 26 HRegVfg. richten dürfen (und müssen). Ist die Eintragung erfolgt, kommt es ohnehin nur noch auf das Bestehen eines Gewerbes an (§ 5; oben Rdn. 15).

Beachte endlich, daß durch die Bestimmung des § 47 b, eingeführt durch das Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976, eine **Vorwirkung** der Sollkaufmannseigenschaft verfügt worden ist. Sie verpflichtet denjenigen, der die sachlichen Voraussetzungen für den Erwerb der Sollkaufmannseigenschaft erfüllt und deshalb (§ 2 S. 2, Rdn. 24) zur Herbeiführung der Eintragung im Handelsregister und damit zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft gehalten ist, den Vorschriften über die Führung der Handelsbücher einschließlich Inventur und Bilanz und Aufbewahrung der geschäftlichen Korrespondenz so zu genügen, als ob er bereits Kaufmann wäre. — § 47 b ist das gesetzgeberische Eingeständnis der Lückenhaftigkeit des Registerzwanges (Rdn. 24), dogmatisch ein weiterer Schritt hin zum allgemeinen Unternehmensrecht (Einl. Rdn. 48). *K. Schmidt* Handelsrecht § 10, 2 b S. 236 verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf BAG BB 1967 714. Danach kann ein dem § 2 unterfallender Unternehmer durch Unterlassen des Eintragungsantrags sich nicht den Prinzipalpflichten aus §§ 74 ff entziehen: er hat sein kaufmännisches Personal so zu stellen, als sei er bereits Kaufmann.

### III. Die Rechtslage bei Wegfall von Eintragung und/oder Eintragungsvoraussetzungen

Waren die drei Voraussetzungen des Sollkaufmannsstatus — Gewerbebetrieb, Erforderlichkeit kaufmännischer Betriebsführung, Eintragung — vorhanden, fällt aber eine von ihnen nachträglich weg, so wirkt sich das für die Eigenschaft des Unternehmens als Handelsgewerbe und die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers unterschiedlich aus:

#### 1. Der Wegfall des Gewerbebetriebs

**Hört der Gewerbebetrieb überhaupt auf** oder wird aus dem bisher selbständigen Gewerbebetrieb ein unselbständiger — z. B. indem der Unternehmer seinen Betrieb als Angestellter eines anderen weiterführt —, so hört der Inhaber auf, Kaufmann zu sein. Das ist nicht anders als sonst auch (§ 1, 29). In Ansehung der Eintragung ist § 5 nicht anwendbar, weil er das Vorhandensein eines (selbständigen) Gewerbebetriebes voraussetzt. Ob der Inhaber sich wegen seines Auftretens im Verkehr noch zum Schutze anderer als Kaufmann behandeln lassen muß, richtet sich nach den in Anhang zu § 5 entwickelten Grundsätzen. Auch kann er nach § 15 Abs. 1, solange seine Firma noch nicht gelöscht und die Löschung noch nicht bekanntgemacht ist, das Erlöschen seiner Kaufmannseigenschaft einem andern nur dann entgegensetzen, wenn es diesem nachweislich bekannt war, nachher jedermann — mit einer Schonfrist von 15 Tagen, falls der andere das Erlöschen weder kannte noch kennen mußte — (§ 15 Abs. 2). Fortgesetztes Auftreten als Kaufmann in bisheriger Art und Weise trotz Löschung und Bekanntmachung gibt freilich den Vertrauensschutz nach Scheinkaufmannsregeln nur in Ausnahmefällen (Anhang § 5, 32).

## 2. Das Herabsinken zum Kleingewerbe

- 20** Besteht zwar weiterhin ein selbständiger Gewerbebetrieb, erfordert er aber nach Art oder Umfang **keine kaufmännischen Einrichtungen mehr**, ist er also zum Kleingewerbe geworden (Rdn. 6—12), so ist das Unternehmen nicht mehr Handelsgewerbe, der Inhaber nicht mehr Kaufmann. Doch gilt dies (vgl. Rdn. 15) wiederum nur für die Kaufmannseigenschaft im öffentlichen Recht. Sonst aber bleibt das Absinken zum Kleingewerbe, solange die Eintragung fortbesteht, wegen § 5 für die (Voll-)Kaufmannseigenschaft des Inhabers ohne Einfluß. Kommt es demnächst (bei ordnungsgemäßem Gang der Dinge) zur Löschung der Firma, so hört damit zwar die Wirkung des § 5 auf. Wohl aber kann der Betriebsinhaber dem gutgläubiger Verkehr das Erlöschen seiner Kaufmannseigenschaft solange nicht entgegensetzen, als die Löschung noch nicht bekannt gemacht ist (§ 15 Abs. 1; u. U. mit einer erstreckten Schonfrist nach erfolgter Bekanntmachung gem. § 15 Abs. 2). Tritt der Inhaber darüber hinaus nach Löschung und Bekanntmachung weiterhin vollkaufmännisch, insbesondere unter Benutzung seiner früheren (oder einer anderen) Firma auf, so kommen die Grundsätze über den Scheinkaufmann (Anhang § 5) zur Anwendung; s. aber insbesondere dort Rdn. 32 (Vertrauensschutz gegen die Löschung im Register?).

## 3. Die zu Unrecht erfolgte Löschung im Handelsregister

- 21** Ob das Unternehmen auch dann aufhört, ein Vollhandelsgewerbe zu sein, wenn trotz unveränderten Vorhandenseins der sachlichen Voraussetzungen des § 2 die **Firmeneintragung — zu Unrecht — gelöscht wird**, ist streitig. Die Denkschrift 1897 (S. 16) erörtert diese Frage im Zusammenhang mit Satz 2 des § 3 Abs. 2 (der damaligen Fassung), wonach die für ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe eingetragene Firma nicht nach dem Belieben des Inhabers, sondern nur nach den allgemeinen Vorschriften gelöscht wird. Es heißt daselbst: „Wird die nach § 3 eingetragene Firma zu Unrecht gelöscht, so behält gleichwohl das Unternehmen die einmal begründete Eigenschaft eines Handelsgewerbes, solange die in § 2 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen in Ansehen der Art und des Umfanges des Betriebes fortbestehen.“ Was hier für § 3 gesagt ist, wollte die Denkschrift 1897 offenbar auch für § 2 gelten lassen. Dieser Auffassung haben sich *Lehmann/Ring* (§ 1, 33) und *Wieland* (S. 121) angeschlossen. Von der herrsch. M. (vgl. schon *Staub/Bondi*<sup>14</sup> 17; ferner *DürHach*. 19; *Schlegelberger/Hildebrandt* 9) wird sie aber mit Recht abgelehnt, weil die Eintragung eine sichere Beurteilung der Frage ermöglichen soll, ob ein Unternehmer als Kaufmann anzusehen ist (Denkschr. S. 10, oben Rdn. 13). Dann kann die Eintragung nicht nur für die Entstehung, sondern sie muß auch für das Fortbestehen der Kaufmannseigenschaft entscheidend sein (vgl. RGZ 65 16); auf den Wortlaut des § 2 („eingetragen worden ist“) läßt sich kein ausschlaggebendes Gewicht legen. Auch mit der Löschung der Firma hört daher der Gewerbetreibende, der kein Grundhandelsgewerbe betreibt, nach § 2 auf, Kaufmann zu sein.
- 22** Bestehen die sachlichen Voraussetzungen des § 2 fort, so muß die zu Unrecht erfolgte Löschung **rückgängig gemacht werden**. Das geschieht, indem der Unternehmer angehalten wird, seine Firma von neuem eintragen zu lassen (Rdn. 24); es kann aber auch und wird regelmäßig dann, wenn die Löschung ohne Antrag des Unternehmers vorgenommen worden war, im Verfahren nach § 142 FGG geschehen, indem das Gericht die Löschung von Amts wegen berichtigt (KG KGJ 28 A 43 und RJA 11 216). Neueintragung und Berichtigung der Löschung erfolgen mit der zuvor geführten und zu Unrecht gelöschten Firma — ggf. also einer abgeleiteten —, sofern diese firmenrechtlich nicht zu beanstanden war (und ist). Mit der Rückgängigmachung der

Löschung ist die Kaufmannseigenschaft wieder hergestellt. In der Zwischenzeit gilt der Unternehmer nicht nur nach § 15 zugunsten Gutgläubiger als Nichtkaufmann (so *Wieland* S. 122, von seinem Standpunkt mit Recht), sondern er ist wirklich Nichtkaufmann. Andererseits wird derjenige, der die Löschung nicht nachweislich kennt, in seinem guten Glauben geschützt, wenn der Unternehmer fortfährt, im Verkehr als Kaufmann aufzutreten (Anhang § 5). Wer nach erfolgter und ihm bekannt gewordener Löschung die Wiedereintragung nicht nachweislich kennt, kann den Wiedereingetragenen bis zur Bekanntmachung der Wiedereintragung als Nichtkaufmann ansehen (§ 15 Abs. 1), nach der Bekanntmachung nur dann noch — und auch nur noch für die Dauer von 15 Tagen —, wenn er die Wiedereintragung weder kannte noch kennen mußte (§ 15 Abs. 2). Siehe im einzelnen Anhang § 5 Rdn. 8.

Ist eine Personenvereinigung, die ein **sollkaufmännisches Unternehmen** — bis zur **23** Eintragung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts — betreibt, durch Eintragung der gemeinschaftlichen Firma zur **offenen Handelsgesellschaft** oder zur **Kommanditgesellschaft** (§§ 123 II, 161 II) geworden, so gelten die vorstehenden Ausführungen für das Erlöschen dieser Eigenschaft durch Wegfall der sachlichen Voraussetzungen (Rdn. 19, 20) oder durch ungerechtfertigte Löschung (Rdn. 21) sowie für die Wiederherstellung (Rdn. 22) entsprechend. Bei Rückbildung auf einen **kleinkaufmännischen Betrieb** ist die Gesellschaft zu löschen und wird dadurch (freilich *erst* dadurch: § 5; wegen der Relevanz der Bekanntmachung der Löschung vgl. Rdn. 20) zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das Reichsgericht (RGZ 155 75, 82) hat die frühere Auffassung des KG (OLGE 24 171) und des OLG Karlsruhe (JW 1928 2644<sup>4</sup>), diese Fälle seien einer Auflösung der Gesellschaft gleichzuachten und die Löschung deshalb erst mit der Beendigung einer „Liquidation“ vorzunehmen, mit Recht nicht geteilt.

#### IV. Die Verpflichtung zur Eintragung (Satz 2)

##### 1. Regelbereich

Der zweite Satz des § 2 macht es dem Unternehmer, bei dem die sachlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, zur Pflicht, sein Gewerbe zum Vollhandelsgewerbe zu machen, indem er die Eintragung durch Anmeldung seines Unternehmens zum Handelsregister (§ 29) herbeiführt. Denn das liegt nicht nur im Interesse des Unternehmens, sondern ebenso im Interesse Dritter (Denksch. 1897 S. 13). Es besteht also **Eintragungszwang**. Die Vorschrift gilt, wie die Denkschrift besonders hervorhebt, nicht nur für den Einzelunternehmer und juristische Personen, sondern auch für Personenvereinigungen, die mit der Eintragung zu offenen Handelsgesellschaften oder — nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages — Kommanditgesellschaften werden, d. h. also die bis dahin vorhandene Gesellschaft bürgerlichen Rechts; anmeldepflichtig sind alle Gesellschafter (§§ 108 I, 161 II). Ob die sachlichen Voraussetzungen der Eintragung vorliegen, hat das Registergericht von Amts wegen zu prüfen. Maßgebend sind die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung, jedoch genügt es, daß das Gewerbe auf vollkaufmännischen Betrieb angelegt ist; bestehen dafür zuverlässige Anhaltspunkte, so ist nicht die volle Entfaltung abzuwarten (Rdn. 17). Der Eintragungspflichtige kann vom Gericht durch Zwangsgeld zur Stellung des Eintragungsantrages veranlaßt werden (§ 14 HGB, §§ 132 ff FGG). Eintragungszwang (genauer: Anmeldezwang) ist aber nicht gleichbedeutend mit Zwangseintragung. Eine solche ist nicht vorgesehen (kritisch: *Schirmeister* in ZHR 49 [1900], 45); es fehlt in dieser Hinsicht dem deutschen Recht eine entsprechende Vorschrift, wie sie sich in Art. 864 Abs. 2 des Schweizer Obligationenrechts findet. Nicht einmal die Industrie- und Handelskammer hat ein eigenes, im Beschwerdewege verfolgbares Antragsrecht auf Herbeiführung der Eintra-

gung. Sie kann lediglich die Verhängung einer Ordnungsstrafe wegen unterbliebener Stellung des Eintragungsantrages gegen den Unternehmer betreiben (OLG Oldenburg NJW 1957 349). Die bedauerliche Lückenhaftigkeit des Registerzwanges ist nicht zu verkennen.

## 2. Ausnahmen von der Eintragungspflicht

**25** Trotz Erfüllung der sachlichen Voraussetzungen für den Erwerb der Sollkaufmannseigenschaft sind von der Eintragungspflicht des § 2 Satz 2 die nachfolgenden Unternehmen ausgenommen. Machen sie von dieser Freistellung Gebrauch, bleiben sie damit zugleich **außerhalb des Kaufmannsstatus**. Die Befreiung vom Eintragungszwang hat also nur diese öffentlichrechtliche (Einl. Rdn. 14) Qualität und steht nicht etwa handelsrechtlich der Eintragung gleich:

(a) Ausgenommen ist nach § 3 die Land- und Forstwirtschaft mit ihren Nebengewerben; ihre Betriebe sind unter den sachlichen Voraussetzungen des § 2 eintragungsfähig, aber nicht eintragungspflichtig.

(b) Ausgenommen sind ferner nach § 36 die Unternehmen des Bundes, der Länder und Kommunalverbände; auch sie können eingetragen werden, müssen es aber nicht. Betreibt die öffentliche Hand ein unter § 2 fallendes Unternehmen (Bergwerk, Saline), sieht sie aber von der Herbeiführung der Eintragung ab, bleibt sie insoweit Nichtkaufmann. Über die Frage, ob die Freiheit der Entschließung zur Eintragung auch die Freiheit einbegreift, sich wieder löschen zu lassen, vgl. die Erläuterungen zu § 36. S. im übrigen auch § 3, 31 ff.

(c) Für eine Übergangszeit bis zum 31. 12. 1985 hat schließlich noch die Bestimmung des Art. 5 des Einführungsgesetzes Bedeutung, wonach auf die unter Landesrecht gegründeten Bergwerksgesellschaften, die nicht juristische Personen sind, § 2 keine Anwendung findet. Diese Bergwerksgesellschaften (nach preußischer Observanz: „Gewerkschaften“ des Bergrechts) sind durch das Bundesberggesetz vom 13. 8. 1980 (BGBl. I, 1310) zum 31. 12. 1985 für aufgelöst erklärt worden (§ 163). Bis dahin bestehen sie unter ihrem landesrechtlichen Gründungsstatus fort. Demgemäß gilt für sie weiterhin die Freistellung vom Eintragungszwang nach § 2; Art. 5 EGHGB ist denn auch unter den aufgehobenen bundesrechtlichen Vorschriften (§§ 174, 175 des Bundesberggesetzes) nicht aufgeführt.

## § 3

(1) Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften des § 1 keine Anwendung.

(2) Für ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen gilt § 2 mit der Maßgabe, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

(3) Ist mit dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmens darstellt, so finden auf das im Nebengewerbe betriebene Unternehmen die Vorschriften der Absätze 1 und 2 entsprechende Anwendung.

## Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Entstehungsgeschichte und Bedeutung der Vorschrift</b> . . . . .	1	c) Rechtslage bei Wegfall der Eintragungsvoraussetzungen . . . . .	23
<b>II. Begriffe</b>		<b>V. Die Bindung an die erworbene Kaufmannseigenschaft</b>	
1. „Land- und Forstwirtschaft“		1. Die Grundregel . . . . .	24
a) Landwirtschaft . . . . .	4	2. Rechtslage bei Wegfall der Eintragungsvoraussetzungen für einen von mehreren eingetragenen Betriebsteilen (Hauptbetrieb: Nebenbetrieb) . . . . .	25
b) Forstwirtschaft . . . . .	7	3. Bindung in Fällen der Rechtsnachfolge	
2. „Nebengewerbe“ . . . . .	8	a) Rechtsnachfolge unter Lebenden . . . . .	26
<b>III. Abs. 1: Unanwendbarkeit des § 1</b> . . . . .	13	b) Sonderfälle . . . . .	30
<b>IV. Abs. 2, 3: Fakultativer Erwerb der Kaufmannseigenschaft</b>		c) Erbe, Vermächtnisnehmer . . . . .	31
1. Bedeutung der Anknüpfung an die sachlichen Voraussetzungen des § 2	14	4. Bindung bei einer zu Unrecht erfolgten Löschung der Firma? . . . . .	32
2. Die zweifache Freiheit der Wahl		<b>VI. Verhältnis des § 3 zu § 36</b>	
a) für die Kaufmannseigenschaft überhaupt . . . . .	15	1. Gemeinsames zur Freistellung vom Eintragungszwang . . . . .	33
b) für deren Beschränkung auf ein Nebengewerbe . . . . .	17	2. Land- und forstwirtschaftliche Betriebe der öffentlichen Hand . . . . .	35
3. Die Anwendbarkeit des § 2			
a) für die sachlichen Voraussetzungen . . . . .	18		
b) für die konstitutive Wirkung der Eintragung . . . . .	19		

## Schrifttum

v. Bülow Der Begriff des Nebengewerbes in § 3 HGB Holdheim 8 182; Busch/Schmidt-Sagody Gutachten über die Zugehörigkeit des Gartenbaues zur Landwirtschaft 1968; Hofmann Die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten NJW 1976 1297; derselbe Die Reformbedürftigkeit des neuen § 3 HGB NJW 1976 1830; v. Olshausen Die Kaufmannseigenschaft der Land- und Forstwirte ZHR 141 [1977] 93; Ritter Landwirtschaftliches Nebengewerbe ArchBürgR 20 291; Steffen Kaufmannseigenschaft für Landwirte? RdL 1975 257; Storm Reform des Agrargenossenschaftsrechts — Zum Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten Agrarrecht 1976 188.

Unter rechtspolitischem Aspekt auch heute noch bedenkenswert: Mahn, D. Ist zu wünschen, daß künftig Handelsrecht auf Landwirtschaft Anwendung findet? Diss. Köln 1967; Raisch Vereinigungen zum Betrieb landwirtschaftlicher Unternehmungen auch in der Rechtsform der oHG oder der KG? BB 1969 1361; derselbe FS Ballerstedt (1975) 451 ff

## I. Entstehungsgeschichte und Bedeutung der Vorschrift

Die gegenwärtige Fassung des § 3 beruht auf dem Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten und den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters vom 13. 5. 1976 (BGBl. I, 1197). Bis dahin lautete sie:

*Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften der §§ 1, 2 keine Anwendung.*

*Ist mit dem Betriebe der Land- und Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen, werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der*

*Befugnis, seine Firma gemäß § 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.*

Die frühere Regelung schloß damit die Land- und Forstwirtschaft generell vom Erwerb der Kaufmannseigenschaft und damit von der Anwendung des Handelsrechts aus. Sie gestattete dem einzelnen Betriebsinhaber lediglich, für ein von seinem Hauptbetrieb abgrenzbares land- und forstwirtschaftliches Nebengewerbe Kaufmann zu werden, wenn er das wollte. Den Grund hierfür nennt die Denkschrift (S. 14): Man ging im Jahr 1897 — das ADHGB (Art. 4 ff) hatte es noch anders gesehen — davon aus, in der Landwirtschaft vollziehe sich selbst der Großbetrieb in Formen und unter Bedingungen, welche von denjenigen des kaufmännischen Verkehrs so wesentlich abwichen, daß die Grenze zwischen beiden Berufszweigen auch in rechtlicher Beziehung festgehalten werden müsse. Was dahinter stand, war im Grunde die Vorstellung, Land- und Forstwirtschaft seien ihrem Wesen nach nicht „Gewerbe“, weshalb man allenfalls bereit war, in diesem Wirtschaftszweig ein Neben„gewerbe“ anzuerkennen. Die Vorstellungen der Denkschrift sind mit dem Einzug modernen betriebswirtschaftlichen Denkens in die Großlandwirtschaft und in die Forstwirtschaft seit langem überholt. Die Zuordnung zum Gewerbe ist im Gesamtbild der Rechtsordnung zwar noch zwiespältig. Die Gewerbeordnung nimmt vom Gewerbebegriff in § 6 nur die Viehzucht aus (allerdings mit dem Vorbehalt der Anwendbarkeit gewisser peripherer Einzelbestimmungen); auf die Landwirtschaft im allgemeinen ausgedehnt wurde der Ausschluß vom Gewerbe in RGSt. 18 373; 22 289; OLG Rostock in GoltdA 43 139, und wird er weiterhin im Kommentar zur Gewerbeordnung von *v. Landmann/Rohmer/Eyermann/Fröhler*<sup>13</sup> § 14, 12. Ähnlich die Steuergesetzgebung. Sie unterscheidet zwischen Einkünften „aus Land- und Forstwirtschaft“ und solchen „aus Gewerbebetrieb“ (§§ 2, 13, 15 EStG), zieht auch die Land- und Forstwirtschaft nicht zur Gewerbesteuer heran (§ 2 Abs. 1 GewStG), unterwirft sie aber andererseits wie einen jeden Gewerbebetrieb nach näherer Maßgabe der §§ 140 ff AO der steuerlichen Buchführungspflicht. Hinwiederum hat die Entscheidung BGHZ 33 321 die Landwirtschaft fallweise als „Gewerbe“ im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingeordnet.

- 2** Die Frage, ob Land- und Forstwirtschaft aus dem Formenkreis des Gewerbes überhaupt und nach allgemeinen Kriterien auszuscheiden seien (dafür auch heute noch *Hofmann* NJW 1976 1298), ist für das Handelsrecht indessen müßig. Der handelsrechtliche Gewerbebegriff ist nicht an den öffentlichrechtlichen der Gewerbeordnung und der Steuergesetzgebung gebunden (§ 1, 5). Würde das HGB die Land- und die Forstwirtschaft nicht als Gewerbe ansehen, wäre schon § 3 Abs. 1 a. F. überflüssig gewesen (so richtig *v. Olshausen* S. 98/99). In dem Maße, wie die Begründung der Denkschrift hinfällig wurde, verlor daher der grundsätzliche Ausschluß der Großlandwirtschaft und der Forstwirtschaft vom Zugang zum Handelsrecht über den Erwerb der Kaufmannseigenschaft auch seine sachliche Berechtigung. Seit den zwanziger Jahren mehrten sich die Stimmen, die eine Reform verlangten (darüber *Raisch* BB 1969 1361). Als drängend wurde vor allem das Bedürfnis empfunden, aus Gründen der Verbesserung der Agrarstruktur die Kooperation landwirtschaftlicher Betriebe, der bis dahin nur die nicht immer befriedigende Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts offen gestanden hatte, in der effektiveren Gestalt der oHG/KG zu ermöglichen. Dies war denn auch das erklärte Ziel der Novelle von 1976 (BTDr. 7/3918 S. 6). Daneben glaubte man, auch Familienbetrieben in der oHG/KG geeignete rechtliche Entfaltungsmöglichkeiten eröffnen zu sollen (aaO S. 7).