

Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Achte Auflage

bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses

von

Heinrich Könige,
Reichsgerichtsrat in Leipzig,

Dr. Josef Stranz,
Justizrat in Berlin,

Albert Pinner,
Justizrat in Berlin.

Erster Band.

(Buch 1: Handelsstand. Buch 2: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.)



Berlin 1906.

J. Guttentag, Verlagssbuchhandlung,
G. m. b. H.

Vorrede zur sechsten und siebenten Auflage.

„Mein Streben war, einen Kommentar zu liefern, der wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich sei. Ob ich dieses Ziel annähernd erreicht habe, mag der freundliche Leser nachsichtig beurteilen. Ich kann nur wünschen, daß die auf das Werk verwendete, einer angestregten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des Handelsgesetzbuchs nicht verloren sein möchte.“

Mit dieser Vorrede leitete ich die erste Auflage meines Kommentars ein. Inzwischen ist dem mit jenem zaghaften Geleitworte seinerzeit in die Welt gesandten Werke ein ungeahnter Erfolg beschieden gewesen. Ja, meine Methode hat nicht bloß allgemeine Anerkennung gefunden, mit Stolz kann ich sagen: sie hat Schule gemacht.

Es ergab sich von selbst, daß ich auch die Bearbeitung des neuen Handelsgesetzbuchs übernahm. Die Schwierigkeiten, die es hierbei zu überwinden galt, waren nicht gering. Denn das neue Handelsgesetzbuch ruht auf neuer Grundlage. Ein neues, selbst noch unerforschtes bürgerliches Recht beherrscht seine Begriffe und ergänzt seine Lücken. Alte und neue Bausteine mußten zusammengetragen und derart organisch aneinander gefügt werden, daß ein einheitlicher Bau entstand.

Wenigstens war dies mein Ziel. Ob ich es erreicht, müssen andere sagen.

Staub.

Vorrede zur achten Auflage.

Der Kommentar zum Handelsgesetzbuch war der erste, den Hermann Staub verfaßt hat. In ihm hatte er der Kunst des Kommentierens neue Wege gewiesen. Ihn hat er in immer neuen Auflagen, die der in der juristischen Literatur wohl einzig dastehende Erfolg nötig machte, vervollkommen; in der letzten noch ist die Anpassung an die geänderte Gesetzgebung durchgeführt worden.

Schon mit der Arbeit zu einer neuen Auflage beschäftigt, ward er durch ein unerbittliches Geschick auf der Höhe seiner Kraft der Wissenschaft entzogen.

Die Verlagsbuchhandlung war sich ihrer Pflicht bewußt, dafür zu sorgen, daß das Werk Staubß, hervorgegangen aus einer seltenen Vereinigung von wissenschaftlichem Sinn und praktischer Begabung, geschaffen in jahrelanger mühevoller Arbeit, nicht veralte. Den Unterzeichneten ist der ehrenvolle Auftrag geworden, die neue Auflage des Kommentars zu bearbeiten. Sie sind bei ihrer Arbeit davon ausgegangen, daß der Charakter des Werkes erhalten bleibe. Vor allem ist die bisherige Anordnung des Stoffs, ist die bisherige Methode — die Staubßsche Kommentierungs-Methode — beibehalten worden. Nur durch die vollständige Beseitigung der Noten unter dem Strich, sowie durch die teilweise Einarbeitung der Exkurse in die Anmerkungen ist die Übersichtlichkeit gefördert. Fremdworte sind, soweit möglich, ausgeschieden.

Inhaltlich dagegen war ein gleiches Beharren beim Alten nicht möglich. Wissenschaft und Praxis sind in den mehr als sechs Jahren seit dem Erscheinen der letzten Auflage fortgeschritten; auch die Gesetzgebung hat z. B. hinsichtlich der Kaufmannsgerichte eingegriffen. Die Bearbeiter haben es als ihre Hauptaufgabe betrachtet, alles, was in dieser Zeit in Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung neu hervorgetreten ist, zu verwerten und so in der neuen Auflage ein abgerundetes, dem jetzigen Stande der Handelsrechtswissenschaft entsprechendes Bild zu geben. Die Neuerungen und Zusätze im Druck besonders kenntlich zu machen, erschien nicht angängig, weil es der Einheit der Arbeit, ihrem organischen Aufbau, geschadet hätte. Wo die Bearbeiter aus wohlerrungenen Gründen geglaubt haben, von Staubß Ansicht abweichen zu müssen, ist dies stets durch einen ausdrücklichen Hinweis (z. B.: anders 6./7. Auflage) hervorgehoben worden.

Bei einzelnen Abschnitten erschien eine vollständige Umarbeitung geboten. In dieser Beziehung sei, um nur einiges hervorzuheben, hingewiesen für das erste Buch auf die Abschnitte über die zweite Klasse der Handelsgewerbe, die Minderkaufleute, die Handwerker, den unbefugten Firmengebrauch, das Recht der Handlungsgehilfen und der Agenten; für das zweite Buch auf die Abschnitte über das Gesellschaftsvermögen der o. H. G., die Umwandlung der o. H. G., die Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die AG., die Zuzahlung ohne Erhöhung des Kapitals, die Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats, die Sonderrechte, die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung, die Sanierung, die Interessengemeinschaft, das Recht und die Pflicht des Vorstands zur Offenlegung; für das dritte Buch auf die Abschnitte über unsittliche Geschäfte und Bucher, die Sicherheitsübereignung, den Eigentumsvorbehalt, die Syndikate, den Patentkauf, den Lizenzvertrag, die Börstertermingeschäfte, den Kauf von Wertpapieren, den Akfordvertrag usw.

Der Literatur, insbesondere der aus den letzten Jahren, ist eine größere Berücksichtigung zuteil geworden, ohne daß eine Vollständigkeit erreicht oder auch nur erstrebt wäre. Die ergangenen Entscheidungen, sowohl der höchsten Gerichte,

als auch bedeutungsvolle Urteile erster und zweiter Instanzen, die in Sammlungen, auch provinzieller Zeitschriften, veröffentlicht sind, wurden in umfassender Weise herangezogen.

Wertvolles Material lag in nachgelassenen Bemerkungen Staubs vor, die er als Vorarbeit zur neuen Auflage in seinem Handexemplar gemacht hatte; diese in geeigneter Weise zu verwerten, war pietätvolle, freudig erfüllte Pflicht.

Die Herausgeber haben die Arbeit derart verteilt, daß Justizrat Dr. Stranz das erste Buch, Justizrat Pinner das zweite Buch, Reichsgerichtsrat Könige das dritte Buch bearbeitet haben. Doch wurde die schließliche Fassung in gemeinsamer Beratung und wechselseitigem Einverständnis festgestellt; dem Kommentar ist somit streng die Einheitlichkeit gewahrt.

Den Herren, die für Beschaffung von Material schätzenswerte Dienste geleistet haben, sei an dieser Stelle Dank gesagt.

Die Bearbeitung des Sachregisters ist wiederum in die bewährten Hände des Herrn Rechtsanwalts Arthur Schindler zu Berlin gelegt worden, dessen Sorgfalt uns zu großem Dank verpflichtet.

Die Bearbeiter sind sich der Bedeutung ihrer Aufgabe voll bewußt. Ihr Bestreben geht dahin, daß auch die neue Auflage der „Staubsche Kommentar“ sei und bleibe. Nicht in dem Sinne, daß sie gläubig auf des Meisters Worte schwören. Nachprüfend und nachbildend haben sie, was sie hinzuzufügen und was sie zu ändern hatten, im Staubschen Geiste dem Vorhandenen organisch eingegliedert. Staubs Werk war ein grundlegendes, aber kein endgültiges. Endgültige Bücher gibt es nicht. Jede Zeit hat das Recht und die Pflicht, an den großen Werken weiterzubauen. Ob der Weiterbau ein gelungener ist, nicht unwert des ursprünglichen Werkes, — auch dies müssen andere beurteilen.

Berlin,
Leipzig, Ostern 1906.

Könige. Stranz. Pinner.

Abkürzungen.¹⁾

Abler u. Clemens = Sammlung von Entscheidungen zum HGB.

Alsfeld = 2. Aufl. von Anschütz u. Wölberndorff, Kommentar zum ADHGGB., besorgt von Philipp

Alsfeld (nur bis Art. 65 gebieten, ist nicht fortgeführt worden), Erlangen 1894.

Apt = Neue Folge von Dove-Apt (siehe unten) Bd. II.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.

BadKpr. = Badische Rechtspraxis.

BanK. = Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

Bauer = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften, herausgegeben von Josef Bauer. Leipzig.

BayObLG. = Bayrisches oberstes Landesgericht.

BayObLGZ. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts Bayern in Zivilsachen.

BayZeitschr. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. F. Fr. Behrend. Erster Band 1896.

BoehmsZ. = Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, begründet von Boehm.

Bolge = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, vom Senatpräsidenten M. Bolge.

BuschA. = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch. 38 Bände. 1863–1888.

CPD. = Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts von Prof. Konrad Cosack. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Cosack BGB. = Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1900, 01.

CBZG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

D. = Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. und eines GG. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897, J. Guttentag.

Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens von Professor Heinrich Dernburg. Bd. I 2. Aufl., Halle 1901; Bd. II Abt. 1, 3. Aufl. 1905, Bd. II Abt. 2, 3. Aufl. 1905; Bd. III, 3. Aufl. 1904; Bd. IV, 2. Aufl. 1903; Bd. V, 2. Aufl. 1905.

DZ. = Deutsche Juristen-Zeitung, begr. von Laband, Stenglein, Staub. Berlin. Verlag Otto Liebmann.

DNotZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

¹⁾ Im wesentlichen ist die Zitiermethode nach den Vorschlägen des deutschen Juristentages (Berlin 1905, Verlag von J. Guttentag) befolgt. Seitenzahlen sind zumeist ohne den Vorsetzbuchstaben „S.“ gesetzt. — Die Literatur, die für einzelne Abschnitte in Betracht kommt, ist unter dem Text der einschlägigen Paragraphen angegeben.

- Dove-Apt = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr von Heinrich Dove und Max Apt. Bd. I.
- Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg, Mannheim 1899, 1901 und 1905 (nur erschienen Buch I u. III).
- Eger = Das deutsche Frachtrecht von Dr. Georg Eger. 2. Aufl. 3 Bände.
- ElßLothß. = Juristische Zeitschrift des Reichslandes Elsaß-Lothringen.
- Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.
- Endemann BB. = Einführung in das Studium des BB., von Professor Endemann.
- Esser = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897 von Robert und Ferdinand Esser.
- FGG. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.
- Foerfsch = Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von E. S. Buchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Foerfsch, Senatpräsident am Reichsgericht.
- Frankenburger = Handausgabe des HGB. München 1902.
- Gareis = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe von Prof. R. Gareis. 3. Aufl. 1905.
- Gareis Lehrbuch = Das deutsche Handelsrecht. Ein Lehrbuch von Prof. R. Gareis. 7. Aufl. 1903.
- Gareis-Fuchsberger = Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Herausgegeben von Dr. R. Gareis und Otto Fuchsberger. 1891.
- Gaupp-Stein = Die GPD., auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp, erläutert von Friedrich Stein, 6./7. Aufl., Tübingen u. Leipzig 1904.
- GewG. = Gewerbegericht.
- „GewGer.“ = Das Gewerbegericht. Monatschrift usw. herausgegeben von Jaström u. Flesch; von Jahrgang 11 ab fortgesetzt als: „Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht“, zitiert von uns „Gew. und KfmGer.“
- Gierke = Das Handelsrecht, bearbeitet in v. Holzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. I S. 889 ff. 6. Aufl. Berlin-Leipzig.
- Goldmann-Lilienthal = Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt von den Justizräten E. Goldmann und L. Lilienthal. 2. Aufl.
- Goldmann = Kommentar zum HGB. vom Justizrat E. Goldmann, Berlin. Franz Vahlen. Bisher erschienen vollständig Band I (erstes Buch), 1901, Band II (zweites Buch), 1905. Der erste Band ist hier nach Seiten, der zweite nach Anmerkungen (bei Goldmann Nummern) zitiert.
- Goldbl. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß; begr. von Goldammer.
- Goldschmidt, Handbuch = Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt. 2. Aufl. Erster Band 1874 (davon Abt. I Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl. 1901). Zweiter Band 1883 (unvollständig).
- Goldschmidt System = System des Handelsrechts. Im Grundriß von L. Goldschmidt. 4. Aufl.
- Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.
- Hahn = Kommentar zum Allgemeinen deutschen HGB. Von Friedrich v. Hahn (erster Band. 3. Aufl. 1879. Zweiter Band 2. Aufl. 1883). Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gediehen und soweit berücksichtigt.
- Heinitz = Kommentar zum preussischen Stempelsteuergesetz von Justizrat Ernst Heinitz, 2. Aufl., Berlin 1901 (3. Aufl. im Erscheinen 1905).
- Hellwig Anspruch = Anspruch und Klagerrecht von Hellwig.

- Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs, begründet von Hirth. München, J. Schweitzer Verlag.
- Holbheim = Wochenschrift, später Monatschrift für Handelsrecht u. Bankwesen, seit 1897 Monatschr. für Handelsrecht, begründet von Dr. Paul Holbheim.
- Jaeger = Die Konkursordnung, erläutert von Ernst Jaeger. 2. Aufl. Berlin 1904.
- Jastrow = Deutsch-Preussisches Notariatsrecht, von Hermann Jastrow, 14. Aufl., Berlin 1903.
- JheringsZ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
- JW. = Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, Berlin; jetzt herausgegeben von H. Neumann.
- Kaufmann = Handelsrechtliche Rechtsprechung usw. von Rechtsanwalt Emil Kaufmann.
- Kayser = Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.
- KB. = Kommissionsbericht. Bericht der 18. Kommission über den Entw. eines HGB., Reichstag, 9. Legisl.-Periode.
- Reyhner = Allg. deutsches Handelsgesetzbuch, erläutert u. herausgeg. von Hugo Reyhner 1870.
- RfmG. = Kaufmannsgericht.
- RG. = Kammergericht.
- RGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts. Herausgegeben von den Justizräten Perl und Weschner. Berlin.
- RGZ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Johow und Rünkel, jetzt herausgegeben von Johow und Ring.
- Rönige = HGB. v. 10. 5. 1897, zu prakt. Gebrauch dargestellt von Reichsgerichtsrat Rönige.
- Lehmann-Ring = Kommentar zum HGB. für das Deutsche Reich von Professor R. Lehmann und Kammergerichtsrat Ring. Berlin 1901 u. 1902, Carl Heymanns Verlag.
- Lehmann = Das Recht der Aktiengesellschaften von Prof. Carl Lehmann.
- Leist Untersuchungen = Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht von Dr. Alexander Leist. Jena 1904.
- Leist Sanierung = Die Sanierung der Aktiengesellschaften von Dr. E. Leist. Berlin 1905.
- LG. = Landgericht.
- Linz = Die Rechtsprechung des k.k. obersten Gerichtshofes von Dr. Emil Linz. Wien.
- Littbauer-Mosse = Erläuterungen zum HGB., 13. Aufl., 1905, herausgegeben von Mosse in Verbindung mit Thiele u. Cohn. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 4.
- M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Zweiter Teil. Motive 1859.
- Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Von H. Makower. 12. Aufl. Bearbeitet von Rechtsanwalt F. Makower.
- Neumann = Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, von Dr. Hugo Neumann. 4. Aufl. Berlin 1905.
- Neumann Jahrbuch = Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von H. Neumann.
- Nowak = Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes in Zivilsachen. Wien.
- OLG. = Oberlandesgericht.
- OLGM. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann.
- Or. = Entscheidungen des königlichen Geheimen Obertribunals. Berlin.
- P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen HGB. Herausgegeben von J. Lutz. 9 Teile. 1858—1863.
- Petersen-Pechmann = Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. juris Petersen und Wilhelm Freiherr v. Pechmann. 1890.

- Pinner = Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs von Justizrat Albert Pinner. Berlin 1899.
- Pinner UnW. = Kommentar zum UnW. von Justizrat Albert Pinner. Berlin 1903.
- Pland = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgezet erläutert von Prof. Dr. G. Pland in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal, Ungner. 1.—2. Aufl. und 3. Aufl. soweit erschienen, Berlin 1904 u. 1905.
- PrO. = Entsch. des Preussischen Obergerwaltungsgerichts.
- PrOSt. = Dasselbe in Staatssteuerfachen.
- Buchelt oder Buchelt-Förtsch = Komm. z. Allg. deutschen G. B. Von E. C. Buchelt. 4. Aufl., bearbeitet vom Senatspräsidenten am Reichsgericht Förtsch. 1894 (f. Förtsch).
- Rausnig = Kommentar zum G. B., herausgegeben von Justizrat Rausnig. Berlin.
- Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel. Hannover, Helwing'sche Verlagsbuchhandlung.
- Rehm = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Prof. Rehm.
- R. = Entsch. des Reichsgerichts in Zivilfachen. Leipzig, Veit & Co.
- RSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Straffachen. Leipzig.
- RheinA. = Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preussischen Rheinprovinz.
- RheinNotz. = Zeitschrift für das Notariat in Rheinpreußen.
- Riesenfeld = Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr, bearbeitet von Dr. Riesenfeld. Breslau 1900.
- Ring = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 erläutert von Victor Ring. 2. Auflage.
- Ritter = Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
- RZM. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. Berlin.
- RO. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausg. von den Räten des Gerichtshofes. 25 Bände.
- Rudorff = Systematische Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilfachen, Berlin 1904.
- S. = Seite; doch sind zumeist, entsprechend der Zitiermethode des Juristentages, die Seitenzahlen ohne den Vorfabuchstaben „S.“ gesetzt.
- SächsA. = Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert, Leipzig.
- SächsDL. = Annalen des DL. Dresden.
- Seligsohn = Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, erläutert von Justizrat Arnold Seligsohn. 2. Aufl. Berlin 1905.
- Schulze-Wörlig = Die Führung des Handels- und Musterregisters von R. Schulze-Wörlig. Berlin 1899.
- SchlHofstAnz. = Schleswig Holsteinscher Anzeiger.
- SeuffA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
- SeuffBl. = J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
- Simon, Bilanzen = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Justizrat Dr. Herman Veit Simon. 2. Aufl.
- Soergel = Rechtsprechung zum G. B. usw., herausgegeben von Dr. H. Th. Soergel.
- Staub GmbG. = Kommentar zum GmbG. von Dr. Hermann Staub, Berlin 1903.

- Staudinger = Kommentar zum BGB., herausgegeben in Gemeinschaft mit usw. von Dr. Julius von Staudinger, München, J. Schweigers Verlag.
- Steg. = Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgericht zu Leipzig. Berlin.
- Stranz-Gerhard = Preuß. AG. zum BGB., kommentiert von den Justizräten J. Stranz und E. Gerhard, Berlin 1900.
- StrA. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. Berlin.
- Struckmann-Roch = Die GPD., Kommentar von J. Struckmann und Roch, Rajch, Röll, G. Struckmann. 8. Aufl. Berlin 1901.
- Sybow-Busch = GPD. erläutert von R. Sybow und L. Busch. 10. Aufl. Berlin 1905 (Wuttentag'sche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 11).
- Thoen = Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thoen. 6. Aufl.
- ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
- VO. = Die Eisenbahn-Verkehrsordnung.
- Warneyer = Jahrbuch der Entscheidungen usw., herausgegeben von Dr. Otto Warneyer. Leipzig.
- Weißler = Kommentar zum FGG., erläutert von Justizrat Weißler. Berlin.
- ZgA. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, herausgegeben von Dr. Zehenhäuser.
- ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.
-

Inhaltsverzeichnis des ersten Bandes.

	Seite		Seite
Allgemeine Einleitung.			
Die Entstehungsgeschichte des alten und neuen HGB. und seine Gestalt	1	§ 20. Firma einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien . . .	132
Das Anwendungsgebiet des neuen HGB.	2	§ 21. Fortführung der Firma trotz Namens- änderung	134
Die Rechtsquellen des Handelsrechts	6	§ 22. Übergang des Firmenrechts bei vollstän- digem Wechsel der Inhaber	134
Die Stellung der Frau im Handelsrecht	13	§ 23. Verbot einer Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft	140
Erstes Buch. Handelsstand.			
Erster Abschnitt. Kaufleute.			
§ 1. Begriffsbestimmung des Kaufmanns; Handelsgewerbe kraft Gegenstands	27	§ 24. Übergang des Firmenrechts bei teilweisem Wechsel der Inhaber	150
§ 2. Handelsgewerbe kraft Betriebsart und Eintragung	54	§ 25. Stellung des Geschäftserwerbers zu den Geschäftsgläubigern und -Schuldnern im Falle des Erwerbs unter Lebenden . . .	152
§ 3. Land- und Forstwirtschaft	61	§ 26. Verjährung zugunsten des Geschäfts- veräußerers	162
§ 4. Minderkaufleute	66	§ 27. Haftung des Erben für die Geschäfts- verbindlichkeiten	164
§ 5. Wirkung der Firmeneintragung	76	§ 28. Eintritt i. d. Geschäft e. Einzelkaufmanns	173
Exkurs zu § 5. Scheinkaufleute	79	§ 29. Pflicht zur Anmeldung u. zur Zeichnung der Firma	176
§ 6. Kaufleute kraft Rechtsform	81	§ 30. Firmenverschiedenheit	178
§ 7. Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Befugnis zum Gewerbebetrieb	82	§ 31. Änderungen und Erlöschens der Firma; Verlegung der Niederlassung	182
Zweiter Abschnitt. Handelsregister.			
§ 8. Registergericht	83	§ 32. Eintragungen im Konkursfalle	184
Exkurs zu § 8. Die Tätigkeit d. Registergerichts u. d. Bedeutung der Eintragungen	83	§ 33. Anmeldung gewisser juristischer Personen	185
§ 9. Öffentlichkeit des Registers	88	§ 34. Änderungen in den Rechtsverhältnissen der jur. Personen	189
§ 10. Bekanntmachung der Eintragungen	90	§ 35. Zeichnung d. Unterschrift bei e. jur. Person	191
§ 11. Blätter für die Bekanntmachung	91	§ 36. Gewerbliche Unternehmungen öffentlicher Körperschaften	192
§ 12. Form der Anmeldung und Zeichnung	92	§ 37. Unbefugter Gebrauch einer Firma	195
§ 13. Zweigniederlassung	94	Exkurs zu § 37	204
§ 14. Ordnungstrafen	99	Vierter Abschnitt. Handelsbücher.	
§ 15. Rechtsfolgen der Eintragung u. Bekannt- machung, sowie des Gegenteils	103	§ 38. Allgemeines	206
§ 16. Entscheidung des Prozeßgerichts in bezug auf Eintragungen	109	§ 39. Zeitliche Vorschriften für Inventar und Bilanz	211
Dritter Abschnitt. Handelsfirma.			
§ 17. I. Begriffsbestimmung	111	§ 40. Währung der Bilanz; Wertansatz	214
II. Die Firma im Prozesse	117	§ 41. Unterzeichnung von Inventar u. Bilanz	218
§ 18. Firma eines Einzelkaufmanns	124	§ 42. Rechnungsabschlüsse öffentl. Körperschaften	219
§ 19. Firma einer offenen Handels- oder einer Kommanditgesellschaft	131	§ 43. Form der Handelsbücher	219
		§ 44. Dauer der Aufbewahrungspflicht	221

	Seite
§ 45. Vorlegungspflicht im Rechtsstreit . . .	221
§ 46. Umfang der Offenlegung	223
§ 47. Offenlegung bei Vermögensauseinander- setzungen	224
Exkurs zu § 47. Die Beweislast der Handels- bücher	224

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handelsvollmacht.

I. Prokura.

§ 48. Bestellung d. Einzel- u. d. Gesamtprokura	226
§ 49. Gesetzlicher Umfang der Ermächtigung .	231
§ 50. Beschränkung des Umfangs	233
§ 51. Zeichnung durch den Prokuristen . . .	235
§ 52. Widerruflichkeit, Unübertragbarkeit der Prokura. Tod des Prinzipals, sonstige Erlösungsgründe	236
§ 53. Eintragung der Prokura und ihres Er- lösens	239
Exkurs zu § 53. Ergänzungen zur Lehre von der Prokura	240

II. Handlungsvollmacht.

§ 54. Begriff und Umfang	241
§ 55. Handlungsreisender	246
§ 56. Angestellte i. Laden od. offenen Warenlager	249
§ 57. Zeichnung durch den Handlungsbevoll- mächtigten	251
§ 58. Übertragung der Vollmacht	251

III. Exkurs zu § 58. Ergänzungen zur Lehre von den handelsrechtlichen Vollmachten.

A. Wirkungen der Stellvertretung	252
B. Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst	254
C. Die Vollmacht des Quittungsüberbringers	255
D. Haftung für Versehen der Bevollmächtigten und Gehilfen	256
E. Handeln eines nicht bevollmächtigten Mandatars	259
F. Handeln eines Bevollmächtigten im eigen- en Namen	260
G. Handeln eines Nichtbevollmächtigten als Vertreter (Lehre von der Pseudovertretung)	261
H. Erlöschen der Vollmacht	265

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

I. Gef. betr. die Kaufmannsgerichte

II. Handlungsgehilfen.

§ 59. Begriff. Leistungen und Ansprüche . .	267
§ 60. Gesetzliches Konkurrenzverbot	289

	Seite
§ 61. Folgen der Verletzung	292
§ 62. Fürsorge-Vorschriften	294
Exkurs zu § 62. Abreden gegen § 62 . . .	298
§ 63. Dienstbehinderung durch unverschuldetes Unglück	299
§ 64. Gehaltszahlung am Schlusse jeden Monats	303
§ 65. Provisions- und Lantiemeansprüche . .	305
§ 66. Gesetzliche Kündigungsfrist	307
§ 67. Vereinbarte Kündigungsfrist, ihre Ein- schränkungen	311
§ 68. Gehilfen mit mindestens 5000 Mark Gehalt oder für eine außereuropäische Handelsniederlassung	314
§ 69. Gehilfen zu vorübergehender Aushilfe .	315
§ 70. Sofortige Kündigung des Verhältnisses; Erklärung, Gründe, Folgen	317
Sonstige Aufhebungsgründe des Dienst- vertrages	323
§ 71. Wichtige Kündigungsgründe zugunsten des Gehilfen	326
§ 72. Entlassungsgründe zugunsten d. Prinzipals	328
§ 73. Zeugnis	333
§ 74. Vertragliche Konkurrenzklausele . . .	336
§ 75. Ausschluß der Geldendmachung. Ver- tragsstrafe	341

III. Handlungslehrlinge.

§ 76. Pflichten des Lehrherrn und des Lehrlings	345
§ 77. Dauer des Lehrvertrages	349
§ 78. Übergang zu einem anderen Gewerbe oder Beruf	351
§ 79. Unbefugter Austritt	353
§ 80. Zeugnis	353
§ 81. Bürgerliche Ehrenrechte des Lehrenden .	354
§ 82. Strafvorschriften	355
§ 83. IV. Andere Angestellte	356

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. Begriff des Agenten; seine Pflichten .	356
§ 85. Abschlüsse des Vermittlungsagenten . .	364
Exkurs zu § 85. Rechtslage der Parteien, je nach- dem der Agent Abschlußvollmacht hat oder nicht	366
§ 86. Plakagent	367
§ 87. Reisender Agent	368
§ 88. Provisionsanspruch	369
§ 89. Bezirksagent	374
§ 90. Kosten und Auslagen	375
§ 91. Recht auf Buchauszug	376
§ 92. Kündigung des Agenturvertrages . .	378

	Seite
Achter Abschnitt. Handelsmakler.	
Erfurs vor § 93. Die Zivilmakler (insbes. die Grundstücks- und Hypothekemakler) . . .	381
§ 93. Begriff	397
§ 94. Schlußnote	400
§ 95. „Aufgabe vorbehalten“	402
§ 96. Aufbewahrung von Proben	404
§ 97. Umfang der Vollmacht	405
§ 98. Schadenhaftung	405
§ 99. Maklerlohn	406
§ 100. Tagebuch	407
§ 101. Auszüge aus dem Tagebuch	408
§ 102. Vorlegung des Tagebuchs im Rechtsstreit	408
§ 103. Strafvorschriften	409
§ 104. Krämermakler	409

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. Begriffsbestimmung	410
§ 106. Anmeldung der Gesellschaft	423
§ 107. Anmeldung von Änderungen	424
§ 108. Form der Anmeldungen	425

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

§ 109. Feststellung durch Gesellschaftsvertrag	426
§ 110. Erklärungsansprüche der Gesellschafter für Aufwendungen	430
§ 111. Folgen von Pflichtverletzungen	432
§ 112. Konkurrenzverbot	436
§ 113. Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots	437
§ 114. Geschäftsführung	439
§ 115. Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis	442
§ 116. Grenze der Geschäftsführungsbefugnis; Prokurenerteilung	445
§ 117. Entziehung d. Geschäftsführungsbefugnis	447
§ 118. Kontrollrecht der Gesellschafter	449
§ 119. Beschlüsse der Gesellschafter; Stimmverhältnis	450
§ 120. Beteiligung am Gewinn und Verlust	452
§ 121. Verteilung von Gewinn und Verlust	454
§ 122. Rechte der Gesellschafter auf Entnahmen	456

Dritter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Zeitpunkt d. Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft nach außen	459
§ 124. Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft	464
§ 125. Vertretung der Gesellschaft	472
§ 126. Umfang der Vertretungsmacht	477
§ 127. Entziehung der Vertretungsmacht	482
§ 128. Solidarhaft der Gesellschafter	484
§ 129. Einwendungen der Gesellschafter gegen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger	490
§ 130. Eintritt in eine bestehende Gesellschaft	494

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. Auflösungsgründe	496
§ 132. Kündigung	500
§ 133. Antrag eines Gesellschafters auf Auflösung	502
§ 134. Gesellschaft auf Lebenszeit	508
§ 135. Auflösungsrecht des Gläubigers eines Gesellschafters	509
§ 136. Geschäftsführungsbefugnis nach erfolgter Auflösung	512
§ 137. Vorläufige Fortsetzung bei Tod oder Konkurs	513
§ 138. Fortbestehen der Gesellschaft bei Tod, Kündigung oder Konkurs	515
§ 139. Fortsetzung mit den Erben	517
§ 140. Ausschließung eines Gesellschafters	525
§ 141. Ausscheiden eines Gesellschafters bei Kündigung durch Privatgläubiger oder Konkurs	528

Erfurs zu § 141. Die Auseinanderfegung mit dem ausscheidenden Gesellschafter	530
§ 142. Übernahme des Geschäfts durch einen von zwei Gesellschaftern	535
§ 143. Anmeldung der Auflösung	538
§ 144. Fortsetzung der Gesellschaft	540

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. Notwendigkeit der Liquidation	541
§ 146. Liquidatoren	546
§ 147. Abberufung der Liquidatoren	549
§ 148. Anmeldung	550
§ 149. Aufgabe und Rechtsstellung	552
§ 150. Vertretungsmacht	557
§ 151. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht	558

	Seite		Seite
§ 152. Anordnungen der Gesellschafter . . .	559	§ 186. Qualifizierte Gründung	647
§ 153. Zeichnung der Firma durch die Liquidatoren	560	§ 187. Gründer	654
§ 154. Bilanzen im Liquidationsstadium . .	561	§ 188. Simultangründung	655
§ 155. Verteilung des Vermögens	563	§ 189. Stützessbegründung	657
§ 156. Geltung der Vorschriften über die Gesellschaft im Liquidationsstadium . .	566	§ 190. Aufsichtsrat u. Vorstand im Gründungsstadium	663
§ 157. Anmeldung des Erlöschens der Firma	570	§ 191. Gründererklärung	664
§ 158. Anderweitige Auseinandersetzung. . .	572	§ 192. Prüfung der Gründung, Prüfungspflicht	666
Sechster Titel. Verjährung.		§ 193. Umfang der Prüfung und Bericht . .	667
§ 159. Verjährungsfrist	573	§ 194. Meinungsverschiedenheit, Vergütung .	669
§ 160. Unterbrechung	577	§ 195. Anmeldung der Gesellschaft	670
Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.		§ 196. Konstituierende Generalversammlung bei Stützessbegründung	675
§ 161. Begriffsmerkmale	579	§ 197. Bestimmung über die Vor-Generalversammlungen	678
§ 162. Anmeldung	584	§ 198. Eintragung	679
§ 163. Rechtsverhältnis nach innen	587	§ 199. Veröffentlichung	680
§ 164. Geschäftsführung	588	§ 200. Wirkung der Eintragung	681
§ 165. Konkurrenzverbot	589	§ 201. Zweigniederlassung	684
§ 166. Kontrollrecht der Kommanditisten . .	590	§ 202. Gründerhaftung	690
§ 167. Beteiligung am Gewinn und Verlust .	592	§ 203. Haftung des Emittenten	696
§ 168. Verteilung von Gewinn und Verlust .	594	§ 204. Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat im Gründungsstadium	700
§ 169. Recht auf Entnahmen	595	§ 205. Vergleiche und Verzicht über Gründungsansprüche	701
§ 170. Vertretung	597	§ 206. Verjährung der Gründungsansprüche .	704
§ 171. Haftung des Kommanditisten	598	§ 207. Nachgründung	704
§ 172. Einzelheiten der Haftung	602	§ 208. Erwerb durch Vereinbarung mit den Gründern	708
§ 173. Eintritt als Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft	605	§ 209. Richtigkeit v. Aktien u. Interimsscheinen	709
§ 174. Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten	606	Zweiter Titel.	
§ 175. Anmeldung der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage.	607	Rechtsverhältnisse der Gesellschaft u. der Gesellschafter.	
§ 176. Haftung des Kommanditisten für vor der Eintragung gemachte Geschäfte . .	607	§ 210. Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft . .	711
§ 177. Tod des Kommanditisten	609	§ 211. Verpflichtungen der Aktionäre zu Kapitalleistungen	715
Erfurs zu § 177. Auflösung und Ausscheiden; Liquidation; Verjährung	610	§ 212. Anderweitige Leistungen	717
Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.		§ 213. Ansprüche der Aktionäre	723
Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.		§ 214. Gewinnanteil	727
§ 178. Begriff der Aktiengesellschaft	615	§ 215. Zinsen, Bauzinsen	728
§ 179. Rechtliche Natur; Unteilbarkeit d. Aktien; Inhaber-Namensaktien; Interimsscheine	620	§ 216. Vergütung für wiederkehrende Leistungen	732
§ 180. Betrag der Aktien	627	§ 217. Rückzahlungspflicht der Aktionäre . .	733
§ 181. Aktienunterzeichnung	630	§ 218. Zinsen und Verzugsstrafen bei Verzugs	738
§ 182. Gesellschaftsvertrag (Statut)	631	§ 219. Reduzierung	741
§ 183. Inhaber und Namensaktien	641	§ 220. Negreß gegen Vorstände, Verkauf der Aktien	744
§ 184. Über- und Unterpariemission	642	§ 221. Verbot der Befreiung und Aufrechnung	748
§ 185. Vorrechtsaktien	644	§ 222. Übertragung von Namensaktien . . .	749
		§ 223. Vermerk im Aktienbuch	755

	Seite
§ 224. Übertragung von Interimsscheinen	761
§ 225. Mitberechtigte an Aktien	761
§ 226. Erwerb eigener Aktien	763
§ 227. Einziehung von Aktien	766
§ 228. Kraftloserklärung	771
§ 229. Beschädigung von Aktien	773
§ 230. Neue Gewinnanteilscheine	774

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Begriff des Vorstands, Bestellung	774
§ 232. Vertretung	783
§ 233. Firmenzeichnung	791
§ 234. Anmeldung zum Handelsregister	792
§ 235. Beschränkung der Vertretung	794
§ 236. Konkurrenzverbot	798
§ 237. Santieme des Vorstands	801
§ 238. Prokuristen	807
§ 239. Buchführung	810
§ 240. Pflicht des Vorstandes bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals; Konkurs- anmeldung	813
§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder	816
§ 242. Vorstands-Stellvertreter	824
§ 243. Bestellung des Aufsichtsrats	825
§ 244. Bekanntmachung	830
§ 245. Vergütung des Aufsichtsrats	830
§ 246. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	834
§ 247. Vertretungsrecht des Aufsichtsrats	840
§ 248. Trennung von Vorstand u. Aufsichtsrat	841
§ 249. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder	844
§ 250. Generalversammlung als Organ der Ge- sellschaft	845
§ 251. Beschlüsse der Generalversammlung	850
§ 252. Stimmrecht	851
§ 253. Berufung der Generalversammlung	859
§ 254. Berufung auf Antrag von Aktionären	862
§ 255. Frist und Form der Berufung	868
§ 256. Tagesordnung	870
§ 257. Mitteilung der Berufung an Aktionäre	877
§ 258. Präsenzliste	878
§ 259. Beurkundung d. Generalversammlungs- beschlüsse	879
§ 260. Vorlegung u. Genehmigung d. Bilanz	882
§ 261. Bilanzvorschriften	888
§ 262. Reservefonds	902
§ 263. Auslegung der Bilanz	909
§ 264. Vorlegung d. Bilanz u. Genehmigung	910
§ 265. Bekanntmachung der Bilanz	912
§ 266. Bestellung von Revisoren zur Bilanz- prüfung	913

	Seite
§ 267. Pflichten des Vorstands bei Bilanz- revision; Kosten	917
§ 268. Geltendmachung v. Ansprüchen aus der Gründung und Geschäftsführung	918
§ 269. Geltendmachung auf Verlangen der Minderheit	921
§ 270. Verzicht und Vergleiche	923
§ 271. Anfechtung von Generalversammlungs- beschlüssen	923
§ 272. Verfahren bei Anfechtung	929
§ 273. Wirkung der Anfechtung	932

Vierter Titel.

Abänderung des Gesellschaftsvertrages.

§ 274. Statutenänderung	938
§ 275. Erforderliche Mehrheit bei Statuten- änderungen	941
§ 276. Änderung der Verpflichtung zu Neben- leistungen	945
§ 277. Eintragung von Statutenänderungen	945
§ 278. Voraussetzung der Erhöhung des Grund- kapitals	947
§ 279. Einlagen und Übernahmen bei Kapital- erhöhung	953
§ 280. Anmeldung des Beschlusses auf Kapital- erhöhung	955
§ 281. Zeichnung bei Kapitalserhöhung	956
§ 282. Bezugsrecht der Aktionäre bei Kapital- erhöhung	958
§ 283. Bezugsrecht Dritter	961
§ 284. Anmeldung d. erfolgten Kapitalserhöhung	963
§ 285. Verbindung der Anmeldungen	965
§ 286. Anmeldung bei dem Gericht der Zweig- niederlassungen	965
§ 287. Ausgabe neuer Aktien bei Kapital- erhöhung	966
§ 288. Beschluß auf Herabsetzung des Grund- kapitals	967
§ 289. Anmeldung des Beschlusses auf Kapital- herabsetzung; Schutzmaßregeln für die Gläubiger	973
§ 290. Umtausch von Aktien bei Kapital- herabsetzung	976
§ 291. Anmeldung der erfolgten Kapital- herabsetzung	980

Fünfter Titel.

Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. Auflösungsgründe	983
§ 293. Anmeldung der Auflösung	989

	Seite
§ 294. Liquidation	990
§ 295. Liquidatoren	992
§ 296. Anmeldung der Liquidatoren	994
§ 297. Aufforderung an die Gläubiger	995
§ 298. Geschäftskreis der Liquidatoren	996
§ 299. Liquidationsbilanzen	998
§ 300. Verteilung des Vermögens	1000
§ 301. Schutzmaßnahmen für die Gläubiger	1003
§ 302. Beendigung der Liquidation	1005
§ 303. Veräußerung des Gesamtvermögens	1009
§ 304. Verstaatlichung	1014
§ 305. Fusion mit Liquidation	1016
§ 306. Fusion ohne Liquidation	1022
§ 307. Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft	1029
§ 308. Anfechtung des Übertragungsbeschlusses	1032
§ 309. Richtigkeit der Aktiengesellschaft	1033
§ 310. Heilung der Richtigkeit	1038
§ 311. Folgen der Richtigkeit	1039
Sechster Titel. Strafvorschriften.	
§ 312. Untreue	1041
§ 313. Wissentlich falsche Angaben	1044
§ 314. Wissentlich falsche Vorpiegelungen; unberechtigte Ausgabe von Aktien	1046
§ 315. Mangelnde Bestellung des Aufsichtsrats; unterbliebene Konkursanmeldung	1050
§ 316. Fälschung von Hinterlegungsbescheinigungen	1051
§ 317. Stimmenkauf	1052
§ 318. Widerrechtliche Veruutzung von Aktien Exkurs zu § 318. Betrügerische Einwirkungen auf den Kurs	1055
§ 319. Ordnungsstrafrecht	1060

	Seite
Vierter Abschnitt.	
Kommanditgesellschaft auf Aktien.	
§ 320. Begriff und Rechtsverhältnis	1061
§ 321. Gründung	1079
§ 322. Gesellschaftsvertrag	1080
§ 323. Zufußiggründung	1081
§ 324. Nachgründung	1082
§ 325. Persönlich haftende Gesellschafter	1082
§ 326. Konkurrenzverbot	1083
§ 327. Generalversammlung	1084
§ 328. Aufsichtsrat	1086
§ 329. Gewinn und Verlust	1087
§ 330. Auflösung	1087
§ 331. Liquidation	1094
§ 332. Umwandlung in eine Aktiengesellschaft	1094
§ 333. Anmeldung d. Umwandlungsbeschlusses	1096
§ 334. Schutzmaßnahmen für die Gläubiger	1097
Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.	
§ 335. Begriffsmerkmale	1099
§ 336. Anteil am Gewinn und Verlust	1107
§ 337. Gewinn- und Verlustberechnung	1107
§ 338. Kontrollrechte des stillen Gesellschafters	1109
§ 339. Auflösungsgründe	1111
§ 340. Rechtsverhältnisse nach Auflösung	1115
§ 341. Konkurs des Komplementärs	1119
§ 342. Anfechtung der Rückgewähr der Einlage an den stillen Gesellschafter	1121
Exkurs zu § 342. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Handelsverkehr	1124

Allgemeine Einleitung.

I. Die Entstehungsgeschichte des alten und neuen HGB. und seine Gestalt.

Allgemeine
Einleitung.

Einen geschichtlichen Überblick über die Quellen des Handelsrechts, dessen Wurzeln ins Mittelalter zurückreichen, hier zu geben, liegt außerhalb des diesem Werke gesteckten Rahmens (vgl. hierüber Goldschmidt Univerf. Gesch. S. 10, und weitere Literatur bei Cosack §§ 3 u. 4). Aus dem gleichen Grunde kann hier der Frage nicht nachgegangen werden, weshalb überhaupt ein gesondertes Handelsrecht besteht und notwendig ist (Heft im Arch. Civ. Prag. 92, 439 ff.; Gierke § 2). Wir beschränken uns daher auf eine kurze Skizzierung der Entstehungsgeschichte des alten und neuen HGB.

1. Das alte HGB. Am 18. Dezember 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundes- Ann. 1.
tage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Nürnberger Kommission“ stellte in jahrelanger Arbeit (1857–1861) den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs fertig. Der Bundesrat, dem eine eigene Gesetzgebungsgewalt abging, empfiehlt ihn den deutschen Staaten zur freiwilligen Annahme. Die Empfehlung fiel auf fruchtbaren Boden; die allermeisten Staaten führten den Entwurf unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten ein. In Preußen geschah dies 1861. Damit war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zustande gekommen. Nur Luxemburg, Schaumburg-Lippe und das preussische Zahndegebiet haben das HGB. als Landesgesetz nicht eingeführt.

Sodann erfolgte die Erhebung des HGB. zum Bundes- und Reichsgesetz: für den Norddeutschen Bund durch Bundesgef. v. 5. Juni 1869; für das Deutsche Reich außer Bayern durch Reichsgef. v. 16. April 1871, für Bayern durch Reichsgef. v. 22. April 1871, für die Reichslande durch Reichsgef. v. 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung v. 22. März 1891. Auch in den deutschen Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten ist das HGB. als Reichsgesetz eingeführt; dort durch Gef. v. 10. Juli 1879, hier durch Gef. v. 17. April 1886, jetzt in der Fassung v. 15. März 1888. Zuletzt ist es durch kaiserliche Verordnung v. 27. April 1898 in Kiautschou eingeführt worden. Dabei ist zu bemerken, daß in den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten für Handelsfachen zunächst das in diesen Gebieten geltende Handelsgewohnheitsrecht zur Anwendung kommt (§ 3 des Gef. v. 10. Juli 1879 und § 2 des Gef. v. 15. März 1888).

Das alte HGB. war aber nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben; der das Aktienrecht behandelnde Teil wurde zweimal geändert, zuletzt durch Reichsgef. v. 18. Juli 1884.

2. Das neue HGB. Die Neuschaffung wurde durch die einheitliche Regelung des bürgerlichen Ann. 2.
Rechts nötig. Die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mußten in Einklang gebracht werden mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei dieser Gelegenheit nahm man diejenigen Ergänzungen und Änderungen vor, die sich im Laufe der Jahrzehnte, während deren das alte HGB. in Geltung gewesen war, auch bei diesem bewährten Staub, Handelsgesetzbuch. VIII. Aufl.

Allgemeine Einleitung.

Gesetzbuche als notwendig herausgestellt hatten. Um dieselbe Zeit, als das HGB. vom Reichstage angenommen wurde, im Juli 1896, wurde der erste Entwurf des neuen HGB. (zunächst noch ohne Seerecht) der Öffentlichkeit übergeben. Auf Grund der zahlreichen Besprechungen wurde er alsdann umgearbeitet und dieser zweite Entwurf (nunmehr mit Seerecht) dem Reichstage in seiner Winteragung 1896/97 vorgelegt. Der Reichstag überwies ihn einer Kommission zur Durchberatung und nahm ihn mit nicht unerheblichen Änderungen an. Nachdem der Bundesrat seine Zustimmung erteilt hatte, wurde das Gesetzbuch in Nr. 23 des Reichs-Gesetzblatts am 21. Mai 1897 verkündet.

Anm. 3.

Es trägt den Titel „Handelsgesetzbuch“, ohne den Zusatz: „für das Deutsche Reich“. Datirt ist es v. 10. Mai 1897. Es ist nicht mehr, wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, in 5 Bücher eingeteilt, sondern nur in 4 Bücher. Das frühere dritte und das bisherige vierte Buch sind zusammengezogen: die Handelsgesellschaften sind mit der stillen Gesellschaft in einem Buche abgehandelt, die Gelegenheitsgesellschaft ist fortgefallen. Das neue HGB. ist in Paragraphen eingeteilt, nicht, wie das alte HGB., in Artikel. Dagegen hat das Einführungs-gesetz Artikel.

Das alte HGB. ist am 1. Januar 1900 ohne ausdrücklichen Ausspruch von selbst außer Kraft getreten.

Anm. 4.

Das neue HGB. stellt sich als eine wohlgelungene Verbesserung dar, was um so mehr anzuerkennen ist, als es sich um eine Gelegenheitsreform, nicht um eine Notwendigkeitsreform gehandelt hat. Sowohl auf die Sprache, als auch auf die Anpassung der Vorschriften an die modernen Verkehrsbedürfnisse und nicht zum wenigsten an den sozialen Geist unserer Zeit ist Wert gelegt. Wird auch nicht überall allen berechtigten Wünschen Rechnung getragen, so ist doch im ganzen ein großer Fortschritt zu verzeichnen.

II. Das Anwendungsgebiet des neuen HGB.

- Anm. 5. 1. Zunächst ist zu erwähnen, daß das neue HGB. keine Vorschriften darüber enthält, auf welche Art von Materien es Anwendung findet. Eine derartige Vorschrift ist mit Recht weggelassen. Denn es bezieht sich eben auf alle diejenigen Angelegenheiten, über welche sein Inhalt Verfügung trifft. Darum ist auch der Begriff *Handels-sachen* nicht definiert. Eine Tautologie wäre es, wenn das HGB. sagte, es komme in Handels-sachen zur Anwendung. Und umgekehrt ist es lediglich ein zwar richtiger, aber trivialer Satz, zu sagen: *Handels-sachen* seien diejenigen Gegenstände, die das HGB. regelt. Andererseits ist aber jede andere Definition des Rechtsbegriffes *Handels-sachen* unrichtig, und es war ein von Staub selbst in der letzten Auflage berichteter Irrtum der früheren Auflagen, zu definieren: *Handels-sache* sei jeder dem Handel angehörige Tatbestand. Denn, regelt das HGB. einen Tatbestand nicht, so ist er im rechtlichen Sinne keine Handels-sache, sondern folgt allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln, auch wenn seiner wirtschaftlichen Natur nach seine Zugehörigkeit zum Handel unbestreitbar ist (übereinstimmend Wierke § 9). Handels-sache im Rechtsinne und Handels-sache im Wirtschaftsinne decken sich also nicht, wie auch der juristische Begriff des Kaufmanns nicht mit dem wirtschaftlichen zusammenfällt (§ 1 Anm. 2). Von dem hier behandelten materiell-rechtlichen Begriff der Handels-sache ist der prozessuale der Handels-sache — eine bürgerliche Rechtsfreiheit, für welche die Kammer für Handels-sachen (§ 101 HGB.) zuständig ist — zu unterscheiden. Endlich ist auch der Begriff der Handels-sachen nicht zu verwechseln mit dem engeren der Handelsgeschäfte als einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften (s. § 1 Anm. 32; Cosack § 9).

Das Gesetz sagt demgemäß das an sich Selbstverständliche nicht, daß in Handels-sachen das HGB. Anwendung findet. Es sagt nur, daß „in Handels-sachen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im HGB. oder im Einführungs-gesetz ein Anderes bestimmt ist“ (Art. 2 GG. z. HGB.). Dies zu sagen, hat einen guten Sinn. Damit soll in allen denjenigen Rechtsfragen, in denen das HGB. eine Ent-

scheidung getroffen hat, das BGB. von der Anwendung ausgeschlossen sein (näheres hierzu **Allgemeine Einleitung.** unten Anm. 18).

2. Das örtliche Anwendungsgebiet ist das gleiche, wie das des alten HGB. (vgl. Anm. 1). — Anm. 6.

Die den Gegenstand des internationalen Privatrechts bildenden Fragen: inwieweit auch ausländisches Recht für deutsche Gerichte zur Anwendung komme, können hier nicht eingehend erörtert werden. (Lit.: Die bekannten Werke über das Internationale Privatrecht von Bar, Zitelmann, Barazetti, Neumann und Niemeyer. Für das Handelsrecht insbesondere noch: Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf der Grundlage der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 02; Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht in IheringsZ. 40, 1—87; 42, 309—352; 43, 299—435.)

Nur folgendes sei hier bemerkt:

Die räumlichen Herrschaftsgrenzen der Normen des BGB. in Kollisionssfällen mit dem ausländischen Recht werden in den Art. 7—31 GG. z. BGB. gezogen. Diese Vorschriften bilden indes kein zusammenhängendes Ganze, sondern nur einen Torso. Für das Vermögensrecht, insbes. für das Sachenrecht und die Schuldverhältnisse kauft eine große Lücke (Art. 11 bestimmt nur wegen der Form eines Rechtsgeschäfts, Art. 12 wegen der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen). Soweit Lücken vorhanden sind, sind sie durch die aus der Natur der Rechtsverhältnisse abzuleitenden allgemeinen Prinzipien zu ergänzen, im Anschluß an die durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch gewonnenen wertvollen Ergebnisse. Einige allgemeine Grundsätze geben die Art. 27, 28 (Rückverweisung), 29 (Heimatslose), 31 (Vergeltungsrecht), und der hier besonders bemerkenswerte Art. 30, welcher bestimmt, daß die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Es haben also diejenigen Vorschriften des neuen Rechts, die ausschließlichen (exklusiven) Charakter haben (s. hierüber unten Anm. 12) unbedingte Anwendung zu finden, auch auf Verhältnisse, die sonst nach ausländischem Rechte zu beurteilen wären. Die obigen aus dem BGB. und dem GG. z. BGB. und den allgemeinen Prinzipien herzuleitenden Grundsätze in örtlichen Kollisionssfällen gelten auch entsprechend für das örtliche Anwendungsgebiet der Normen des Handelsrechts.

3. Das zeitliche Anwendungsgebiet. Zeitlich ist das neue Handelsgesetzbuch am 1. Januar 1900, Anm. 7. zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten (Art. 1 Abs. 1 GG. z. HGB.). Nur der 6. Abschnitt des 1. Buchs (der Abschnitt über die Handlungsgehilfen) ist bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft (Art. 1 Abs. 2 GG. z. HGB.).

Bei der Frage des zeitlichen Anwendungsgebiets spielt nun aber die Frage eine große Rolle, nach welchem Rechte die am 1. Januar 1900 schwebenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen sind? Es erscheint erforderlich, den Übergangsgrundsätzen eine besondere Betrachtung zu widmen. (Lit., soweit sie für das Handelsrecht besonders in Betracht kommt: Lehmann, Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen HGB. in RSR. 48, 1—120 und 387—388; Landrichter S., Die handelsrechtlich wichtigen Übergangsbestimmungen des GG. z. BGB. bei Holbheim 9, 25 ff.)

a) Das GG. z. HGB. hat nämlich allgemeine Übergangsvorschriften überhaupt nicht und im einzelnen nur einige wenige spezielle Übergangsvorschriften gegeben: Art. 22 (über Firmen), Art. 23 (Errichtung von Aktiengesellschaften), Art. 24 (Zusammenlegung von Aktien), Art. 25 (Kraftloserklärung von Aktien), Art. 26 (Außerfurssetzung von Aktien), Art. 27 (Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften), Art. 28 (Zusicherung von Aktienbezugsrechten).

b) Bei einem Gesetzbuch von 905 Paragraphen ist der Erlaß von im ganzen 7 Übergangs- Anm. 9. vorschriften, die sich lediglich mit Einzelfragen beschäftigen, von denen aber keine grundsätzlicher Natur ist, als ein großer Mangel zu verzeichnen. Der Wissenschaft fällt die Aufgabe zu, diese Lücke auszufüllen. Nach unserer Ansicht wird sie durch die Erwägung ausgefüllt, daß es sicherlich im Geiste der an einem Tage in Kraft tretenden, als organisches Ganze

**Allgemeine
Einleitung.**

gedachten Gesetzbücher liegt, daß für die Übergangszeit die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum BGB. auch für das HGB. gelten. Ja man darf sich sogar für berechtigt halten, im Art. 2 des EG. z. HGB. einen direkten Ausdruck nach dieser Richtung zu erblicken (übereinstimmend RG. 43, 27; DLG. Kiel in DLGR. 6, 1). Denn danach soll, wo das HGB. keine Vorschriften gibt, das BGB. maßgebend sein. Zu den Vorschriften des BGB. aber kann man ohne sonderlichen Zwang auch die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum BGB. zählen (Düringer-Hachenburg I 16). Mindestens sind diese Vorschriften für die Fragen nach dem Eingreifen des HGB. in bestehende Verhältnisse analog zur Anwendung zu bringen.

Anm. 10.

Die Grundsätze des BGB. und des EG. z. BGB. über das zeitliche Herrschaftsgebiet der Rechtsnormen — Grundsätze, welche, soweit Lücken vorhanden sind, aus den allgemeinen, durch Wissenschaft und Praxis sich ausbildenden Prinzipien zu ergänzen sind — lassen sich im knappsten Umriß dahin skizzieren (Hauptwerk hierüber: Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, III. Aufl. 01; f. a. Affolter, Das intertemporale Privatrecht, 01): Ein ausdrücklicher prinzipieller Ausdruck für die Lösung des zeitlichen Widerstreits fehlt. Die Motive zum BGB. (I 19) fassen die Grundgedanken, wie folgt, zusammen. Neue Gesetze hoben keine rückwirkende Kraft; erworbene Rechte bleiben von ihnen unberührt. Indes kann das Gesetz Ausnahmen statuieren: das Verbot der Rückwirkung ist zwar „eine sittlich vernünftige Anforderung an den Gesetzgeber, aber keine Rechtschranke seiner Machtvollkommenheit“. Die Ausnahmen können entweder ausdrückliche sein, oder die Auslegung kann ergeben, daß Gesetz wolle die Rückwirkung, insbesondere wenn schwerwiegende politische, soziale, wirtschaftliche oder ethische Rücksichten zu dem neuen Gesetze geführt haben (näheres hierüber Anm. 12 ff.; hiermit wesentlich im Einklang RG. 40, 314; 42, 100; 44, 59 und in ZB. 01, 1). Das EG. z. BGB., das von allgemeinen Regeln abieht, hat ausführliche Einzelvorschriften gegeben in den 66 Artikeln des „Vierten Abschnitts“ (Art. 153—218; Gruppierung bei Habicht § 3). War hierbei auch das Prinzip der Nichtrückwirkung vorzugsweise maßgebend, so erheischte doch die Idee der umfassenden Modifikation an vielen Punkten ein Eingreifen in schon bestehende Rechtsverhältnisse, wenn man nicht auf Jahrzehnte hinaus die Einheitlichkeit opfern wollte. So erklären sich die Einzelvorschriften des EG. Im allgemeinen werden erworbene Rechte geschützt; namentlich ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung bezüglich der Schuldverhältnisse im Art. 170 EG. z. BGB. anerkannt. Kommt aber in den neuen Bestimmungen nur eine neue rechtliche Prägung und Gestaltung zum Ausdruck, so werden sie auf die alten Rechtsverhältnisse angewendet (Dernburg I § 33; Stranz-Gerhard, Einl. § 7).

Anm. 11.

c) Soweit in Anwendung der hiernach maßgebenden Übergangsgrundsätze das frühere Recht zur Anwendung kommt, versteht es sich von selbst, daß nicht bloß die früheren Rechtsvorschriften, sondern auch die für das schwebende Verhältnis getroffenen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen ihre Gültigkeit behalten. Denn der Sinn einer Vertragsbestimmung, durch die eine Dispositivnorm des Gesetzes geändert wird, ist der: mag das Gesetz hierüber disponieren, wie immer, wir wollen, daß zwischen uns dasjenige Rechtens sei, was wir hiermit vereinbaren.

Anm. 12.

d) Die hiernach zur Anwendung gelangenden Übergangsbestimmungen des EG. z. BGB. erfahren jedoch eine erhebliche Ergänzung und Modifizierung durch folgendes allgemeine Prinzip: soweit die Vorschriften des neuen Rechts ausschließlichen, exklusiven, Charakter haben, d. h. die Anwendung eines anderen Gesetzes während ihrer Geltungszeit überhaupt nicht dulden, greifen sie sofort in bestehende Verhältnisse ein und schließen von dem Augenblicke, wo das neue Gesetz in Kraft tritt, die Anwendung derjenigen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Bestimmungen aus, die für das schwebende Verhältnis bisher maßgebend waren. Dieser allgemeine Grundsatz durchbricht und modifiziert die sonst gegebenen Übergangsvorschriften (vgl. RG. 42, 97). Seine Geltung ist schon in den Motiven zu Art. 170 EG. z. BGB. ausdrücklich anerkannt, wo es heißt: „Durch die

Vorschrift des Art. 170 soll nicht ausgeschlossen sein, daß, wenn einzelne Normen des BÜB., wie im Wege der Auslegung festzustellen sein wird, einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter dergestalt haben, daß sie die zur Zeit des Inkrafttretens bestehenden Schuldverhältnisse zu ergreifen beabsichtigen, dieser rückwirkenden Tendenz Folge zu geben ist, und die betreffenden Normen auf die bestehenden Schuldverhältnisse zur Anwendung zu bringen sind."

a) Es fragt sich nun: wann hat ein Gesetz einen solchen ausschließlichen Charakter? Anm. 12.

Dies kann selbstverständlich nur ausnahmsweise, nur dann angenommen werden, wenn überzeugend erkennbar ist, daß der Gesetzgeber die Rückwirkung gewollt hat (RÜ. 42, 99; 43, 23). Eine allgemeine Rechtsregel etwa des Inhalts, daß jede im öffentlichen Interesse gegebene Rechtsnorm auch bereits bestehende Verhältnisse ergreift, gibt es allerdings nicht. Insoweit ist Cosack (§ 146 S. 753) zuzustimmen. Auch das wäre nicht richtig, wenn man annehmen wollte, daß alle zwingenden Rechtsätze, d. h. alle diejenigen, deren Ausschließung durch entgegenstehende Vereinbarungen nicht zulässig ist, ohne weiteres auf bestehende Verhältnisse Anwendung finden; insoweit ist dem Reichsgericht (RÜ. 42, 102) zuzustimmen. Vielmehr greift derselbe Grundsatz Platz, wie bei der gleichen Frage auf räumlichem Gebiete. Das neue Gesetz ist insoweit ausschließlich anwendbar, als die Anwendung des alten Gesetzes gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck des neuen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 GG. z. BÜB.); dies ist immer dann der Fall, wenn das neue Gesetz Zustände beseitigen will, deren Fortbestehen ihm aus sittlichen oder sozialen oder wirtschaftlichen oder politischen Gründen als unhaltbar erschienen ist. Die fortgesetzte Anwendung des entgegenstehenden Gesetzes würde sonst die Beseitigung dieser Zustände hindern oder wesentlich erschweren (s. a. Erf. zu § 372). Im Prinzip stimmt dieser Grundsatz mit dem von Pappenheim (bei Gruchot 42, 328) aufgestellten überein. Denn wenn Pappenheim ihn auch — in etwas abweichender Formulierung — auf solche Zustände anwendet, deren Fortbestehen dem Gesetzgeber aus sittlichen Gründen im weiteren Sinne als unhaltbar erschien, so ist doch ersichtlich, daß er die hier vorgetragene Ansicht teilt. Sein Gewährsmann Gierke (DtshPrR. I 214) nämlich erstreckt den Grundsatz auf alle diejenigen Zustände, die dem Gesetzgeber aus sittlichen, politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen unhaltbar erschienen sind. Die Einschränkung auf Zustände, die aus sittlichen Gründen unhaltbar erscheinen, wird von Gierke also nicht gemacht. Auch die Rechtsprechung, soweit sie überhaupt erkennen läßt, daß sie diesen Grundsatz gelten läßt, macht eine solche Einschränkung nicht. Es sei hier beispielsweise verwiesen auf das Urteil des Reichsgerichts in Bd. 22, 1. Dort ist entschieden, daß ein auf Amortisation von Aktien gerichteter Vertrag nicht durchführbar sei, wenn er auf Amortisierung aus anderen Mitteln, als aus dem Gewinn, abzielte, weil das Aktiengesetz von 1884 solche Amortisierung verboten habe. Dieses Verbot beruht sicherlich nur auf wirtschaftlichen Gründen, es will die wirtschaftlichen Folgen, die aus solcher Transaktion entstehen könnten, verhüten; und doch hat das Reichsgericht dem Verbot rückwirkende Kraft auf bestehende Vertragsrechte beigelegt (vgl. jedoch RÜ. 42, 103 und die dort zitierten Urteile).

ß) Zu diesen, in bestehende Verhältnisse sofort eingreifenden, sogenannten Anm. 14.

rückwirkenden Bestimmungen der neuen Gesetze gehören insbesondere die zahlreichen sozialpolitischen Vorschriften des neuen GG., insbesondere die Schutzbestimmungen für die Gesundheit der Handlungsgehilfen (§ 62), aber auch die Zwangskündigungsvorschriften (§§ 67 ff.) und die Bestimmungen über die Konkurrenzklause (§§ 74, 75). Zwar wird dies noch bei den einzelnen Bestimmungen besonders erwähnt werden; hier sei jedoch sofort die allgemeine Bemerkung vorausgeschickt, daß es ganz besonders diese sozialpolitischen Bestimmungen der neuen Gesetze sind, deren rückwirkende Kraft anzunehmen und zu betonen ist. Sie sollten einem sozialen und politischen Interesse zugleich dienen, und zwar einem solchen von ganz hervorragender Wichtigkeit,

**Allgemeine
Einleitung.**

sie sollten einen Teil der Ausführung jenes Programms bilden, das sich der Gesetzgeber seit mehr als einem Jahrzehnt gesetzt hatte, und das dazu bestimmt war, die Zahl der Unzufriedenen zu mindern und so die Wohlfahrtsaufgaben des Staats zu erfüllen. Ganz entschieden muß hierbei dem Standpunkte Horowitz' (Das Recht der Handlungsgehilfen, S. 16) widersprochen werden, der den sozialpolitischen Vorschriften nur dann diese rückwirkende Kraft beilegen will, wenn sie zugleich polizeilichen Charakter tragen. Nicht der polizeiliche Charakter ist das Entscheidende, sondern die der Vorschrift innewohnende Tendenz der Beseitigung unhaltbarer Zustände im Interesse ganzer Klassen und der Wohlfahrt des Staats. Von diesem allein entscheidenden Gesichtspunkte aus sind die Bestimmungen der §§ 62 und 76, die den Schutz der sittlichen und körperlichen Wohlfahrt des Handlungsgehilfen im Auge haben, nicht verschieden von der Vorschrift des § 64 HGB., wonach die Gehaltszahlung am Schlusse des Monats erfolgen muß. Auch diese Vorschrift hat die Wohlfahrt, die Sicherheit der Existenzbedingungen des Handlungsgehilfen im Auge. Ebenso sind die neuen Bestimmungen über Zwangskündigungsfristen (§§ 67 ff.; vgl. DLR. Colmar in DLR. 5, 264) und über die Konkurrenzklause (§§ 74, 75) von hervorragender sozialpolitischer Bedeutung und bestimmt, den Zustand drückender Abhängigkeit und Hilflosigkeit, in welchem sich zahlreiche Handlungsgehilfen auf Grund ihrer früheren Verträge befanden, zu beseitigen. Auch sie fanden daher auf bestehende Verträge sofort Anwendung, als der 6. Abschnitt des 1. Buchs des neuen HGB. am 1. Januar 1898 in Kraft trat. Für die Konkurrenzklause hat sich freilich das Reichsgericht im entgegengesetzten Sinne entschieden (vgl. näheres § 74 Anm. 16).

- Anm. 15. e) Die hier (a bis d) entwickelten Grundsätze werden im wesentlichen maßgebend sein bei der Erörterung der zahlreichen Fragen, nach welchem Rechte sich die stehenden Verhältnisse richten werden. Der Erörterung dieser Übergangsfragen ist überall, wo es noch erforderlich schien, ein besonderer Platz eingeräumt. Freilich ist dabei nicht ausgeschlossen, daß hier und da für die Entscheidung noch andere Gesichtspunkte maßgebend sein werden. Das muß der Darstellung im einzelnen überlassen werden.

III. Die Rechtsquellen des Handelsrechts.

- Anm. 16. Wir unterscheiden ordentliche und außerordentliche Rechtsquellen des Handelsrechts. Die ersteren sind das HGB. und das BGB., die letzteren sind das Landesrecht, die übrigen Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht.

A. Die ordentlichen Rechtsquellen des Handelsrechts: Das Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch.

- Anm. 17. 1. Das Handelsgesetzbuch. Nicht bloß seine ausdrücklichen Vorschriften kommen in erster Linie als regelmäßige Rechtsquelle des Handelsrechts zur Anwendung, sondern auch alle diejenigen Rechtsätze, die durch Auslegung gewonnen werden — denn mit dem Gesetze sind alle seine logischen Folgerungen zum Gesetze erhoben —, und endlich auch diejenigen, die sich durch analoge Anwendung des Gesetzes ergeben. Denn das HGB. ist zwar ein Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehrs, aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Konsequenz und daher nicht bloß strikter Auslegung fähig (Behrend § 17 Anm. 4; RDR. 11, 417).

- Anm. 18. 2. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Dieses kommt in Handelsachen nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB. (oder im Einführungsgesetz zum HGB.) ein Anderes bestimmt ist (oben Anm. 5). Es ist also eine subsidiäre Rechtsquelle des Handelsrechts. Das BGB. steht dem HGB. auch insoweit nach, als dasselbe dispositive Vorschriften enthält. Andererseits kommt es in allen den Fragen zur Anwendung, für die aus dem HGB., sei es direkt, sei es durch Auslegung oder durch Analogie, nichts zu entnehmen ist. Seine Vor-

schriften sind nicht etwa in dem Sinne subsidiär, in welchem es die Landesstrafgesetze **Allgemeine** gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch sind (§ 2 des EG. z. StGB.), so daß alle diejenigen **Einleitung.** Materien, die das HGB. regelt, der Anwendung des BGB. verschlossen wären. Vielmehr sind die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäftes, über welches das HGB. Rechtsregeln aufstellt, ohne es zu definieren, aus dem BGB. zu entnehmen. Beispiele: Bürgschaft (RdF. 16, 412); Kauf (RG. 1, 57; 26, 43). Ebenso sind die Rechtswirkungen von Begriffen, mit denen das HGB. operiert, soweit sie nicht im HGB. angeordnet sind, dem BGB. zu entnehmen (z. B. Heilung des Verzugs RdF. 7, 227). Endlich sind die **All-**gemeinen Rechtsgrundsätze, mit denen das HGB. sich überhaupt nicht beschäftigt und die es als Allgemeinvorschriften des bestehenden bürgerlichen Rechts voraussetzt, so die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Betrug, Zwang, Scherz (RG. 8, 248), Verjährung usw., dem BGB. zu entnehmen. (Für Aktiengesellschaften vgl. Anm. 6 zu § 178.)

B. Die außerordentlichen Rechtsquellen.

1. Das Landesrecht. Dieses kommt als Rechtsquelle des Handelsrechts nur selten in Betracht. Anm. 19.

a) Der Art. 15 Absf. 1 EG. z. HGB. bestimmt hierüber:

„Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im Handelsgesetzbuch auf die Landesgesetze verwiesen ist.“

Sie bleiben, wie ergänzend hinzuzufügen ist, auch insoweit unberührt, als es im EG. z. BGB. bestimmt ist (Art. 3 und 55 EG. z. BGB.). So werden in Art. 16—18 EG. z. HGB. eine Reihe landesgesetzlicher Vorschriften (über Lagerscheine, Theke usw.) als „unberührt“ bezeichnet. Und nach Art. 75 und 76 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Versicherungs- und Verlagsrecht unberührt; Vorbehalte, die zum Teil inzwischen durch das Eingreifen der Reichsgesetzgebung erledigt sind (Erl. zu § 1 Nr. 3 und Nr. 8). Der Vorbehaltsauspruch bedarf nicht der Formel: „unberührt bleiben“; es finden sich eine Anzahl gleichbedeutender Ausdrücke („bleiben in Kraft“, können erlassen werden“ u. a., Art. 3 EG. z. BGB.), die in Tragweite und Wirkung gleichwertig sind (Stranz in Holtenhoff-Kohlers Enzyklopädie I 5a § 3).

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden (Art. 15 Absf. 2 EG. z. HGB.; Art. 218 EG. z. BGB.).

Die Landesgesetze bleiben ferner nach der oben wiedergegebenen Bestimmung des Art. 15 Absf. 1 soweit in Kraft, als im Handelsgesetzbuch auf sie verwiesen ist (vgl. Anm. 22).

b) Soweit das Landesrecht als Rechtsquelle des Handelsrechts überhaupt in Frage Anm. 20. steht, kommt es dabei in der weitesten Bedeutung in Betracht auch als Gewohnheitsrecht. Selbstverständlich hat es nach Art. 2 der Reichsverfassung nur subsidiäre Geltung.

2. Die übrigen Reichsgesetze außer dem BGB.

Anm. 21.

a) Diese sollen nach Art. 2 Absf. 2 EG. z. HGB. durch das HGB. nicht berührt werden. Also auch dort, wo eine handelsrechtliche Frage in Betracht kommt, sollen, wenn in einem anderen Reichsgesetze etwas Gegenteiliges bestimmt ist, als im HGB., die Bestimmung des anderen Reichsgesetzes entscheiden. Das hat darin seinen Grund, daß man die anderen Reichsgesetze als Spezialgesetze betrachtet, die für besondere Verhältnisse berechnet sind und der Anwendung der Vorschriften eines allgemeinen Gesetzbuchs daher entrückt sein sollen. An sich weicht dies von der Regelung dieses Punktes im früheren Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ab. Denn ihm gegenüber hatte nach Art. 1 das gesamte bürgerliche Recht, auch das in besonderen Reichsgesetzen niedergelegte, subsidiäre Bedeutung. Indes in den entscheidenden Fällen gelangte man auch unter der Herrschaft des alten Rechts zu dem gleichen Ergebnisse. So nahm man von dem Gesichtspunkte des Spezialgesetzes aus an, daß die in dem Gesetze betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung für die Abtretung von Gesellschaftsanteilen vor-

**Allgemeine
Einleitung.**

geschriebene notarielle Form auch dort gilt, wo die Abtretung ein Handelsgeschäft ist; man argumentierte, jenes Gesetz habe den Charakter eines Spezialgesetzes und habe die notarielle Form ganz allgemein, auch für Handelsgeschäfte, einführen wollen (vgl. 5. Aufl. § 6 Note 1 zu Art. 317). Es war deshalb korrekt und einfach, von vornherein alle Reichsgesetze außer dem BGB. als Spezialgesetze zu betrachten und durch das HGB. für unberührt zu erklären.

Alles das gilt selbstverständlich vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 32 GG. z. BGB., d. h. die Reichsgesetze kommen nur insoweit in Betracht, als sich nicht etwa aus dem BGB. die Aufhebung ergibt.

Anm. 22.

- b) Soweit in Reichsgesetzen (oder in Landesgesetzen) verwiesen ist auf Vorschriften des früheren allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, treten die entsprechenden Vorschriften des jetzigen Handelsgesetzbuchs an deren Stelle (Art. 3 GG. z. HGB.). Hier ist nur an die echte Verweisung gedacht (auf diese bezieht sich auch der entsprechende Art. 4 GG. z. BGB.). Unter Verweisung versteht man den „Ausdruck des Gesetzesinhalts durch Bezugnahme auf einen anderen inhaltlich nicht wiederholten Rechtsatz“ (so Zitelmann; vgl. näheres Stranz a. a. O. § 19). Die Verweisung hat drei Spielarten: es werden in Bezug genommen entweder einzelne bestimmte Gesetzesstellen oder durch bestimmte Gesetze geregelte Materien oder ganze Rechtssteile. Als Beispiel einer Verweisung sei angeführt: das Depotgef. v. 5. Juli 1896 § 3 lautet: „Der Kommissionär (Art. 360, 378 HGB.), welcher einen Auftrag“ usw.; hier treten die §§ 383 und 406 des neuen HGB. an die Stelle. (Über die unechte Verweisung s. Stranz a. a. O. § 20).

Anm. 23.

3. Das Handelsgewohnheitsrecht.

- a) Im HGB. ist das Gewohnheitsrecht nicht erwähnt. Bekanntlich hatte das alte HGB. im Art. 1 das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt, und zwar derart, daß es der Reihenfolge nach hinter dem HGB., aber vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung gelangte. Das neue HGB. überläßt der Wissenschaft die Entscheidung, ob das Handelsgewohnheitsrecht überhaupt als Rechtsquelle anzuerkennen und mit welcher Geltungskraft es auszustatten sei, ob es bloß ergänzende oder auch derogierende Kraft habe (D. 4). Dabei hält die Denkschrift partikulares Gewohnheitsrecht fernerhin überhaupt für ausgeschlossen. Wie hat sich die Wissenschaft zu diesen Fragen zu stellen?

Anm. 24.

- b) Die Untersuchung der Frage, ob das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen sei, ist für das bürgerliche Recht und das Handelsrecht identisch. Denn für das Handelsrecht gilt ja nun keine besondere Bestimmung mehr. Das BGB. hat nach heftiger Kritik des § 2 Entwurf I von einer Regelung des Verhältnisses zwischen dem Gesetzes- und dem Gewohnheitsrecht abgesehen und dies der Wissenschaft und Praxis überlassen (s. insbes. gedr. Protokolle I 3, VI 359 ff.).

Anm. 25

- a) Hier sei zunächst die Untersuchung an das vom BGB. anerkannte, aus dem Handelsrecht stammende, mit dem Gewohnheitsrecht verwandte Institut der Verkehrssitte angeknüpft. Nach den §§ 157 und 242 BGB., die auch für das Handelsrecht gelten, sind Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; demgemäß hat der Richter seine Entscheidung zu treffen. Unbedenklich kann und muß die erstere Vorschrift auf die Auslegung von Rechtsgeschäften überhaupt (also auch von einseitigen, auch von Unterlassungen) ausgedehnt werden (Planck zu § 157; Neumann ebendort; Danz, „Rechtsverstand und Rechtsprechung“ in JheringsZ. 38, 466).

Unter der Verkehrssitte ist eine Übung des Verkehrs zu verstehen, die darauf beruht, daß man das Geübte für sittlich und anständig hält. Sie ist der Ausfluß der Verkehrsmoral. Auch im Verkehrsleben wird nicht immer bloß das beachtet, was das geschriebene Gesetz gebietet, sondern auch das, was Sitte und Anstand gebieten, und darauf, daß dies beachtet wird, muß jeder sich verlassen können, der sich in den Rechtsverkehr begibt. Die Sicherheit des Verkehrs erfordert es ins-

besondere, daß Rechtsgeschäfte, deren Sinn zweifelhaft ist, so ausgelegt werden, wie dies der **Allgemeine Auffassung und tatsächlichen Übung** redlich denkender, im Verkehrsleben stehender Männer entspricht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß solche Verkehrssitte auch gegen den angewendet werden muß, der nicht die Absicht hatte, sich ihr zu unterwerfen, und der sich nach seinen Anschauungen ihr vielleicht nicht unterworfen hätte. Der Verkehrssitte ist jeder unterworfen, der im Verkehrsleben steht. Daß er nicht weiß, was die tatsächlich geübte Verkehrsmoral gebietet, ist seine Sache, kann aber seinen Verkehrsgeossen nicht zum Nachteil gereichen. Jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen so gedeutet werden, wie dies der Anschauung und der tatsächlichen Übung redlicher Männer entspricht. Wer etwas anderes will, muß dies deutlich erklären. In dieser Weise die Verkehrssitte zu berücksichtigen, gebieten Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Das ist der Sinn des § 157 BGB. Vereinbarung z. B. der Prinzipal mit dem Handlungsgehilfen eine vierwöchentliche Kündigung und ist dies nach der Verkehrssitte als eine monatliche Kündigung zu verstehen, so müssen beide die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihnen unbekannt war. Weder dies, noch daß ein Teil wirklich eine vierwöchentliche Frist gewollt hat, kommt in Betracht; vielmehr ist die Frist als eine monatliche zu verstehen und gemäß § 67 BGB. gültig (übereinstimmend Danz in IheringsJ. 36, 405 u. 406; auch Pand. zu § 157 steht auf diesem Standpunkte; ebenso LG. I Berlin in: RGBl. 01, 98). Wer dies nicht zugibt, verfällt in Unklarheiten. So Cosack (§ 23), der meint, daß die Geltung der Verkehrssitte auf der Unterwerfung durch die Partei beruht, welche Unterwerfung jedoch „blindlings“ geschähe; man weiß nicht recht, was damit gemeint ist. So auch Düringer-Hachenburg (I 5), die meinen, daß die Verkehrssitte „zunächst ohne Rücksicht auf den Willen der Partei wirkt“, daß aber jeder Partei der Nachweis offen gelassen sei, die Anwendung der Übung sei auf sie ausgeschlossen; aber sie geben nicht an, welchen Inhalt dieser Nachweis denn eigentlich haben müsse. Gegen die hier vertretene Auffassung auch Dernburg (II § 10; näheres hierüber Anm. 9 zu § 346).

- ß) Wenn nun aber der Richter bei Auslegung von Rechtsgeschäften und bei der Bestimmung der Art bestehender Verpflichtungen den Inhalt von solchen Verkehrsübungen berücksichtigen muß, die ihren Grund in der Verkehrsmoral haben, um wieviel mehr muß er hierbei solche Verkehrsübungen anwenden, die ihren Grund darin haben, daß das Geübte nicht bloß für anständig, sondern für rechtlich notwendig erachtet wird! In dem Anwendungsgebiete der §§ 157 und 242 BGB., ist also nicht bloß die auf sittlichen Gründen beruhende Verkehrsübung, sondern auch die **gewohnheitsrechtliche Übung, die Rechtssitte oder das Gewohnheitsrecht**, anzuwenden. Anm. 26

Das gilt nicht bloß vom sogenannten Reichsgewohnheitsrecht, d. h. einer über das ganze Deutsche Reich sich erstreckenden Rechtsübung, sondern auch von partikularem und örtlichem Gewohnheitsrecht. Auch dieses ist vom Richter zu berücksichtigen, wie auch partikulare und örtliche Verkehrsitten im Bereiche des §§ 157 und 242 BGB. zur Anwendung gelangen.

Die so anerkannten Gewohnheitsrechtsätze sind auch gegen das Gesetz anzuwenden (vgl. auch Danz a. a. O. 463), wie ja auch niemand bezweifeln wird, daß eine Verkehrssitte gegen das geschriebene Gesetz zur Anwendung gelangt. Ist nach dem Gesetze der Preis einer gekauften Sache sofort zu bezahlen, so kommt diese gesetzliche Regel doch nicht zur Anwendung, wenn im Weinhandel ein sechsmonatliches Ziel verkehrsüblich ist, und noch weniger, wenn das rechtsüblich ist. Anm. 27

Soweit also die §§ 157 und 242 BGB. reichen, ist die Bildung von Gewohnheitsrecht zulässig. Anschauungen, die den eben (Anm. 26 und 27) entwickelten Grundsätzen entgegengesetzt sind, müssen zurückgewiesen werden. So wenn die D. (S. 4) sagt, für ein bloß partikulares oder örtliches Gewohnheitsrecht gegenüber den Vorschriften des BGB. sei kein Raum mehr, es könne daher nicht dahin kommen, Anm. 28

Allgemeine
Einleitung.

daß die Vorschriften der neuen Gesetzbücher alsbald durch die mannigfachen Rechtsbildungen partikularer und örtlicher Natur durchbrochen werden. Im Geist der neuen Gesetzbücher liegt es gerade umgekehrt, sich den jedesmaligen Verkehrsanschauungen anzuschmiegen, nicht starr zu verharren auf den Anschauungen zur Zeit der Verkündung des Gesetzbuchs, sondern, jedenfalls für den Bereich dieser Paragraphen, immer diejenigen Anschauungen zur Geltung zu bringen, die jeweilig im Verkehrsleben herrschen, sei es als Ausfluß sittlicher Ideen, sei es — und dies sicherlich mit noch größerer Macht — als Ausdruck rechtlicher Notwendigkeit. Die gleichen Argumente sprechen gegen Ed (Vorträge 22), Künzel (bei Gruchot 41, 488), die partikulares Gewohnheitsrecht schlechthinweg verwerfen, und ebenso gegen Goldmann-Lilienthal (§ 7), die jedem Gewohnheitsrecht die Geltung versagen, weil es mit unserem modernen Verfassungsleben nicht vereinbar sei. Wir finden es im Gegenteil durch die §§ 242 und 157 BGB. sanktioniert, zunächst wenigstens für den Bereich dieser Paragraphen.

Anm. 29

- 7) Fraglich bleibt nun aber, ob auch **außerhalb des Bereichs der §§ 157 und 242 BGB.** Gewohnheitsrecht möglich ist, und wenn es möglich ist, ob nur Reichsgewohnheitsrecht möglich ist, und welche Kraft es gegenüber dem geschriebenen Gesetze hat.

Diese Fragen sind wie folgt zu beantworten:

Anm. 30.

- αα) **Reichsgewohnheitsrecht.** Daß sich Gewohnheitsrecht bilden kann, ist durch die obigen Ausführungen dargetan. Kann es sich nun aber innerhalb eines bestimmten Anwendungsgebietes bilden, so ist es als Rechtsquelle überhaupt anerkannt. In den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten Deutschlands ist das Handelsgewohnheitsrecht sogar als prinzipale Rechtsquelle anerkannt (s. oben Anm. 1). Sonst überall muß es als ergänzende Rechtsquelle anerkannt werden, auch dort, wo die §§ 157 und 242 BGB. nicht in Frage kommen, also insbesondere um neue Rechtsinstitute zu bilden, die das BGB. und das HGB. nicht kennen. In dieser Hinsicht hat es schon früher fruchtbringend gewirkt; so z. B. wenn es das Institut des Blankowechsels, des Genußscheins und die Grundsätze vom Kontoforrent erzeugt hat. Nichts aber zwingt dazu, seine rechtserzeugende Kraft für die Zukunft zu verneinen. Darauf deutet auch Art. 2 GG. z. BGB. hin: Gesetz im Sinne des BGB. ist jede Rechtsnorm. Denn dieser Satz beweist, daß es auch im Sinne des BGB. andere Rechtsquellen neben dem geschriebenen Gesetze gibt. Allein es kann außerhalb des Anwendungsgebietes der §§ 157 und 242 BGB. diese rechtserzeugende Kraft nur einem Reichsgewohnheitsrecht zuerkannt werden. Dem Reichsgewohnheitsrecht ist aber nicht nur eine ergänzende Kraft beizulegen, wo Lücken sich zeigen (so Endemann § 12 und Staub in der 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 23, 24), sondern auch eine derogierende, so daß ein allgemeines Gewohnheitsrecht selbst gegen das Gesetz gilt (so Dernburg I § 28; Planck I 38, 39; Künzel bei Gruchot 41, 488). Nur muß die Gewohnheit wirklich eine allgemeine sein, nur darf die Rechtseinheit darunter nicht leiden. Die entgegengesetzte Auffassung verkennt die einer Elementargewalt gleiche Macht der Rechtsüberzeugungen und der Übung. Der Wille, Gewohnheitsrecht — selbst derogierendes — auszuschließen, wäre machtlos und eitel (Stranz a. a. O. § 13). Fraglich bleibt nur, ob sich derogierendes Gewohnheitsrecht auch gegen zwingende Rechtsätze bilden kann; dies ist zu bejahen (Planck I 39; anders Staub 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 24). Endlich kann sich Gewohnheitsrecht selbst sowohl als dispositives wie auch als zwingendes Recht bilden (anders Staub 6./7. Aufl. Anm. 25, der es nur als dispositives Recht anerkannte).

Anm. 31.

- ββ) **Landesgewohnheitsrecht.** Partikulares Gewohnheitsrecht kann gegenüber dem Reichsrecht, wenn nicht die Rechtseinheit Schiffbruch leiden soll, weder als widerstreitendes, noch als ergänzendes aufkommen. Dies folgt schon aus dem Modifikationscharakter der neuen Gesetzbücher sowie aus Art. 55 GG. z. BGB. in Verb. mit Art. 2 dort, vor allem aber aus Art. 2 der Reichsverfassung; auch hier wird man

unter „Gesetz“ jede Rechtsnorm, also auch die des Gewohnheitsrechtes, einreihen. **Allgemeine** Dies entspricht auch der herrschenden Ansicht. (Ed [Vorträge 1] will ergänzen = **Einleitung.** des, Krüdmann [ZheringsZ. 58, 191 ff.] will derogierendes partikulares Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht zulassen. Gegen Krüdmann erklären sich Crome [ebendort 39, 323] und Vertmann [ArchBürgR. 15, 447]). Reichsgesetze können freilich besonders auf die Berücksichtigungen partikularen Gewohnheitsrechts hinweisen (z. B. § 72 Abs. 3 des PersStandG. v. 6. Februar 1875). Ferner ist die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts im Rahmen der §§ 157 und 241 BGB. zuzulassen, weil es durch diese Paragraphen sanktioniert ist.

- γ) Schließlich sei hervorgehoben, daß für die dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiete **Ann. 32.** die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts sowohl mit abändernder, als auch mit ergänzender Wirkung zulässig ist, es sei denn, daß das Landesgesetz ausdrücklich Vorschriften gibt, die das Gewohnheitsrecht verbieten bzw. einschränken. Doch ist auch hier an die Machtlosigkeit solcher gesetzlichen Aussprüche zu erinnern. Dernburg (I § 28) will — nicht zutreffend — dem Gewohnheitsrechte hier nur dieselbe Kraft beimesen, die es auch bisher nach Landesrecht hatte (Stranz a. a. O. § 13).
- c) Da sich hiernach Gewohnheitsrecht bilden kann, ist es nötig, seinen Begriff und seine **Ann. 33.** Erfordernisse festzustellen (näheres bei Ripp-Windscheid I § 15 ff.; Gierke, DtschBürgR. I 165 ff.; vgl. auch RG. 3, 210).

- α) **Begriff.** Zunächst muß das Gewohnheitsrecht von der Verkehrssitte unterschieden werden (dies geschieht auch scharf in RG. 44, 33). Zwar ist dieser Unterschied im großen und ganzen belanglos, soweit es sich um die Anwendung der §§ 157 und 242 BGB. handelt. Denn insoweit ist eine Verkehrsübung in gleicher Weise zu berücksichtigen, es mag sich um bloße Verkehrssitte oder um eine Rechtsitte handeln. Allein ganz belanglos ist der Unterschied auch hier nicht. Denn wenn die Verkehrssitte keine Rechtsnorm ist, so ist z. B. der Richter befugt, das Bestehen oder Nichtbestehen der Verkehrssitte nachzuprüfen (RG. 44, 34), dann ist ferner die Revision wegen unrichtiger Entscheidung auf diesem Gebiete nicht zulässig. Der Unterschied wird auch sonst bedeutsam, wo die Verkehrssitte in die Anwendung der Gesetzesvorschriften hineinspielt. Wann dies der Fall ist, kann erst bei § 346 erörtert werden.

Die Verkehrssitte und die Rechtsitte (der Gebrauch und das Gewohnheits- **Ann. 34.** recht) unterscheiden sich nun wie folgt. Beides sind tatsächliche Übungen, aber der Grund der Übung ist bei beiden verschieden. Die Verkehrssitte wird geübt, weil man das so Geübte für sittlich und anständig hält, das Gegenteil eines anständigen Geschäftsverkehrs nicht würdig. Die Übung der Rechtsitte dagegen beruht darauf, daß man das so Geübte für rechtlich notwendig hält, das Gegenteil für rechtswidrig. Mit Unrecht will Danz, dem wir im übrigen in vielen Punkten gefolgt sind, die Verkehrssitte und die Rechtsitte zusammenwerfen. Er tut dies dadurch, daß er die Verkehrssitte zur Rechtsitte erhebt. Der begriffliche Unterschied bleibt aber bestehen. Er liegt darin, daß nur der Rechtsitte, nicht auch der Verkehrssitte die **opinio necessitatis** zugrunde liegt.

- β) Welches die **Erfordernisse** des Gewohnheitsrechts im einzelnen sind, richtet sich in **Ann. 35.** Ermangelung reichsrechtlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen, wie dies ja auch auf dem Gebiete des Handelsrechts früher der Fall war. Im neuen Reichsrechte, bürgerlichen und Handelsrechte, wird hier dasselbe gelten müssen, was Goldschmidt (§ 36) für das frühere Handelsgewohnheitsrecht lehrte: die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechts wird maßgebend sein, das überall dem verständigen Ermessen des Richters freien Spielraum läßt. Im allgemeinen wird man für erforderlich halten müssen: die in der tatsächlichen und langdauernden Übung zum Ausdruck gelangte allgemeine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtsfaktes. Nicht die Über-

Allgemeine Einleitung.

zeugung allein, ohne die entsprechende Übung (RDSG. 9, 23; RW. 20, 304 und 44, 33), aber auch nicht die Übung allein, ohne die erkennbare *opinio necessitatis*. Und beides, Überzeugung und Übung, müssen allgemein sein, d. h. nicht gerade ausnahmslos, aber auch nicht bloß vereinzelt und durch zahlreiche entgegengesetzte Erscheinungen paralytisiert.

Anm. 86

d) Eine sehr wichtige Art von Gewohnheitsrecht sind auf dem Gebiete des Handelsrechts die **Börsenufancen**.

a) Unter dem früheren Recht wurden die Börsenufancen lediglich als Verkehrssitten betrachtet, ihr Charakter als Gewohnheitsrecht aber geleugnet (RDSG. 1, 92; 4, 140; 8, 257; so auch die Auflagen vor 1900 § 10 zu Art. 1), weil sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthielten, was ja auf dem Gebiete des Handelsrechts dem Charakter als Gewohnheitsrecht nach Art. 1 entgegenstand. Diese Schranke ist jetzt gefallen. Soweit die §§ 157 und 242 BGB. reichen, kann sich nunmehr Gewohnheitsrecht auch gegen das Gesetz bilden (vgl. oben Anm. 21), und die Börsenufancen bewegen sich ja lediglich auf Gebieten, die innerhalb der Grenzen der §§ 157 und 242 liegen. Im ersten Stadium ihrer Bildung werden allerdings auch die Börsenufancen als bloße Verkehrssitte zu betrachten sein. Zunächst wird der Börsenbesucher sich aus Gründen kaufmännischer Redlichkeit und Sittlichkeit an sie für gebunden halten. Nach und nach aber verdichtet sich die Verkehrssitte zur Rechtsitte, schließlich erachtet man sich an sie rechtlich für gebunden. Insbesondere wird dieses letztere Stadium in dem Zeitpunkte eintreten, wo das maßgebende Börsenorgan die betreffende Ufance als feststehend den Interessenten bekannt gibt. Solche Kundgebung ist kein rechterzeugender Akt, aber sie gibt dem Bewußtsein der Notwendigkeit einen festen Halt, sie verwandelt es aus einem Bewußtsein sittlicher Notwendigkeit in ein solches rechtlicher Notwendigkeit.

Anm. 87.

Demgegenüber erklärt Cosack (§ 73 II) Ufancen für von den Börsenorganen gesetztes autonomes Recht. Autonomie ist die Befugnis zum Erlaß von Rechtsakten für einen engeren Kreis als den Staat; sie ist vom Gesetz dadurch unterschieden, daß der Staat die Rechtsnorm nicht feststellt, sondern ihrer Festsetzung (durch regierende Häuser, Gemeinden, öffentlich rechtliche Körperschaften usw.) „bloß Raum gibt“ (RW. 23, 26; 38, 124; Dernburg I § 20; Stranz § 13). In Handelsfachen hat in früheren Zeiten die Autonomie der Städte und der kaufmännischen Korporationen eine große Rolle gespielt. Den Börsenufancen aber den Charakter einer autonomen, durch die Börsenorgane geschaffenen objektiven Rechtsakten, die als solche alle Beteiligten unmittelbar bindet, beizulegen, geht nicht an. Cosack meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil oft bestimmt werde, daß eine Regel, die im Jahre 1896 in unangefochtener Übung stand, vom 1. Januar 1897 ab außer Kraft treten und einer anderen Regel weichen soll. Gewiß verfahren die Börsenorgane oft in dieser Weise. Das so Festgesetzte ist allerdings zunächst kein Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht ist nur das, was infolge des Bewußtseins rechtlicher Notwendigkeit geübt wird; solche Börsenufancen, die es unstreitig gibt, bilden sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan und werden durch dieses nur fixiert. Auf solche beziehen sich unsere obigen Ausführungen (Anm. 36). Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosack beschreibt, so sind ihre Festsetzungen zunächst allerdings kein Gewohnheitsrecht, aber sie stellen überhaupt kein Recht dar, sondern sind in folgender Weise zu erklären. Eine solche Festsetzung des Börsenorgans ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen Ermessen die Einhaltung dieser Börsenbedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten entspricht, daß es daher für wünschenswert erachtet wird, wenn die Geschäfte an der Börse möglichst allgemein unter ihrer Zugrundelegung abgeschlossen werden. Ein solcher Ausspruch des leitenden Organs hat zur Folge, daß er in gewisser Weise respektiert wird. Zwar nicht, wie gesetztes Recht. Aber es muß nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

Verkehrssitte, nachdem eine solche Bekanntmachung erlassen ist, von jedem Börsen- **Allgemeine** besucher, der im Rahmen einer organisierten Börse ein Geschäft abschließt, angenommen **Einleitung.** werden, daß er in Gemäßheit jener Bedingungen handle, wenn er das Gegenteil nicht erklärt. So schafft die Bekanntmachung des Börsenorgans nicht eine singuläre Art von gesetztem Recht, sondern eine nach BGB. zu berücksichtigende Verkehrssitte.

Im Laufe der Zeit entwickelt sich dann aus der Verkehrssitte eine Rechtsitte, da sich nach und nach durch die fortgesetzte Übung die Anschauung festwurzelt, daß man jene Bedingungen gegen sich gelten lassen müsse, weil sie rechtlich bindend seien. Sobald diese letztere Anschauung sich gebildet hat, ist der Inhalt der ohne vorherige Übung vom Börsenorgan veröffentlichten Bedingungen Gewohnheitsrecht geworden. Die Publikation von Börsenbedingungen liegt hiernach bald auf der letzten, bald auf der ersten Etappe desjenigen Weges, den eine Übung zurücklegt, ehe sie sich aus einer Verkehrssitte in eine Rechtsitte verwandelt. Auf der letzten Etappe, wenn sie eine vorhandene Übung fixiert, auf der ersten Etappe, wenn sie neue Bedingungen festsetzt, deren einheitliche Befolgung sie für wünschenswert erachtet.

¹⁾IV. Die Stellung der Frau im Handelsrecht.

Lit.: Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1903; Bschimmer, Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau in ZHR. 52, 485 ff.; Frankfurter, Die Ehefrau als Handelsfrau oder Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts in HdbH. 8, 68 ff.; Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau in ArchCivPrax. 91, 142.

A. Die Stellung der Frau im Handelsrecht im allgemeinen. Insbesondere die unverheiratete Frau.

Das Geschlecht als solches begründet nach dem neuen Recht in bezug auf die Geschäfts- **Anm. 88** fähigkeit keinen Unterschied zwischen Männern und Weibern. Das ist im BGB. zwar nicht ausgesprochen, aber daraus zu entnehmen, daß das Gesetzbuch keine Beschränkungen nach dieser Richtung kennt. Demgemäß ist die Frau, insbesondere die unverheiratete, die wir hier zunächst im Auge haben, durch ihr weibliches Geschlecht nicht gebindert, sich durch Verträge zu verpflichten; daraus folgt ihre Fähigkeit, ein Gewerbe und insbesondere ein Handelsgewerbe selbständig zu betreiben. Demgemäß brauchte auch das HGB. nicht, wie früher Art. 6, durch eine besondere Vorschrift auszusprechen, daß auch Frauen selbständig ein Handelsgewerbe betreiben können. Auch ohne solche Vorschrift gilt der Satz: Eine Frau, die ein Handelsgewerbe betreibt, hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Besondere Rechtswohltaten für Frauen kennt das neue bürgerliche Recht nicht. Aber andererseits sind die Frauen auch nicht besser gestellt, als die Männer. Vielmehr finden die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt usw. auf sie ebenso Anwendung, wie auf die Männer (RG. in JW. 1897, 167 u. 168). Vgl. daher für den Fall der Minderjährigkeit der Handelsfrau Anm. 20 u. 21 zu § 1.

Der Ausdruck „Handelsfrau“ ist denn auch im HGB. nicht erwähnt, wohl aber im Börsengesetz in seiner neuen Fassung (§ 58 Abs. 2 BörsG. auf Grund des EG. z. HGB. Art. 14 Nr. III).

¹⁾ An dieser Stelle waren von Staub (6./7. Aufl. S. 12 ff.) einige grundlegende Fragen der Beweislast ausführlich erörtert worden. Diese allgemeine theoretische Erörterung von Fragen, die für die prozessuale Anwendung der Rechtsätze des Handelsrechts keine andere ist, als für die im Rechtssystem überhaupt, fällt außerhalb des diesem Werke gesteckten Rahmens und mußte hier ausgeschieden werden, zumal im einzelnen die Beweislast überall, wo sie für die Fälle des Handelsgesetzbuchs praktisch wird, an den zuständigen Stellen eingehende Berücksichtigung gefunden hat. Die Ausführungen Staubs aus der 6./7. Auflage sind stets dort, wo dies erforderlich erschien, noch besonders in Bezug genommen worden.

Allgemeine B. Insbesondere die Ehefrau als Handelsfrau.

Einleitung. 1. Die Ehefrau wird dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, Handelsfrau (Kaufmann). Daß ihr weibliches Geschlecht sie daran nicht hindert, folgt aus dem zu A. Gesagten. Aber auch der Umstand, daß sie verheiratet ist, bildet kein Hindernis (ebenso Schöf. 144). Das alte HGB. hatte hier im Art. 7 die Sonderbestimmung, daß eine Ehefrau, um Handelsfrau zu sein, der — übrigens widerruflichen — Einwilligung ihres Ehemannes bedurfte. Ohne die Einwilligung war sie nicht Handelsfrau, auch wenn sie gewerbmäßig Handelsgeschäfte betrieb. Nach dem neuen HGB. gilt dies nicht. Schweigend beseitigt es jene Sonderbestimmung des alten HGB. Infolgedessen gilt für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, daselbe, wie für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Gewerbe überhaupt zu betreiben und dadurch Gewerbefrau zu werden. Nach dem BGB. aber besitzt die Ehefrau die Fähigkeit, ein Gewerbe zu betreiben, auch ohne die Genehmigung des Mannes. Dies ist zwar im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es folgt daraus, daß die Ehefrau sich selbständig ohne Zustimmung des Ehemannes durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann (§ 1399 BGB.). Dem Gesetzgeber erschien diese Folge so unzweifelhaft, daß er den § 11 Abs. 2 der Gewerbeordnung, der die Befugnis der Ehefrau zum selbständigen Gewerbebetrieb ausdrücklich aussprach, als überflüssig aufhob (Art. 36 I GG. z. BGB.).

Anm. 40.

Hieraus folgt für das neue Recht und für neue (nach dem 31. Dez. 1899 geschlossene) Ehen (hinsichtlich der alten vgl. unten Anm. 76 ff.): eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau sein. Dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, wird sie Handelsfrau und erlangt alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Im Falle des § 2 muß also die Eintragung hinzukommen; sie gilt ferner gemäß § 5 als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann, wenn sie irgend ein Gewerbe betreibt und eingetragen wird; auch die im Exk. zu § 5 aufgestellten Grundsätze über die Geltung als Kaufmann beziehen sich auf die Ehefrau.

Im Vorübergehen sei nur als selbstverständlich bemerkt, daß die Ehefrau des Kaufmanns durch die Eigenschaft als Ehefrau nicht Handelsfrau wird, selbst wenn sie im Geschäfte des Mannes tätig ist. Eine Haftung der Frau für die Handelschulden des Mannes richtet sich stets nach den allgemeinen Regeln.

Anm. 41.

Die Frage, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes ein Handelsgewerbe betreibt, ist sonach für ihre Kaufmannseigenschaft ohne Bedeutung, so daß z. B. der Registerrichter die von der Ehefrau beantragte Eintragung ihrer Firma von der Zustimmung ihres Ehemannes nicht abhängig machen kann (Zust. Marcus im „Recht“ 00, 522; abw. Ritter 25). Desgleichen ist diese Frage ohne Bedeutung für die Gültigkeit der im Betriebe des Handelsgewerbes übernommenen Verpflichtungen, insbesondere auch in den Fällen, wo für Kaufleute besondere Formfreiheitsvorschriften bestehen (vgl. § 350), und erschwerende materielle Vorschriften (z. B. der Ausschluß der Herabsetzung einer Konventionalstrafe nach § 348). Wohl aber ist die Frage in anderer Hinsicht wichtig, insbesondere für die Wirksamkeit der Verpflichtungen in Bezug auf das Ehegut und für die Mitverantwortlichkeit des Mannes. (Anm. 42 ff. u. Anm. 56 ff.) — Wegen der Buchführungspflicht siehe zu § 38.

Anm. 42.

2. Die Gültigkeit und Wirksamkeit der im Handelsbetriebe der Ehefrau entstehenden Verpflichtungen.

a) Darauf, daß die Ehefrau weder durch ihr weibliches Geschlecht, noch durch ihre Verheiratung die Fähigkeit einbüßt, sich selbständig zu verpflichten, beruht ihre Fähigkeit auch ohne Genehmigung des Ehemannes selbständig ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden. Die Verpflichtungen, die sie im Handelsbetriebe eingeht, sind also an sich gültig.

Anm. 43.

b) Aber mit der abstrakten Gültigkeit der Verpflichtung ist den Gläubigern wenig geholfen. Es fragt sich, in welche Vermögensstücke den Gläubigern wegen der Handelschulden

der Ehefrau der Zugriff gestattet ist. In dieser Beziehung wird der Umstand **Allgemeine** wichtig, ob der Gewerbebetrieb mit Zustimmung des Mannes erfolgt oder **Einleitung** nicht. (Über die Frage, wann diese Zustimmung vorliegt, s. Anm. 59.)

a) Wenn nämlich die Ehefrau eigenmächtig das Gewerbe betreibt, so haftet lediglich Anm. 44. ihr vorbehaltenes Vermögen (über den Umfang des Vorbehaltsbuts vgl. die §§ 1365 bis 1370, 1440, 1526, 1549, 1555 BGB.) für die im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten. Ein Zugriff in das eingebrachte Gut oder in das gütergemeinschaftliche Vermögen wegen der Geschäftsverbindlichkeiten ist unzulässig; einen gleichwohl erfolgten Zugriffsversuch kann der Mann durch die Interventionsklage aus § 771 CPO. abschlagen (RW. 32, 291; vgl. auch § 774 CPO.; Sydow-Busch Anm. 1 u. 3 sowie Gaupp-Stem Nr. IIa zu § 771 CPO.).

ß) Wenn er dagegen seine Zustimmung zum Handelsbetriebe gibt, so haftet nicht bloß das vorbehaltene Vermögen der Frau, sondern auch ihr eingebrachtes Gut (§§ 1412, 1405 BGB.) und auch das Gesamtgut bei bestehender Gütergemeinschaft (§§ 1452, 1459 Abs. 1, 1460, 1532, 1549 BGB.). Das gilt nicht etwa nur für die Verbindlichkeiten aus vom Manne speziell konsentierten Rechtsgeschäften (so zu eng Lehmann-Ring § 1 Nr. 22), sondern für alle diejenigen Verbindlichkeiten, die sich aus Rechtsgeschäften, welche der konsentierte Geschäftsbetrieb mit sich bringt, ergeben, und ferner für solche, die infolge eines zu einem derartigen Erwerbsgeschäft gehörigen Rechts oder des Besitzes einer dazu gehörigen Sache entstehen (§§ 1405, 1414, 1462, 1533). Es ist nicht, wie bei der Procura (§ 49 Abs. 1), von allen Rechtsgeschäften die Rede, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, sondern welche „der“ Geschäftsbetrieb, also der betreffende Geschäftsbetrieb mit sich bringt, zu welchem nach Lage der Sache der Mann als zustimmend betrachtet werden muß. Es ist aber andererseits nicht bloß von solchen Geschäften die Rede, die der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, wie bei der Handlungsvollmacht nach § 54; also auch außerordentliche Rechtshandlungen, wenn sie nur im Rahmen des betreffenden Handelsgewerbes liegen, sind getroffen. Welche Rechtshandlungen in diesem Rahmen liegen, ob z. B. der Erwerb oder die Belastung von Grundstücken, der Abschluß einer Gesellschaft usw., bestimmt sich nach den Anschauungen des Verkehrs unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (vgl. OGH. 4, 341).

Für die Frage der Zugehörigkeit ist anwendbar § 343 BGB., auch die Vermutung des § 344 und sogar auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 greifen Platz (s. die Erl. zu § 344; gleicher Ansicht Planck Anm. 4 zu § 1405 BGB. u. Hölder Not. IV zu § 1405; a. A. Lehmann-Ring § 1 Nr. 22 und Ulmann 127).

3. Die dinglichen Verfügungen der Ehefrau im Handelsbetriebe. Auch für diese Frage ist Anm. 45.

es wichtig, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Ehemannes das Gewerbe betreibt. Betreibt sie es eigenmächtig, so sind ihre Verfügungen nur in Ansehung ihres vorbehaltenen Vermögens wirksam. Dem Ehemann gegenüber sind sie ungültig und sie haben deshalb keine Wirkung auf die zum eingebrachten Gute und auf die zum Gesamtgute gehörenden Gegenstände. Denn zur Verfügung über eingebrachtes Gut bedarf sie nach § 1395 BGB. der Einwilligung des Mannes; ohne diese Einwilligung ist die Verfügung der Ehefrau auch Dritten gegenüber unwirksam (RW. 54, 46). Und das Gesamtgut untersteht bei bestehender Gütergemeinschaft lediglich der Verwaltung des Mannes (§ 1443 BGB.). — Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes, so sind ihre dinglichen Verfügungen auch gültig in Ansehung ihres eingebrachten Gutes (§§ 1395, 1405 BGB.) und ebenso über gütergemeinschaftliches Vermögen (Cofac § 11¹³). Letzteres deshalb, weil in der Erteilung der Einwilligung zum selbständigen Betriebe eines Handelsgewerbes eine Verwaltungshandlung des Mannes über das gütergemeinschaftliche Vermögen des Inhalts liegt, daß die Frau auch über gütergemeinschaft-

**Allgemeine
Einleitung.**

liches Vermögen insoweit verfügen darf, als dies der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (vgl. § 185 BGB.).

Wie weit der Schutz des gutgläubigen Erwerbers geht, darüber s. Anm. 36 zu § 366 (vgl. auch Deutsch in JW. 02, 383).

Anm. 46. 4. Die Rechte der Ehefrau an dem zum Handelsgewerbe gehörigen Vermögen.

a) Diejenigen Gegenstände, mit denen die Ehefrau das Handelsgewerbe beginnt, können ihr Vorbehaltsgut oder ihr eingebrachtes Vermögen oder auch gemeinschaftliches Vermögen sein (ebenso die herrschende Meinung; u. a. Pland § 1367 Anm. 5, § 1366 Anm. 1 und Ullmann 7 mit ausführlicher und zutreffender Begründung). Man wird nicht berechtigt sein, das Geschäftsvermögen einer sich verheiratenden Frau eo ipso zum vorbehaltenen Gut zu erklären (so Dernburg IV § 40 und in DZ. 02, 465, sowie Düringer-Hachenburg I 11), letztere mit der Begründung, weil auch ihr „Arbeitsgerät“ im § 1366 BGB. zum vorbehaltenen Gut erklärt sei. Eine ausdehnende Auslegung ist hier nicht statthaft, da es sich um eine Ausnahmegvorschrift handelt. Denn die Regel bildet der Charakter des Frauenvermögens als eingebrachtes Gut (vgl. § 1363 BGB.). Auch dadurch, daß der Mann in stehender Ehe eingebrachtes Gut oder Gesamtgut zu dem Zwecke des Geschäftsbetriebes der Frau überläßt, verliert es nicht die Eigenschaft des eingebrachten oder des Gesamtguts (zuft. Ullmann 18). Die zum Geschäftsvermögen einer Frau gehörigen Gegenstände können daher in buntem Gemenge den verschiedensten güterrechtlichen Charakter tragen (Cofak § 11, S. 40). Dieser verschiedene Charakter ist dann wichtig, wenn die Ehefrau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt. Denn in diesem Falle haftet das Vermögen den Gläubigern nur, insoweit es vorbehaltenes ist (Anm. 44a). Wenn sie aber mit Einwilligung des Mannes das Handelsgewerbe betreibt, so ist jener verschiedene Charakter deshalb unerheblich, weil in diesem Falle auch das eingebrachte Gut und das Gesamtgut den Gläubigern haftet (Anm. 44b). Auch wegen der Gültigkeit der dinglichen Verfügungen ist dieser Unterschied im Falle eigenmächtigen Betriebes wichtig (Anm. 45).

Anm. 47. b) Geschäftlicher Erwerb.

a) Was die Frau durch den Betrieb des Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird bei gesetzlichem Güterrecht stets ihr vorbehaltenes Gut, also auch dann, wenn die Grundlage des Geschäftsbetriebes eingebrachtes Gut war (§ 1367 BGB.). Bei allgemeiner Gütergemeinschaft gehört das Vermögen, das die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt, zum Gesamtgute (§ 1438 BGB.), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit Hilfe von vorbehaltenem Vermögen betreibt; in diesem Falle gehört zum Vorbehaltsgut alles, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft, welches sich auf das Vorbehaltsgut bezieht oder als Ersatz für einen zum Vorbehaltsgut gehörigen Gegenstand erwirbt (§§ 1440 Abs. 2, 1370 BGB.). Bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft wird ebenso, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, alles, was die Frau erwirbt, gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut, §§ 1519, 1549, 1554 BGB.), insbesondere auch der Erwerb aus dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts (§ 1524 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Zum Erwerb der Frau (im Sinne dieser Ausführungen) gehört nicht bloß der Reingewinn des Geschäftes, sondern es gehören auch dazu alle einzelnen im Geschäftsbetriebe erworbenen Vermögensstücke, insbesondere auch die durch den Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Forderungen.

Anm. 48. b) Gleichgültig ist hierbei, ob sie das Erwerbsgeschäft eigenmächtig oder mit Einwilligung ihres Ehemanns betreibt. Es genügt, daß sie die Inhaberin des Geschäfts ist, damit der folgergestalt gemachte Erwerb bei gesetzlichem Güterrecht ihr vorbehaltenes Vermögen wird.

Dabei darf auch nicht, wie dies Cosack (§ 11, S. 40) tut, aus dem Wortlaut des **Allgemeine** § 1367 BGB. (durch den „selbständigen“ Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) geschlossen werden, daß bei gesetzlichem Güterrecht die im konsentierten Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenstände nur dann Vorbehaltsgut der Frau werden, wenn die Frau selbständig, d. h., wie Cosack meint, nicht unter der Oberleitung des Mannes, sondern unter eigener Leitung das Gewerbe betreibt. Dieser ganz besondere Unterschied der „selbständigen“ mit Einwilligung des Mannes handelreibenden Ehefrau von der „unselbständigen“, in deren Namen der Mann kraft seines Verwaltungsrechts und unter seiner Oberleitung das Gewerbe betreibt, kann nicht anerkannt werden (gegen Cosack auch Lehmann-Ring § 1 Nr. 29; Bschimmer 487 und OLG. Dresden in OLGRR. 4, 341; Cosack treten bei Schöfö 143 und Dernburg IV § 35¹¹). Unter dem selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ist im § 1367 BGB., wie in den übrigen einschlägigen Stellen (§§ 1405, 1414, 1462 BGB.) nichts weiter als der juristisch selbständige Betrieb verstanden, d. h. der Betrieb im Namen der Ehefrau. Geschieht er mit Einwilligung des Mannes, so betreibt die Frau mit seiner Einwilligung selbständig ein Erwerbsgeschäft. Der Mann kann auf Grund seines Verwaltungsrechts das Gewerbe im Namen der Frau überhaupt nicht betreiben, da er kraft dessen nicht in der Lage ist, die Frau durch seine Verwaltungshandlungen persönlich zu verpflichten (§§ 1375 und 1443 Abs. 2 BGB.; a. A. Ullmann 96, der den Betrieb unter Zustimmung der Frau für zulässig hält, eine Zustimmung, die nach seiner Meinung sogar gemäß § 1379, der doch nur die Ergänzung der Zustimmung zu einem einzelnen Rechtsgeschäft vorsieht, durch das Gericht ersetzt werden kann). Soll der Mann hierzu in die Lage versetzt werden, so muß ihm die Frau besondere Vollmacht dazu erteilen (so auch Engelmann im Staudingerschen Kommentar IV Erl. zu § 1375). Dann aber hat er die Rechtsstellung eines Bevollmächtigten; die Frau ist Prinzipalin und betreibt eben das Handelsgewerbe selbständig, wenn auch mit Zustimmung des Mannes. Die unselbständige Handelsfrau im Sinne Cosacks gibt es hiernach nicht. Diese Auffassung stimmt auch mit den Anschauungen der Reichstagskommission des BGB. (S. 134) überein.

- 7) Gleichgültig ist hier überall auch, ob sie Alleininhaberin des Geschäfts Anm. 49 ist oder Gesellschafterin, wenn nur der Begriff des selbständigen Betriebes vorliegt. Dieses Erfordernis liegt vor, wenn sie offene Gesellschafterin einer o. H. oder einer einfachen Kommanditgesellschaft wird, mag ihr auch eine Vertretungsbezugnis nicht zustehen (zust. Dernburg IV § 35¹¹). Es liegt nicht vor, wenn sie Kommanditistin ist (denn der Kommanditist ist nach unserer Auffassung nicht Kaufmann, vgl. Anm. 18 zu § 1). Auch dann liegt es nicht vor, wenn sie stille Gesellschafterin ist (zust. Ullmann 17); nach unserer Ansicht aber auch dann nicht, wenn sie Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist (auch diese betreibt das Handelsgewerbe nicht selbständig und ist nicht Kaufmann, wie dies bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien näher ausgeführt werden wird).

5. Die Handelshefrau im Prozesse. (Vgl. Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten Anm. 50. nach der neuen EPO., in Gruchot 43, 133 ff.)

- a) Jede Ehefrau, also auch jede Gewerbefrau und demnach auch jede Handelsfrau, ist ohne weiteres prozeßfähig. Denn jede Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann (§ 52 EPO.) und die Ehefrau kann sich nach dem BGB. unbeschränkt durch Verträge verpflichten (Anm. 39). Überdies fügt § 52 EPO. noch zur Erhöhung der Klarheit hinzu, daß die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt ist.

Es macht hierbei natürlich keinen Unterschied, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes das Handelsgewerbe betreibt (vgl. auch oben Anm. 48).

**Allgemeine
Einleitung.**

Ann. 51.

Gleichwohl ist die Frage, ob der Mann den Handelsbetrieb genehmigt hat oder nicht, aus anderen Gründen von erheblicher prozeßualer Wichtigkeit.

a) Es ist dies wichtig für die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau, die ja das praktische Endziel des gegen die Ehefrau geführten Prozesses ist. Zwar zur Zwangsvollstreckung in das vorbehaltene Gut genügt in jedem Falle ein gegen die Ehefrau erlassenes Urteil (Sydow-Busch Ann. 2 zu § 739 CPO.).

Und auch zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut „genügt“, wenn die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, nach der Vorchrift des § 741 CPO. Halbsatz 1 grundsätzlich ein gegen die Frau erlassenes Urteil, wenn auch der Ehemann mitbelangt werden darf (Ullmann 220; RÖ. in DZS. 04, 124 und in RÖBL. 05, 4). Allein hier greifen folgende im Halbsatz 2 desselben Paragraphen enthaltene Einschränkungen Platz:

Ann. 52.

Wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau angestellten Prozesses der Ehemann seine Genehmigung zum Gewerbebetriebe offenkundig versagt hat (über den Begriff der offenkundigen Versagung s. unten Ann. 59), so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut die Verurteilung der Ehefrau allein nicht genügend. Vielmehr verbleibt es dann für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, gleichviel ob es sich um den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft handelt, bei den Bestimmungen des § 739 CPO. und für die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut bei den Bestimmungen des § 740 CPO.

Ann. 53.

aa) Danach ist die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nur zulässig (§ 739 CPO.), wenn die Ehefrau zu der Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist. Die Verurteilung zur Duldung kann auch durch einen Zahlungsbefehl erfolgen (RÖ. 50, 51) und wird ersetzt durch eine vollstreckbare Urkunde gemäß § 794 Abs. 2 CPO. (Über die Berechnung des Streitwerts bei solchen „Duldungsklagen“, der für die Regel gleich ist dem Betrage der Forderung, vgl. RÖ. in DÖRN. 11, 43; Gaupp-Stein Nr. IV zu § 739.) Die Klage gegen den Ehemann wird damit begründet, daß der Mann entweder das einzelne Geschäft genehmigt hat, oder daß die Schuld entstanden war zu einer Zeit, wo der Ehemann seine Genehmigung noch nicht oder noch nicht offenkundig versagt hatte. Beide Eheleute brauchen nicht gleichzeitig verklagt zu werden und, selbst wenn es geschieht, liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor (RÖ. 59, 234 mit ausführlichen Literatur-Angaben über diese bestrittene Frage). Ist die Frau zunächst allein verklagt und verurteilt worden, so schafft das Urteil keine Rechtskraft gegen den Mann; dieser kann im späteren, wider ihn gemäß § 739 CPO. erhobenen Prozeß Einwendungen gegen die Leistungspflicht der Frau erheben, es sei denn, daß er der Prozeßführung gegen die Frau zugestimmt hat (§ 1400 Abs. 1 BGB.). Ist zunächst der Mann gemäß § 739 CPO. verklagt und verurteilt, so erzeugt dieses Urteil ebensowenig Rechtskraft gegenüber der Frau (RÖ. 59, 235). Wird ohne Verurteilung des Mannes in das eingebrachte Frauengut von den Gläubigern der Frau vollstreckt, so kann der Ehemann Erinnerung gegen die Art der Zwangsvollstreckung gemäß § 766 CPO. oder Widerspruchsklage gemäß § 771 CPO. erheben (abgesehen von dem eben erwähnten Falle der Zustimmung des Mannes zur Prozeßführung; vgl. auch Gaupp-Stein Nr. II zu § 739).

Über den Eintritt des Güterstandes erst nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs gegen die Frau vgl. § 742 CPO.

Ann. 54.

ßß) Zur Zwangsvollstreckung gegen das Gesamtgut ist nach § 740 CPO. eine Verurteilung des Mannes (zur Leistung) erforderlich und auch genügend, denn das Gesamtgut unterliegt seiner Verwaltung, er ist insbesondere berechtigt, Rechts-

streitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, aktiv und passiv im eigenen **Allgemeine Namen** zu führen (§ 1443 BGB.). Das Urteil gegen die Frau in einem mit **Einleitung.** Zustimmung des Mannes geführten Passivprozeß ist auch gegen den Mann wirksam (RG. 56, 74). Eine allein gegen die Ehefrau geführte Klage kann deswegen nicht abgewiesen werden, weil der Mann nicht mitverklagt ist, aber freilich ist das Urteil lediglich in das Vorbehaltsgut vollstreckbar (RG. in FZB. 04, 368^a). Auch im übrigen — hinsichtlich Klagegrund, Rechtsbehelfe usw. — gilt entsprechend das zu aa Ausgeführte; grundsätzlich unzulässig ist es auch nicht, gegen die Frau auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut zu klagen (OLGR. 7, 303; Gaupp-Stein § 740 Nr. I).

β) Auch für die **Aktivlegitimation der Ehefrau** und für die **Wirkung des (Aktiv-) Urteils gegen den Mann** ist es von Wichtigkeit, ob der Mann seine Zustimmung zum Handelsbetriebe erteilt hat oder nicht. Anm. 55.

aa) Zwar ihre Prozeßfähigkeit besteht, auch wenn sie eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt (Anm. 50), und sie kann Rechte, die zum vorbehaltenen Gut gehören, selbständig einklagen. Also kann sie alle im Geschäftsbetriebe erworbenen Forderungen selbständig einklagen (vgl. Anm. 47). Allein sie kann in diesem Falle ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht im Wege der Klage ohne besondere Zustimmung des Mannes nicht geltend machen (§ 1400 Abs. 2 BGB.), und, wie wir oben (Anm. 46) gesehen haben, können sich auch im Geschäftsvermögen einer Handelsfrau Rechte befinden, die zum eingebrachten Gute gehören. Einer trotzdem erhobenen Klage würde der Einwand mangelnder Sachlegitimation entgegengestellt werden können. Führt die eigenmächtig ihr Geschäft betreibende Handelsfrau einen sonstigen aktiven Rechtsstreit ohne Zustimmung des Mannes, so ist sein Ergebnis, obgleich die Frau insoweit prozeßfähig und sachlich legitimiert ist, dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam (§ 1400 Abs. 1 BGB.), und wenn auf Grund des Urteils eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut erfolgt (z. B. wegen der festgesetzten Kosten), so steht ihm die Interventionsklage zu (§ 774 CPO.).

ββ) Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Zustimmung des Mannes, so ist seine **Anm. 56.** Zustimmung zu allen solchen Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Er muß sie also alle gegen sich gelten lassen ohne besondere Zustimmung, und der Gegner kann die mangelnde Zustimmung nicht einwenden (§ 1405 BGB.; zuft. Zschimmer 502).

6. **Haftet auch der Mann aus den Gewerbeverbindlichkeiten seiner Frau?** Das ist zu ver- **Anm. 57.** neinen, wenn die Frau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt; Ausnahmen bilden einzelne Fälle, von denen der § 1388 BGB. handelt. Wenn sie es aber mit seiner Zustimmung betreibt, so haftet er zwar im Falle des gesetzlichen Güterrechts nicht, wohl aber haftet er im Falle der Gütergemeinschaft für solche Schulden als Gesamtschuldner (§§ 1459, 1452, 1405, 1435, 1460, 1530 Abs. 2; 1532; 1519 Abs. 2; 1549 BGB.), also auch persönlich mit seinem eigenen Vermögen.

7. **Näheres über das Erfordernis der Einwilligung des Mannes in den Handelsbetrieb der Ehefrau.** **Anm. 58.**

a) Die Einwilligung braucht nicht vom Ehemann persönlich erteilt zu werden; wenn er geschäftsunfähig ist, erteilt sie sein Vormund oder Pfleger (§§ 1409, 1915 BGB.). Aber eine Ersetzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht gibt es nicht (Anm. 65). Ist der Mann abwesend, so kann der Frau nur geholfen werden durch Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Ehemann (zuft. Zschimmer 507). Ist die Frau selbst die Vormünderin ihres Mannes, so bedarf sie der Einwilligung nicht; dann ist sie selbständig (§§ 1426 ff.; 1409 BGB.; Cosack § 11²²).

Allgemeine Einleitung.

Anm. 59.

b) Die Form der Einwilligung bzw. Versagung. Die Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen oder in konkludenter Weise. Die konkludente Einwilligung besteht insbesondere darin, daß die Frau mit Wissen — wissen müssen genügt nicht — und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. Dieser Einspruch muß aber, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, entweder dem Dritten bekannt oder in das Güterrechtsregister eingetragen sein, und zwar hier, wo es sich um eine Handelsfrau handelt, nicht bloß in das Güterrechtsregister am Wohnsitz des Mannes, sondern auch an dem Orte der Hauptniederlassung der Frau, wenn dieser von dem Wohnsitz des Mannes verschieden ist; bei der Verlegung der Handelsniederlassung in einen anderen Bezirk ist der Vermert in das Register dieses Bezirks zu übertragen (§§ 1405, 1435, 1452, 1519, 1549 BGB., Art. 4 E. u. z. HGB.). Das gleiche gilt vom Widerruf der Einwilligung (§ 1405 Abs. 3 BGB.). Ist die Versagung der Einwilligung nicht in dieser Weise offenkundig (also entweder dem Dritten bekannt oder eingetragen), so gilt sie dem Dritten gegenüber nicht. Es liegt dann insoweit Handelsbetrieb ohne Einspruch vor.

Anm. 60.

Mit dieser Vorschrift ist allen billigen Anforderungen des Verkehrs Genüge zu sehen. Es ist allerdings richtig, daß hiernach eine konkludente Einwilligung nur dann vorhanden ist, wenn der Ehemann von dem Gewerbebetriebe der Ehefrau weiß, wobei das Kennenmüssen dem Kennen hier nicht gleichsteht. Allein es wird wohl nicht gerade häufig vorkommen, daß eine Ehefrau ohne Wissen ihres Mannes ein Gewerbe betreibt. In den allermeisten Fällen wird daher der Blick in das Güterrechtsregister genügen, um Klarheit darüber zu erhalten, ob die Frau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Mannes das Gewerbe betreibt. Die Nichteintragung eines Einspruchs oder Widerrufs der Genehmigung wird in den meisten Fällen für diese Annahme genügen, wenn sie auch kein absolutes Zeichen dafür ist, da ja immer noch die Möglichkeit vorliegt, daß der Mann von dem Gewerbebetriebe nichts weiß.

Anm. 61.

Die hier vorgeschriebene Form für den Einspruch des Ehemannes ist nicht nur dann erforderlich, wenn die Ehefrau Handelsfrau ist, sondern auch dann, wenn sie als Handelsfrau gilt, sei es, weil sie ein Gewerbe betreibt, das kein Handelsgewerbe ist, ihre Firma aber trotzdem eingetragen ist (§ 5 HGB.), oder weil sie sonst im Rechtsverkehr als Handelsfrau auftritt (Erf. zu § 5). Auch hier hat der unterlassene Widerspruch des Mannes die dargelegten Rechtsfolgen.

Anm. 62.

Ein in das Güterrechtsregister eingetragener Einspruch ist wertlos, wenn er den Tatsachen widerspricht. Das will sagen: wenn der Mann ausdrücklich oder durch eine konkludente Handlung die Einwilligung erteilt oder die Versagung der Einwilligung zurückgenommen hat, so z. B. wenn er im Geschäfte der Ehefrau selbst tätig ist, kann er sich auf die Versagung des Einspruchs nicht berufen.

Anm. 63.

c) Eine ganz andere, hiervon verschiedene Frage ist die, inwieweit der Mann vom familienrechtlichen Standpunkte aus als Haupt der ehelichen Gemeinschaft seiner Frau gegenüber berechtigt ist, die Einwilligung zum selbständigen Gewerbebetriebe zu versagen oder die erteilte Einwilligung zurückzunehmen, und inwieweit die Frau dem betreffenden Befehle des Mannes Folge leisten muß, und welches die Folgen des Ungehorsams der Frau sind. Hierüber gilt folgendes:

a) Prinzipiell hat der Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 BGB.). Demgemäß kann er bestimmen, ob die Frau ein selbständiges Gewerbe betreiben darf oder nicht. Meist wird er hierbei erheblich interessiert sein, da, wie oben gezeigt, durch den konsentierten Betrieb seine Rechte erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden.

Anm. 64.

Versagt der Mann die Einwilligung und ist die Frau der berechtigten Ansicht, daß hierin ein Mißbrauch seines Untersagungsrechtes liegt, so ist sie berechtigt, den Ge-

horsam zu verweigern. Es kann dies z. B. dann der Fall sein, wenn sie lediglich mit **Allgemeine Einleitung.** vorbehaltenem Vermögen das Gewerbe beginnt und vollauf Zeit und Muße dazu hat. Versagt der Mann die Einwilligung aus berechtigtem Grunde, so muß sie gehorchen und den Gewerbebetrieb unterlassen. Aber der Ehemann hat in keinem Falle ein Klagerecht direkt auf Unterlassung und die Frau wird auch durch den eigenmächtigen Betrieb Handelsfrau. Noch weniger kann der Mann, wie Cosack (§ 11 Anm. 6) will, das Geschäft der Frau einfach schließen (gegen Cosack auch Schefold 154). Der Mann wird regelmäßig nur auf dem Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (BGB. § 1353 in Verb. mit § 1567 Abs. 2 Nr. 1; EPO. § 606; keine Vollstreckung aus § 888 EPO.) oder einer Feststellungsklage seine Unterlassung verwirklichen können (Paland § 1356 Anm. 4; Lehmann-Ring § 1 Nr. 21). Denn die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann nicht bloß zur Beseitigung örtlicher Trennung, sondern in der Regel auch wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten und zum Zwecke der Herbeiführung eines dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhaltens des anderen Teils erhoben werden (RG. in JW. 02, 315²⁵). Unberechtigter Ungehorsam der Frau kann somit auch als Incidenzpunkt bei einer Ehescheidungsklage in Betracht kommen. — Soweit das Erwerbsgeschäft der Frau persönliche Dienstleistungen voraussetzt, gibt § 1358 dem Manne die Möglichkeit, auf die Erwerbstätigkeit der Frau Einfluß auszuüben (vgl. unten Anm. 73 ff.).

Andererseits kann die Frau zwar, auch wenn sie berechtigterweise den Gehorsam Anm. 65. verweigert, den Mann nicht zwingen, die Einwilligung zu erteilen oder die zum eingebrachten oder gar zum Gesamtgut gehörigen Gegenstände ihr zum Zweck des eigenmächtigen Geschäftsbetriebes zu überlassen. Denkbar ist höchstens eine Klage auf Aufhebung der Verwaltung nach Maßgabe des § 1418 BGB., wenn das Verhalten des Mannes die Beförderung einer erheblichen Gefährdung ihrer Rechte auf das eingebrachte Gut begründet, und in bösen Mißbrauchsfällen die Ehescheidungsklage. Das Vormundschaftsgericht kann nicht helfen, denn dieses kann nur beim Abschluß einzelner Rechtsgeschäfte eingreifen (§ 1402 BGB.).

β) Kann hiernach der Mann im großen und ganzen nach seinem freien Ermessen die Anm. 66. Einwilligung erteilen oder versagen, so kann er auch nach seinem freien Ermessen die erteilte Einwilligung wieder zurückziehen. Ein Verzicht auf den Widerruf ist ungültig (Düringer-Sachenburg I 10; Lehmann-Ring § 1 Nr. 22; Ullmann 128); auch wenn er im Ehevertrage im voraus ausgesprochen ist (abw. Cosack § 11 Anm. 23 u. Röschimmer 506). Der Widerruf bedarf aber der Eintragung in das Güterrechtsregister oder muß dem Dritten bekannt sein (ebenso wie der Einspruch, vgl. Anm. 59).

γ) Jedenfalls aber ist die Frage der Einwilligung für die Kaufmannseigenschaft Anm. 67. der Frau gleichgültig. In denjenigen Beziehungen, wo es erheblich wird, ob der Mann die Einwilligung erteilt hat oder nicht, geht jedenfalls die Frage den Dritten nichts an, ob der Mann die Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht versagt oder die erteilte Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht zurückzieht. Dem Dritten gegenüber entscheidet lediglich die Frage, ob die Einwilligung erteilt oder offenkundig versagt ist.

8. Die Rechte des Mannes an dem Geschäftsvermögen der Ehefrau bestehen neben der Ver- Anm. 68. pflichtungsfähigkeit und Verfügungsberechtigung der Ehefrau fort. So kann der Ehemann bei gesetzlichem Güterrecht auch dann, wenn die Frau mit oder ohne seine Genehmigung selbständig ein Gewerbe betreibt, ohne ihre Zustimmung über Geld und andere verbrauchbare Sachen verfügen, soweit dieselben eingebrachtes Gut sind (§§ 1376 Nr. 1, 92 BGB.), also unter dieser Voraussetzung insbesondere auch über die zum Warenlager gehörigen Gegenstände. Er kann Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes erfüllen (§ 1376 Nr. 3 BGB.). Da

**Allgemeine
Einleitung.**

auch zum Geschäftsvermögen eingebrachtes Gut gehören kann (Anm. 46), so ist dieses Verfügungsrecht des Mannes unter Umständen von Bedeutung. Dagegen umfaßt das Verwaltungsrecht des Mannes nicht die Befugnis des Mannes, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, und gibt ihm auch nicht das Recht, über eingebrachtes Gut, in weiterem Umfange, als dies eben erwähnt ist, zu verfügen (§ 1375 BGB.). Insbesondere steht ihm nach dem in Anm. 47 Gesagten an dem durch den Geschäftsbetrieb erworbenen Vermögen, Forderungen oder sonstigen Gegenständen, ein Verfügungsrecht überhaupt nicht zu, weil diese zum vorbehaltenen Gut der Frau gehören. Aus demselben Grunde fällt auch sein Nießbrauch am eingebrachten Gut, der ihm nach § 1383 BGB. zusteht, an den im Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenständen weg.

Verfügt der Ehemann dinglich über Frauengut, über welches er nicht verfügen darf, so ist die Verfügung unwirksam (vgl. RG. 54, 46, wo das gleiche von Verfügungen der Frau ohne Einwilligung des Mannes gesagt ist). Unter Umständen greift jedoch der gute Glaube des Dritten ein. Verfügt der Ehemann nämlich über das Frauengut im eigenen Namen und als sein eigen und befindet sich der Dritte in gutem Glauben, so greift § 932 Satz 1 BGB. ein (vgl. Dernburg IV § 43 Nr. V). Verfügt er dagegen über die Sache als Frauengut, aber ohne Zustimmung der Frau, so greift § 932 Satz 1 BGB. nicht ein; der gute Glaube des Dritten, als sei der Ehemann befugt zu handeln, nützt nichts.

Bei der Gütergemeinschaft hat der Mann das Verwaltungsrecht über das Gesamtgut. Inwieweit die zum Geschäftsbetriebe gehörigen und die durch den Betrieb erworbenen Gegenstände Gesamtgut werden, darüber s. oben Anm. 46 u. 47. Die Frau persönlich verpflichten kann er durch seine Verwaltungshandlungen nicht (§ 1443 BGB.).

Anm. 69. 9. Verhältnis der persönlichen Gläubiger des Mannes zu dem Geschäftsvermögen der Frau.
a) Wie weit haftet das Frauengut den Gläubigern des Mannes?

α) Die Gläubiger des Mannes können Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen der Ehefrau, soweit es vorbehaltenes Vermögen enthält, nicht verlangen.

β) Aber auch nicht, soweit es eingebrachtes Vermögen enthält (§ 1410 BGB.). Sollte dennoch eine Pfändung erfolgen, so kann die Frau in den Fällen zu α und β die Interventionsklage anstellen. (Auch Beschwerde erheben? Darüber s. unten Anm. 72.)

Anm. 70. γ) Auch die Rechte, die dem Manne an dem eingebrachten Gute kraft seiner Verwaltung und Nutznießung zustehen, sind nach § 1408 BGB. nicht übertragbar und demgemäß auch nicht pfändbar, was § 861 CPD. ausdrücklich ausspricht. Doch bezieht sich die Unübertragbarkeit und Unpfändbarkeit nur auf die Nutznießung als solche. Die einzelnen auf Grund der Nutznießung dem Ehemann zufließenden Früchte, Revenuen usw. sind bis zu einem gewissen Grade pfändbar (hierüber § 861 CPD.). Die Pfändbarkeit der Einkünfte wird aber für das Handelsleben bedeutungslos, weil die Einkünfte des von der Ehefrau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts ihr vorbehaltenes Vermögen, dem Nießbrauch des Mannes also entzogen werden (Anm. 47).

Anm. 71. δ) Das Gesamtgut haftet bei bestehender Gütergemeinschaft für die persönlichen Verbindlichkeiten des Mannes (§§ 1459, 1530, 1549 BGB.), also auch diejenigen Stücke des Geschäftsvermögens, die zum Gesamtgute gehören, und das sind insbesondere die im Handelsgewerbe erworbenen Gegenstände. Denn zum Gesamtgut gehört alles, was Mann und Frau während der Gütergemeinschaft erwerben (§ 1438 BGB.), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit vorbehaltenem Vermögen betreiben (vgl. oben Anm. 47).

Anm. 72. b) Darf der Gerichtsvollzieher, der eine persönliche Schuld des Mannes einzutreiben hat, in den Geschäftsräumen der Handelsfrau eine Pfändung vornehmen? Nach § 808 CPD. setzt die Pfändung voraus, daß der Schuldner den Gewahrsmann der zu pfändenden Sachen hat. Unter Gewahrsmann ist sicherlich nichts anderes zu verstehen, als was das BGB. unter Besitz versteht. Der bloße Gewahrsmann oder die bloße Detention, wie sie beim Besitzgehilfen nach § 855 BGB. besteht, genügt zweifelsohne nicht. Wenn nun auch bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann das Recht

hat, das zum Geschäftsvermögen der Ehefrau gehörige Geld und die dazu gehörigen **Allgemeine Waren**, soweit diese eingebrachtes Gut sind, kraft seines Verwaltungsrechts zu veräußern **Einleitung**. (Anm. 68), und wenn auch der Ehemann nach § 1443 BGB. bei Gütergemeinschaft das Recht hat, über das Gesamtgut zu verfügen, und wenn er auch nach § 1373 und 1443 BGB. die zum eingebrachten und zum Gesamtgut gehörigen Sachen in seinen Besitz zu nehmen berechtigt ist, so ist doch, solange die Frau auf ihren Namen ein Gewerbe betreibt, lediglich sie die Besitzerin der zum Geschäftsvermögen gehörigen Gegenstände. Der Mann wird dadurch, daß er im Handelsgewerbe der Frau tätig ist, bloßer Besitzgehilfe im Sinne des § 855 BGB. Denn er gibt dadurch deutlich nach außen zu erkennen, daß das Auftreten der Frau im Rechtsverkehr, kraft dessen sie im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abschließen und dadurch auf ihren Namen Eigentum und Besitz erwerben will, billigt und durch seine Tätigkeit fördern will. Er erscheint daher, da er ja kraft seines ehemännlichen Verwaltungsrechts, wie oben (Anm. 68) gezeigt, die Ehefrau durch Rechtsgeschäfte nicht verpflichten kann, lediglich als ihr Bevollmächtigter, zu der er in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, also als ihr Besitzgehilfe. (Das gleiche Ergebnis folgt aus den Ausführungen Dernburgs III § 14.) Auch § 1362 BGB. ändert an diesen Deduktionen nichts, da hiernach nur vermutet wird, daß dasjenige, was die Frau besitzt, dem Manne gehört, d. h. sein Eigentum ist. Zur Pfändung berechtigt das noch nicht, da der Mann die Sache ja nicht besitzt. Höchstens kann sich der Gläubiger auf Grund dieses Paragraphen den Anspruch auf die im Besitze der Frau befindlichen Gegenstände überweisen lassen und alsdann seine Klage auf Herausgabe mit Berufung auf § 1362 BGB. begründen; einer solchen Klage gegenüber hat die Frau die Beweislast, daß die Sache ihr gehöre (vgl. auch Planck, Anm. 1 u. 2 zu § 1362 BGB.).

Es ist daher unzulässig, daß die Gläubiger des Mannes in den Geschäftsräumen der Frau pfänden. Gar zu häufig geschieht dies, um auf diese Weise etwas von der Frau, die nicht Schuldnerin ist, herauszuschlagen. Von den Gerichten wird dies häufig gebilligt, indem sie die Frau darauf vertrösten, daß ihr zwar die Beschwerde über die Art der Zwangsvollstreckung versagt, die materielle Interventionsklage aber gestattet sei. Allein auch die bloße Pfändung ist ein Unrecht. Im steten Kampfe mit dem Gerichtsvollzieher kann eine Frau, nachdem der Mann im Verkehrsleben Schiffbruch gelitten hat — und das wird wohl meist der Anlaß zur Etablierung der Frau sein —, das Geschäft nicht betreiben. Sollten aber, was von den Gerichten oft befürchtet wird, fraudulose Verhältnisse vorliegen, so helfen die Anfechtungsvorschriften. Und wenn die Frau nur zum Scheine als Inhaberin des Geschäfts auftritt, so erscheint allerdings auch die unmittelbare Pfändung nicht ungerechtfertigt. Allein für das Vorliegen eines Scheinverhältnisses müssen ganz besondere Tatsachen erfordert werden. Der Umstand allein, daß der Mann im Geschäfte tätig ist, vielleicht gar seine ganze Kraft und Intelligenz dem Geschäfte widmet, begründet ein solches Scheinverhältnis nicht. Dadurch erfüllt er nur seine moralischen Pflichten als Ehemann, und hört jedenfalls nicht auf, bloßer Besitzgehilfe der Frau zu sein. (So auch für das frühere Recht RG. in JW. 99, 538²³. Für den Fall der Gütergemeinschaft wird jetzt die Frage auf Grund der §§ 740, 741 EPO. anders beantwortet durch den Aufsatz im nicht amtlichen Teil des PrJWBl. 00, 22 ff. und die preuß. Geschäftsanweisung für GerVollz. § 48 Abs. 1—3).

10. Das Recht des Mannes zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönliche **Anm. 73.** Leistungen. Der § 1358 Abs. 1 BGB. gibt dem Manne das Recht, solche Rechtsverhältnisse ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, durch welche die Frau sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet. Er muß jedoch die Ermächtigung hierzu vom Vormundschaftsgericht erhalten. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Das Recht fällt fort, wenn der Mann die Zustimmung erteilt oder seine fehlende Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ersetzt ist, und endlich, wenn und solange

Allgemeine Einleitung.

Ann. 74.

die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Zustimmung und Kündigung können nur durch den Ehemann erfolgen, nicht durch einen gesetzlichen oder sonstigen Vertreter.

Dieses außerordentliche Kündigungsrecht kann auch im Verhältnis des Ehemannes zu seiner handeltreibenden Gattin ausgeübt und hier von großer Bedeutung werden. Man denke z. B. an den Fall, daß eine Ehefrau ein Agenturgeschäft betreibt. Besonders aber kann dieses Kündigungsrecht von entscheidender Bedeutung werden, wenn die Frau Gesellschafterin wird, offene Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft oder einer einfachen Kommanditgesellschaft oder Kommanditistin einer solchen oder Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und sich hierbei zu persönlichen Leistungen verpflichtet. (Vgl. auch § 105 Ann. 26). In solchem Falle kann der Ehemann dieses Rechtsverhältnis kündigen. Indessen soll dies doch wohl nur bedeuten, daß er die Verpflichtung zur persönlichen Leistung zum Stillstand bringen kann, nicht auch, daß er das ganze Rechtsverhältnis, zu dessen Bestandteilen jene Verpflichtung gehört, zur sofortigen Lösung bringen kann. Es würde diese letztere Ansicht weit hinausgehen über die Ziele, die sich der Gesetzgeber bei diesem außerordentlichen Rechtsmittel gesteckt hat. Zur Erreichung dieser Ziele genügt es, daß die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung aufhört. Welche Folgen sich hieraus ergeben, kann nur die Beschaffenheit des einzelnen Falles lehren. Oft wird der andere Teil hieraus ein Auflösungsrecht entnehmen können.

Unzutreffend ist die Annahme von Düringer-Hachenburg (I 8), daß dem Manne ein Zwangsmittel zur Realisierung der Kündigung nicht zustehen, wenn die Frau nicht gehorche, und daß nur dann die Kündigung für den Dritten von Wirksamkeit sei, wenn die Frau mit dem Manne übereinstimme. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist vielmehr nicht daran zu zweifeln, daß der Mann aus eigenem Rechte das Kündigungsrecht direkt den Gegenkontrahenten der Frau gegenüber auszuüben und dadurch die Verpflichtung der Frau zur Lösung bringen kann. So faßt auch Planck (Ann. 1 b zu § 1358) die Sache auf.

Ann. 75.

11. **Ausländische Ehefrau.** Für die Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Ehefrau in Ansehung ihres Gewerbes ist es ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist (Art. 36 I EGB. z. BGB.). Die ausländische Frau kann also in Deutschland auch ohne Genehmigung ihres Mannes ein selbständiges Gewerbe betreiben und wird dadurch zur Handelsfrau. Dies stimmt übrigens mit dem allgemeinen Prinzip des Art. 7 EGB. z. BGB. überein. Im übrigen kann auch hier die Einwilligung des Mannes von Wichtigkeit sein z. B. für die Rechtswirksamkeit der handeltgewerblichen Verfügungen und Prozesse gegen den Mann usw. Ob solche Einwilligung notwendig ist, richtet sich nach dem Güterrechte des Staats, dem der Mann bei Eingehung der Ehe angehörte (Art. 36 I EGB. z. BGB.). Daneben gilt jedenfalls die Bestimmung des § 1405 BGB. auch für solche Verhältnisse: das heißt die Einwilligung zum Gewerbebetrieb ersetzt die Einwilligung zu den einzelnen Rechtsgeschäften, und die Einwilligung gilt als erteilt, wenn der Mann weiß, daß die Frau ein Gewerbe betreibt, seinen Einspruch aber nicht dem Dritten mitteilt oder durch Eintragung in das Güterrechtsregister des inländischen Wohnsitzes des Mannes und des Orts der Hauptniederlassung eintragen läßt (Art. 36 EGB. z. BGB.; Art. 4 EGB. z. BGB.). Gilt hiernach die Einwilligung als erteilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetrieb das Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft auch das Gesamtgut (Art. 36 I EGB. z. BGB.).

Alles dies gilt auch, wenn die ausländische Handelsfrau ihren Wohnsitz im Auslande hat. Entscheidend ist der Handelsbetrieb im Inlande.

Ann. 76.

12. **Übergangsfragen** (Lit.: Stranz-Werhard 274 ff.; Wieruszowski bei Gruchot 44, 305; Lehmann in JHR. 48, 46 ff.).

- a) Auf diejenigen Ehen, die am 1. Januar 1900 bestehen, gelangen die Art. 7 und 8 des alten BGB. zur Anwendung, nach denen eine Ehefrau nur mit Zustimmung des Ehemannes Handelsfrau sein und bleiben kann, die Handelsschulden einer Handelsfrau

aber gültig und in ihr gesamtes Vermögen ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes **Allgemeine** an ihm vollstreckbar sind. Das kommt daher, daß diese Bestimmungen Fragen des **Güter-** **standes und der Ehe** und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeits- fragen regeln, wie ja auch das **BGB.** alle diese Fragen mitten im ehelichen Güterrecht behandelt. Für Fragen dieser Art ist aber das alte Recht maßgebend, sofern die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschlossen war (Art. 200 **EG. z. BGB.**; zust. Lehmann-Ring § 1 Nr. 30; a. A. Bland Anm. 4 zu § 1356, der die Art. 7, 8 durch das neue Recht für beseitigt erklärt, Goldmann I 9, der die Handelsfrau der Gewerbefrau — s. unten Anm. 79 — gleichstellt, und Zschimmer 489). Diese Fragen sind daher nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 12) wollen, nach den verschiedenen vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Güterrechtssystemen zu beantworten, sondern nach den einheitlichen Vorschriften der früheren Art. 7 und 8 des alten **HGB.** Die früheren landesrechtlichen Güterrechtsbestimmungen können schon deshalb hier nicht zur Anwendung kommen, weil sie für die hier vorliegenden Fragen durch Art. 7 und 8 des alten **HGB.** aufgehoben waren und nicht wieder von selbst Geltung erlangen können (vgl. **RG.** 19, 181).

- b) Dies gilt nicht etwa nur für diejenigen Gewerbe, die auch nach dem alten Rechte Anm. 77. Handelsgewerbe waren, sondern auch für solche, die es nur nach dem neuen Rechte sind. Denn es handelt sich nicht um die Frage der Anwendbarkeit der Art. 4, 271 und 272, sondern der Art. 7 und 8 des alten **HGB.** Diese aber regelten die betreffenden Fragen nicht etwa nur für diejenigen Gewerbe, die nach Art. 4, 271 und 272 des alten **HGB.** Handelsgewerbe waren. Sie waren mit diesen Artikeln nicht organisch und unlöslich verbunden. Alle hier in Frage kommenden Artikel waren wohl sämtlich Bestandteile eines Gesetzbuchs, aber die in Art. 7 und 8 gegebenen Geschäftsfähigkeits- und ähnlichen Vorschriften setzten nicht einen bestimmten und unwandelbaren Begriff des Handelsgewerbes voraus. Vielmehr würden die Vorschriften der Art. 7 und 8 auch dann anwendbar gewesen sein, wenn die Art. 4, 271 und 272 aus irgend welchem Anlaß einen anderen Inhalt angenommen hätten, wenn z. B. beim sonstigen Fortbestehen des alten **HGB.** durch ein neues Gesetz eine neue Art von Handelsgeschäften und Handelsgewerben eingeführt worden wäre. Das kann sich aber dadurch nicht ändern, daß nicht bloß die Artikel 4, 271 und 272, die den Begriff des Handelsgewerbes und des Kaufmanns bestimmten, sondern außerdem noch zahlreiche andere Vorschriften des alten **HGB.** einen veränderten Inhalt erhalten. Für die vorliegende Frage ist dies einflußlos. Für die Fähigkeit der am 1. Januar 1900 verheirateten Frauen, Handelsfrauen zu werden, für die Gültigkeit und Wirksamkeit ihrer Handelsschulden ist daher das alte Recht maßgebend, und es bezieht sich das auch auf den durch das neue Gesetzbuch veränderten und erweiterten Begriff der Handelsgewerbe. Wenn also z. B. eine frühere Ehefrau ein großes Bergwerk in kaufmännischer Weise betreibt und sich in das Handelsregister eintragen lassen will, um gemäß § 2 Handelsfrau zu werden, so kann sie dies nur tun mit Genehmigung des Mannes, weil auf sie noch der alte Art. 7 zur Anwendung kommt, obwohl der Betrieb eines Bergwerks früher kein Handelsgewerbe war. Wollte man dies nicht annehmen, so müßte man zwar für den Fall, daß eine frühere Ehefrau ein Gewerbe, das auch nach altem Recht Handelsgewerbe war, betreiben will, die Zustimmung des Mannes für erforderlich halten, und für die Gültigkeit und Wirksamkeit ihrer Handelsschulden das alte Handelsrecht entscheiden lassen. Für den Fall aber, daß eine solche Ehefrau ein Gewerbe, das nur nach neuem Handelsrecht ein Handelsgewerbe ist, betreiben will, müßten — nicht etwa die neuen handelsrechtlichen Vorschriften, denn diese finden ja auf die früheren Ehefrauen in der vorliegenden Frage keine Anwendung —, sondern die zahllosen Güterrechte aus früherer Zeit über die Frage entscheiden, ob die Frau ohne Zustimmung des Mannes Handelsfrau werden kann, und inwieweit ihre Handelsschulden gültig und wirksam sind. Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt.

Allgemeine
Einleitung.

Anm. 78.

c) Die behandelten Einschränkungen erstrecken sich nur darauf, daß die Eigenschaft als Handelsfrau der Ehefrau in den am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen genommen ist. Dagegen hatte das alte HGB. keine Bestimmungen über die Folgen, die eintreten, wenn die Ehefrau, dem Gesetz entgegen, ohne Zustimmung des Mannes Handelsgeschäfte vornimmt. Diese Frage war und ist deshalb nach dem jeweiligen Güterrecht zu entscheiden. In fast allen Bundesstaaten, namentlich auch in Preußen, ist das Güterrecht jetzt dasjenige des BGB., weil es durch die Überleitung in den Ausführungsgesetzen für maßgebend erklärt ist. Wie aber nach dem BGB. die rechtlichen Handlungen einer Frau, die ohne Zustimmung ihres Mannes ein Handelsgeschäft anfängt oder führt, zu beurteilen sind, und welche Wirkung sie ausüben, ist oben Anm. 42 ff. auseinandergelegt (vgl. Stranz-Gerhard S. 275 Anm. 31 und über die Art des Einspruchs gegen ein Erwerbsgeschäft der Frau S. 349 Anm. 15).

Anm. 79.

d) Hinzuzufügen ist übrigens folgendes: Kann die Frau wegen fehlender Zustimmung des Mannes nicht Handelsfrau sein, so kann sie doch Gewerbefrau trotz fehlender Zustimmung des Mannes sein. Der § 11 Abs. 2 der GewO. bestimmte ausdrücklich, daß die Frau die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes hatte, gleichviel ob sie verheiratet oder unverheiratet war. Etwaige Landesgesetzliche Einschränkungen waren damit reichsgesetzlich beseitigt. Nun ist zwar der § 11 Abs. 2 der GewO. durch Art. 36 I GG. z. BGB. aufgehoben. Aber er findet auf die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen als eherechtliche und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeitsvorschrift weiter Anwendung und ist überdies nur aufgehoben, weil die allgemeinen Vorschriften genügen (Mot. GG. 130). Es ist somit bei der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Ehefrau in bezug auf den Gewerbebetrieb auch bei alten Ehen geblieben. Selbstverständlich regelt sich das Rechtsverhältnis der Ehegatten und die Rechtsstellung Dritter, wenn der Mann nicht einverstanden war, nach dem BGB.

Anm. 80.

e) Schließlich ist zu bemerken, daß die Landesgesetzgebung an dem hier geschilderten Rechtszustande nichts ändern kann, weil nach Art. 218 GG. z. BGB. dies nur dort geschehen kann, wo die bisherigen Landesgesetze in Kraft bleiben, während hier bisheriges Reichsrecht in Kraft bleibt.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt.

Kaufleute.

§ 1.

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

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

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme 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 Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Lit: Schirrmeyer, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigen deutschen Handelsrecht, ZHR. 48, 418ff.; 49, 29 ff.

Inhalt des vorliegenden Paragraphen. In Abs. 1 gibt er die Definition des Kaufmanns. Ein Hauptbestandteil dieser Definition ist der Begriff Handelsgewerbe. Der zweite Absatz beschäftigt sich mit diesem letzteren Begriffe, aber ohne ihn erschöpfend zu behandeln. Vielmehr wird hier nur eine Klasse der vom neuen HGB. anerkannten Handelsgewerbe, diejenigen „kraft Gegenstands des Gewerbes“ (Anm. 31), behandelt. Die andere Klasse wird in § 2 abgehandelt.

Hiernach zerfällt der Inhalt des vorliegenden Paragraphen in I (Abs. 1) Definition des Kaufmanns, II (Abs. 2) die erste Klasse der Handelsgewerbe.

I. (Abs. 1.) Die Definition des Kaufmanns.

Anm. 1.

A. Vorbemerkung. Der Paragraph will zwar nur eine Begriffsbestimmung des Kaufmanns im Sinne dieses Gesetzbuchs (einschl. des EGB.) geben. Allein, wenn nicht im ein-

§ 1. zellen Falle zwingende Auslegungsgründe dagegen sprechen, wird dieser Begriff des Kaufmanns auch für andere Reichs- und Landesgesetze in privat- und namentlich in handelsrechtlichen Materien als maßgebend zu erachten sein. Für die gleichzeitig mit dem HGB. oder später erlassenen Gesetze ist dies ohne weiteres anzunehmen (so z. B. wenn das HGB. im § 196 Nr. 1 bei der Verjährung von Ansprüchen von Kaufleuten spricht, wiewohl dem Gesetzgeber, der neben den „Kaufleuten“ „die Fabrikanten“ nennt, der Kaufmannsbegriff des alten HGB. vorgeschwebt hat; vgl. Planck Anm. 2 zu § 196). Für die früheren Gesetze ergibt sich dies aus Art. 3 des GG. z. HGB. Zwar heißt es da nur, daß dort, wo auf die Vorschriften des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, das neue HGB. an die Stelle tritt. Im Wege der Analogie wird man den Gesetzeswillen aber ohne jeden Zwang dahin auslegen können, daß auch der diesen früheren Gesetzen zugrunde liegende Begriff des Kaufmanns sich nunmehr nach dem neuen HGB. bestimmt. (So im § 101 HGB. alter Fassung; im § 8 des AbzMG. v. 16. Mai 1894; ferner in §§ 1, 8—11 des DepotMG. v. 5. Juli 1896, vgl. Düringer-Hachenburg I 24.) Auch für das öffentliche Recht, z. B. die Gewerbe-, Steuer-, Straf-, Prozeßgesetze, wird für die Regel der Kaufmannsbegriff des HGB. anzuwenden sein, z. B. im § 15 a GewD., zitiert in Art. 9 GG., im § 1 usw. des RfmGG. v. 6. 7. 04: „Streitigkeiten zwischen Kaufleuten einerseits“ usw. Auch das pr. Gef. über die Handelskammern v. ^{24. Februar 1870}_{19. August 1897} hat (namentlich im § 3) den Kaufmannsbegriff des HGB. für sich angenommen (s. Laßig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 541). Aus besonderen Umständen, die im Gebiet des öffentlichen Rechts häufiger vorliegen werden, wird man das Gegenteil folgern dürfen. (Abweichend in der Grundauffassung, weniger im praktischen Ergebnis Lehmann-Ring Nr. 1.)

Anm. 2.

Der hier niedergelegte juristische Begriff des Kaufmanns deckt sich nicht mit dem wirtschaftlichen, z. B. wenn zahlreiche Handwerker als Kaufleute gelten. Wirtschaftlich ist Kaufmann, wer Handel treibt. Handel ist die auf Vermittlung des Güterumlaufs zwischen Produzenten und Konsumenten gerichtete Erwerbstätigkeit (Conrad, Handwörterbuch unter „Handel“). Über verschiedene Arten des Handels s. Gierke § 10. Ebenso wenig deckt sich der juristische Begriff immer mit den Anschauungen des Lebens, z. B. wenn von Gesetzes wegen der Dienstmann oder der Staat (als Eisenbahnunternehmer) als Kaufmann gelten.

Anm. 3. B. Inhalt der Definition: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Es ist nicht, wie früher (Art. 4) gesagt: Kaufmann ist, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Es ist also nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der des Handelsgewerbes zugrunde gelegt. Von einem todifizierten Recht der verschiedenen Handelsgeschäfte (objektives System, Hauptausgangspunkt des alten HGB.) ist das neue HGB. grundsätzlich zu einem Sonderrechte des Handelsgewerbes, der Kaufleute für ihren Gewerbebetrieb (subjektives System, Kaufmannsrecht) fortgeschritten; mit Ausnahmen freilich, da ihm auch Nichtkaufleute in mannigfacher Hinsicht unterworfen werden (Thöl § 25; Schirrmeyer 426; Laßig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 545 ff.).

Handelsgewerbe ist nicht bloß der gewerbsmäßige Betrieb der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Geschäfte, der früheren absoluten und relativen Handelsgeschäfte (Handelsgewerbe im materiellen Sinne), sondern auch jedes andere kaufmännisch betriebene Gewerbe, wofern der Unternehmer ins Firmenregister eingetragen ist (§ 2, Handelsgewerbe im formellen Sinne). Der Kaufmannsbegriff hat daher eine wesentliche Erweiterung erfahren.

Der Begriff Handelsgeschäft aber wird nicht hier, sondern im § 343 definiert. Er setzt die Begriffe Handelsgewerbe und Kaufmann voraus und bedeutet jedes Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Im alten HGB. (Art. 4) setzte dagegen der Begriff Kaufmann den der Handelsgeschäfte (Art. 271 ff.) voraus.

C. Die einzelnen Bestandteile der Definition des Kaufmannsbegriffes.

Anm. 4. 1. Wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann, sagt das Gesetz. Irgendwelches besondere subjektive Erfordernis ist für den Betrieb eines Handelsgewerbes

nicht aufgestellt. Daraus folgt, daß ein Handelsgewerbe jeder betreiben kann, der § 1. nach den Vorschriften des HGB. ein Gewerbe betreiben kann. Aber auch hierfür bestehen nach dem HGB. keine besonderen Fähigkeitsbedingungen. Ein Gewerbe betreiben kann jeder, der fähig ist, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, mit anderen Worten: jedes rechtsfähige Rechtsgebilde. — Zunächst also die natürlichen Personen (§ 1 HGB.), gleichviel ob Mann oder Frau (vgl. Allg. Einl. IV), geschäftsfähig oder nicht (Anm. 20 ff.), gleichviel welchen Standes, also auch Mitglieder des hohen Adels (RZL. 2, 227). Sodann die juristischen Personen (§§ 21 ff., besonders auch § 80 HGB.; § 33 HGB.), auch Körperschaften öffentlichen Rechts (die — politische oder kirchliche — Gemeinde, der Staat, auch geistliche Orden, Klöster — Chartreuse —), was jetzt angesichts des § 36 HGB. nicht mehr zweifelhaft sein kann (vgl. näheres zu den §§ 33 und 36). — Ferner die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften (§ 124 und § 161 Abs. 2). — Nicht aber die sonstigen Personenvereinigungen ohne juristische Persönlichkeit, die nichtrechtsfähigen Vereine (§ 54 HGB.); auf diese finden vielmehr die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung. Diese aber ist als solche nicht rechtsfähig. Weder ist sie juristische Person, noch ist ihr formelle Parteifähigkeit verliehen. Damit ist es aber selbstverständlich nicht für rechtlich unmöglich erklärt, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt. Wenn in einem solchen Falle die Gesellschafter keine gemeinschaftliche Firma wählen, liegt keine offene Handelsgesellschaft vor, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die mehreren Gesellschafter sind Einzels Kaufleute (näheres Anm. 20 zu § 105). — Gemeinschaftsdarüber sind rechtsfähig und deshalb auch fähig, ein Gewerbe, also auch ein Handelsgewerbe zu betreiben. Es fehlt ihnen zwar das Recht, über ihr zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, aber nicht die Fähigkeit, sich durch Verträge aller Art für ihr sonstiges und künftiges Vermögen zu verpflichten (§§ 1, 6, 7 R.D.; RG. 29, 74).

Hiermit ist aber nur die Frage beantwortet, wer als Träger des Gewerbebetriebs, Anm. 5. der durch den Betrieb entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten, denkbar ist. Eine hiervon verschiedene Frage ist, welche Erfordernisse bei den einzelnen Personenkategorien dazu gehören, damit ein rechtsgültiger Gewerbebetrieb und damit ein Gewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes vorliege. Nicht jedes Rechtssubjekt ist rechtlich fähig, selbständig ein Gewerbe zu betreiben. Hierüber im Nachfolgenden (Anm. 20 ff.).

2. Ein Handelsgewerbe muß die Person betreiben, damit sie Kaufmann sei.

Anm. 6.

a) Ein Gewerbe. Zunächst muß die entwickelte Tätigkeit ein Gewerbe darstellen. Der Begriff des Gewerbes muß für das HGB., das ihn voraussetzt und ihn auch nicht der Gew.D. entlehnt, selbständig entwickelt werden. Die Erfordernisse sind folgende:

a) Zur Gewerbmäßigkeit gehört, daß die Absicht nicht auf einzelne Geschäfte, sondern einheitlich auf einen ganzen Komplex von Geschäften in fortgesetzt gleichartiger Tätigkeit (RG. in JW. 99, 282¹⁰) gerichtet ist, und daß ferner die Absicht dahin geht, aus dieser Tätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen (RG. 38, 20 und die dort angeführte Lit.).

aa) Es muß die Absicht bestehen, aus dieser Tätigkeit dauernden Gewinn zu ziehen. Es würde keine Gewerbmäßigkeit vorliegen, wenn jemand gewisse Rechtsgeschäfte (z. B. Zahlungsvermittlungen) zwar oft vornimmt, aber nicht in der Absicht, aus ihnen selbst dauernd Gewinn zu erzielen, sondern nur, um diese Tätigkeit für sonstige Zwecke (z. B. Grundstückspekulation) nutzbar zu machen. Denn es genügt nicht ein irgendwie geartetes Interesse, sondern eben nur die Absicht, aus der Tätigkeit selbst Einnahmen zu erzielen (RG. 38, 22).

ββ) Gewinn muß man erzielen wollen. Als Kaufmann würde nicht zu erachten Anm. 7. sein, wer ein Handelsgewerbe aus irgendwelchen Gründen lediglich in der Weise betreibt, daß er nur seine Selbstkosten decken will, z. B. um die Bedeutung einer von ihm gemachten Erfindung aus wissenschaftlichen Zwecken zu demonstrieren; oder aus Wohltätigkeit, z. B. derart, daß die Waren nur am Markt und zu ermäßigten, einen

§ 1.

Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben werden. Hieraus folgt, daß ein (dem Genossenschaftsgefeß nicht unterstehender) Konsumverein, der nur an Mitglieder für deren eigenen Bedarf gute Waren zu möglichst billigen Preisen abgibt, kein Gewerbe betreibt; er bezweckt Verminderung der Ausgaben für die Mitglieder, keine Vermehrung der Einnahmen, daher keinen „Gewinn“. Die Verteilung einer Dividende ist dann belanglos, wenn sie die Rückzahlung eines Teils des für die Waren entrichteten Preises darstellt (RG. in RM. 2, 22; vgl. auch § 105 Anm. 13).

Aber man braucht nicht etwa mit jedem Geschäft Gewinn erzielen zu wollen. Die Gewinnabsicht braucht nur die den ganzen Betrieb beherrschende Tendenz zu sein. Ist dies der Fall, so liegt Gewerbmäßigkeit auch dann vor, wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, nicht bei jedem einzelnen Geschäft obwaltet, wenn z. B. ein einzelnes Geschäft auch unentgeltlich gemacht wird (vgl. auch RG. 33, 109 f.). Auch schadet es nicht, wenn ein Geschäft mit Verlust gemacht wird, sei es wider Erwarten oder gar mit Absicht, z. B. um Kunden zu gewinnen.

Anm. 8.

γγ) Eine dauernde Einnahmequelle muß beabsichtigt sein. Das ist der Gegensatz zum bloß gelegentlichen Betriebe (RM. 14, 118), z. B. wenn jemand nach Gelegenheit Botengänge ausführt. Der Betrieb muß, wie Cosack (§ 7) mit Recht betont, ein planmäßiger sein, einerlei, ob sich der Plan auf lange oder kurze Zeit (z. B. Restauration während eines Jahrmarktes) erstreckt. Der Fiskus wird z. B. dadurch nicht Kaufmann, daß er den Betrieb eines ihm als Erbschaft zufallenden Geschäfts so lange fortsetzt, bis die Nachlassschulden gedeckt sind; eine Frau nicht dadurch, daß sie jahrelang Spekulationsgeschäfte macht (Bolze 2 Nr. 712; RG. in JW. 94, 1946; f. hierzu Anm. 30).

Anm. 9.

δδ) Zum Begriffe der Gewerbmäßigkeit ist übrigens eine Tätigkeit erforderlich, die mittels kaufmännischer oder allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten dem Zweck der Gewinnerzielung nachstrebt. Wo diese Mittel einen höheren Charakter tragen, wo die Tätigkeit in das Reich der Kunst und Wissenschaft gehört, da kann man das Unternehmen nicht mehr ein gewerbliches Unternehmen nennen. Deshalb gehören der Arzt, Rechtsanwalt, Bildhauer, Maler, Komponist, Schriftsteller, Lehrer, der öffentliche Beamte, auch der Zahnarzt nicht zu den Gewerbetreibenden in diesem Sinne (s. auch D. 11). Selbst wenn sie Erwerbszwecke verfolgen, so sind diese doch nicht das ihre Tätigkeit beherrschende Moment, wenigstens sollen sie es nicht sein; der Sprachgebrauch spricht vom „Beruf“, nicht vom Gewerbe (Lehmann-Ring Nr. 6). Ihre Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte auf ihrer Seite, auch wenn sie in der Anschaffung und Veräußerung von Gegenständen bestehen, so z. B. wenn der Maler die Farben und die Leinwand, der Bildhauer den Marmor, der Zahnarzt das Material zu den Gebissen anschafft, weil solche Anschaffungen gegenüber der Aufgabe und dem Wesen des Berufs als nebensächlich zurücktreten (Düringer-Hachenburg I 27).

Auch der Arzt als solcher (ebenso der Zahnarzt) betreibt im Sinne des HGB. kein Gewerbe, sondern „dem Wesen der Sache und der allgemeinen Auffassung nach“ einen wissenschaftlichen Beruf (Dernburg I § 95⁹). Die Einbeziehung der Ärzte unter die Gewerbetreibenden (§ 29 GewD.) kann nur auf die besonderen und ausdrücklichen Bestimmungen der Gewerbeordnung bezogen werden; sie hat keineswegs die Ärzte allseitig ihren Vorschriften unterworfen (§ 6 Abs. 1 GewD.). Bedeutungslos ist auch für unsere Frage, wenn im Sinne von Steuergesetzen (z. B. Reg. v. 13. Mai 1870; vgl. RG. 39, 134) oder im Sinne des Gef. über unlauteren Wettbewerb (vgl. Pinner UnW. 12) die ärztliche Tätigkeit als Gewerbe angesehen wird. Wie aber, wenn der Arzt zugleich Inhaber einer Heilanstalt ist? Dann ist zu unterscheiden: ob der Anstaltsbetrieb sich als Förderungsmittel der, wenn auch mit Gewinnbezug verbundenen, ärztlichen Berufstätigkeit unterordnet — in diesem Falle kein Gewerbe —; oder ob er selbständiges Mittel zur Erzielung einer dauernden Einnahme-

quelle, ob er Selbstzweck ist — in diesem Fall Gewerbe. Danach fehlt z. B. das § 1. Moment der Gewerbsmäßigkeit, wenn der Arzt wesentlich für Lehr- und Unterrichtszwecke, für eigene Fortbildung, fachgemäße Ausübung seines Berufes usw. eine Anstalt hält, selbst wenn hierbei eine mäßige Verzinsung des Anlagekapitals erzielt wird. Andererseits ist es z. B. vorhanden, wenn der Arzt hauptsächlich gerade aus der Gewährung von Aufenthalt und Unterhalt Gewinn zu ziehen beabsichtigt, wofür als Moment ins Gewicht fällt, daß die Kranken in der Hauptsache nicht von ihm, sondern von anderen Ärzten (Hausärzten, Spezialisten) behandelt werden (RG. in NZA. 2, 27 und in OLW. 8, 89; PrOW. in DZ. 98, 331). Die Grenzlinie wird oft schwer zu ziehen sein. Gegen diese Unterscheidung und für die Verneinung der Kaufmannseigenschaft in allen Fällen hat sich Marcus ausgesprochen („Recht“ 04, 9 ff.). Der ärztliche Anstaltsinhaber kann übrigens nur Kaufmann im Sinne des § 2, nie im Sinne von Abs. 2 des § 1, etwa der Nr. 1 dort sein, weil in der Anschaffung der Waren (Nahrungs-, Genuß-, Heilmittel usw.) und Verabreichung an die Kranken nicht der Gegenstand des Unternehmens zu finden ist (NZA. 2, 25; s. auch Anm. 85).

Theaterunternehmungen sind in der Regel gewerbliche, weil sie im allgemeinen wirtschaftliche Selbstzwecke verfolgen und dauernde Einnahmequellen bilden sollen; Ausnahmen sind denkbar (s. auch § 2 Anm. 3).

es) Gewerbsmäßigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen Anm. 10. als gewinnföchtigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder wie bei einer Sparkasse gemeinnützigen Zwecken (OLW. Jena in NZA. 2, 23), oder wie beim gewerbetreibenden Staat der öffentlichen Wohlfahrt (s. auch § 36 Anm. 10 über den Staat als Kaufmann). Derartige Endzwecke des Gewerbebetriebes heben den Begriff des Gewerbebetriebes erst dann auf, wenn die Absicht der Gewinnerzielung überhaupt nicht besteht, wenn etwa die Handhabung der Geschäfte in der Weise erfolgt, daß nur die Selbstkosten gedeckt werden (s. Anm. 7), oder wenn etwa die Statuten eines kirchlichen Vereins, der Herbergen und Kofthäuser für wandernde Gefellen usw. unterhält, unter Ausfchluß der Gewinnabsicht die Pflege kirchlichen Sinnes und Lebens als Zweck verfolgen (RG. in NZA. 4, 206). War aber dieser Ausfchluß in dem vom RG. (a. a. D.) entschiedenen Falle gegeben? Dort erschien vielmehr durch die wirtschaftlichen Einzelunternehmungen des kirchlichen Vereins die Gewinnerzielung beabsichtigt, und dann ist es gleichgültig, ob der Unternehmer den erzielten Gewinn für die Zwecke kirchlichen Lebens verwendet. Wird aber Gewinnerzielung beabsichtigt, so ist es gleichgültig, daß der Unternehmer den erzielten Gewinn zu anderen Zwecken zu verwenden gedenkt.

- f) Liegen die angegebenen Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit vor, dann ist jedes, auch Anm. 10a. das erste, auf Grund der Absicht dauernden Gewinnes abgeschlossene Geschäft als gewerbsmäßig anzusehen; desgleichen auch die sog. Vorbereitungsgefhäfte, z. B. der Ankauf der Einrichtungsgegenstände, das Engagieren der Gehilfen, die Anschaffung der Ware, deren Veräußerung in jener Absicht bezweckt wird (RGSt. 27, 227; weitere Judikatur s. Anm. 15 zu § 123 u. Erl. zu § 343). Würde jemand nach dem ersten Geschäft vom Erschlage gerührt, so wäre er als Kaufmann gestorben (Vierle § 17).

- g) Weitere Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit gibt es nicht.

Anm. 11.

Es gehört zur Gewerbsmäßigkeit nicht ein gewisser Umfang des Betriebes. Dieser hat vielmehr höchstens auf die Frage der Eigenschaft als Vollkaufmann Einfluß (§ 4), im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 freilich auch auf die Eigenschaft als Kaufmann. Aber er ist in diesen Fällen ein selbständiges Merkmal neben der Gewerbsmäßigkeit.

Nicht gehört zur Gewerbsmäßigkeit, daß der auf den Abschluß einer Reihe Anm. 12. von Geschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber kundgibt. Das Gegenteil nimmt zwar das RG. an (ZW. 94, 19⁴⁶), dem sich viele Schriftsteller an-

§ 1. schließen (f. Goldmann I 3). Allein auch für das Gebiet des Strafrechts wird dieses Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht aufgestellt (Ulshausen Anm. 2 zu § 260 StGB.). — Vgl. unten Anm. 30, wo die Manifestation gegenüber dem Publikum als selbständiges Erfordernis der Kaufmannseigenschaft ebenso abgelehnt wird, wie sie hier als Element der Gewerbsmäßigkeit abgelehnt wird.

Anm. 13. d) Ob im Einzelfall gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und tatsächlicher Beurteilung der konkreten Sachlage (RDSt. 14, 117). Wer aus der Gewerbsmäßigkeit rechtliche Folgerungen zu seinen Gunsten herleiten will, muß sie dartun und beweisen. Die Eideszuschiebung genügt dazu im allgemeinen nicht (LG. München in JHR. 42, 496).

Anm. 14. b) Ein Handels-Gewerbe muß vorliegen. Darüber, wann das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, enthält das StGB. genaue Bestimmungen, die für den Begriff „Gewerbe“ fehlen (Anm. 6). Es verhalten sich hierüber der Absatz 2 des vorliegenden Paragraphen und der § 2. Ob ein Handelsgewerbe im wirtschaftlichen Sinne (oben Anm. 2) vorliegt, ist belanglos. — Näheres weiter unten Anm. 31 ff. und zu § 2.

Anm. 15. 3. Betreiben muß die Person das Handelsgewerbe, damit sie Kaufman sei.

a) Dazu gehört, daß die Geschäfte im Namen der betreffenden Person, des „Geschäftsprinzipals“ (Geschäftsherrn), abgeschlossen werden (RG. 13, 146; RG. in RGZ. 26 A. S. 214).

Nicht notwendig auf den Namen der betreffenden Person, wie öfters ungenau, statt „im“ Namen gesagt wird. Weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Schulze, der Müllers Geschäft mit der Firma Müller übernommen hat, ist derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt.

Anm. 16. Im Namen der betreffenden Person müssen also die Geschäfte geschlossen werden.

a) In diesem Sinne betreibt das Geschäft derjenige, welcher die Rechte und Verpflichtungen aus dem Geschäft überkommt, der Herr des Geschäfts im juristischen Sinne (RGZ. 26 A. S. 214). An sich kann man Handelsgeschäfte auch im Namen eines anderen betreiben (f. §§ 49 u. 54). Die Definition wäre daher präziser gewesen, wenn sie vom Betreiben der Handelsgeschäfte in **eigenem Namen** gesprochen hätte (Thöl § 38; Werke § 12), aber es ist unzweifelhaft, daß dies gemeint ist.

β) In diesem Sinne betreibt das Handelsgewerbe nicht bloß derjenige, der es durch persönliche Tätigkeit betreibt, sondern auch der, welcher es mit fremder Hilfe durch Dritte betreiben läßt, z. B. die Ehefrau durch den Ehemann (RGSt. in JW. 93, 419¹), die Witwe durch den Prokuristen.

Anm. 17. γ) Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch für Rechnung dessen gehen, in dessen Namen sie geschlossen werden, daß ihm der Ertrag zukommt (Thöl § 38; RG. 37, 61 und im SächlVrh. 6, 586; zust. BayObLG. in DLR. 3, 406 und RG. dort 8, 248; f. a. Anm. 29). Umgekehrt ist derjenige nicht Kaufmann, für dessen Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, wenn dies nicht in seinem Namen geschieht. Nur darf der Geschäftsinhaber, in dessen Namen der Betrieb erfolgt, nicht einfach vorgeschoben sein, z. B. ein Wickelkind von seinem Vater (RG. 3, 120; 37, 61).

Anm. 18. δ) Nicht erforderlich ist, daß die Betriebsmittel dem Prinzipal gehören (Cosack § 7 S. 23).

Nach alledem (α bis δ) ist, um Beispiele anzuführen, nicht Kaufmann der Prokurist, der Handlungsgehilfe (RG. in JW. 02, 424²⁹), der Liquidator einer ihm fremden Gesellschaft, der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft (RG. in JW. 90, 70⁶), der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Aktionär als solcher, das Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solches, der stille Gesellschafter, der Konkursverwalter (Jaeger § 6²²; f. a. unten Anm. 25), der Bevormundete, wenn der Vormund das Gewerbe zwar für Rechnung des Mündels, aber im eigenen Namen betreibt. Wohl aber ist Kaufmann der Vormund im letzteren

Falle, das persönlich haftende Mitglied einer stillen oder einfachen Kommanditgesellschaft, § 1. der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, dieser jedoch nur in seiner Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann“ (Thöl § 38; Hahn § 5; RSt. 29, 348; f. auch RStG. 14, 281; 16, 380; anders Buchelt Art. 4, 10; Welsch S. 41). Ob der Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft Kaufmann ist, darüber soll an zuständiger Stelle gehandelt werden (Anm. 11 zu § 320). Der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist kein Kaufmann, er ist nur Mitglied einer juristischen Person. Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist kein Kaufmann (vgl. § 161 Anm. 6). Zwar wird das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben (§ 161), aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur derjenige betrachtet, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt (oben Anm. 16). Als Kommanditist aber riskiert er nur ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschaft, ist aber kein Unternehmer eines Handelsgeschäfts. Die Frage ist streitig (vgl. die Dissertationen von Selligmann und Kiehlhorn über die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten); zustimmend Gierke § 12; Goldmann § 7²; a. M. Lehmann Nr. 13 unter Hinweis auf RSt. 32, 399, das aber nur die Frage entscheidet, ob der Kommanditist als Zeuge vernommen werden kann (vgl. hierüber Anm. 17 zu § 161).

Über den, der zulässt, daß ein anderer in seinem Namen ein Anm. 19. Handelsgewerbe betreibt, f. Anm. 12 zu § 15.

b) Rechtsgültig muß der Betrieb sein.

Anm. 20.

- a) Wenn auch jede rechtsfähige Person Subjekt des Handelsgewerbes sein kann (Anm. 4), so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbständig ein Gewerbe zu betreiben, d. h. zum Gewerbebetrieb gehörige Rechtsakte mit voller Wirksamkeit in eigener Person und ohne fremde Mitwirkung vorzunehmen. Dies kann vielmehr nur, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen im Rechtsverkehr (Dernburg I §§ 60 ff.), wer geschäftsfähig ist, d. h. wer fähig ist, selbständig, durch eigene Handlungen, seine Rechte und Pflichten zu gestalten (§§ 104 ff. BGB.). Wem diese Fähigkeit in vollem Umfange mangelt („Geschäftsunfähige“ § 104 BGB.) oder nur in beschränkter Weise zusteht („in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte“, §§ 106, 114 BGB.), der bedarf zum gültigen Handelsgewerbebetriebe der Zustimmung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen Person. Führt aber jemand ein Geschäft ohne die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gewerbebetriebes, z. B. ein Minderjähriger ohne Einwilligung des Vormunds, so ist dies kein Handelsgewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes; er wird dadurch nicht Kaufmann, seine Geschäfte sind nicht Handelsgeschäfte, er kann insbesondere auch nicht wegen unterlassener Buchführung bestraft werden (RSt. 26, 94; 36, 357).

Im einzelnen ist hier zu erwähnen: Geistesranke können ein Handels- Anm. 21. gewerbe selbstständig überhaupt nicht betreiben (§§ 104, 105 BGB.), ebenso wenig Kinder unter 7 Jahren. — Minderjährige über 7 Jahre (näheres: Frankenburg, Minderjährige als Kaufleute in Hildheim 8, 91) bedürfen der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormunds), die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch allgemein zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts erteilt werden kann (§§ 107, 112 BGB.). Dann ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, und insoweit auch prozeßfähig (§ 52 CPO.). Diese Regel gilt auch für einzelne Akte, die der Gewalthaber seiner Genehmigung vorbehalten oder gar verboten hat. Vorbehalt und Verbot sind bedeutungslos (Planck § 112¹; Cosack § 12^{9a}; a. M. Düringer-Hachenburg I 15). Die erteilte Ermächtigung kann nur mit Genehmigung des Gerichts zurückgenommen werden. Hauskinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter elterlicher Gewalt, welche die Vertretung des Kindes um-

§ 1.

faßt; für sie gilt hinsichtlich des selbständigen Gewerbebetriebes das, was für Minderjährige überhaupt gilt (§§ 1626, 1630 BGB.). Ein Volljähriger steht unter väterlicher Gewalt nicht mehr. Dem Volljährigen steht der für volljährig Erklärte gleich (§ 3 Abs. 2 BGB.). Der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte steht in Ansehung der Geschäftsfähigkeit dem Minderjährigen über 7 Jahre gleich (§ 114 BGB.). — Für die Unselbständigen (Bvormundeten oder Hauskinder) kann der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Vater) das Gewerbe in ihrem Namen betreiben. Will er im Namen des Mündels, bzw. Kindes, ein neues Erwerbsgeschäft beginnen, oder der Vormund (nicht der Vater!) ein bestehendes auflösen, so „soll“ er dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen. In diesen Fällen handelt es sich ausnahmsweise nur um eine Ordnungsvorschrift, die Kaufmannseigenschaft wird dadurch nicht berührt, die Eintragung in das Firmenregister, die Wirksamkeit der vorgenommenen Einzelgeschäfte dadurch nicht gehindert, daß die Genehmigung nicht eingeholt oder versagt ist (§§ 1823, 1897, 1645 BGB.). Das Einschreiten ist Sache des Vormundschaftsgerichts (zuft. RG. in NZM. 1, 105). Nach § 1827 Abs. 2 BGB. soll das Vormundschaftsgericht den über 18 Jahre alten Mündel vor Beginn oder Auflösung eines Geschäftes, soweit tunlich, hören. Zur Fortführung des dem Mündel ohne Entgelt zufallenden Geschäfts und zur Führung eines Geschäfts im eigenen Namen bedarf es auch dieser Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter nicht. Dagegen bedarf der Vormund zur Gültigkeit eines Vertrags, der im Interesse des Mündels auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Geschäfts gerichtet ist, und zur Abschließung eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr. 3 BGB.): das gleiche gilt vom Vater des Hauskindes (§ 1643 BGB.). — Außerdem ist darauf aufmerksam zu machen, daß der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Vater) zu verschiedenen Arten von Rechtsakten die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht, und zwar auch dann, wenn der Gewerbebetrieb genehmigt ist, oder der Genehmigung nicht bedarf (§§ 1643, 1820, 1822 BGB.). In den gleichen Fällen bedarf auch der beschränkt Geschäftsfähige, der die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zum Gewerbebetrieb erhalten hat und dadurch insoweit unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, der Genehmigung des Gewalthabers und des Vormundschaftsgerichts (§ 112 BGB.). Das sind insbesondere Verträge über Grundstücke, Aufnahme von Darlehen, Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, von Bürgschaften, Erteilung einer Procura usw. Doch kann das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung zu gewissen Geschäften, nicht zu allen, ein für allemal erteilen (§ 1825 BGB.), und zwar dem gesetzlichen Vertreter, nicht dem Minderjährigen für seinen Geschäftsbetrieb (a. M. Düringer-Hachenburg I 15; gegen ihn Pland § 1825⁶; Cosack § 12 II*). Ohne die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sind alle diese Geschäfte unwirksam.

Die elterliche Nutznießung erstreckt sich auf den Ertrag eines Geschäftes, das der elterliche Gewalthaber im Namen des Hauskindes betreibt (näheres § 1655 BGB.). Sie fällt weg, wenn das Geschäft zum freien Vermögen gehört, also insbesondere auch dann, wenn das Kind den Gewerbebetrieb mit Ermächtigung selbständig führt (§ 1651 Nr. 1 BGB.).

Über die Fähigkeit der Frau zum Betrieb des Handelsgewerbes s. Allg. Einl. Anm. 38 ff.

Anm. 22

- β) Zur Rechtsgültigkeit des Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte **um ihrer selbst willen nicht ungültig** sind. Der Gewerbebetrieb eines Wucherers fällt zwar äußerlich unter § 1 Nr. 4, aber seine Geschäfte sind wegen § 138 BGB. nichtig, sein Gewerbebetrieb daher kein Handelsgewerbe, er selbst nicht Kaufmann, wenn er es nicht aus anderen Gründen ist. Das gleiche gilt vom gewerbsmäßigen Betrieb ungültiger Börsentermingeschäfte und Differenzgeschäfte (zustimmend Lehmann-Ring § 7 und Nr. 4).

Dagegen reicht die bloße Ansehbarkeit der Geschäfte, der Umstand, daß der Gewerbe- § 1.
betrieb ganz oder zum Teil auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmanns-
eigenschaft zu verneinen (vgl. Bolze 18 Nr. 253). Desgleichen reicht dazu ein Verbot
des öffentlichen Rechts (§ 7; f. a. unten Anm. 26) oder des Privatrechts (§§ 60, 72,
112, 236) oder eines Privatvertrages nicht aus (f. Erl. zu § 7).

D. Wo diese drei (zu C. 1, 2, 3 aufgestellten) Erfordernisse zusammentreffen, ist Kaufmanns- Anm. 23.
eigenschaft vorhanden, und zwar

1. soweit sie vorhanden sind. Die Kaufmannseigenschaft ergreift nicht die Gesamtpersönlich-
keit, — abgesehen von juristischen Personen, die, wie die Aktiengesellschaften, kraft ihrer
Rechtsform ganz Kaufleute sind — sondern nur das Gebiet ihres kaufmännischen
Betriebs. „Sie ist nicht eine die ganze rechtliche Individualität durchdringende Standes-
qualität, sondern eine dem Betrieb des Handelsgewerbes entspringende Folgerung; jenseits
dieses Gebiets kommt sie nicht weiter in Betracht“ (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 32).
Der Beamte, der Anwalt, der Staat als Inhaber eines Bank- oder Fabrikgeschäftes
unterliegen außerhalb des Handelsgewerbebetriebs dem bürgerlichen Recht (unten
Anm. 28; vgl. auch § 3 Anm. 14: Landwirt mit kaufmännischem Nebengewerbe). Betreibt
eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Vollkaufmann, mit
Bezug auf das andere Minder- oder Nichtkaufmann sein (RDHö. 11, 343). Doch trifft
dies nur zu, wenn wirklich mehrere getrennte Gewerbebetriebe stattfinden, nicht z. B.
wenn ein technischer Betrieb die Grundlage für den Betrieb eines Handelsgewerbes bildet,
wie dies beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist (RDHö. 11, 387). — Sind kauf-
männischer und sonstiger Gewerbebetrieb nicht getrennt („gemischte Gewerbebetriebe“ —
Cosack § 8 III), so ist der Gewerbetreibende Kaufmann, wenn der kaufmännische Teil eine
gewisse Selbständigkeit gegenüber dem sonstigen hat; z. B. wenn ein kleiner Logierwirt eine
Restauration auch für Nichthotelgäste betreibt.
2. so lange jene Erfordernisse vorhanden sind; für Beginn, Fortdauer und Ende sind Anm. 24.
sie entscheidend (RDHö. 17, 168; RG. 13, 152). Daher hat derjenige, der die Kaufmanns-
eigenschaft behauptet, die tatsächlichen Unterlagen hierfür beizubringen und zu beweisen, daß
der Betreffende zur fraglichen Zeit ein Handelsgewerbe betrieben hat (f. a. Anm. 20). Über
den Beginn des Gewerbebetriebs f. oben Anm. 10a und § 343 Anm. 14 ff. Er setzt nicht
voraus, daß man sich sofort persönlich mit der Führung des Geschäfts befaßt (RG. in
JW. 99, 372²⁰). Eine rechtliche Vermutung, daß jemand, der Kaufmann gewesen ist, es
auch verbleibt, besteht nicht. Ein Rechtsatz, daß Veränderungen nicht vermutet werden,
gilt im heutigen Zivilprozeß nicht (Bolze 4 Nr. 12 30, 13 Nr. 658). Indessen ist nicht aus-
geschlossen, daß sich die Beweislast durch faktische Vermutungen umkehrt (RDHö. 19, 37;
RG. bei Gruchot 36, 1068). Hier werden die regelmäßigen Erfahrungssätze des Lebens
(vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 58 ff.) eine große Rolle spielen. Auch ändert sich diese
Beweislast, sobald die Eintragung erfolgt ist (Anm. 7 zu § 5, ferner Anm. 16 im Erg. zu § 8).

Die Kaufmannseigenschaft hört auf beim Wegfall eines der gesetzlichen Erfordernisse. Anm. 25.

Verliert z. B. der Kaufmann die Geschäftsfähigkeit und betreibt er gleich-
wohl das Gewerbe selbst weiter, so ist dies doch kein Gewerbebetrieb im gesetzlichen
Sinne mehr (f. oben Anm. 20). Insbesondere aber hört die Kaufmannseigenschaft auf,
wenn der Gewerbebetrieb eingestellt wird. Der Umstand, daß zeitweilig keine
Geschäfte abgeschlossen werden, reicht dazu nicht aus (RDHö. 8, 47). Beim Eintritt des
Konkurses ist dies für die Regel der Fall, nicht bloß dann, wenn der Konkursverwalter
den Betrieb einstellt (RG. 13, 152), sondern auch, wenn er das Geschäft fortführt, weil sich die
Aktie des Verwalters als obrigkeitlicher Zwangsverkauf einer beschlagnahmten Vermögens-
masse darstellen (vgl. RG. 29, 29), ferner auch weil sie ohne die Absicht auf eine dauernde
Einnahmequelle den eng begrenzten Zweck verfolgen, die vorhandenen Schulden und die
Verwaltungskosten zu decken (f. oben Anm. 7 u. 8; zustimmend RG. in JW. 02, 186;
Jaeger § 6²², jetzt auch Cosack 25²¹; f. auch Pahn § 4 zu Art. 4). Anders wenn der Kredit

§ 1. nach der Konkursöffnung fortführt, gewerbmäßig Handelsgeschäfte zu betreiben; dann bleibt er Kaufmann (RÜ. 13, 152). Bei den juristischen Personen hört durch die Konkursöffnung wie ihre Rechtsfähigkeit (vgl. § 42 BGB.; § 292 Nr. 3 HGB.) so ihre Kaufmannseigenschaft auf (Rehmann-Ring Nr. 34). Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, ihr Eintritt in den Liquidationszustand beendet die Kaufmannseigenschaft nicht unbedingt sofort. Ist das Handelsgewerbe zur Zeit der Auflösung noch vorhanden und wird es liquidiert, so liegt darin immer noch der Betrieb eines Handelsgewerbes. Zwar haben die Gesellschafter beschlossen, das Handelsgewerbe nicht mehr dauernd zu betreiben, aber was nunmehr geschieht, sind doch immer noch Gewerbebetriebsakte, wenn auch die letzten. Die so abgegeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RÜGB. 23, 144; Düringer-Hachenburg I 36; Makower 4). Auch die juristischen Personen verlieren während der Liquidation nicht unbedingt die Kaufmannseigenschaft (§ 49 Abs. 2 BGB.; § 294 Abs. 2 HGB.). Ebenso wird der Einzelkaufmann dadurch nicht Nichtkaufmann, daß er beschließt, das Gewerbe einzustellen und nur noch „liquidiert“. So sagt auch das RÜ. (in ZW. 03, 64⁹): „Auch die von einem Kaufmann zum Zweck der Liquidation geschlossenen Verträge gehören zum Betriebe des Handelsgewerbes.“ Die Veräußerung des ganzen Handelsgeschäfts ist für die Regel, aber nicht notwendig, der letzte Akt kaufmännischer Tätigkeit; dann z. B. nicht, wenn es erst einige Zeit nach Vertragsschluß zu übergeben ist und bis dorthin fortgeführt wird (RÜ. in ZW. 99, 494⁹²; vgl. auch § 343 Anm. 26). Im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 endlich hört die Kaufmannseigenschaft auch dann auf, wenn das Gewerbe einen so geringen Umfang annimmt, daß es keine kaufmännische Einrichtung mehr erfordert. Aber in diesen Fällen gilt der Eingetragene für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann vermöge des § 5 (s. die Erl. zu diesem).

Anm. 26. E. Es ist unzulässig, weitere Erfordernisse für die Kaufmannseigenschaft aufzustellen.

1. Zu ihrer Begründung gehört nicht die Beobachtung der einschlägigen öffentlichrechtlichen, insbes. polizeilichen und steuerrechtlichen Vorschriften, noch ist es erheblich, daß diese Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetrieb überhaupt entgegenstehen (s. hierüber zu § 7; f. a. oben Anm. 22 a. E.).

Anm. 27. Auch die Eintragung in das Handelsregister ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 nicht erforderlich, also wenn die Kaufmannseigenschaft durch den Betrieb eines reinen Handelsgewerbes begründet wird. Anders im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2.

- Anm. 28. 2. Der Betrieb des Handelsgewerbes braucht nicht den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf zu bilden (RÜSt. 8, 147). Der Gewerbebetrieb braucht nicht „die Grundlage der sozialen Existenz zu sein“ (Mörsel 30). Auch der Künstler, der Beamte, der Soldat, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, ist für diesen Betrieb Kaufmann (oben Anm. 23).

- Anm. 29. 3. Der Betrieb der Handelsgeschäfte braucht nicht von Grund aus auf freiem Entschlusse zu beruhen. Es können auch Gesetze und Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend einwirken, ohne daß die Kaufmannseigenschaft beseitigt würde. So ist der Apotheker Kaufmann, obgleich er hinsichtlich der Waren und ihrer Preise gesetzlichem Zwang unterliegt (RÜZ. 3, 10; RÜSt. 24, 426; RÜ. in ZW. 95, 228; OÖ. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1160). Ebenso der Lotteriekollekteur (RÜGB. 23, 213). Ebenso der Pächter eines Stadttheaters trotz der ihm vom Stadtrat auferlegten Beschränkungen (OLG. Dresden in OLGR. 8, 250). Ein Restaurateur, der im eigenen Namen für eigene Rechnung Speisen und Getränke verabfolgt, büßt seine Kaufmannseigenschaft dadurch nicht ein, daß er vertragsmäßig verpflichtet ist, ausschließlich von einer bestimmten Firma Weine zu beziehen und sie zu festgestellten Preisen abzugeben, auch ein festes Gehalt als teilweisen Ersatz seiner Dienste und Spesen von jener Firma bezieht (Volze 9 Nr. 232; zustimmend OLG. München RÜZ. 23 D. C. 17).

4. Nicht erforderlich ist ferner, daß der Handeltreibende dem Publikum gegenüber als solcher § 1. auftritt. Das R.D.H.G. (22, 303) hat das Gegenteil ausgesprochen, das Reichsgericht scheint Anm. 30. sich unserem Standpunkt zuzuneigen (Volge 18 Nr. 253). Dem R.D.H.G. folgen die meisten Schriftsteller. Das Erfordernis kann nicht anerkannt werden, weil das Gesetz es nicht aufstellt und es in der Natur der Sache nicht begründet ist. Nur ist andererseits zu betonen, daß in dem wenn auch häufigen Abschluß von Erwerbsgeschäften in der Mehrzahl derjenigen Fälle, in denen es heimlich geschieht, die Kaufmannseigenschaft deshalb nicht vorliegen wird, weil der Begriff der Gewerbsmäßigkeit fehlen wird, indem jene Geschäftsabschlüsse trotz ihrer Häufigkeit den Charakter der Gelegentlichkeit (Anm. 8) an sich tragen werden. So wenn Ärzte, Richter, Anwälte, Ehefrauen in Wertpapieren spekulieren (f. z. B. Volge 2 Nr. 712, wo entschieden ist, daß eine Ehefrau dadurch noch nicht Handelsfrau wird, daß sie jahrelang dauernd Spekulationsgeschäfte durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat). — Vgl. oben Anm. 12, wo dargelegt ist, wie das Reichsgericht das Merkmal der Willensmanifestation gegenüber dem Publikum als dem Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit wesentlich betrachtet, jedoch unseres Erachtens auch dies zu Unrecht.

II. (Abs. 2.) Die erste Klasse der Handelsgewerbe.

Anm. 31.

- A. Vorbemerkung. Wie oben in der Einleitung gezeigt, enthält Abs. 2 unseres Paragraphen nicht eine erschöpfende Definition des Begriffes Handelsgewerbe, sondern zählt nur eine Klasse von Handelsgewerben auf. Und zwar diejenigen Handelsgewerbe, die unmittelbar dadurch begründet werden, daß die betreffende Person eine der hier aufgezählten Arten von Geschäften gewerbsmäßig abschließt; allein auf den Gegenstand des Gewerbebetriebs ist das entscheidende Gewicht gelegt. Anders bei der zweiten Klasse (§ 2). Die Gewerbe aus § 2, bei denen die Betriebsweise zum Merkmal erhoben ist, werden erst durch die hinzukommende Eintragung Handelsgewerbe; es besteht Eintragungszwang. Der § 3 Abs. 2 schafft keine neue Klasse von Handelsgewerben; die dort erwähnten fallen begrifflich unter § 1 oder § 2 — nur ist die Eintragung, in beiden Fällen Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft, ein Recht, aber keine Pflicht des Unternehmers.

Treffende Namen mit allgemeinem Anklang sind noch nicht gefunden worden. Aus der Leporello-Liste seien hervorgehoben: reine und hypothetische Handelsgewerbe (Staub in der 6./7. Aufl.); natürliche (§ 1) und künstliche (§§ 2, 3), (Lehmann-Ring); absolute und relative (Goldmann); Muß- (§ 1), Soll- (§ 2), Kannkaufleute (§ 3), (Simon); Kaufleute kraft Gesetzes und kraft Eintragung (entweder zwangsweiser oder freiwilliger, Cosack); Berufskaufleute und Registerkaufleute (Dernburg). Das rechte Wort fehlt noch. Will man nur deutlich sein, so mag man sagen: Handelsgewerbe kraft Gegenstands des Gewerbes (§ 1) und kraft Betriebsart des Gewerbes und Eintragung (§ 2).

Ohne Rücksicht auf den Gegenstand, nur wegen ihrer Rechtsform hat das HGB. gewisse Unternehmen zu Handelsgewerben (fingierten) und ihre Träger, durchweg jur. Personen, zu Kaufleuten (Kaufleuten kraft Rechtsform) erklärt. Über diese Gruppe s. § 6 Abs. 2.

Indem wir zu der Darstellung der Handelsgewerbe übergehen, können wir nicht umhin, in Erinnerung an das alte Recht zu erwähnen, daß das neue HGB. den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte abgeschafft hat. Es gibt keine Geschäfte mehr, welche, einzeln abgeschlossen, um ihrer selbst willen Handelsgeschäfte sind. Die im Art. 271 des alten HGB. aufgezählten Handelsgeschäfte sind (bis auf das Darlehn gegen Verbodmung, „da es als Gegenstand eines selbständigen Handelsgewerbes nicht vorkommt“, D. 12) nunmehr eingereiht worden in den Kreis derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bedeutet. Sie sind nach früherer Terminologie relative Handelsgeschäfte, nach der jetzigen Rechtslage reine Grundhandelsgeschäfte geworden, da ihr Betrieb von selbst ohne hinzukommende Eintragung zum Kaufmann macht. (Der Ausdruck Handelsgrundgeschäfte, den die 6./7. Aufl. gebrauchte, hat sich nicht eingebürgert.)

- § 1. B. Die 9 Arten der reinen Grundhandelsgeschäfte.** Der Katalog ist ein erschöpfender und schließt jede Analogie aus (RG. in RM. 2, 230). Das Wort „Handelsgeschäft“ wird übrigens im Leben und im Gesetz in zweierlei Bedeutung gebraucht: zur Bezeichnung einer Handelsniederlassung (z. B. §§ 22, 23, 24, 26; f. § 13 Anm. 3) oder eines einzelnen Rechtsgeschäfts (hier und insbes. §§ 343—372 und Überschrift des dritten Buches); vgl. Gareis, Lehrbuch 29.
- Anm. 33. Nr. 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.**

1. **Allgemeines.** Nach dem alten HGB. waren die Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung einerseits und die Veräußerung in der Absicht der Anschaffung andererseits zwei selbständige absolute Handelsgeschäfte. Die absoluten Handelsgeschäfte sind abgefaßt, und es kommen diese beiden Geschäfte fortan nur noch als Grundgeschäfte des Handelsgewerbes in Betracht. Es war hierbei ganz korrekt, wenn das neue HGB. diese beiden Geschäfte miteinander verband: Anschaffung und Weiterveräußerung. Denn innerhalb eines Gewerbebetriebes, der ja aus einem Komplex von Geschäften Gewinn erzielt, kommen sie nur vereint auf Umsatz gerichtet in Betracht. Ein Handelsgewerbe kann nicht allein aus Anschaffungs- oder allein aus Veräußerungsgeschäften bestehen, wenngleich diese, für sich betrachtet, Handelsgeschäfte sein können, sondern setzt ihre Verbindung voraus, welche durch die Absicht hergestellt wird (Goldmann I 10). Es genügt also nicht ein bloß äußerliches Neben- oder Nacheinander, z. B. die gewerbsmäßige Veräußerung von Kunstgegenständen, deren Besitz dem Sammler leid geworden ist, oder die Anschaffung neuer an Stelle veräußerter alter Inventarstücke (Cosack 28; Lehmann-Ring Nr. 42).

Der auf Anschaffung und Veräußerung gerichtete Gewerbebetrieb kann sich auch schon in solchen Geschäften betätigen, welche eine Anschaffung oder Veräußerung darstellen, sofern die diesen Geschäften zugrunde liegende Absicht ihnen das Gepräge aufdrückt, vermöge dessen sie Elemente eines auf Anschaffung und Veräußerung gerichteten Gewerbebetriebes bilden. Auch ist es selbstverständlich, daß es nunmehr gleichgültig ist, ob die Anschaffung oder die Veräußerung vorangeht, da ja eben gerade beide Geschäfte zusammengefaßt sind: die Anschaffung zum Zwecke der nachfolgenden Veräußerung, und die Veräußerung in der Absicht der nachfolgenden Anschaffung.

- Anm. 34. 2. Die Anschaffung.** Anschaffung ist „abgeleiteter entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden“, wie das RG. im Plenarbeschuß v. 30. 6. 92 (31, 17) definiert. Die „Anschaffung“ bezeichnet seit dem 1. Januar 1900 den obligatorischen Vertrag, die causa des auf die Übertragung des Eigentums gerichteten dinglichen Rechtsgeschäfts (§§ 929—931, 873 BGB.), wie Goldmann (I 10) mit Recht hervorhebt.

Anm. 35. Im einzelnen sind hiernach Anschaffungsgeschäfte im Sinne dieses Paragraphen: vor allem der Kauf, den das Gesetz früher (Art. 271) *exempli causa* erwähnte und voranstellte; sodann die Bestellung zur Lieferung eines Werkes; der Tausch, die Annahme an Zahlungsstatt (§ 364 BGB., ein im Handelsverkehr ziemlich häufiger Fall, z. B. bei Wechseln RGSt. 11, 146, oder bei Waren, wenn der Vermögensverfall des Schuldners droht); das *depositum irregulare* (f. § 700 BGB., wobei ein besonderes Entgelt nicht vereinbart zu werden braucht, die Pflicht zur Rückgabe gleichwertiger Stücke genügt, RG. 42, 9); die *locatio conductio irregularis*; das *pignus irregulare*, insbes. (RG. 21, 36) die uneigentlichen Lombardgeschäfte, d. h. diejenigen Geschäfte, bei denen der Darlehnsgeber, der Wertpapiere zu seiner Sicherheit erhält, befugt ist, an Stelle der empfangenen Wertpapiere andere von gleicher Art zurückzugewähren.

Von diesen Geschäften kommen für den vorliegenden § 1 Nr. 1, d. h. als Grundgeschäfte eines Handelsgewerbes, hauptsächlich in Betracht der Kauf, der Tausch und

der Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB. Die Annahme an Erfüllungs Statt § 1. wird als Grundgeschäft eines Gewerbes wohl kaum vorkommen und die uneigentlichen Depot- und Lombardgeschäfte gehören als Grundgeschäfte des Handels nicht unter Nr. 1, sondern unter Nr. 4 unseres Paragraphen.

Anschaffungsgeschäfte liegen nicht vor:

Anm. 36.

- a) wenn die Absicht eines Eigentumserwerbes fehlt; Beispiele: Miete, Annahme zum regulären Pfande (vgl. RG. 21, 36);
- b) wenn die Entgeltlichkeit fehlt; Beispiele: der Erwerb durch Schenkung, durch Empfang zur Mitgift, der Erwerb von Todes wegen (auch weil kein Geschäft unter Lebenden vorliegt);
- c) wenn kein Vertragsgeschäft oder überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt; Beispiele: Erwerb durch Aneignung — Finden, Okkupation, Jagd — oder Erzeugung (s. a. Anm. 37) oder Spezifikation oder sonstige originäre Art; durch Delikt (Behrend § 26⁷); durch Spiel oder Wette (Goldschmidt I § 47⁵). Vgl. hierzu überall RG. 31, 18.
- d) Kein Anschaffungsgeschäft ist ferner die Übernahme der Aktien durch die Simultangründer. Denn nicht die Aktienurkunden sind die vertragliche Gegenleistung für die Einlage, sondern die Aktienrechte. Die Aktienrechte sind aber nicht Gegenstände, die durch abgeleiteten Erwerb aus fremdem Vermögen in das des Gründers übergehen, also „angeschafft“ werden, die Anteilsrechte entstehen vielmehr als Rechte des Gründers. Dies hat das Reichsgericht in dem in Anm. 34 zitierten Plenarbeschluß zutreffend ausgeführt, im Gegensatz zur konstanten früheren Praxis (vgl. frühere Urteile RG. 22, 128; 26, 35). Dieselben Erwägungen greifen auf die Übernahme von Aktien bei der Sukzessionsgründung und bei der Kapitalserhöhung Platz, so daß im Gegensatz zu RG. 22, 116 und 26, 50 auch hier ein Anschaffungs-geschäft verneint werden muß (näheres hierüber Staub bei Goldheim 3, 61; gegen ihn Wendigen bei Goldheim 3, 148; zust. jedoch Förstch Anm. 5 zu Art. 271, RG. in JW. 98, 80 und Lehmann-Ring Nr. 40; über die Frage indes, ob ein „Anschaffungs-geschäft“ im Sinne der Stempelgesetze vorliegt, vgl. RG. 41, 140 und § 179 Anm. 15). Das gleiche gilt für die Übernahme konvertierter Pfandbriefe im Gegensatz zum RG. (24, 108; 20, 10; 27, 50; nach Lehmann-Ring Nr. 40 Tatfrage im Einzelfalle), für den Bezug von Stammprioritäten von der Aktiengesellschaft durch Herausgabe von Stammaktien und Zuzahlung eines Barbetrages.
- e) Insbesondere ist die Selbsterzeugung (Urproduktion) nicht als Anschaffung auf-
zufassen (s. a. Anm. 36), weil kein Vertragsgeschäft vorliegt. So die Bearbeitung selbstgewonnenen Materials zum Zwecke des Verkaufs: Bergbau, Ziegelei (RG. 50, 154), Steinbruch, Bernsteingrüberei sind keine Grundhandelsgeschäfte nach § 1 (RGSt. 9, 189; 13, 385; 14, 117; 15, 237; RG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 307 u. 409); ebenso wenig Fabrikation feuerfester Steine aus eigenem Material (RGSt. 16, 380); Ziegelfabrikation, auch bei geplantem Erwerb weiterer Grundstücke zu diesem Zwecke (Bolze 8 Nr. 314); Molkerei aus eigenem Viehstande (RGSt. 26, 37). Gleichgültig ist dabei, ob die Erzeugung aus eigenem oder fremdem, z. B. gepachtetem Grundstücke erfolgt: wer einen Steinbruch pachtet, schafft die unbewegliche Bodensubstanz, nicht fertige Steine an (RG. 6, 9; RGSt. 27, 263). Vgl. auch Bolze 13 Nr. 260 (das Recht, nach Bedarf Kies sich anzueignen für einen bestimmten nach Kubikmetern festgesetzten Preis). Auf den Namen kommt es dabei überall nicht an. Was die Parteien in RGSt. 2, 424 ein Erpachten der Milch nannten, war in Wahrheit ein Kaufen zum Zwecke des Wiederverkaufs.

Anm. 37.

Die Gewerbe der Urproduzenten sind hiernach keine reinen Handelsgewerbe nach § 1, wie ihre Geschäfte früher keine absoluten Handelsgeschäfte waren. Ihr Gewerbe kann aber Handelsgewerbe nach § 2 (s. unten Anm. 85 u. § 2 Anm. 3 u. 4) und

§ 1.

ihre Geschäfte können accessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Dabei kommt es überall nur auf den Gesamtcharakter des Gewerbes an. Der Umstand allein, daß der Selbstproduzent zur Unterstützung seines in der Hauptsache auf Veräußerung eigener Produkte gerichteten Gewerbes ab und zu einen fertigen Gegenstand einkauft, macht ihn nicht zum Kaufmann.

Über die Urproduktion durch Landwirtschaft vgl. § 3.

Anm. 38.

3. **Bewegliche Sachen (Waren) oder Wertpapiere** müssen Gegenstand der Anschaffung sein. Ausgeschlossen sind somit Grundstücke; der Grundstücks-handel ist also nicht Grund-handelsgeschäft (s. § 2 Anm. 3 u. § 343 Anm. 21 u. 22).

a) **Bewegliche Sachen.** Ihr Begriff ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen; eine Definition enthält auch das BGB. nicht. Sachen sind nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.). Aber nicht alle körperlichen Gegenstände gehören hierher. Vielmehr ist aus dem eingeklammerten Worte „Waren“ zu ersehen, daß die beweglichen Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein müssen. Dazu kann auch Geld gehören, z. B. wenn Geldsorten behufs Weiterveräußerung angekauft werden, oder wenn Bijouteriefabrikanten Goldmünzen aufkaufen, um sie einzuschmelzen (Goldschmidt Handbuch I § 47 Anm. 21 a und 22).

Bewegliche Sachen sind auch loszutrennende Bestandteile des Grund und Bodens (Behrend § 26³; f. § 956 BGB.): Früchte auf dem Palm (StrArch. 83, 350); Holz auf dem Stamme zum Abschlagen (RG. in JW. 94, 144), ebenso Kauf eines Hauses zum Abbruch (JHR. 8, 633). Darin liegt kein Widerspruch mit dem, was oben Anm. 37 gesagt ist, wonach das Pachten eines Steinbruches zur Gewinnung von Steinen oder eines Grundstückes zur Gewinnung von Bernstein keine Anschaffung ist. Man muß eben unterscheiden zwischen Pachtung des Steinbruches und Kauf der zu brechenden Steine (RG. 6, 4). Pachtung ist anzunehmen, wenn Vertragserfüllung und Preis von dem Umfang der Ausbeute unabhängig sind.

Die bekannte Streitfrage: ist der elektrische Strom eine Sache? ist hier dahin zu beantworten, daß er im privatrechtlichen Verkehr als Sache und Ware mitunter behandelt wird, da er ja angesammelt, aufbewahrt, gemessen und demgemäß veräußert und erworben werden kann (RG. 17, 269; näheres Erg. vor § 373). Aber man beachte, daß Elektrizitätswerke ihn nicht anschaffen, sondern produzieren (Anm. 37).

Anm. 39.

b) **Wertpapiere.** Dies sind Urkunden, bei denen das in der Urkunde verbriefte Recht an den Besitz der Urkunde geknüpft ist und mit der Urkunde übertragen wird (Brunner in Endemanns Hdb. des Handelsr. II 175 ff.). In der Regel sind es Inhaber- oder Orderpapiere, ausnahmsweise Namenspapiere, z. B. Versicherungspolice, Namensaktien, auf Namen umgeschriebene Inhaberpapiere (Stranz-Gerhard Art. 18¹²). Hier ist der Begriff enger. Sie müssen für den Handelsverkehr bestimmt sein. Dies ist zwar jetzt nicht mehr (wie in Art. 271) ausdrücklich gesagt, aber der Zusammenhang ergibt es deutlich, insbesondere die Tendenz der Vorschrift und die Einschränkung des Begriffes bewegliche Sache durch das Wort Ware (D. 10). Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie bei leichter Übertragbarkeit und gesicherter Realisierbarkeit; also dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder als Orderpapiere und indossable Namenspapiere durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Übertragung Besession erfordert (RG. 16, 85; 40, 134). Eine Übertragung mit unbekannten Einwendungen verträgt der Handelsverkehr nicht (s. RDSG. 24, 258).

Anm. 40.

Als Beispiele von Wertpapieren hatte das alte SGB. vorangestellt: Staatspapiere und Aktien. Diese Beispiele werden auch jetzt gelten müssen (s. a. § 122 Anm. 7). Die Aktien sind auch dann für den Handelsverkehr bestimmte Papiere, wenn sie auf Namen lauten, da die Übertragung durch Indossament geschehen kann (§ 222; oben Anm. 48), ja selbst dann, wenn sie vinkuliert sind, d. h., wenn ihre Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaftsorgane geknüpft ist, weil sie Trägerinnen des Rechts

bleiben (RÖ. 36, 39; a. M. Lehmann-Ring Nr. 49). Als weitere Beispiele erwähnt § 1. die D. 10 Wechsel und Schecks. Auch diese Beispiele sind annehmbar mit der Maßgabe, daß die Indossabilität vorausgesetzt ist. Ist die Indossierbarkeit ausgeschlossen, so hören sie auf, für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere zu sein. Mit dieser Maßgabe sind auch kaufmännische Verpflichtungsscheine und die sonst im § 363 aufgeführten Urkunden Wertpapiere (RÖG. 24, 258). Ohne Belang ist, ob es sich um das Haupt- oder Nebenpapier (Zinsscheine, Erneuerungsscheine) handelt. Das DepotG. vom 5. Juli 1896 führt im § 1 als Beispiele von Wertpapieren an: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine oder Talons, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen. Diese Aufzählung ist hier nicht maßgebend. Sie ist zu ganz anderen Zwecken gegeben, nämlich, um den Deponenten zu schützen. Bei Kuxen z. B. entscheidet die landesrechtliche Gestaltung. Die Aktiure des preussischen Rechts — vor dem Inkrafttreten des Verfallgesetzes vom 24. Juni 1865 — galten als unbewegliche Sache. Die Neukuxe, die als bewegliche Sache gelten, werden vom RÖ. zu den Wertpapieren sowohl im Sinne des Börsengesetzes (RÖ. 47, 106) wie überhaupt, also auch im Sinne des HGB. gerechnet, wenngleich sie auf den Namen lauten und ihre Übertragung nicht durch Indossament erfolgt (RÖ. 54, 351; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 38). Die Übertragung, die schriftlich erfolgen muß, wird nicht als Zession angesehen (RÖ. 28, 251; Dernburg II § 17; III § 152).

Von Wertpapieren aber wohl zu scheiden sind die bloßen Legitimationsurkunden: Entreebillet, Ehmarken, Pfandscheine, Sparkassenbücher, es sei denn, daß der Aussteller dem jedesmaligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will (§ 807 BGB.).

c) Als Waren und Wertpapiere in diesem Sinne sind nicht zu erachten: Anm. 41.

Forderungen, die nicht in für den Handel bestimmten Wertpapieren verkörpert sind (RÖ. 26, 43), wenn auch Beweisurkunden über sie ausgestellt sind. Auch nicht Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe (RÖ. in Seuffl. 46 Nr. 41); sie sind nicht Gegenstand des Handelsverkehrs, auch sind sie (bis auf den Inhabergrundschuldbrief nach § 1195 BGB.) keine Wertpapiere, schon deshalb nicht, weil die Übertragung durch Zession erfolgt und überdies die Übertragung des Papiers nicht die Übertragung des Rechts bedeutet (§§ 1154, 1192 BGB.; f. auch § 952 Abs. 2 BGB.). Ferner nicht Gesellschaftsanteile (Goldschmidt Handb. I § 47 Anm. 19), auch nicht Gesellschaftsanteile der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, selbst wenn darüber Anteilsscheine ausgestellt sind. Ferner nicht Urheberrechte (Behrend § 26 Anm. 4). Endlich auch nicht ein Vermögensbegriff (universitas iuris: ganzes Vermögen, Handelsniederlassung, Verlassenschaft); der Kauf oder Verkauf einer Niederlassung kann aber ein accessorisches Handelsgeschäft sein (f. zu § 343). Sachgesamtheiten (universitas facti: Bibliothek, Warenlager) werden hierher zu rechnen sein, trotzdem es zweifelhaft ist, ob sie körperliche Gegenstände im Sinne des BGB. sind (Neumann § 90⁴).

4. Weiterveräußerung (im unveränderten Zustande oder im be- oder verarbeiteten Zustande). Anm. 42.

- a) Veräußerung. Die den Gewerbebetrieb beherrschende Absicht muß auf die Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtet sein (f. Anm. 33). Einkauf von Vieh zum Zwecke der Viehzucht fällt darunter nicht, ebensowenig Einkauf von Tieren durch einen Menageriebesitzer. Die Veräußerung ist daselbe Rechtsgeschäft, wie die Anschaffung, nur vom umgekehrten Standpunkte aus. Das ergibt deutlich das Wort „Weiterveräußerung“. Veräußerung ist hiernach jedes auf Übertragung des Eigentums gerichtete entgeltliche Rechtsgeschäft unter Lebenden: Verkauf, Vertausch, Hingabe an Zahlungsfalt, depositum irregulare, pignus irregulare, das uneigentliche Lombardgeschäft (f. Anm. 34 u. 35), dagegen nicht das Hergeben zum regulären Faustpfand, das Vermieten usw. (f. Anm. 36). Auch das Verschenken gehört nicht unter Nr. 1. Denn die Veräußerung muß entgeltlich sein, zumal man ja sonst keinen Gewinn er-

§ 1.

zielen kann. Einzelne Schenkungsgeschäfte können nur als accessorische Handelsgeschäfte in Betracht kommen, nicht als Grundhandelsgeschäfte. Von der Veräußerung zum Kostenpreis gilt dasselbe (vgl. auch Anm. 7). Die von einem Gastwirte zum Zwecke der Beherbergung vorgenommenen Ankäufe von Betten und Möbeln sind keine reinen Grundhandelsgeschäfte, weil diese Gegenstände nicht veräußert werden sollen (RDSt. 22, 329), desgleichen nicht die Anschaffung von Theaterdekorationen und Ausstattungsgegenständen durch den Theaterdirektor (vgl. auch RDSt. 22, 117), oder die Anschaffung von Büchern zum Zwecke des gewerbmäßigen Verleihs (RDSt. 23, 400), so daß also Theaterdirektoren und Leihbibliotheksbesitzer (i. a. Anm. 80) nicht Kaufleute kraft Gewerbes sind, d. h. Kaufleute gemäß § 1. Dagegen muß immer wieder der Deutlichkeit wegen betont werden, daß alle die Geschäfte, die unter § 1 Nr. 1 nicht fallen, den Gewerbetreibenden zwar nicht ohne weiteres zum Kaufmann, ihn aber unter den Voraussetzungen des § 2 dazu machen, und daß sie ferner sämtlich accessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.

Anm. 43.

- b) Die Veräußerung muß nach der Absicht des Gesetzes den Gegenstand selbst erfassen und Anschaffung wie Veräußerung müssen sich auf denselben Gegenstand richten (Gierke § 13). Ist Gegenstand der Veräußerung eine andere Sache und soll der angeschaffte Gegenstand nur das Mittel bilden, um jenen anderen Gegenstand zum Zwecke der Veräußerung zu bearbeiten oder auszustatten, nur den Hilfsstoff, der in einem anderen gewerblichen Erzeugnis aufgeht, so kann man nicht von einer Veräußerung des angeschafften Gegenstandes sprechen (LW. Wien in ZSt. 43, 338). Beispiele: Zwirn und Nadel beim Schneider, Kleister und Pinsel beim Tapezierer, Farbe beim Maler, Marmor beim Bildhauer (RGSt. 28, 60), Sämereien beim Gärtner, Vieh bei einer Meierei — das sind Arbeits- bzw. Produktionsmittel. Knöpfe, Futter beim Schneider (RDSt. 7, 240), Goldrahmen beim Gemälde restaurator (Buch Arch. 21, 358), die Seife beim Tuchwaller (LW. Wien bei Adler-Clemens Nr. 464), Papier und Silberfalte beim Photographen (Cosack § 8 C. 28), Rosten und Leinwand zum Zwecke der Verpackung, selbst wenn sie besonders angerechnet werden (Behrend § 26 Anm. 17), — das sind nur Zutat. Solche Anschaffungen und Veräußerungen sind trotz der gewerblichen Absicht keine Grundhandelsgeschäfte; sie machen z. B. den Hirschschneider, den Gemälde restaurator, nicht zum Kaufmann. Die genannten Personen können aber aus anderen Gründen Kaufleute sein, und die hier gedachten Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte sind alsdann accessorische Handelsgeschäfte.

Anm. 44.

5. Unverändert oder in be- oder verarbeitetem Zustande kann die Veräußerung beabsichtigt sein.
- a) An sich hätte es zweifelhaft sein können, ob die Anschaffung dadurch nicht aufhört, ein Grundhandelsgeschäft zu sein, daß die Veräußerung der Sache in veränderter Gestalt beabsichtigt wird. Einst hieß es: *Quicumque rem comparat, non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator* (Decr. Gratiani c. 11 § 2 D. 88). Der neuzeitlichen Wirtschafts- und Rechtsentwicklung folgend, schneidet das Gesetz jeden Zweifel ab: Bearbeitung und Verarbeitung sollen auf die Natur des Geschäftes ohne Einfluß sein. Bearbeitung ist Formveränderung des Stoffs, z. B. Färben, Schleifen, Reinigen, Bleichen, Appretieren; Verarbeitung Herstellung einer neuen Sache aus dem Stoff, z. B. eines Rockes aus Tuch, einer Maschine aus Eisen (so mit Recht Gierke § 13; f. a. Anm. 53). Die Grenzlinie scharf zu ziehen, ist schwierig und auch für die Anwendung der Nr. 1 unerheblich. Unter die Nr. 1 fallen, um streitig gewordene Fälle hervorzuheben, die Gasfabrikanten (LW. Jena in ZSt. 1, 54), die Apotheker (RGSt. 24, 426), die Restaurateure, Wirte (so die herrschende Meinung mit Recht [f. a. Anm. 84 unter „Gastwirte“]; dagegen Voß ZSt. 03, 46; gegen Voß vgl. auch Orthoff ebendort C. 197).

Vor allem werden hiermit die zahlreichen Anschaffungsgeschäfte der § 1. Handwerker, welche eigenes, d. h. von ihnen angeschafftes, nicht ihnen übergebenes Material be- oder verarbeiten, zu Grundhandelsgeschäften, die Handwerker selbst zu Kaufleuten, wenn auch unter Umständen nur zu Minderkaufleuten. So die Brauer, Müller, Fleischer (LÖW. 6, 234), Schneider (RG. 51, 123), Tischler, Klempner, Schuhmacher, Uhrmacher, Gerber, Bäcker (vgl. hierüber näheres Anm. 2 ff. zu § 4).

- b) Be- oder Verarbeitung soll ohne Einfluß sein. Aber das ist zugleich die Grenze. Anm. 45. Liegt mehr vor, soll die Sache in ein Grundstück hineingearbeitet und wesentlicher Bestandteil (nicht Zubehör, s. Anm. 51) eines Grundstücks werden (§ 94 BGB.), so ist die Grenze überschritten. Dann ist die Sache nicht mehr bloß be- oder verarbeitet, sondern hat aufgehört, bewegliche Sache und Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein. Die „Weiterveräußerung“ bedeutet aber: die Sache wird so veräußert, wie sie angeschafft wurde, d. h. so, daß sie auch in der Hand des Erwerbers noch eine bewegliche Sache ist und Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann.

Anderß beim Hineinbauen von Materialien, die gemäß § 95 BGB. nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks werden, z. B. in das vom Mieter errichtete Grundstück oder in Schaubuden, Tribünen oder nur zu einem vorübergehendem Zwecke (Goldmann I 13).

- a) Die Anschaffungen eines Bauunternehmers sind demgemäß dann sicherlich nicht Anm. 46. Grundhandelsgeschäfte, wenn er die angeschafften Gegenstände dazu verwenden will, um einen übernommenen Bau zu errichten. Beim Inhaber eines Baumaterialien-geschäfts liegt die Sache anders: dieser schafft die Sachen als bewegliche an und veräußert sie als bewegliche. Der Bauunternehmer aber beabsichtigt im gegebenen Falle nicht, die angeschafften beweglichen Sachen als solche zu veräußern (RDSt. 11, 329; RGSt. 18, 363; 33, 421 und die dort zitierte Literatur; a. M. Dernburg I § 96³, doch isoliert). Der Bauunternehmer ist in diesem Falle kein Kaufmann (RG. 14, 233); ebensowenig der Eisenbahnbauunternehmer (RG. a. a. D.).

Anderß ist es aber auch nicht, wenn der Bauunternehmer die angeschafften Anm. 47. Materialien besonders berechnet und bezahlt erhält, wie dies früher (RDSt. 13, 343; RGSt. 18, 363) für den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte angenommen wurde. Die besondere Berechnung ändert daran nichts, daß auch in diesem Falle die Materialien nicht als solche, als bewegliche Sachen, bezahlt werden, sondern nur, wofern und nachdem sie Bestandteile des Grundstücks geworden sind (Zust. Cosack § 8¹⁰).

- ß) Aus gleichem Grunde, wie bei den Bauunternehmern, sind nach richtiger Ansicht Anm. 48. auch die Anschaffungsgeschäfte der Maurermeister (RG. in JW. 01, 844), Zimmermeister (RG. in SeuffBl. 69, 159), und überhaupt aller Bauhandwerker — Bauklempner, Bautischler, Dachdecker, Gas- und Wasserrohrleger (über den Bautöpfermeister s. Anm. 51) — keine reinen Grundhandelsgeschäfte, sofern ihre Tätigkeit darin besteht, daß sie die angeschafften Materialien derart in das Grundstück hineinverarbeiten, daß sie wesentliche Bestandteile desselben werden. Beispiele: Pflasterung und Regulierung einer Straße (RDSt. 15, 257), Errichtung einer Badeanstalt sind keine Grundhandelsgeschäfte (Volge 3 Nr. 461).

Deshalb sind auch die Verträge mit Bauunternehmern, Baumeistern und Bauhandwerkern, durch welche diese die Errichtung von Bauten, bzw. die Lieferung von hierzu erforderlichen Handwerkerarbeiten (z. B. die erforderlichen Bautischler- oder Bauklempnerarbeiten) übernehmen, nicht Veräußerungen im Sinne unseres § 1 Nr. 1. Denn hier wird keine bewegliche Sache veräußert: der Baumeister will ein Grundstück, der Bauhandwerker einen Grundstücksenteil liefern (vgl. § 94 Abs. 2 BGB. — Zust. RGSt. 28, 60 u. 364, die gegenteilige Ansicht Towers I 9 ist unzutreffend).

§ 1.

Anm. 49.

c) (Der Deutlichkeit wegen muß auch in diesem Zusammenhange wiederum daran erinnert werden, daß alle die Geschäfte, deren Subsumierung unter § 1 Nr. 1 hier (Anm. 45—48) abgelehnt wurde, den Gewerbetreibenden unter den Voraussetzungen des § 2 zum Kaufmann machen, und daß sie ferner akzessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.)

Anm. 50.

d) Auch damit kann man die Natur als reines Grundhandelsgeschäft nicht begründen, daß man das Hineinarbeiten in das Grundstück als Nebenleistung konstruiert. Unzutreffend hat z. B. das Reichsgericht in Folge 7 Nr. 365 die Handelsgeschäftsnatur bejaht, obwohl es sich um Lieferung und Legung des Parketts handelte, weil das Legen Nebenleistung sei. Der Begriff der Nebenleistung ist dabei nicht faßbar. Das Entscheidende ist, daß die Gegenstände nicht in beweglichem Zustande, sondern nach Hineinarbeitung in das Grundstück und nur so geliefert werden sollen (anders Makower I 9).

Anm. 51.

e) Dagegen reicht nicht jede Verbindung des angeschafften Gegenstandes mit dem Grundstücke aus, um die Natur als reines Grundhandelsgeschäft zu beseitigen. Soll die Sache bloß Zubehör (Pertinenzstück) des Grundstücks (§ 97 BGB.), nicht wesentlicher Bestandteil desselben werden, also bewegliche Sache bleiben, so liegt Veräußerung im Sinne dieses Paragraphen vor. Beispiele: Anschaffung eines Wandspiegels, der befestigt werden soll; elektrischer Klingeln. Auch bei Anschaffung von Maschinen, die in ein Gebäude einmontiert werden sollen (beispielsweise zur elektrischen Beleuchtung), handelt es sich für die Regel um Pertinenzstücke (OLG. Marienwerder in Zeuffh. 48, 78). Die Pertinenzqualität nimmt aber dem Gegenstande nicht die Eigenschaft der beweglichen Sache und macht sie nicht ungeeignet, Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein. — Öfen, die der Bautöpfermeister aufstellt, sind nach dem RG. (ZW. 01, 844²⁷) stets als Zubehör, nicht als Bestandteil anzusehen; daher ist der Bautöpfermeister Kaufmann. Allgemein zutreffend erscheint dies nicht, Kachelöfen sind nach der Natur der Sache und der Verkehrsanschauung der meisten Gegenden (§ 97 Abs. 1 Satz 2) richtiger als Bestandteile aufzufassen. Dernburg (III § 5 gegen Ende) verfährt noch weitergehend die Anschauung, daß Öfen nur im Rheinland nicht als wesentliche Bestandteile des Grundstücks gelten, wohl aber im übrigen Deutschland.

Anm. 52. Nr. 2. Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

1. Die Übernahme der Be- oder Verarbeitung von Waren für Andere.

a) Allgemeines. Es handelt sich um die Formproduktion (Schirmmeister in ZHR. 48, 429), hauptsächlich um die Geschäfte des Werkmeisters (§ 631 BGB.), und zwar um diejenigen Werkmeistergeschäfte, die in der Arbeit gegen Lohn (Geld oder andere Vergütung) bestehen. Das Geschäft kann ausnahmsweise auch Dienstvertrag sein (§ 611 BGB.; Behrend § 27²). Soll „der Unternehmer“ (conductor operis) nicht bloß die Bearbeitung vornehmen, sondern auch das Material liefern, so greift die Nr. 2 nicht Platz. Die Geschäfte solcher Personen können zwar auch reine Grundhandelsgeschäfte sein, wenn sie nämlich die Waren anschaffen; denn alsdann fallen die Geschäfte unter Nr. 1. Wenn sie aber das Material hergeben, ohne es anzuschaffen, indem sie es nämlich selbst produzieren, so fallen ihre Geschäfte weder unter Nr. 1, noch unter Nr. 2 (RDHG. 9, 192; 15, 237); solche Personen sind Urproduzenten, ihre Geschäfte keine Grundhandelsgeschäfte (s. Anm. 37). Der Stoff muß also dem Bearbeiter übergeben sein (s. Anm. 55). Indes ändert es die Natur des Geschäftes nicht, wenn der Werkmeister Zutaten oder Arbeitsmittel zugibt (RDHG. 7, 240, Zutaten beim Schneider; s. weitere Beispiele Anm. 43).

Anm. 53.

b) Über die Be- und Verarbeitung ist des näheren oben Anm. 44 ff. gehandelt worden. Zu diesem Begriff gehört nicht, daß an der Substanz des Gegenstandes eine innere oder

äußere Veränderung vorgenommen wird, so daß auch Waschen und Reinigen dazu gehört § 1. (RGSt. 22, 271).

- c) Dabei ist überall nur die technische Bearbeitung gemeint. Bei Fertigstellung literarischer oder künstlerischer Erzeugnisse (Bearbeitung von Romanen, Restaurierung von Gemälden) ist die geistige Arbeit das Wesen des übernommenen Werkes, sie gehören also nicht hierher, auch wenn der Stoff (Papier, Leinwand, Öl) vom Besteller geliefert wird (s. Anm. 19).
- d) Für Andere muß die Be- oder Verarbeitung erfolgen. Das greift nur Maß, wenn Anm. 55. der Besteller (locator operis) das Material liefert. Liefert der Unternehmer das Material, so liegt diese Voraussetzung nicht vor. Indessen entscheidet nicht gerade die Eigentumsfrage; die Nr. 2 spricht von der Bearbeitung der Waren für andere, nicht von Waren anderer (Behrend § 27'). Vielmehr gilt der Besteller auch dann als derjenige, der das Material liefert, wenn er es durch den Unternehmer der Arbeit für seine Rechnung anschaffen läßt, sei es auch auf den Namen des Übernehmers. Auch dann ist der Besteller der Lieferer des Materials, wenn er es — und zwar vorher — von dem Unternehmer gekauft hat. Nur darf in letzterem Falle nicht ein einheitlicher Vertrag vorliegen, sondern es müssen zwei gesonderte Verträge vorliegen. Letzteres wird — allerdings selten — der Fall sein, wenn der Unternehmer als berechtigt gilt, den einen Vertrag, Kauf des Stoffes, gesondert zu erfüllen, und die Annahme der Erfüllung dieses Vertrages nicht abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist.
- e) Über den Begriff Ware s. oben Anm. 38. Bearbeitung unbeweglicher Sachen, Hinein- Anm. 55a arbeitung in ein Grundstück schließen auch hier den Begriff aus; Beispiele: Hausanstrich, Hausreparaturen, Drainage. Der Bauunternehmer und Bauhandwerker ist also auch dann kein Kaufmann, wenn er kein Material liefert (s. Anm. 48).
2. Wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Über die Grenzen Anm. 56. zwischen Handwerk und Fabrikbetrieb s. Anm. 8 ff. zu § 4.

Wie dort Anm. 2 hervorgehoben ist, sind diejenigen Personen, die sich im wesentlichen mit der Be- oder Verarbeitung für andere beschäftigen, entweder Vollkaufleute oder überhaupt keine Kaufleute, während diejenigen Personen, die Material verarbeiten, das sie dazu anschaffen, also die Inhaber der unter Nr. 1 fallenden Bearbeitungsgewerbe, entweder Vollkaufleute oder Minderkaufleute sind. Der zur Unterstützung des handwerksmäßigen Betriebes in geringem Umfange betriebene Handel mit fertigen Waren hebt das Gewerbe aus dem Rahmen der Bearbeitungsgewerbe nicht heraus und bewirkt nicht, daß der, welcher nach Nr. 2 Nichtkaufmann ist, Kaufmann wird (s. Anm. 15 zu § 4; vgl. oben Anm. 43).

3. Im einzelnen gehören hierher: die Übernahmengeschäfte der Färbereien (RGSt. 1, 132), Anm. 57. Bleichen, Plättereien, Appreturanstalten (O. Wien bei Adler-Clemenß Nr. 109), Rattendruckereien, Spinnereien, Webereien, Eisenhammer, Fabriken, Reparaturwerkstätten (Goldschmidt I § 55 Nr. II), Dampfwaschanstalten und chemischen Reinigungsanstalten (RGSt. 22, 271), Dampfdruckmaschinen-Anstalten (vorausgesetzt, daß nicht die Maschine dem Landwirt auf bestimmte Zeit zum Gebrauch vermietet, sondern der Ausdruck vom Unternehmer als Werk- oder Dienstvertrag besorgt wird; RG. in RZA. 2, 229), Lohnmühlwerke, Lohnglasschleifereien, Lohnwebereien, — immer unter der Voraussetzung mehr als handwerksmäßigen Betriebes. Eine Münzstätte wird dieses Requisit immer erfüllen. Auch Mästen, Aufziehen, Dressieren von Tieren — in Anstalten — gehören hierher (Hahn § 3 zu Art. 271).

Nicht hierher gehören: die Werkverdingungsverträge der Bauunternehmer, Bau- Anm. 58 handwerker (s. Anm. 46 und 48), der Künstler und Schriftsteller (Anm. 54); die Geschäfte der Badeanstalten, weil es sich gewiß nicht um Bearbeitung von Sachen handelt, auch der mit der Verabreichung der Bäder verbundene Verkauf der darin vorhandenen Stoffe (Salz, Sole, Eisenadeln) ändert nichts.

§ 1. Nr. 3. Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie (Lit.: Ehrenberg, Versicherungsrecht).

- Ann. 59. 1. **Definition des Versicherungsvertrages.** Unter einem Versicherungsvertrage — nur Verträge fallen unter die Nr. 3, nicht die gesetzlichen Versicherungen, z. B. Kranken-, Unfall- usw. Versicherungen der Reichsgesetze — ist derjenige selbständige Vertrag zu verstehen, durch den die eine Partei der anderen gegen Entgelt eine Vermögensleistung für den Fall des Eintritts einer ungewissen, zumeist wirtschaftlich nachteiligen Tatsache verspricht (Ehrenberg I 55; RG. in OLGR. 5, 36).
- Ann. 60. 2. **Den Gegensatz zur Versicherung gegen Prämie bildet die Versicherung auf Gegenseitigkeit.** Der Begreifer, um den Unterschied zwischen beiden Versicherungen festzustellen, ist die gesetzliche Bezeichnung gegen Prämie. Während Behrend (§ 26³⁷) diese Worte für überflüssig hält, enthalten sie nach unserer Ansicht das einzige unterscheidende Kriterium. Bei der einen wird die Versicherung gegen Prämie übernommen, d. h. der eine Teil übernimmt die Gefahr, der andere zahlt ein Äquivalent dafür: sei es eine fixe Prämie (für die ganze Versicherungszeit) oder eine Zeitprämie oder einen nach Gefahrenklassen zu berechnenden Satz (Ehrenberg I 278 ff.). Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit dagegen wird als Gegenleistung die Versicherung des Gegenkontrahenten gegen seine Gefahr stipuliert. Am anschaulichsten tritt dies Verhältnis hervor, wenn es sich lediglich um zwei Kontrahenten handelt. Dafür, daß A. die Gefahr des B. übernimmt, verpflichtet sich B. in dem einen Falle zu einer Geldzahlung, in dem andern Falle dazu, seinerseits die gleichartige Gefahr des A. zu tragen. Versichern sich mehrere auf Gegenseitigkeit, so wird das Verhältnis wohl verwickelter, aber nicht andersartig. Die Gegenleistung dafür, daß die bisherigen Genossen die Gefahr des neu hinzutretenden Genossen übernehmen, besteht bei der Gegenseitigkeitsversicherung darin, daß der Letztere die Gefahren der anderen mitzutragen sich verpflichtet. „Das Charakteristische liegt darin, daß die Versicherer zugleich die Versicherten sind und daß die einzelnen Überschüsse an die Versicherten zurückfließen, etwa entstehende Ausfälle aber von diesen gedeckt werden“ (RG. 14, 238). Und auch dadurch, daß die Vereinigung der sich gegenseitig versichernden Genossen eine juristische Person geworden ist, wird die Sache nicht anders. Denn immerhin besteht doch auch die juristische Person nur um der Mitglieder willen und durch die Mitglieder (s. Goldschmidt, System § 69).

Unter Festhaltung dieser Kriterien liegt das Wesen der Prämienversicherung nicht gerade in der Bestimmtheit der Gegenleistung. Die außerordentlich häufige Vertragsbestimmung, wonach die Prämie dadurch geringer wird, daß der Versicherte am Reingewinn des Versicherers teilnimmt, ändert an der Natur der Prämienversicherung nichts. Und ebenso hört der Charakter der Gegenseitigkeitsversicherung dadurch nicht auf, daß die Vereinigung nach ihren Satzungen Vorauszahlungen oder periodische Einzahlungen, nicht selten „Prämien“ genannt, verlangt. Ebenso wenig dadurch, daß von diesen Vorauszahlungen nicht alles zurückgezahlt wird, was nach Berechnung der Schadenverteilung übrig bleibt, sondern ein Teil zur Bildung von Reservekapitalien angesammelt wird. Endlich nicht einmal durch Ausschließung der Nachschußpflicht (vgl. § 24 des Ann. 61 erwähnten Gesetzes). Denn das sind lediglich geschäftliche Modalitäten, durch die das Ziel der Versicherung, die Bezahlung der Schäden, am besten gesichert wird (RGH. 4, 199; RG. 14, 238).

- Ann. 61. 3. **Die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist kein Grundhandelsgeschäft im Sinne unserer Nr. 3** (RGH. 4, 201; RG. 14, 237). Die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind also keine Kaufleute nach § 1 (vgl. Fagen in RWB. 02, 57), aber sie können es auch nach § 2 nicht werden, weil sie nach den obigen Ausführungen kein Gewerbe betreiben (Düringer-Sachenbung I 32; RGZ. 24 A. S. 212).

Indes sind durch das RG. über die **privaten Versicherungsunternehmen** vom 12. Mai 1901 wichtige Änderungen herbeigeführt, durch welche die Unterscheidung der beiden Arten von Versicherungen an Bedeutung verloren hat (Behrend in ZSR. 55, 35 ff.; Könige, Kommentar zum Gesetz v. 12. 5. 01 in der Wuttentagschen Sammlung). Erlangt

nämlich ein privater „Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“, einerlei, ob er neu § 1. zugelassen wird, oder schon vor Inkrafttreten des Gesetzes bestanden hat, durch die Erlaubnis der Aufsichtsbehörde die Rechtsfähigkeit (§ 15 Gef.), so finden die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buche des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1 bis 7, auf ihn entsprechende Anwendung, soweit das Gesetz (vom 12. Mai) nicht ein anderes bestimmt (§ 16 Gef.). Die Nichtanwendung der §§ 1 bis 7 stellt zwar klar, daß die Versicherungen dieser Vereine keine Grundhandelsgeschäfte und daß die Vereine nicht schlechthin als Kaufleute (namentlich nicht in gewerbe- und steuerrechtlicher Beziehung) anzusehen sind, aber sie unterstellen den für solche gegebenen Bestimmungen (RG. in RZM. 3, 122). Sie unterstellen also beispielsweise dem Registerzwange (§ 30 Gef.), den Vorschriften über die Firma (§ 18 Gef.) und die Handelsbücher; die von ihnen abgeschlossenen Versicherungsverträge sind Handelsgeschäfte, ihre Agenten sind Handlungsagenten, ihre kaufmännischen Angestellten sind Handlungsgehilfen, sie können Prokuristen anstellen usw. Für Ansprüche gegen sie aus den im § 101 HGB. bezeichneten Streitigkeiten ist daher die Kammer für Handelsachen zuständig, ebenso wie für Beschwerden aus § 47 Abs. 1 Gef.; die Angelegenheiten der gedachten Vereine sind Handelsachen (RZM. 3, 122; Könige a. a. O. zu § 16). Daraus folgt auch, daß für Streitigkeiten zwischen solchen Vereinen und ihren Angestellten die Kaufmannsgerichte zuständig sind (so mit Recht Ritter im „Gewerbegericht“ 10, 39 ff.; a. M. Müller in FZB. 05, 711 ff.). Dem Handelsrecht sind nicht unterstellt die „kleineren“ Vereine (§ 53 Gef.) und die landesrechtlichen öffentlichen Sozietäten (§ 119 Gef.). — Über ausländische Versicherungsunternehmen vgl. § 33 Anm. 4.

4. Wenn dagegen eine Gesellschaft sich zwar Gesellschaft auf Gegenseitigkeit nennt, aber nicht Anm. 62. bloß mit ihren Mitgliedern Versicherungsverträge schließt, sondern auch mit Fremden, so sind die letzteren Verträge Versicherungsverträge gegen Prämie, und die Gesellschaft hat insoweit Kaufmannseigenschaft (RG. 28, 313; OÖ. Wien bei Adler-Clemens Nr. 582).
5. Liegt Prämienversicherung vor, so ist die Übernahme solcher Versicherungen reines Grund- Anm. 63. handelsgeschäft, gleichviel welcher Art die versicherte Gefahr ist. Nur der Versicherer ist sonach Kaufmann. Die Versicherungen können aller Art sein. Es gehören hierher Versicherungen gegen Hagel, gegen Feuer, auch wenn es sich um Grundstücke handelt (RGSt. 5, 12); Transportversicherungen, Hypothekendarlehenversicherungen (RGSt. 5, 335), Unfallversicherungen, Invaliditätsversicherungen, Rückversicherungen, Seeversicherung (OÖ. Wien bei Adler-Clemens Nr. 213); auch die Lebensversicherung, selbst wenn man sie nicht für eine eigentliche Versicherung halten sollte, denn jedenfalls hat das HGB. sie für eine solche erachtet (Gareis-Fuchsberger Art. 271¹⁹).
6. Hinsichtlich des Versicherungsrechtes bestimmt Art. 75 des GG. z. BVB., daß die landes- Anm. 63a. gesetzlichen Vorschriften maßgebend bleiben, soweit nicht das BVB. besondere Bestimmungen (z. B. §§ 1127 ff., 1522, 1529 u. a.) trifft. Doch greifen selbstverständlich in erster Linie diejenigen Bestimmungen des HGB. Platz, die sich daraus ergeben, daß die Prämienversicherung ein Grundhandelsgeschäft ist. Das ReichsG. vom 12. Mai 1901 (oben Anm. 61) regelt im wesentlichen die öffentlich-rechtlichen Beziehungen und die Aufsicht. Ein Reichsgesetz über den Privatversicherungsvertrag, dessen Entwurf schon dem Bundesrat passiert hat, ist in Vorbereitung.
- Nr. 4. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte. (Vgl. den Artikel: „Banken“ in Conrads Hand- Anm. 64. wörterbuch.)

Es genügt nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 32) zutreffend hervorheben, diejenigen Geschäfte aufzuzählen, mit welchen sich der Bankier gewöhnlich befaßt. Vielmehr muß dargelegt werden, welche Arten von Geschäften dem Bankiergewerbe eigentümlich sind, d. h. den betreffenden Gewerbetreibenden zum Bankier machen, sein Geschäft zum Bankgeschäft. Diese Begriffsbestimmung ist jetzt um so notwendiger, als der gleiche Begriff auch sonst vom Gesetze gebraucht wird (§ 367; § 41 Abs. 4 des UmwG.; § 248 HGB.).

§ 1.

Anm. 65.

Die dem Bankiergewerbe charakteristischen Geschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld und Wertpapieren befriedigen.

1. Die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Wertpapieren.

Der typische Fall ist die kommissionsweise Ausführung von Aufträgen zur Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren. Dadurch wird der Gewerbetreibende Kommissionär und fällt allerdings auch unter die Nr. 6 des § 1. Aber er wird dadurch außerdem Bankier und untersteht infolgedessen den Sondervorschriften, welche für das Bankiergewerbe gegeben sind (Anm. 64). Aber auch dann, wenn der Verkauf und der Einkauf der Wertpapiere für eigene Rechnung geschieht, nicht im Wege des Kommissionsgeschäfts, liegt die Betätigung des Bankiergewerbes dann vor, wenn diese Tätigkeit in einer Weise erfolgt, die dazu bestimmt und geeignet ist, den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Wertpapieren zu dienen, also wenn der Inhaber des Handelsgewerbes mit dem Publikum solche Geschäfte macht (nicht auch dann, wenn er ausschließlich an der Börse spekuliert). Zwar fällt diese Tätigkeit unter Nr. 1, aber außerdem fällt sie auch unter Nr. 4 und macht ihn zum Bankier. Oft entwickelt sich hieraus die sogenannte Emissionstätigkeit, nämlich dann, wenn sie sich an eine Gründung oder Kapitalserhöhung anschließt. Der Bankier schließt z. B. mit dem Inhaber eines Etablissements, der sein Anwesen in eine Gesellschaft einbringt, im voraus einen Vertrag, Inhalts dessen diesem die Aktien, die er als Äquivalent für die Aktion erhält, zu gewissen Preisen vom Bankier abgenommen werden. Die solchergestalt dem Bankier zustießenden Aktien werden dann an den Markt gebracht. Diese Anschaffung und Veräußerung von Waren nennt man Emission. Über eine andere Art von Emission s. Anm. 67.

Anm. 66.

2. Die Geschäfte, welche den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld dienen.

Dahin gehört zunächst das Geldwechselgeschäft. Das Gesetz stellt das Geldwechselgeschäft neben das Bankgeschäft. Allein Düringer-Hachenburg (I 33) sind im Recht, wenn sie diese Scheidung für unbegründet erklären. Das Geldwechselgeschäft ist ein Teil des Bankgeschäfts, es dient den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geldsorten.

Anm. 67.

Von ungleich größerer Wichtigkeit aber sind die übrigen Geldgeschäfte, die hier in Frage kommen. Zunächst diejenigen, die den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung von Geld, der Kreditvermittlung, dienen. Dahin gehört das Diskontierungsgeschäft. Sodann das Darlehen in seinen mannigfachen Formen (Blanko-, Accept-, Kontokorrentkredit usw.); mit und ohne Sicherheit, letzteres als Lombardgeschäft gegen Verpfändung von Kaufmannswaren [s. Anm. 69 über die Pfandleihe] oder gegen Bestellung von Hypotheken und Grundschulden, RDStG. 1, 217; auch Baugeldgeber betreiben mit ihren Zahlungsvermittlungsgeschäften Bankiergeschäfte, RG. 38, 20. Hierher ist auch das Einziehen (Inkasso) von Wechseln, Checks, Verpflichtungsscheinen und Forderungen zu rechnen, da es auch den Bedürfnissen des Publikums nach Anschaffung von Geld dient (s. a. Anm. 85). Ferner gehört hierher die Übernahme von Anleihen, Aktien und sonstigen Gesellschaftsanteilen, die von öffentlichen Korporationen, Gesellschaften, industriellen Unternehmungen zur Befriedigung ihres Geldbedarfes ausgegeben werden. Auch hieran schließt sich meist als Begleiterscheinung die Emission der solchergestalt übernommenen Wertpapiere durch den Bankier, d. h. ihre Unterbringung im Publikum, da nur auf diese Weise der Bankier die durch die Übernahme festgelegten Gelder zu anderen Zwecken wieder flüssig machen kann. Die hier erwähnte Übernahme von Anleihen und Gesellschaftsanteilen gehört nicht unter Nr. 1, weil sie keine Anschaffung ist (s. Anm. 36), aber sie ist ein Grundgeschäft des Bankiergewerbes und gehört daher unter unsere Nr. 4, was Düringer-Hachenburg (I 33) anscheinend nicht annehmen. Endlich aber ist dasjenige Geschäft dem

Bankgewerbe charakteristisch, das dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Unterbringung § 1. seiner flüssigen Gelder dient, das sogenannte Depositengeschäft. Die Annahme von Geldern zum irregulären Depositum gegen Verzinsung ist dem Bankgewerbe charakteristisch und ist nicht bloß ein Hilfsgeschäft, sondern macht denjenigen, der diese Geschäftsart gewerbmäßig betreibt, zum Bankier. Isoliert kann diese Geschäftsart allerdings nicht betrieben werden. Denn die Verzinsung bedingt das Eingehen anderer Geschäfte durch den, der die Zinsen zu zahlen in der Lage sein soll, und das Depositengeschäft kommt daher auch nur als ein Zweig des Bankgewerbes vor. Es würde aber ein Bankgeschäft bleiben, wenn sich eine geschäftliche Unternehmung in großem Maßstabe mit der Annahme von Gelddepositen beschäftigen und die Möglichkeit der Verzinsung etwa in Grundstücks-transaktionen suchen würde.

Die sonstigen Geschäfte, welche im Bankgewerbe vorkommen, sind Hilfsgeschäfte Anm. 68 oder vielmehr Modalitäten der Bankgeschäftstätigkeit, so die Aufbewahrung von Wertpapieren in verschlossenen und offenen Depots, der Giroverkehr, der Check- und Anweisungverkehr. Alles dies sind Arten, in denen die Zahlung von deponierten oder kreditierten Geldern ausgeführt wird. Isoliert würden sie (auch die Aufbewahrung von Wertpapieren) nicht den Inhalt eines Bankgeschäfts bilden. So spricht auch das DepotG. (vom 5. Juli 1896) nicht von Bankiers, sondern von Kaufleuten, denen Aktien usw. zur Verwahrung übergeben sind.

Bankgeschäfte können von physischen und juristischen Personen betrieben werden. Nicht Anm. 69 selten betreiben juristische Personen des öffentlichen Rechts (Kommunen, Kreise, der Staat) Bankgeschäfte (RG. in JZ. 00, 273^o). Sie sind dann Kaufleute, einschließlich der Reichsbank (BankG. vom 14. März 1875), wenn auch letztere nach § 66 des BankG. nicht eintragungspflichtig ist (Roch, Bankgesetz [bei Guttentag] und die dort abgedruckten „Allg. Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank“.)

Das **Pfandleihgewerbe**, d. h. das Beleihen von Mobiliarpfändern, die nicht Wertpapiere, Edelmetalle oder Kaufmannswaren sind (z. B. von Möbeln, Büchern, Kleidern, Schmuckstücken), war stets vom Bankiergewerbe unterschieden (RDStG. 24, 34 ff.; RG. in NZM. 4, 157; über das Banklombardgeschäft vgl. Anm. 67). Der Pfandleiher kann nicht Kaufmann gemäß § 1 sein. Aber die Anwendung des § 2 ist unter den dort gegebenen Voraussetzungen auf das Pfandleihgewerbe nicht ausgeschlossen. Die landesrechtlichen Vorschriften über die Art des Geschäftsbetriebes sind im sicherheitspolizeilichen Interesse zum Schutze der Schuldner gegeben, während zur Sicherung der Gläubiger des Pfandleihers die Registerpflicht aus § 2 dient. Das Pfandleihgewerbe dient auch nicht bloß dem Kleinverkehr, sondern erreicht oft genug sehr hohe Jahresumsätze (von 100 000 Mark und mehr). Die hier vertretene Ansicht teilt das RG. a. a. O.; a. M. LG. Berlin (bei Goldheim 10, 202), welches die Pfandleihe-Geschäfte nie für registerpflichtig hält.

Nr. 5. Eine Reihe von Transportgeschäften, und zwar:

Anm. 70.

1. Die Übernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zu See. Hierüber näheres im Seerecht (§§ 556—678).
2. Die Geschäfte der Frachtführer. Hierüber am zuständigen Orte (§§ 425 ff.).
3. Die Geschäfte der Personentransportanstalten zu Lande oder auf Binnengewässern. Der Personentransport gehört nicht zu den Frachtgeschäften. Ein reines Grundhandelsgeschäft ist der Personentransport stets, wenn er zu See geschieht (s. zu 1); die Übernahme des Personentransports zu Lande oder auf Binnengewässern ist es nur, wenn sie seitens einer Anstalt, d. h. einer auf Großbetrieb angelegten kaufmännischen Unternehmung geschieht. Hiernach muß vorliegen Personentransport im Großbetriebe.

a) **Personentransport**. Wer bloß Transportmittel stellt, ohne zugleich die zur Transport- Anm. 71 tierung erforderliche Arbeitskraft zu verbinden, ist nicht Personenbeförderer im Sinne dieses Paragraphen (Behrend § 27 Anm. 18). Gegenstand dieses Geschäfts ist die Transportleistung selbst (RG. 25, 110). Das Geschäft ist also Wertvertrag (§§ 631 ff. BGB.).

§ 1. Dagegen ist es gleichgültig, ob nebenbei auch noch das Gepäck des Passagiers mitgenommen wird, es wird dadurch kein Frachtgeschäft.

Anm. 72. b) **Im Großbetriebe.** Daraus deutet das Wort Anstalt hin. Nicht gemeint ist damit, daß gerade eine Gesellschaft den Betrieb hat, auch die Unternehmung einer Einzelperson gehört hierher. Die Abgrenzung des Großbetriebes vom Kleinbetriebe ist Frage des Einzelfalles. Auch hier ist das Kriterium dahin zu formulieren: nach Art und Umfang des Betriebes muß eine kaufmännische Organisation erforderlich sein (s. Anm. 7 ff. zu § 2). Dagegen kann es nicht für richtig erachtet werden, daß gerade der Unternehmer selbst die leitende Persönlichkeit sein muß, wie das von Noack in Busch Arch. 2, 26 ausgeführt wird. Es kann sehr wohl sein, daß der Unternehmer sich nur auf die technische Seite der Sache oder gar nicht auf die Sache versteht und sich in der Leitung des Ganzen vertreten läßt (Buchelt Anm. 3 zu Art. 272).

Anm. 73. c) **Zu Lande oder auf Binnengewässern.** Die Binnengewässer bilden den Gegensatz zur See. Entscheidend sind die Anschauungen des seemannischen Verkehrs (RG. 13, 68 ff., wo eine Fahrt zwischen Stettin und Stralsund, Wolgast anlaufend, durch den Greifswalder Bodden als Binnenschiffahrt betrachtet wird; Schaps Seerecht 7).

Anm. 74. d) **Im einzelnen gehören hierher:** der Betrieb der Straßenbahnen, Dampfschiffe, Dampfzähren, Personenpostverbindungen (private), Omnibusunternehmungen, Droschkenunternehmungen.

Nicht hierher gehören die Geschäfte der einfachen Lohnkutscher, Fährleute. Hier fehlt der Großbetrieb. Die Personenbeförderungen der Posten des Reiches und der Bundesstaaten gehören nicht dazu, weil § 452 diesen Postverwaltungen allgemein die Kaufmannseigenschaft abspricht.

Anm. 75. 4. **Die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer.** Der Schleppschiffahrtsunternehmer unterscheidet sich vom Frachtführer dadurch, daß er lediglich die Fortbewegung des Schiffes übernimmt, das Gut aber nicht übergeben erhält (RGSt. 23, 320; GR. 6, 100; 10, 167). Seine Geschäfte sind reine Grundhandelsgeschäfte, der Unternehmer ist ohne weiteres Kaufmann. Oft hat er allerdings nur ein kleines Schleppboot; dann ist er Winderkaufmann nach § 4.

Anm. 76. Nr. 6. **Die Geschäfte der Kommissionäre, der Expediture und der Lagerhalter.** Hierüber näheres an den zuständigen Stellen (§§ 383 ff., 407 ff., 416 ff.). Der sogenannte Annoncenexpéditeur ist nicht Expéditeur im Sinne des Gesetzes, aber aus anderen Gründen Kaufmann; vgl. näheres Erg. zu § 415 Anm. 1.

Anm. 77. Nr. 7. **Die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmakler.** Auch hierüber näheres an den zuständigen Stellen (§§ 84 ff., 93 ff.). Unter den Handelsmaklern werden jetzt nur noch die Privathandelsmakler verstanden. Amtliche Handelsmakler gibt es nicht mehr; näheres § 93 Einl. (dort auch über die Kursmakler). Die Geschäfte der Grundstücks- und Hypothekemakler dagegen sind auch nach dem neuen HGB. keine reinen Grundhandelsgeschäfte, ihr Gewerbe kein reines Handelsgewerbe, weil Grundstücke und Hypotheken nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, Handelsmakler aber nur solche Personen sind, welche die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs besorgen (§ 93, näheres dort). Grundstücks- und Hypothekemakler können aber unter § 2 fallen (DVG. Oldenburg im Recht 02, 298). Daß die Heiratsvermittlungsgeschäfte dazu nicht gehören, folgt schon daraus, daß Ehen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Vermietungen von Diensthoten für die Häuslichkeit (Gesindevermietungsbüreaus) gehören ebenfalls nicht dazu; desgleichen nicht die Theateragenturgeschäfte. Doch können diese Gewerbe vermöge ihrer Betriebsweise Handelsgewerbe nach § 2 und akzessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Vgl. Erg. vor § 93 Anm. 8.

Anm. 78. Nr. 8. **Die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels.**

1. **Die Verlagsgeschäfte.** (Lit.: Goldschmidt, Fdbb. § 56; Cosack §§ 83 ff. und die dort zitierten Schriften.)

- a) Das Verlagsrecht, für welches nach Art. 76 GG. z. BGB. zunächst das Landesrecht in § 1. Kraft geblieben war, ist durch „Gesetz über das Verlagsrecht“ vom 19. Juni 1901 — gleichzeitig verkündet mit dem Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst — reichsrechtlich geordnet. Das VerlG. steht zum BGB. und HGB. in dem gleichen Verhältnis wie alle sonstigen Gesetze privatrechtlichen Inhaltes (Lit.: Miffeld, Heiniß, Textausgaben mit Anmerkungen). Seine Tendenz ging im wesentlichen auf die Zusammenfassung des in Übung befindlich gewesenen Rechts (RG. 54, 435).
- b) Die Verlagsgeschäfte fallen unter Nr. 8, nur insofern sie Zweige des Buch- und Kunsthandels sind (verbis: „sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels“). Bei den Verlagsgeschäften unterscheidet man herkömmlich:
- α) die Geschäfte zwischen Verleger und Autor zum Zwecke der Erwerbung des Autorrechts;
 - β) die Geschäfte zwischen Verleger und Drucker zum Zwecke der Vervielfältigung des Werkes;
- und γ) zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des vervielfältigten Werkes.

Es ist aber nicht etwa nur der kombinierte Betrieb aller drei Arten von Geschäften Handelsgeschäft. Vielmehr ist wesentlich, um Verlagsgeschäfte zu Handelsgeschäften im Sinne der Nr. 8 zu machen, nur die letzte Kategorie, nämlich die Tätigkeit zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des Werkes (RG. 5, 68 nennt diese Tätigkeit „Veröffentlichung“). Festen können die Geschäfte, die auf den Erwerb des Autorrechts abzielen, so z. B. wenn es sich um einen Nachdruck handelt (RG. 5, 68), oder um die erlaubte Vervielfältigung alter Klassiker, oder um Selbstverlag (vgl. aber Anm. 79). Auch der Selbstverlag kann unter die Nr. 8 fallen (RG. 5, 68), ebenso der Kommissionsverlag (RGH. 16, 251; vgl. aber Anm. 79), endlich der Zeitungsverlag, selbst wenn es sich um eine solche Zeitung handelt, die nur zusammengedruckte Artikel und Annoncen enthält, oder wenn der Verleger selbst Redakteur ist. Literarische Bureaus, Zeitungskorrespondenzen usw. können hierher gehören. Fehlen kann ferner die zweite Kategorie: der Verleger kann sehr wohl seine eigene Druckerei oder Papierfabrik haben, so daß er diesbezügliche Handelsgeschäfte nicht abschließt. Nur die Verbreitung ist, wie gesagt, wesentlich (vgl. RG. 5, 68).

Hervorzuheben ist: Für das VerlG. kommt als Verleger nur in Betracht, wer Anm. 79. Verlagsverträge im Sinne des § 1, der den wesentlichen Inhalt in zwingender Weise wiedergibt, mit anderen Personen schließt. Der § 1 lautet:

Durch den Verlagsvertrag über ein Werk der Literatur oder der Tonkunst wird der Verfasser verpflichtet, dem Verleger das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen. Der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Der Selbstverlag, der Kommissionsverlag (§ 1 „dem Verleger . . . für eigene Rechnung“) fallen daher nicht unter das VerlG. (Heiniß a. a. O. § 17). Gewerbsmäßiger Betrieb aber ist Grundhandelsgeschäft im Sinne unserer Nr. 8; „denn auf alle Fälle handelt es sich, selbst wenn man sie jetzt nicht mehr rechtlich als Verlagsgeschäfte charakterisieren wollte, um Geschäfte des Buchhandels“ (Cosack § 84), beim Kommissionsverlag weiter noch um Geschäfte im Sinne der Nr. 6 (Cosack § 83 S. 370).

2. Die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels. Das sind besonders die Geschäfte Anm. 80. des Sortimentsbuchhändlers; soweit er fest kauft, fallen seine Geschäfte schon unter Nr. 1, soweit er à condition entnimmt, häufig unter Nr. 6 (Verkaufskommission). Aber auch sonst fallen jene Geschäfte schon unter andere Kategorien von Handelsgeschäften; denn es gehören dazu die Geschäfte der Buchhändlerkommissionäre (Nr. 6), der Kolporteurs, der Subskribenten- und Annoncensammler (Nr. 7). Auch das Antiquariat gehört dazu.

Nicht gehören dazu die Geschäfte der Leihbibliotheken (RGH. 23, 400; f. a. Anm. 42), die aber nach § 2 und § 343 Handelsgewerbe und akzessorische Handelsgeschäfte sein können, letzteres z. B., wenn ein Sortimenter daneben eine Leihbibliothek hat.

§ 1. Nr. 9. Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Anm. 81.

Gemeint sind, wie die Zusammenstellung mit dem Buch- und Kunsthandel ergibt, nicht die Geschäfte der Rattun- und Zeugdruckereien, sondern der Druck von literarischen und künstlerischen Erzeugnissen, in diesem Sinne aber alle Arten von Druckereien: die Buch-, Stein-, Kupfer-, Holzschnitt-, galvanoplastischen Druckereien, auch die photographischen Anstalten, überall, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (s. hierüber zu § 4 Anm. 8 ff.). Der kleine Drucker, Holzschneider, Litograph ist nicht Kaufmann.

Anm. 82.

Zusatz 1. Alphabetisches Verzeichnis derjenigen Personen, deren Kaufmannseigenschaft in Frage kommen kann.

a) Bedeutung dieses Verzeichnisses. Es ist als Zusatz dem § 1 hinzugefügt, weil es nur in diesem Zusammenhange eine Berechtigung hat. Denn nach § 2 macht jedes gewerbliche, kaufmännisch betriebene Unternehmen, wenn der Besitzer eingetragen ist, den Unternehmer zum Kaufmann.

Für den Rechtsverkehr ist es von Wichtigkeit zu wissen, wer durch den Gegenstand der betriebenen Geschäfte Kaufmann wird. Denn diese Personen sind Kaufleute ohne Eintragung.

Sie sind ohne weiteres Kaufleute. Im Gegensatz hierzu können die früher als Nichtkaufleute bezeichneten Gewerbetreibenden nicht mehr als solche bezeichnet werden, weil auch sie Kaufleute sein können, wenn ihr Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert und sie eingetragen sind. Man kann jetzt höchstens sagen: sie seien nicht ohne weiteres Kaufleute. Danach dürfen die beiden Kategorien nicht mehr als Kaufleute und Nichtkaufleute, sondern ohne weiteres als Kaufleute und nicht ohne weiteres als Kaufleute bezeichnet werden.

Anm. 83.

b) Gewerbetreibende, die ohne weiteres Kaufleute sind:

Die folgende Aufzählung ist nur eine Aufzählung der reinen Grundhandelsgewerbe, der Kaufleute kraft Gewerbes. Sie deckt sich im großen und ganzen naturgemäß mit derjenigen des früheren Rechts, weil ja § 1 im großen und ganzen nichts enthält, als eine Zusammenfassung der absoluten und relativen Handelsgeschäfte, also aller derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb auch nach früherem Recht den Unternehmer ohne weiteres zum Kaufmann machte. Einzelne Abweichungen sind allerdings vorhanden: das Darlehen auf Verbodnung fehlt (Anm. 31), die Geschäfte der Schleppfahrtsunternehmer und der Lagerhalter sind hinzugefügt.

Anm. 84.

Kaufleute kraft Gegenstand des Gewerbes (s. a. Anm. 31) sind hiernach:

Agenten (Nr. 7)¹⁾; Annoncenbureaubesitzer (Anm. 76); Appreteure (unter Umständen, Nr. 2; Anm. 57); Apotheker (Nr. 1; Anm. 29); Bäcker (Nr. 1; Anm. 44); Banken und Bankiers (Nr. 4); Baugeldgeber (Anm. 67); Büchsenmacher (Nr. 1; Anm. 44); Branntweinbrenner (soweit sie nicht selbstproduzierte Stoffe verarbeiten und veräußern, oben Anm. 37; RDStG. 16, 380); Brauer (Anm. 44); Buchdrucker (Nr. 9; Anm. 81; wenn mehr als handwerksmäßig); Dampfmaschinen (Nr. 2; Anm. 57); Destillateure (s. Branntweinbrenner und Gastwirte); Drechsler, Dreher (Nr. 1); Droschkenunternehmer (Nr. 5); Eisenbahnunternehmer (als Frachtführer RDStG. 3, 407); Eisenwerksbesitzer (soweit sie angekauft Material verarbeiten oder fabrikmäßig die Verarbeitung fremden Materials übernehmen, Nr. 1 u. 2); Fabrikanten (Nr. 1 u. 2; auch Maschinenfabrikanten); Färber (wenn mehr als handwerksmäßig, Nr. 2; Anm. 57); Fiskus (§ 36); Fleischer (Nr. 1; Anm. 44); Frachtführer (Nr. 5); Friseure (wenn sie Haarartikel, Öl, Seifen usw. verkaufen); Fuhrleute (wenn sie Lasten befördern nach Nr. 5, und ebenso, wenn sie als Personenbeförderungsanstalten

¹⁾ Die eingeklammerten Nummern und Anmerkungen bedeuten die Nummern und Anmerkungen des vorliegenden § 1.

zu betrachten sind); **Gasanstalten** (Nr. 1; Anm. 44); **Gastwirte** (nicht in der Bedeutung von Logierwirten, Hoteliers, sondern in der Bedeutung von Restaurateuren, Destillateuren, Speise- und Trinkwirten, RDSt. 24, 270; RG. in ZW. 99, 494³²; RG. in LZM. 6, 466; Anm. 29, 44); **Gerber** (Anm. 44); **Glaszer** (Anm. 44); **Goldschläger** (ebenda); **Handwerker** (unter Umständen, näheres § 4); **Hausierer** (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); **Höfer** (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); **Hoteliers** (wenn sie nicht nur Zimmer vermieten, sondern auch Speisen verabreichen RDSt. 22, 329; daß sie den Zimmergästen Kaffee verabreichen, würde nicht genügen, das würde nur zur Unterstützung des Zimmervermietungsgebietes dienen); **Hutfabrikanten** (Nr. 1 u. 2); **Kafetiers** (Nr. 1); **Kalkbrennereibesitzer** (insofern sie gekauften oder fremden Kalk brennen, Nr. 1 u. 2); **Klempner** (Anm. 44); **Kolporteur** (Nr. 8; Anm. 80); **Kommissionäre** (Nr. 6); **Konditoren** (Anm. 44); **Korbmacher** (ebenda); **Kreditvereine** (wenn sie an Nichtmitglieder ausleihen, Anm. 67); **Kürschner** (sofern mehr als Handwerker, „Rechtsprechung des RGSt.“ 6, 694; Nr. 2); **Kunstdrucker** (sofern mehr als handwerksmäßig; Nr. 9); **Kunsthändler** (Nr. 1 u. 8); **Kupferstecher** (unter Umständen, Nr. 9; Anm. 81); **Lithographen** (ebenso); **Lotteriekollekteure** (Nr. 1; Anm. 29); **Malter** (Handelsmalter, Kurmalter, Nr. 7); **Maler** (nicht auf Grund von Nr. 1, da sie keine Farben veräußern, sondern Gegenstände färben, wohl aber auf Grund der Nr. 2, wofern sie Malerarbeiten übernehmen, die sich auf Waren beziehen, und ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; selbstverständlich ausgenommen die Kunstmalter); **Müller** (Nr. 1; auch die Lohnmüller, wenn mehr als handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, Nr. 2, Anm. 57); **Münzenhändler** (Nr. 1); **Musikalienhändler** (Nr. 1 u. 8); **Omniбусbesitzer** (unter Umständen, Anm. 74); **Optiker** (Anm. 44); **Patentanwälte** (selbstverständlich nicht als Verfasser von Patentschriften, wohl aber als Vermittler von Patentveräußerungsgeschäften, denn Patente sind Gegenstände des Handelsverkehrs; die Patentanwälte sind also in diesem Falle Handelsmakler; Nr. 7; Anm. 4 zu § 93); **Pferdebahnbesitzer** (Anm. 74); **Photographen** (wenn mehr als handwerksmäßig, Anm. 81); **Post** (Privatposten nach Nr. 5 als Frachtführer, nicht auch der Staat als Postanstalt, § 452; Anm. 70 ff.); **Restaurateure** (s. Gastwirte); **Sattler** (oben Anm. 44); **Schneider** (unter Umständen, oben Anm. 44); **Schlosser**, **Schmiede**, **Schuster**, **Seiler** (ebenda); **Spediteure** (Nr. 6); **Spekulant** (in Waren und Wertpapieren, wenn das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit vorliegt; Anm. 30; nicht auch in Grundstücken, diese können unter § 2 fallen); **Spinnereien** (wenn mehr als handwerksmäßig betrieben, Anm. 57); **Staat** (s. Fiskus); **Steinmeße** (Anm. 44); **Subskribentensammler** (Anm. 80); **Tischler** (RG. in ZW. 88, 137¹¹; Anm. 44; jedoch nicht Bau-tischler, vgl. 85); **Tröblier** (Nr. 1, jedoch Minderkaufmann); **Töpfer** (Nr. 1; Anm. 51); **Uhrmacher** (Nr. 1; Anm. 44); **Verleger** (Nr. 8); **Versicherungsgesellschaften** gegen Prämien (Nr. 3); **Viehändler** (Nr. 1; RDSt. 7, 58; 14, 266); **Warenhändler** (Nr. 1); **Weber** (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2); **Zeitungsverleger** (Nr. 8; Anm. 78).

c) **Gewerbetreibende, die nicht ohne weiteres Kaufleute, nicht Kaufleute kraft des Gegenstandes des Gewerbes sind.** Die hier verzeichneten Personen sind nicht ohne weiteres Kaufleute. Das heißt: Der Betrieb der hier bezeichneten Gewerbe macht sie dazu nicht. Den Gegenstand dieser Gewerbebetriebe bilden keine Grundhandelsgeschäfte, ihr Gewerbe ist kein reines Handelsgewerbe nach § 1. Auf anderem Gebiete liegt die Frage, ob ihr Gewerbebetrieb nicht nach Art und Umfang des Betriebes unter § 2 fällt; ist dies der Fall, dann werden diese Personen durch hinzukommende Eintragung Kaufleute, sie sind dann Kaufleute kraft der Betriebsart des Gewerbes und Eintragung (vgl. Anm. 31).

Ärztliche Heilanstalten (näheres Anm. 19); Auktionskommissare; Auskunftsbureau; Bauunternehmer (Anm. 48); Bautischler (Anm. 48); Bergwerksbesitzer (Anm. 37); Bernsteingräbereibesitzer (Anm. 37); Bildhauer (s. Künstler); Detektivinstitute; Einziehungss-

§ 1. bureauß; Eisenbahnbauunternehmer (f. Bauunternehmer); Gas- und Wasserrohrleger (Anm. 48); Gefindevermietungsbureauß (Anm. 77); Grundstücksmakler (Anm. 77); Grundstücksspekulanten (Anm. 38; Volze 6 Nr. 631); Handelsgärtner (sofern Selbstproduzenten; Anm. 37); Heiratsvermittler (überhaupt nicht Kaufleute, weil sie rechtlich nicht anerkannte Geschäfte betreiben, ihre Geschäfte können daher auch nicht als Handelsgewerbe nach § 2 anerkannt werden; Anm. 22 u. oben 77 und Anm. 2 zu § 2); Hoteliers (als Zimmervermieter; vgl. a. Anm. 84); Hypothekensmakler (Anm. 77); Konsumvereine (nicht Kaufleute, weil ohne Gewinnabsicht; Anm. 7); Künstler (Anm. 9); Kunstgärtner (vgl. Handelsgärtner); Landwirte (regelmäßig sind sie überhaupt nicht Kaufleute, doch f. hierüber näheres zu § 3); Leihämter; Leihbibliotheken (Anm. 80); Lohnkutscher (Anm. 74); Maler (f. Künstler); Maurermeister (Anm. 48; DQW. Rostock im Recht 05, 285); Molkereibesitzer (Anm. 37); Pensionate; Pfandleiher (Anm. 69, f. a. Leihämter); Rechtskonsulentenbureauß; Schriftsteller (Anm. 9); Sparkassen (wenn sie Gewinn erzielen wollen [RZM. 2, 23; Anm. 10], dagegen werden z. B. die Gemeindeparkassen in Baden mangels Gewerbemäßigkeit nicht für Kaufleute erachtet [WadRpr. 01, 274]); Steinbruchbesitzer oder -pächter (Anm. 37); Steinfabrikanten (Fabrikanten feuerfester Steine aus eigenem Material; Anm. 37); Theateragenturen (Anm. 77); Theaterdirektoren und -unternehmer; Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (Anm. 61); Vorschußvereine, die nicht Banken und nicht eingetragene Genossenschaften sind und die nur an ihre Mitglieder ausleihen; Zahnärzte (auch wenn sie Zähne oder Gebisse verkaufen; Dernburg, PrPrivatr. II § 6 Anm. 5 hält sie alsdann für Kaufleute, indessen ist doch Wissenschaft und Kunst bei ihnen vorwiegend; Anm. 9); Ziegeleibesitzer (sofern Selbstproduzenten; Anm. 37); Zimmervermieter (f. hierüber auch unter Hoteliers; Anm. 27).

Weitere Beispiele f. § 2 Anm. 3.

§ 2. Übergangsfragen. Der neue Kaufmannsbegriff trat sofort in Wirksamkeit. Kaufmann war am 1. Januar 1900, wer an diesem Tage ein Handelsgewerbe betrieb. Hinsichtlich des § 1 hatte dies keine wesentlich verändernde Bedeutung. Denn seine Kategorien decken sich im großen und ganzen mit den früheren. Immerhin fingen diejenigen Personen von diesem Tage an Kaufleute zu sein, die es vermöge ihrer geschäftlichen Tätigkeit nach früherem Recht nicht waren, z. B. die Lagerhalter, die Schleppschiffahrtsunternehmer. Dagegen gehörten diejenigen Personen, welche sich damit beschäftigten, Darlehen gegen Verbodnung zu geben, mit diesem Tage auf, Kaufleute zu sein. — Eine erhebliche Umwälzung hatte jedoch der § 2 im Gefolge. Hierüber Anm. 19 zu § 2.

§ 1. Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit, ein rechtsgültiges Gewerbe zu betreiben (Anm. 20), sind die Übergangsvorschriften der Art. 153 ff. E.O. z. B.G.B. maßgebend. Danach war für die Geschäftsfähigkeit zur Errichtung eines Handelsgewerbes vom 1. Januar 1900 ab das neue Recht maßgebend. Für die Frage, ob die am 1. Januar 1900 verheiratete Frau ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau werden oder Handelsfrau bleiben kann, f. Allg. Einleitung Anm. 76 ff.

§ 2. Verschieden hiervon ist die Frage, ob die Rechtsgeschäfte, welche die betreffenden Personen unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossen haben, als Handelsgeschäfte zu betrachten sind; sie wird an den zuständigen Stellen erörtert werden.

Hinsichtlich der Verjährung von Forderungen, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden und damals noch nicht verjährt waren, ist die Frage, ob der blühiger Kaufmann war (§ 196 Nr. 1, 7 B.G.B., Art. 169 E.O. z. B.G.B.) nach dem alten Recht, dem Recht zur Zeit der Entstehung der Forderung zu beurteilen (R.W. in DZS. 05, 363).

§ 2.

§ 2. Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die

Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne § 2. dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

Lit.: Lastig, Der Gewerbebetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer (in der Festgabe für Fitting, Halle 03).

Der vorliegende Paragraph handelt von der zweiten Klasse der Handelsgewerbe (s. Anm. 31 zu § 1).

Vorbemerkung. Der Charakter der Vorschrift ist der einer *clausula generalis*. Die Art, Anm. 1. wie das frühere HGB. den Kaufmannsbegriff fixiert hatte, entsprach nicht den Anschauungen und Erfordernissen des Verkehrs. Da es nur eine begrenzte Anzahl von Geschäften war, deren gewerbmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildete, waren viele Personen als Nichtkaufleute zu betrachten, die einen kaufmännisch organisierten Betrieb hatten und nach den Anschauungen des Verkehrs als Geschäftsleute galten. Beispielsweise fielen die Geschäfte der Ziegeleibesitzer unter keine der im Art. 271 und 272 aufgezählten Kategorien, weil sie Selbstproduzenten sind. Das gleiche gilt von allen sonstigen Betrieben der Selbstproduktion (große Tonröhren- und Porzellanfabriken, Salinen, Gruben usw.). Dazu kam, daß der Grundsatz des Art. 275, wonach Verträge über Grundstücke keinesfalls Handelsgeschäfte sein konnten, erheblich eingriff. Infolge dieses Grundsatzes waren die Geschäfte der Grundstücks Händler und Bauunternehmer keine Handelsgeschäfte, sie selbst keine Kaufleute. Hier war nur zu helfen durch Aufstellung einer Generalklausel. Ein „Sprung ins Dunkle“ (R. R. Ber. S. 5), der aber geglückt ist.

Der § 2 enthält eine zivilrechtliche und eine rechtspolizeiliche Vorschrift. Die letztere dient den Zwecken der ersteren. Die zivilrechtliche geht dahin, daß jedes gewerbliche Unternehmen, wenn es eine kaufmännisch eingerichtete Betriebsweise (§ 1 Anm. 31) erfordert, bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe wird; die rechtspolizeiliche Vorschrift geht dahin, daß jedes derartige Unternehmen zur Eintragung angemeldet werden muß, damit die eben gedachte zivilrechtliche Folge eintrete.

Nach diesen beiden Richtungen soll der Inhalt des Paragraphen erläutert werden.

A. Die zivilrechtliche Vorschrift.

Anm. 2.

Jedes gewerbliche Unternehmen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, gilt als ein Handelsgewerbe, wenn es nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma des Unternehmers eingetragen worden ist.

1. Vorausgesetzt ist hiernach:

- a) Ein gewerbliches Unternehmen. Damit ist sachlich nichts anderes gesagt, als mit: „Gewerbebetrieb“ im § 1 Abs. 2. Aus phonetischen Gründen („Geschäftsbetrieb“ folgt sofort im Nebensatz) mag man das Wort „Gewerbebetrieb“ hier vermeiden haben. Jedes gewerbliche Unternehmen wird von § 2 umfaßt. Abzulehnen ist die Ansicht von Lastig (569), wonach § 2 nur solche Gewerbebetriebe umfasse, die sich neben den im § 1 aufgezählten sonst noch aus dem Warenhandel, sei es mittel- oder unmittelbar, entwickelt hätten. Dies ist weder in der Fassung noch in der Entstehungsgeschichte noch in der Absicht des Gesetzes begründet (D. 3 ff.; RG. in DRW. 8, 89; oben Anm. 1; unten Anm. 9).
- a) Der Begriff des Gewerbes ist in Anm. 6—14 zu § 1 auseinandergelegt. Liegt nach den dort aufgestellten Erfordernissen ein Gewerbe vor, liegt insbesondere ein in der Absicht dauernder Gewinnerzielung erfolgender rechtsgültiger Abschluß von Geschäften vor, so kann beim Hinzukommen der anderen Voraussetzungen des § 2 das Gewerbe

§ 2. ein Handelsgewerbe werden, auch wenn der Betrieb unter keine der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Kategorien fällt. Liegt aber jene Voraussetzung nicht vor, so kann der Betrieb auch nach § 2 kein Handelsgewerbe werden. Es kann daher auch auf Grund des § 2 der Betrieb von Anwaltsgeschäften, von Unterrichtsanstalten (andere Beispiele § 1 Anm. 9) nicht Handelsgewerbe werden, weil sie keine gewerblichen Unternehmen sind. Es können ferner die Geschäfte der Spieler, Heiratsvermittler, Bordellinhaber nicht unter § 2 fallen, weil hier kein Abschluß von rechtsgültigen Geschäften vorliegt (§ 1 Anm. 22).

Anm. 3.

β) Beispiele von gewerblichen Unternehmungen, die unter § 2 fallen können, finden sich im Zusaß zu § 1 (Anm. 85 daselbst) in großer Anzahl. Hervorgehoben seien hier zur Veranschaulichung: Die Gewerbebetriebe der Urproduzenten, besonders der Bergbau (Steinkohlenbergwerk, JW. 04, 475²⁹), der Betrieb von Brüchen, Gruben und Salinen; die Gewerbebetriebe, in welchen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten, z. B. die Tonwaren-, Porzellanfabriken, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken; der Gewerbebetrieb der Leih- (richtiger Vermietungs-) anstalten, z. B. Leihanstalten für Bücher, Kostüme, Transportmittel, Boten, Pferde, Dreschmaschinen (wenn nicht gleichzeitig der Ausbruch besorgt wird, Anm. 57 zu § 1); der Betrieb von Logierhäusern und Pensionaten; Pfandleihen (§ 1 Anm. 69), die Kunstisbureaus (Erf. zu § 349 Anm. 3); der Gewerbebetrieb der Bauunternehmer (oben Anm. 1 u. Anm. 48 zu § 1), der gewerbsmäßige Handel mit Grundstücken (RG. in RGZ. 26 A. S. 209, § 1 Anm. 38) und die gewerbsmäßige Vermittlung von Immobiliengeschäften (s. a. § 1 Anm. 77); Grundstücksparzellierer und Ansiedlungsgesellschaften (RG. in DLR. 9, 238); auch das Gewerbe der Unternehmer eines Theaters, einer Spezialitätenbühne oder eines Zirkus, da zwar nicht die Tätigkeit der betreffenden Künstler, wohl aber die Tätigkeit des Unternehmers, der die künstlerischen Leistungen geschäftlich ausbeutet, ein Gewerbe darstellt (§ 32 GewD.; RG. 41, 55; RG. und DLR. Dresden in DLR. 8, 247 ff.; Düringer-Sachsenburg I 41; f. a. § 1 Anm. 9 a. E.). Aber es sind Fälle denkbar, in denen der Unternehmer eines Theaters dieses nur betreibt, um seine sonstige literarische oder künstlerische Tätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern (RG. a. a. O.). Zu weit geht Felsch (Dentschrift über die Einwirkung des BGB. auf die Engagementsverträge des Dtsch. Bühnenvereins, als Manuskript gedruckt 1901), der alle Theaterunternehmer ausschließt, weil sie in hohem Maße selbst künstlerische Leistungen bieten müßten, wenn sie ihren Beruf erfüllen wollen.

Ein weiteres wichtiges Beispiel sind die Einziehungs- und Inkassobureaus. Auch sie betreiben keine Grundhandelsgeschäfte. Sicherlich nicht, insofern sie sich damit beschäftigen, die Forderungen fest zu erwerben. Denn einmal geschieht der Erwerb nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Geltendmachung, und zweitens ist eine Forderung nicht eine bewegliche Sache im Sinne des § 1 Nr. 1 (§ 1 Anm. 41). Aber auch soweit sie Inkassomandatare sind, sei es unter der Maske der Besion oder auch ohne diese, betreiben sie keine Handelsgeschäfte. Man könnte vielleicht (s. Jakoby, Die Kreditfunktung S. 102) daran denken, daß das Einziehen von Forderungen zur großen Gruppe der Bankiergeschäfte nach § 1 Nr. 4 gehört. Allein, wenn sich die Bankiers mit dem Inkasso von Beträgen beschäftigen, so ist dies doch nur insoweit der Fall, als es sich um das formelle Inkassieren handelt. Das Ausklagen im Weigerungsfalle für andere besorgen sie wohl auch hin und wieder, aber nicht mehr als spezifischen Zweig ihres Gewerbes, sondern mehr aus Gefälligkeit; am allerwenigsten beschäftigen sich Bankiers gewerbsmäßig damit, zweifelshafte Forderungen durch möglichst schnelle und energische Maßregeln beizutreiben. Solche Einziehungsbureaus, den Gerichten und Anwälten wohl bekannt und von den Schuldnern gefürchtet, dürfen daher in das Handelsregister nicht ohne weiteres eingetragen werden, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 2.

- γ) Auf die juristische Form, unter der das Unternehmen betrieben wird, kommt es § 2 nicht an. Die Vorschrift des § 2 bezieht sich nicht bloß auf physische Personen (f. § 1 Anm. 4) und nicht bloß auf den Einzelkaufmann, sondern auch auf juristische Personen (f. § 33) und auf Gesellschaften. Nach den ausführlichen Erörterungen der D. (12) bezieht sich die Vorschrift auch auf den Fall, daß mehrere Personen in gesellschaftlicher Vereinigung ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreiben (näheres hierüber vgl. zu § 105).
- Eine Ausnahme machen diejenigen Bergwerksgesellschaften, die nach Landesgesetz nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Diese sollen nicht unter § 2 fallen (Art. 5 GG. z. SGB.). Beispiele in der D. 14. Vgl. a. § 33 Anm. 2.
- b) Es muß nach Art und Umfang einen kaufmännisch (d. i. hier vollkaufmännisch) eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Vorbildlich war der § 865 des Schweizer. Obligationenrechts (Lehmann-Ring Nr. 3). Anm. 5.
- α) Was unter kaufmännischen Einrichtungen zu verstehen, ist unschwer zu sagen. Es sind das Einrichtungen, die das Kaufmannsgewerbe herausgebildet hat zur Erzielung von Ordnung und Übersicht, um alle bei dem Betriebe beteiligten Personen: die Kunden, die Hilfskräfte und den Unternehmer selbst und damit seine Gläubiger vor denjenigen Nachteilen zu schützen, welche die mangelnde Ordnung und Übersichtlichkeit im Gefolge haben kann (D. 8). Zu diesen Einrichtungen gehört vor allem die Buchführung. Andere solche Einrichtungen sind: die Aufbewahrung der eingehenden, das Kopieren der ausgehenden Briefe, die Anstellung von Kontrollpersonal, Sonderung der einzelnen Betriebszweige (z. B. abgeforderte Kassenzführung), der Warensorten usw. Jede Branche, jedes Geschäft kann in dieser Beziehung andere Einrichtungen aufweisen und erfordern. —
- Der § 2 setzt eine vollkaufmännische Betriebsweise voraus, da jene Einrichtungen für den Mindert Kaufmann (§ 4) nicht in Betracht kommen.
- β) Damit nun ein Fall des § 2 vorliege, muß das gewerbliche Unternehmen eine kaufmännische Einrichtung erfordern. Nicht dann fällt das Unternehmen unter § 2, wenn es kaufmännisch eingerichtet ist, sondern wenn es eine solche Einrichtung erfordert. Erfordert der Betrieb eine kaufmännische Einrichtung, so kann sich der Unternehmer von der Verpflichtung zur Eintragung und von der Kaufmannseigenschaft nach Eintragung nicht dadurch befreien, daß er eine kaufmännische Einrichtung seinem Betriebe nicht gibt. Er soll ja in solchem Falle gerade gezwungen werden zu der kaufmännischen Organisation, jedenfalls zu der wesentlichsten: der geordneten Buchführung. Auch dadurch kann die Eintragungspflicht nicht hinfällig werden, daß die nötige Ordnung und Übersicht durch andere als kaufmännische Einrichtungen, so z. B. nach dem Vorbild der staatlichen Betriebe, erzielt wird, denn sonst würden gerade die größten Privatbetriebe sich von der Eintragung ausnehmen können (RG. in RZM. 2, 227). Umgekehrt kann die Unterwerfung unter das Kaufmannsrecht nicht dem freien Belieben der Gewerbetreibenden unterstellt und ihnen die Möglichkeit gegeben werden, die ihnen aus irgendwelchem Grunde erwünschte Kaufmannseigenschaft durch reine Willkür, nämlich dadurch zu erlangen, daß sie ihren Betrieb ohne sachliche Veranlassung kaufmännisch organisieren. Doch wird allerdings die Tatsache der bestehenden kaufmännischen Organisation eines Geschäfts meist den Rückschluß gestatten, daß es eine solche erfordert.
- γ) Das Erfordernis der kaufmännischen Einrichtung muß auf Art und Umfang des Gewerbebetriebes beruhen. Anm. 7

Staub (6./7. Aufl. Anm. 7) hatte die Ansicht aufgestellt, das Wort „Art“ sei zu ignorieren und § 2 einfach auf ein solches Gewerbeunternehmen zu beziehen, dessen Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordere. (Der Staub'schen Ansicht haben sich angeschlossen: Rudak bei Holdheim 13, 127 und Opet in JHR. 49, 52.) Staub selbst hat in den Vorarbeiten zu der jetzigen Auflage diese Ansicht aufgegeben. Nach der in Theorie (u. a. Dernburg I § 97; Loje bei Gruchot 44, 404) und in der Praxis (RGSt. 34, 103; Beschlüsse des RG. in OLGR. 2, 142 und in RGZ. 21 A. S. 68) mit Red-

§ 2.

herrschenden Auffassung ist auch die Betriebsart eine weitere notwendige Voraussetzung des § 2. Betriebsumfang und Betriebsart sind zweierlei und nicht identisch (näheres Anm. 8 ff.). Für die Feststellung des Umfangs und der Art eines Unternehmens müssen sämtliche Umstände des Einzelfalles, namentlich auch die örtlichen Verhältnisse, berücksichtigt werden. Ein Kleinbetrieb der Großstadt kann für ein Landstädtchen ein erheblicher sein.

Anm. 8.

aa) Der Umfang des Unternehmens muß einen kaufmännischen Betrieb erfordern. Den Gegensatz bildet der Kleinbetrieb. Dies bestätigt auch die Denkschrift (18; ebenso Goldmann I 21; Lehmann-Ring Nr. 4). Unter Umfang des Gewerbebetriebs ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen. Dieser kann entweder in der großen Zahl der abgeschlossenen Geschäfte oder aber in wenigen Geschäften über hohe Objekte zum Ausdruck gelangen (näheres § 4 Anm. 18 ff.). Der Umfang ist nur einer der Faktoren, die für die Bestimmung des Geschäftsumfangs Berücksichtigung zu finden haben. Weiter kommen namentlich in Betracht das Anlagekapital, das Betriebskapital, der Ertrag, die Höhe der Gewerbesteuer, die Zahl der Angestellten, die Verwendung von Maschinen, die Räumlichkeiten für die Lagerung, Herrichtung und Verwertung der Waren, die Ausgaben für Anschaffungen und Löhne. Diese und ähnliche Tatsachen gestatten einen Schluß auf den Umfang des Betriebs, nur brauchen sie selbstverständlich nicht zusammenzutreffen.

Anm. 9.

ββ) Die Art des Unternehmens muß einen kaufmännischen Betrieb erfordern. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die Kompliziertheit des Betriebes kaufmännische Einrichtungen (s. oben Anm. 5), vor allem eine geordnete Buchführung erheischt. Im Geleße können solche Unternehmungen nicht einzeln oder näher bestimmt werden (D. 10). Lastigs scharfsinniger Versuch (554 ff.), diese Unternehmungen nach ihrem Gegenstande, dem Objekte des Betriebs, dem Wirtschaftsfelde, zu charakterisieren, liefert kein sicheres Unterscheidungsmerkmal; er gibt selbst zu, die Frage nicht objektiv gelöst, sondern ihre Entscheidung dem Gefühl der Gewerbetreibenden überlassen zu haben (561). Der Versuch scheitert auch an den oben (Anm. 2) entwickelten Gründen. Die Art des Unternehmens wird kaufmännische Einrichtungen vornehmlich erfordern bei der nur allmählichen Anbahnung und Abwicklung geschäftlicher Beziehungen mit einem großen Kreise von Lieferanten, Kunden und sonstigen Beteiligten, insbesondere auch bei der Inanspruchnahme oder Gewährung von Kredit, bei Wechselverkehr usw. Sie sind aber nicht erforderlich, wenn es sich um einfache, rasch erledigte geschäftliche Beziehungen ohne Kreditverkehr handelt.

Hiernach ist es sehr wohl denkbar, daß ein Unternehmen trotz seines Umfangs nach seiner ganzen Anlage so einfach und durchsichtig ist, daß sich spezifisch kaufmännische Einrichtungen völlig erübrigen (RG. in DLRN. 2, 142; vgl. auch RGSt. in DLR. 04, 1187). Beispiel: ein Hofmaurermeister beschäftigte einen Techniker, etwa 50 Gesellen und überdies Lehrlinge, er zahlte im Jahre durchschnittlich 76 440 Mk. Löhne. Sein Unternehmen war daher als ein recht umfangreiches zu bezeichnen. Aber er war im wesentlichen nur als ausführender Maurermeister zumeist mit nicht von ihm angeschafftem Material für fremde Rechnung, namentlich für Behörden, tätig, seine Ausgaben beschränkten sich im allgemeinen auf Lohnzahlungen, die in üblicher Weise durch alsbaldige Barzahlungen beglichen wurden, er hatte keinen Wechselverkehr, beanspruchte keinen kaufmännischen Kredit. Ein solcher in den einfachsten Formen sich abwickelnder Gewerbebetrieb macht, wie mit Recht entschieden wurde (RG. a. a. O.) eine kaufmännische Organisation nicht erforderlich. Anders, wenn ein Maurermeister für eigene Rechnung die Materialien zu Bauwerken anschafft, wenn er zuweisen auch die vollständige Herstellung von Bauwerken übernimmt und mit den Bauhandwerkern für eigene Rechnung Werkverträge schließt. Er ist dann nicht bloß Maurermeister, sondern auch Bauunternehmer, (RG. in DLRN. 7, 145 f.). Aber selbst „im großen Umfange betriebene Tanz-

Turn- und Schwimm-Unterrichtsanstalten, Gesindevermietungs-Bureaus werden eine kaufmännische Buchführung nicht erfordern, weil es sich regelmäßig um einmalige sofort abgelohnte Dienste, nicht um dauernde geschäftliche Beziehungen handelt" (Lehmann-Ring Nr. 5).

γγ) Auch der **Handwerker** unterliegt dem Eintragungszwange, wenn sein Betrieb Anm. 10 die Voraussetzungen des § 2 erfüllt; wenn also Art und Umfang seines Handwerksbetriebs eine kaufmännische Organisation nötig machen. Der § 4 steht nicht entgegen. Der § 2 will unzweideutig für jeden Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nötig macht, einerlei worin das Gewerbe besteht, den Eintragungszwang begründen. Ausgenommen allein ist nach § 3 der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, nicht ausgenommen aber ist das Handwerk (zust. Dernburg I § 97; RÖ. in RÖZ. 21 A. 71; abweichend BayObLG. in OLG. 8, 250; f. a. § 4 Anm. 8).

- c) Die **Firma des Unternehmers muß eingetragen sein**. So lange die Firma des Unternehmers nicht eingetragen ist, ist ein unter § 2 fallendes Gewerbe kein Handelsgewerbe, der Unternehmer nicht Kaufmann, auch wenn sein Gewerbebetrieb noch so umfangreich ist und noch so dringend einer kaufmännischen Einrichtung bedarf; er ist auch dann nicht Kaufmann, wenn der Gewerbebetrieb dem Bedürfnisse entsprechend kaufmännisch eingerichtet ist; auch dann nicht, wenn er eine Firma tatsächlich führt. Unter Umständen kann er dadurch allerdings als Kaufmann gelten und kaufmännische Verpflichtungen auf sich nehmen (s. hierüber Exf. zu § 5). Der Unternehmer kann also seine Kaufmannseigenschaft und die daran geknüpften öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zur Buchführung usw. durch Verzögerung der Eintragung hintertreiben.

Andererseits ist aber auch die Eintragung genügend, Bekanntmachung ist nicht erforderlich, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen. Insofern kann man sagen, die Eintragung habe konstitutive Bedeutung (über ungehörige Eintragung s. Anm. 14). Indessen kann nach § 15 der Unternehmer jedem Dritten die erfolgte, aber nicht publizierte Eintragung nur dann entgegenhalten, wenn sie diesem nachweislich bekannt war (Düringer-Hachenburg I 40).

Genügend ist übrigens, daß der erste Inhaber des Gewerbes seine Firma hat eingetragen lassen. Ein etwaiger Geschäftserwerber wird sofort Kaufmann, wenn er das Geschäft mit dem Firmenrecht erwirbt. Denn dann ist ja seine Firma eingetragen und der Geschäftsveräußerer hört in diesem Zeitpunkte auf, Kaufmann zu sein (Anm. 15f.).

2. Die **Wirkung des Zusammentreffens dieser Voraussetzungen ist die Kaufmannseigenschaft** Anm. 12 des **Gewerbeinhabers** (vgl. auch § 1 Anm. 23).

- a) Es ist nur notwendig, daß die Voraussetzungen zusammentreffen. Es ist nicht gerade notwendig, daß die Eintragung zeitlich nachfolgt und so gewissermaßen dem im Sinne des § 2 betriebenen Gewerbe das staatliche Siegel ausdrückt. Erfüllt ein zu Unrecht eingetragener Betrieb nachträglich die Voraussetzungen des § 2, erreicht er z. B. nachträglich den erforderlichen Umfang, so bedarf es keiner neuen Eintragung. Vielmehr treffen in diesem Augenblicke die Voraussetzungen des § 2 zusammen und der Eingetragene ist Kaufmann.
- b) Die Wirkung ist: der Eingetragene wird Kaufmann, und zwar **Vollkaufmann**. Ein Anm. 13 unter § 2 fallender Gewerbeunternehmer kann niemals Minderkaufmann sein, sondern er ist entweder Vollkaufmann oder Nichtkaufmann. Denn unter § 2 fällt er nur dann, wenn Art und Umfang seines Gewerbes eine kaufmännische Einrichtung erfordert, und das ist der Gegensatz für die Regel zum Handwerk und stets zum Kleingewerbe im Sinne des § 4. Als Vollkaufmann untersteht er allen Verpflichtungen eines solchen, öffentlichrechtlichen und zivilrechtlichen. Ihre Aufzählung ist hier nicht erforderlich.

- c) Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn alle Voraussetzungen des § 2 zusammen Anm. 14 treffen: falls also ein Gewerbe vorliegt, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und falls die Firma eingetragen ist. Wenn also

§ 2. der Gewerbebetrieb z. B. weniger umfangreich, der Inhaber aber gleichwohl eingetragen ist, so besteht die Eintragung zu Unrecht und der Eingetragene ist nicht Kaufmann (aber er gilt als solcher im Rahmen des § 5; dort näheres); wenn der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, so ist er erst recht kein Kaufmann (über die Folgen der Eintragung im Rechtsverkehr s. den Erg. zu § 5); wenn er endlich ein Gewerbe, wie es § 2 voraussetzt, betreibt und nicht eingetragen ist, so ist er nicht Kaufmann (ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen er gleichwohl als Kaufmann im Rechtsverkehr in Anspruch genommen werden kann, darüber s. Erg. zu § 5).

Anm. 15. 3. Die Kaufmannseigenschaft dauert aber auch nur solange, als ihre Voraussetzungen vorliegen; diese sind, wie für Beginn, so für Fortdauer und Ende maßgebend (s. a. § 1 Anm. 24 ff.). Fällt eine der Voraussetzungen weg, so treten die eben erörterten Wirkungen analog ein, wie wenn eine der Voraussetzungen von vorn herein nicht vorhanden wäre.

a) Hört der Gewerbebetrieb überhaupt auf, so hört der Inhaber auf Kaufmann zu sein (ebenso Gierke § 12). Auch § 5 greift dann nicht Platz, da dieser einen Gewerbebetrieb voraussetzt. Ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen der Inhaber zufolge der Eintragung gleichwohl noch als Kaufmann im Rechtsverkehr in Anspruch genommen werden kann, darüber s. Erg. zu § 5.

Anm. 16. b) Hört der Gewerbebetrieb auf, nach Art oder Umfang eine kaufmännische Einrichtung zu erfordern, so endet ebenfalls die Kaufmannseigenschaft. Aber der Inhaber gilt doch während der Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht noch als Kaufmann, und zwar zufolge und im Rahmen des § 5.

Anm. 17. c) Wird die Firma, gleichviel ob mit oder gegen den Willen des Inhabers, gelöscht, während ihr Inhaber das Gewerbe noch in kaufmännischer Weise gemäß § 2 betreibt, so endet gleichwohl seine Kaufmannseigenschaft. Die D. (15) scheint allerdings auf anderem Standpunkte zu stehen. Allein mit dem Wegfall der Voraussetzungen muß auch die Wirkung fortfallen. Freilich kann die Löschung in solchem Falle nur zu Unrecht erfolgt sein, und der Unternehmer bleibt verpflichtet bzw. berechtigt, seine Firma wieder eintragen zu lassen. Aber er ist nicht Kaufmann, solange seine Firma nicht eingetragen ist. Wenn es auch im § 2 heißt: „sofern die Firma eingetragen worden ist“, so sind damit nur die Voraussetzungen der Entstehung der Kaufmannseigenschaft aufgestellt. Für das Erlöschen entscheidet dieser Wortlaut nicht, sondern anderweite sachliche Erwägungen (abw. Lehmann-Ring § 1 Nr. 33; Gierke § 12; zust. Schirmermeister in ZHR. 49, 34 und Cosack § 7²⁴, der früher abwich).

Übrigens greifen in diesem Falle, wo die Firma gelöscht wird, der Unternehmer aber seinen kaufmännischen Gewerbebetrieb fortsetzt, zum Schutze des Dritten andere Grundsätze Platz: vgl. den Erg. zu § 5 und die Erl. zu § 15.

B. Die rechtspolizeiliche Vorschrift.

Anm. 18. Die Inhaber von Gewerbeunternehmungen, die nach Art und Umfang einen kaufmännisch-eingerichteten Gewerbebetrieb erfordern, müssen ihre Firma eintragen lassen. Die Eintragung folgt den allgemeinen Regeln, sowohl was die Wahl der Firma, als auch was den Zwang zur Eintragung betrifft. Es ist hier nicht der Ort, diese Vorschriften zu erörtern. Auch der Inhalt des Prüfungsrechts des Registrars richtet sich nach anderweit zu entwickelnden Grundsätzen (s. Erl. zu § 14 und zu § 29). Hier ist besonders hervorzuheben, einmal, daß die Firma den Erfordernissen einer ursprünglichen Firma entsprechen muß (OLG. Stuttgart in OLG. 2, 145), sodann, daß der Registrar sowohl bei dem Zwange zur Anmeldung als auch bei der Prüfung der erfolgten Anmeldung nach seinem Ermessen darüber zu befinden hat, ob die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Wie er diese Überzeugung gewinnt, ist seine Sache. Er kann sich hier, wie sonst, auch bei glaubhaften Erklärungen der Parteien beruhigen, soll sie aber nicht ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde legen. Vielmehr hat er von Amts wegen (nach § 12 ZGB.) die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen

zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Die erheblichen Tatsachen sind aber objektiv festzustellen (RG. in RZ. 21 A S. 73), einerlei ob ein Antrag des Unternehmers auf Eintragung vorliegt oder nicht. Die Feststellung kann sich auch auf die Erklärungen der Parteien gründen, wenn sie dem Gericht zuverlässig erscheinen (i. a. Erg. zu § 8 Anm. 9 ff.). Der Richter kann hierbei auch die Organe des Handelslandes um ihre unterstützende, insbesondere beaufschlagende Tätigkeit angehen (§ 126 FGO.). Der Eintragungspflichtige kann vom Richter durch Ordnungsstrafen (§§ 132 ff. FGO.) angehalten werden. Freilich wird dieses Zwangsmittel sich gerade im vorliegenden Falle oft als stumpfe Waffe erweisen, wenn der Anmeldepflichtige die Zahlung der Ordnungsstrafen gegenüber der Eintragung als das geringere Übel ansieht. Es fehlt eine Bestimmung, wonach äußersten Falles das Registergericht von Amts wegen die Eintragung vornehmen darf (Schirmmeister in JHR. 49, 45). — Näheres über das Verfahren s. in der Erl. zu § 14 und zu § 29.

Zusatz: Übergangsfrage. Personen, die am 1. Januar 1900 ein Gewerbeunternehmen im Anm. 19. Sinne des § 2 betrieben, das nicht unter § 1 fiel, sind verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, und sind, nachdem dies geschehen ist, Wollkaufleute. Waren sie schon eingetragen, so wurden sie am 1. Januar ohne weiteres Kaufleute.

§ 3.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften § 3. der §§ 1, 2 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder 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 Befugniß, 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.

Lit.: v. Bülow, Der Begriff des Nebengewerbes im § 3 FGO. (Goldheim 8, 182); Ritter, Landwirtschaftliches Nebengewerbe (ArchBürgR. 20, 291).

Der vorliegende Paragraph, der keine neue Klasse von Handelsgewerben bringt, statuiert Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 1 und 2 für die Land- und Forstwirte. Dabei werden zwei Fälle behandelt: 1. die Land- oder Forstwirtschaft wird ohne Nebengewerbe betrieben; 2. mit der Land- oder Forstwirtschaft ist ein Nebengewerbe verbunden, welches an sich unter die §§ 1 oder 2 fielen.

1. (Abs. 1.) **Erster Fall: Die Land- oder Forstwirtschaft wird ohne Nebengewerbe** (i. Anm. 4 ff.) Anm. 1. betrieben. Die Anwendung der §§ 1 und 2 ist in diesem Falle selbst dann ausgeschlossen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

a) Unter der Landwirtschaft versteht man denjenigen Zweig wirtschaftlicher Tätigkeit, der die Erzeugung pflanzlicher oder tierischer (organischer) Rohstoffe zum Gegenstande hat und sich zu diesem Zwecke mit der Bebauung des Bodens — Landbau — und mit der Pflege landwirtschaftlicher Nutztiere — Viehzucht — befaßt; der Landwirtschaft gehört nicht minder die Verwertung der selbstgewonnenen pflanzlichen und tierischen Produkte an, auch die hierzu dienenden gewerblichen Einrichtungen des Landwirts sind Bestandteile, nicht Nebengewerbe seines Betriebs (RG. in RZ. 2, 136). Zum Landbau gehören Acker-, Wein-, Obst-, Gemüse-, Tabakbau; ob Gärtnerei, kann im Einzelfalle zweifelhaft

- § 3. sein. Wenn sich die Viehzucht selbständig lediglich durch Pflege mit angekauftem Futter, z. B. bei einer selbständigen Molkerei mit Stallfütterung, vollzieht, fällt sie unter § 2 (R.D.G. 14, 266). Unter der Forstwirtschaft versteht man die auf Erzeugung und Gewinnung von Waldproduktion, auf planmäßige Auf- und Abforstung gerichtete menschliche Tätigkeit (Gareis Anm. 1 und 2); das Halten von Baumschulen gehört nicht hierher, sondern zur Gärtnerei (Lehmann-Ring Nr. 1).

Die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe werden unter § 1 nur selten fallen. Meist fallen sie unter den Begriff der Urproduktion und deshalb ist die Anwendung der Nr. 1 und 2 des § 1, die hier in Frage kommen könnten, schon von selbst ausgeschlossen (Anm. 37 zu § 1). Indessen kann doch auch ein landwirtschaftliches Gewerbe an sich unter § 1 Nr. 1 und 2 fallen, so z. B. wenn Magervieh zum Zwecke der Mästung und Weiterveräußerung der angekauften Stücke angeschafft wird (Nr. 1), oder wenn das Dreschen fremden Getreides auf der sonst für die eigenen Produkte bestimmten Dreschmaschine gegen Vergütung besorgt wird (Nr. 2; vgl. § 1 Anm. 57 und Düringer-Hachenburg I, 43). Dagegen werden die Merkmale des § 2 sehr häufig vorliegen, nämlich immer dann, wenn der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

- Anm. 2. b) Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1 oder 2 sollen nun diese Paragraphen keine Anwendung finden, wenn der Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft ohne Nebengewerbe erfolgt (vgl. Anm. 4 ff.). In diesem Falle betreibt der Landwirt also kein Handelsgewerbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, er selbst ist kein Kaufmann, braucht keine Handelsbücher zu führen, seine Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte usw.; er braucht sich endlich in das Firmenregister nicht eintragen zu lassen und hat dazu auch kein Recht, weder wenn die Voraussetzungen des § 1, noch wenn die des § 2 vorliegen.

Ist seine Firma gleichwohl eingetragen, so ist er trotzdem kein Kaufmann, aber er gilt während der Dauer der Eintragung zivilrechtlich als Kaufmann vermöge und im Rahmen des § 5 (f. Erl. zu § 5).

- Anm. 3. 2. (Abs. 2.) Zweiter Fall: Mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ist ein erhebliches Nebengewerbe verbunden (über den Begriff der Erheblichkeit hier f. Anm. 9). Auch in diesem Falle ist der Unternehmer nicht ohne weiteres Kaufmann. Aber er kann es werden durch Eintragung. Diese aber beruht auf seiner freien Entscheidung, nicht jedoch die Lösung.

- a) Voraussetzung ist also, daß mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein erhebliches Nebengewerbe verbunden ist.

- Anm. 4. a) Ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes muß vorliegen. Eine gesetzliche Festlegung des Begriffs „Nebengewerbe“ ist vermieden. Der Kommissionsvorschlag: „Als Nebengewerbe ist nur ein solches Unternehmen anzusehen, welches ausschließlich oder der Hauptsache nach zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der mit dem Nebengewerbe verbundenen Land- und Forstwirtschaft dient“ wurde fallen gelassen (näheres Düringer-Hachenburg I 45.). Der Begriff ist daher selbständig zu entwickeln. Als Nebengewerbe ist ein Gewerbe anzusehen, das sich als Ausfluß des landwirtschaftlichen Betriebes darstellt, mit ihm verbunden ist und in ihm die einzige oder Hauptstütze findet; das landwirtschaftliche Unternehmen muß das Hauptunternehmen bleiben (f. R.G. 1, 267; BayObL.G. in D.Z.N. 7, 380). Zu den Nebengewerben in diesem Sinne gehören solche Gewerbe, bei denen die im Hauptbetriebe gewonnenen Erzeugnisse oder Abfälle einer ferneren, sie wertvoller machenden Ver- oder Verarbeitung unterzogen werden (R.G. in M.Z.N. 2, 137). Namentlich liegt auch dann ein Nebengewerbe vor, wenn das Unternehmen die Ausbeutung der anorganischen Bodenbestandteile des im allgemeinen der Landwirtschaft gewidmeten Grundbesitzes bezweckt (R.G. in D.Z.N. 3, 402 und 6, 233; gegenteiliger Meinung von

Bülow bei Goldheim S. 185). Eine Verbindung mit dem landwirtschaftlichen Betriebe § 3. ist nötig, d. h. eine innerliche, die vorliegt, wenn das Nebengewerbe in der Betriebsweise oder dem Betriebsgegenstande einen Zusammenhang mit dem konkreten landwirtschaftlichen Betriebe hat; ausgedrückt im Gesetze durch die Worte: „nur“ ein Nebengewerbe „des“ (d. i. des konkreten, einzelnen) land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes usw. (ebenso Matower I 16). Ein Bankier z. B., der zugleich Rittergutsbesitzer ist, betreibt zwei ganz getrennte Gewerbe; als Bankier ist er Kaufmann, als Rittergutsbesitzer Landwirt (Lehmann-Ring Nr. 3). Meist wird die Verbindung der Betriebe auch eine örtliche sein, doch ist dies nicht notwendig; eine Brauerei kann im Dorfe, getrennt vom Gute, liegen. Aber es darf trotz des inneren Zusammenhanges der Nebenbetrieb nicht eine gewisse Selbstständigkeit verlieren. Ist er nur ein Bestandteil des landwirtschaftlichen Betriebes, besteht er z. B. nur im Einkauf von Dünger, Samen, Arbeitsgerät oder Verkauf der gewonnenen Produkte, so steht kein Handelsgewerbe in Frage, sondern nur eine geschäftliche Hilfstätigkeit (Verwertungstätigkeit) des landwirtschaftlichen Betriebes, also landwirtschaftliche Tätigkeit selbst (s. Anm. 1); es steht daher auch kein Nebengewerbe in Frage (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2).

Als Beispiele von Nebengewerken sind zu nennen: Butter- und Käsebereitung, Anm. 5. Brauerei, Branntweinbrennerei, Obst-, Wein- und Essigfabrikation, Kunstgärtnerei, Torfbereitung, Holzkohलगewinnung, Harz- und Pechgewinnung, Talgseiederei, Seifensiederei, Elmüllerei, Holzzurichtung und Holzkonservierung, Mühlenbetrieb, Schieferbruch, Sand-, Kies- und Kalkgewinnung, Tongrüberei und Tonröhrenfabrikation, Ziegelei (RZM. 2, 137), Zementdachsteinfabrikation, Lohndruck.

Liegen die oben (Anm. 4) entwickelten Voraussetzungen vor, so ist es belanglos: Anm. 6.

aa) ob das Nebengewerbe im Verhältnis zum eigentlichen Landwirtschaftsbetriebe einen erheblichen Umfang, eine beträchtliche Größe, ja vielleicht einen höheren Umfang, als das landwirtschaftliche, erlangt hat (OLM. 3, 402 und 6, 233). Nur muß immer die Landwirtschaft das Hauptunternehmen bleiben, an das sich das Nebengewerbe angliedert. Z. B. einem landwirtschaftlichen Unternehmen gegenüber, das mit 240000 Mk. zu Buche steht und ein Betriebskapital von 60000 Mk. hat, erscheint eine Dampfziegelei und Zementdachsteinfabrik mit etwa 85000 Mk. Buchwert und etwa 20000 Mk. Betriebskapital untergeordnet (RZM. 2, 138); ebenso einem landwirtschaftlichen Betrieb gegenüber, der jährlich mindestens 400 Morgen mit Zuckerrüben bebaut, ein Ziegeleiunternehmen, das 125000 Stück Ziegel jährlich fabriziert (RZM. 3, 76).

ββ) ob in dem Nebengewerbe außer den eigenen Erzeugnissen und Arbeits- Anm. 7. kräften auch anderwärts bezogene Stoffe und fremde Arbeitskräfte verarbeitet werden (BayObLG. in OLM. 7, 380). Aber auch hier ist die Grenze zu ziehen, daß die eigenen Erzeugnisse die Hauptsache bilden müssen; in dieser Beziehung kann die Menge allein nicht maßgebend sein, sondern es kommt auf die wirtschaftliche Bedeutung der verschiedenen Stoffe an (RZM. 4, 153). Nicht Nebengewerbe, sondern ein selbstständiges Hauptgewerbe liegt z. B. dann vor, wenn zu der Ziegelei eines Landwirts der Ton in der Hauptsache (etwa zu $\frac{2}{3}$) gekauft oder durch Pachtung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke erworben wird (RZM. 4, 153 unter treffender Begründung und Bezugnahme auf die Materialien). Ebenso wenig liegt Nebengewerbe vor, wenn z. B. der Landwirt eine Sägemühle betreibt, zu der er in der Hauptsache fremde Wasserkraft benutzt, oder in der er hauptsächlich fremde Hölzer schneidet, oder wenn eine Brennerei hauptsächlich auf den Zukauf von Kartoffeln angelegt ist.

γ) Verliert in den Fällen zu aa und ββ der landwirtschaftliche Betrieb den Charakter des Anm. 8. Hauptunternehmens, oder, positiv ausgedrückt, gewinnt der Nebenbetrieb den Charakter eines getrennten Hauptgewerbes, dann greift das Privilegium des § 3 Abs. 2 nicht Platz. Vielmehr finden dann auf das zweite Gewerbe die Vorschriften der §§ 1

§ 3.

und 2 Anwendung; der Gewerbetreibende ist Kaufmann nach § 1 oder muß Kaufmann werden nach § 2, soweit die Voraussetzungen dieses Paragraphen an sich vorliegen.

Anm. 9.

- γ) Das Nebengewerbe muß einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb fordern (über diese Merkmale s. § 2 Anm. 5ff.); dies Erfordernis drückten wir oben (Anm. 3) der Kürze halber mit dem Stichwort: „erheblich“ aus. Es muß entweder ein Handelsgewerbe gemäß § 1 (kraft des Gegenstandes des Gewerbes) oder gemäß § 2 (kraft der Betriebsart des Gewerbes) vorliegen. Aber es muß auch im Falle des § 1 nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtung erfordern. Sonst wäre der Landwirt trotz des Betriebes eines unter § 1 fallenden Nebengewerbes Nichtkaufmann und nicht berechtigt, sich durch Eintragung der Firma zum Kaufmann zu machen. Im Gesetze ist dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es im § 3 Abs. 2 heißt: der Landwirt habe in solchen Fällen das Recht, seine Firma „gemäß § 2“ in das Handelsregister eintragen zu lassen. Auch der landwirtschaftliche Betrieb darf übrigens kein Zwergebetrieb sein; denn ein Großgewerbe kann der Natur der Sache nach nicht Nebengewerbe für einen Kleinbetrieb sein (Rehmann-Ring Nr. 6).

Fordert das Nebengewerbe keine kaufmännischen Einrichtungen, so greift Abs. 1 unseres Paragraphen Platz (s. oben Anm. 1 u. 2).

Anm. 10.

- b) Selbst beim Vorliegen dieser Voraussetzungen (zu a Anm. 3ff.) finden die §§ 1 und 2 keine unbedingte Anwendung. Vielmehr ist das Nebengewerbe nur dann ein Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer seine Firma eintragen läßt, und dazu ist der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet. Er wird nur dann Kaufmann (näheres Anm. 14), wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht. Hat aber der Unternehmer von der Befugnis der Eintragung einmal Gebrauch gemacht, so ist die Löschung der Firma seiner Willkür entrückt. Im einzelnen ist hier zu bemerken:

Anm. 11.

- α) Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen. Dies gilt auch dann, wenn der Landwirt sich für den Betrieb des Nebengewerbes mit Nichtlandwirten zu einer Gesellschaft verbunden hat (RG. in RZA. 3, 74). Der Grundsatz der Korrespondenz zwischen Recht und Pflicht zur Firmeneintragung ist damit durchbrochen (eine weitere Durchbrechung s. im § 36). Nicht mit Unrecht hat der § 3 deswegen scharfe Angriffe erfahren (vgl. Düringer-Hachenburg I 44f.). Der Antrag des Unternehmers auf Eintragung unterliegt der Prüfung des Registerrichters (s. hierüber Anm. 18 zu § 2).

Anm. 12.

- β) Nur dann ist der Landwirt Kaufmann, wenn er ein erhebliches Nebengewerbe betreibt und eingetragen ist. Solange er nicht eingetragen ist, ist er trotz eines solchen Betriebes nicht Kaufmann. Ebenso aber ist er nicht Kaufmann, wenn er eingetragen ist, obwohl sein Nebengewerbe als erhebliches Nebengewerbe in dem oben Anm. 3ff. dargelegten Sinne nicht oder nicht mehr zu betrachten ist. Indessen gilt er in diesem Falle in zivilistischer Hinsicht als Kaufmann im Rahmen des § 5. Ist endlich das Nebengewerbe nicht erheblich und die Firma nicht eingetragen, so ist er lediglich Nichtkaufmann gemäß Abs. 1 (s. oben Anm. 1 u. 2).

Anm. 13.

- γ) Ist der Landwirt hiernach Kaufmann, so ist er **Vollkaufmann**. Mindertkaufmann kann er überhaupt nicht sein. Denn er ist nur dann Kaufmann, wenn sein Nebengewerbe nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert, und das ist das Gegenteil von Mindertkaufmannsbetrieb (s. Anm. 9 und die Erl. zu § 4, bes. Anm. 17).

Anm. 14.

- δ) Die Wirkung der begründeten Eintragung ist, daß der Inhaber des landwirtschaftlichen Nebengewerbes zwar Kaufmann ist, aber eben nur Kaufmann als Inhaber dieses Nebengewerbes; dies ergibt deutlich der Wortlaut unseres Absatzes 2 („so findet auf dieses der § 2 . . . Anwendung“) und steht auch im Einklang mit dem in Anm. 23 zu § 1 gefundenen Prinzip. Nur dieses Nebengewerbe ist ein Handelsgewerbe. Nur insofern ist der Eingetragene zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet; hierbei hat er nach allgemeinen Grundsätzen der Buchführungspflicht neben den Rechtsgeschäften des

Nebengewerbes, die im einzelnen zu buchen sind, auch die Ergebnisse des Haupt- § 3. betriebes, wie ja überhaupt die Ergebnisse seiner sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit, anzugeben (§. zu § 38). Nur für sein Nebengewerbe kann er Prokuristen anstellen, nur die in diesem Betriebe Bevollmächtigten sind Handlungsbevollmächtigte, nur die dort Angestellten sind Handlungsgehilfen, nur hinsichtlich dieses Betriebes kann er sich mit anderen Personen zu Handelsgesellschaften vereinigen, nur die in diesem Betriebe abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte, für welche die Vorschriften des 3. Buches (z. B. §§ 343, 377) Anwendung finden. Dagegen sind die Geschäfte im land- oder forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb niemals Handelsgeschäfte und auf sie finden die fraglichen Bestimmungen keine Anwendung. Hat z. B. der wegen eines Mühlenbetriebes als Kaufmann eingetragene Landwirt für seinen Landwirtschaftsbetrieb Sämereien gekauft, so gilt für diesen Kauf nicht die sofortige Rückpflicht aus § 377 (a. M. Dr. Danziger-Berlin in einem Vortrag, abgedruckt im „Saaten-, Dünger- und Futtermarkt“ 02, 1401 ff.). Der § 5 (s. dort namentl. Anm. 4 ff.) steht damit nicht im Widerspruch, denn die dort aufgestellte Rechtsregel gilt gleichfalls nur „für das unter der Firma betriebene Gewerbe“, also, auf den vortragenden § 3 angewendet, für das Nebengewerbe usw.

- a) Einmal eingetragen, ist der Landwirt zum Antrage auf Löschung nicht ohne Anm. 16. weiteres berechtigt, sondern nur unter den allgemeinen Voraussetzungen (erst im Entw. II aufgenommen). Also insbesondere dann, wenn er sein Nebengewerbe aufgibt oder wenn es aufhört, den Erfordernissen zu entsprechen, die den Antrag auf Eintragung gerechtfertigt haben, namentlich auch wenn es nur noch in so geringem Umfange betrieben wird, daß es als Kleingewerbe zu betrachten ist.

Wird die Firma zu Unrecht gelöscht, d. h. obwohl sein Nebengewerbe noch so Anm. 16. beschaffen ist, daß der Antrag auf Eintragung begründet gewesen wäre, so hört er gleichwohl auf Kaufmann zu sein, weil die beiden Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (landwirtschaftliches Nebengewerbe und Eintragung) nicht mehr vorliegen (anders die D. 16; Lehmann-Ring Nr. 8; s. unsere analoge Ausführung in Anm. 17 zu § 2). Dagegen ist er verpflichtet, die Firma wieder eintragen zu lassen, weil ja die Lösungsfrage seiner Willkür entzogen ist (Gareis Anm. 7e).

- b) Veräußert der Inhaber des Nebengewerbes, einerlei ob die Eintragung der Firma Anm. 17. erfolgt war oder nicht, daselbe allein ohne den Hauptbetrieb, so hört es auf ein landwirtschaftliches Nebengewerbe zu sein; dieses setzt begrifflich eine Personalunion voraus. Auf einen solchen Rechtsnachfolger finden die Vorschriften der §§ 1 und 2 unbedingte Anwendung. Bei eingetragener Firma ist im Falle gemeinsamer Veräußerung des Haupt- und Nebenbetriebes mit dem Firmenrecht der Rechtsnachfolger ohne weiteres Kaufmann, auch ehe der Wechsel der Inhaberschaft registriert ist. Werden die Betriebe ohne das Firmenrecht veräußert, so greift § 3 in vollem Umfange Platz: der Rechtsnachfolger ist zunächst Nichtkaufmann, kann sich aber nach seinem Belieben durch Eintragung zum Kaufmann machen.

Stirbt der Inhaber des landwirtschaftlichen Hauptgewerbes, und geht der Nebenbetrieb allein, einerlei ob die Eintragung der Firma erfolgt war oder nicht, auf einen Erben über, so greifen die §§ 1 und 2 Platz. Gehen bei eingetragener Firma beide Betriebe gemeinsam auf einen Erben über und setzt dieser das Geschäft mit Firma fort, so wird er sofort Kaufmann, ehe noch die Rechtsnachfolge registriert ist. Aber er ist auch berechtigt, das Geschäft ohne Firma fortzusetzen und kann in diesem Falle die Firma zur Löschung bringen (Düringer-Hachenburg I 52).

Zusatz: Übergangsfragen. Betrieb am 1. Januar 1900 ein Landwirt ein Gewerbe, das Anm. 18. nach dem alten Recht ein Handelsgewerbe war, so hörte er an diesem Tage auf Kaufmann zu sein, brauchte, wenn seine Firma noch nicht eingetragen war, sich nicht eintragen zu lassen und konnte seine Firma löschen lassen, wenn sie eingetragen war. So lange dies nicht der Fall ist,

§ 3. greift allerdings § 5 Platz (s. die Erl. zu § 5). Betrieb er am 1. Januar 1900 als Nebengewerbe ein Handelsgewerbe und war er an diesem Tage bereits eingetragen, so konnte er die Löschung der Firma verlangen. Auf eine solche Eintragung findet, da sie nicht unter der Herrschaft des neuen Gesetzes stattgefunden hat, der Schlußsatz des § 3 nicht Anwendung. Nur mußte er die Löschung ungefäumt verlangen, sonst ist anzunehmen, daß er mit der Fortdauer der Kaufmannseigenschaft einverstanden ist (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 10).

§ 4.

§ 4. Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

Lit.: Lohse, Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes (Gruchot 44, 404); Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann (Goldheim 7, 297); Rudol, Zur Auslegung des § 4 Abs. 1 (Goldheim 13, 124).

Ein-
leitung.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die sogenannten Minderkaufleute. Es empfiehlt sich nicht, sämtliche Vorschriften über Kaufleute auf alle Kreise von Kaufleuten, die wirtschaftlich sehr verschiedenartige Elemente umfassen, anzuwenden, weil eine Anzahl Vorschriften (aufgezählt in den §§ 4, 348—350) für Kaufleute von geringerer Bedeutung nicht passen. Diese Kaufleute werden Minderkaufleute genannt.

Bei der Erläuterung befolgen wir folgende Disposition: wir besprechen zunächst (zu I) den Kreis der Minderkaufleute, und sodann (zu II) den Kreis derjenigen Vorschriften, die für Minderkaufleute nicht zur Anwendung gelangen; in den Zusätzen die Frage, ob jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein kann, sowie die Übergangsfrage.

I. Der Kreis der Minderkaufleute.

Anm. 1. A. Die nach unserer Ansicht zutreffende Begriffsbestimmung ist: Minderkaufleute sind solche Kaufleute kraft des Gegenstands des Gewerbes, d. h. solche unter § 1 fallende Kaufleute, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Die Begründung der Nichtigkeit dieser Begriffsbestimmung wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

Anm. 2. B. Das Gesetz zählt zwei Klassen von Minderkaufleuten auf: Handwerker und diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

1. Die Handwerker. Vorauszusetzen ist, daß der wirtschaftliche und geschichtliche Begriff des Handwerks „als desjenigen gewerblichen Betriebssystems, bei dem der Produzent als Eigentümer der Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt“ (Bücher in Conrads Handwörterbuch unter dem Stichwort: „Gewerbe“; vgl. a. RW. in JW. 05, 337⁴) hier nicht maßgebend ist. Für den § 4 ergibt sich vielmehr aus Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift und aus seinem Zusammenhang mit den früheren und folgenden Paragraphen ein selbständiger Begriff des Handwerks, dessen Bestandteile besonders zu entwickeln sind.

Anm. 3.

a) Das Handwerk — dies ist eins seiner wirtschaftlichen Merkmale — be- und verarbeitet. Hier aber sind lediglich die Inhaber derjenigen Be- oder Verarbeitungs-

gewerbe gemeint, die unter § 1 Nr. 1 fallen, d. h. diejenigen, die Material an- § 4. schaffen, um es nach der Be- oder Verarbeitung zu veräußern. Um andere Be- oder Verarbeitungsgewerbe, als die aus Nr. 1, handelt es sich hier nicht. Denn die Inhaber anderer Be- oder Verarbeitungsgewerbe können nach dem Systeme des HGB. Minderkaufleute überhaupt nicht sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute.

a) Dies gilt zunächst von den sogenannten Bauhandwerkern, deren Geschäfte nicht in der Anm. 4.

Veräußerung beweglicher Sachen bestehen. Diese sind also überhaupt keine Kaufleute (f. Anm. 48 zu § 1), und die Frage, ob sie nicht aus irgend einem Grunde Minderkaufleute sind, kann gar nicht aufgeworfen werden. Sie können allerdings Kaufleute nach § 2 werden, aber nur bei Großbetrieb (z. B. eine große Bautischlerei oder Bauischlerei; RGZ. 21 A. S. 72). Wer indes Kaufmann nach § 2 wird, ist eben begrifflich nur Vollkaufmann (vgl. Anm. 5).

ß) Ferner gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, welche unter § 1 Nr. 2 fallen, wenngleich sie historisch und nach der wirt- Anm. 5.

schaftlichen Anschauung zum Handwerk gehören. Solche Gewerbe, die sich mit der Übernahme der Be- oder Verarbeitung für Andere, also ohne Anschaffung eigenen Materials, beschäftigen, setzen, um überhaupt ein Handelsgewerbe zu sein, voraus, daß der Betrieb nach Art und Umfang über das Handwerk hinausgeht. Ist dies nicht der Fall, so ist das Geschäft überhaupt kein Handelsgewerbe, der Inhaber überhaupt nicht Kaufmann. Ist es aber der Fall, so ist der Inhaber Kaufmann, aber Vollkaufmann (f. § 2 Anm. 10). Ein Minderkaufmann kann der Inhaber eines solchen Betriebes also überhaupt nicht sein; es kann daher die den Gegenstand unseres § 4 bildende Frage, wann ein Kaufmann Minderkaufmann ist, auch bei dieser Kategorie von Be- oder Verarbeitungsgewerben nicht aufgeworfen werden. (Nichtkaufmann ist hier z. B. der Maurer, die Näherin, der Flickschneider.) Das gleiche gilt bei den Druckereigewerben (§ 1 Nr. 9). Und zur weiteren Verdeutlichung soll auch in diesem Zusammenhang wiederholt werden, daß Zugabe von Arbeitsmitteln und Zutaten (Kleider, Zwirn, kleine Flickchen usw.) das Gewerbe aus dem Rahmen des § 1 Nr. 2 nicht herauszuheben vermag (vgl. Anm. 43 zu § 1).

γ) Sodann gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, die unter § 3 fallen. Das sind die Fälle, in denen ein Land- oder Forstwirt Anm. 6.

ein an sich unter § 1 fallendes Be- oder Verarbeitungsgewerbe als Nebengewerbe betreibt. Denn dieser wird dadurch nur Kaufmann, wenn er von seinem Recht, sich eintragen zu lassen, Gebrauch macht; das aber kann er nur bei mehr als handwerksmäßigem Betriebe, also kann er zwar Kaufmann, aber nur Vollkaufmann werden (f. Anm. 12 zu § 3).

b) Die Inhaber dieser Be- und Verarbeitungsgewerbe, die das Material selbst Anm. 7. aufschaffen, sind Minderkaufleute, wenn sie nur als Handwerker zu betrachten sind, und Vollkaufleute, wenn sie nicht als bloße Handwerker zu betrachten sind.

Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker im Sinne des § 4 Anm. 8.

zu betrachten? Wann liegt Handwerk vor? Die Antwort ist: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Staub (in Aufl. 6/7 Anm. 3 ff.) legte nur auf das Merkmal des Umfangs Wert, indem er zwar zutreffend von der Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung in den §§ 2 und 4 ausging, fälschlich aber für den § 2 die Berücksichtigung der „Art“ ausschied. Wie er aber für § 2 seine Auffassung (in den Materialien zu dieser Auflage, vgl. Anm. 7 ff. zu § 2) richtigstellte, so auch hier. Auch das Reichsgericht (RGSt. 34, 103; 35, 283) gibt dem hier vertretenen gesunden Gedanken Ausdruck, die Bestimmung des § 4 bedeute, daß im Zusammenhalt mit dem, was im § 2 vorgesehen sei, Umfang und Art auch für § 4 berücksichtigt werden müsse. Danach kommt die

§ 4.

Eintragungspflicht der Handwerker nur dann in Frage, wenn ihr gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb fordert (übereinstimmend RG. in DLR. 8, 92; f. a. § 2 Anm. 10).

Anm. 9.

a) Abzulehnen ist also die Ansicht, wonach die Handwerker auf alle Fälle, auch wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert, die sog. Großhandwerker, zu den Minderkaufleuten zu rechnen seien (Marcus in Goldheim 12, 196 ff.; Laßlig 596 und vereinzelte Entscheidungen, z. B. OLG. München in NZA. 4, 102; vgl. dagegen die Anm. 8—16 zitierten Entscheidungen). Diese Gegenmeinung stützt sich nur auf den Wortlaut, und es ist zuzugeben, daß der Relativsatz, „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht,“ sprachlich sich nicht auf die Handwerker mitbezieht. Aber Entstehungsgeschichte, Sinn und Stellung des § 4 bestätigen die hier vertretene Auffassung. Der Art. 10 des alten HGB. rechnete zu den Minderkaufleuten außer andern Gewerbetreibenden „diejenigen Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht“. Ob dies der Fall war, wurde in der Judikatur von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht. War der Betrieb seiner Erheblichkeit wegen fabrikmäßig eingerichtet, so galt der Inhaber als Vollkaufmann (RGSt. 1, 381; 21, 209; 24, 81; 31, 178). Dieser Rechtszustand ist durch das neue HGB. im allgemeinen aufrecht erhalten. Aus der Denkschrift (18) ist zu ersehen, daß die Ersetzung der Worte aus Art. 10 durch die lakonische Bezeichnung „Handwerker“ keine sachliche Änderung herbeiführen sollte. „Dem Handwerkerstande muß die durch seine Betriebsweise bedingte Sonderstellung, wie bisher, gewahrt bleiben.“ Bei der Beratung im Reichstag und in der Kommission ist wiederholt dem gleichen Gedanken Ausdruck gegeben worden. — Den Handwerker stellt der Abs. 1 unseres Paragraphen neben den Kleingewerbetreibenden; es ist keine Gegenüberstellung, sondern eine Nebeneinanderstellung. Unlogisch wäre es, wenn der Großhandwerker mit dem Kleingewerbetreibenden hätte zusammengekoppelt werden sollen. Entscheidend fällt endlich der Zusammenhang der Bestimmungen in den §§ 2 und 4 ins Gewicht (f. a. § 2 Anm. 10). Die Vorschrift des § 2 ist eine ganz allgemeine. Sie bezieht sich eben auch auf den Handwerker mit. Wenn ein Handwerker also sein Gewerbe in einer Weise betreibt, die nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert (§ 2), so unterliegt er dem Firmenzwang. Der § 4 behält gerade im Zusammenhalt mit § 2 seine wesentliche Bedeutung für den Handwerker. Dieser ist durch § 4 für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 2 (Betriebsumfang und Betriebsart, die eine kaufmännische Einrichtung erfordern) nicht vorliegen, von den Vorschriften über Firmen usw. ausgenommen, denen er nach sonstigen Grundsätzen, namentlich zufolge des § 1 Abs. 2 Nr. 1 mangels einer Sonderbestimmung unterfallen würde (RG. in RGZ. 21 A. S. 71).

Anm. 10.

β) Welche Momente kommen nun für die Entscheidung der Frage zur Anwendung, ob ein Handwerk nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht? Der bloße Gegensatz zwischen Handwerksbetrieb und Fabrikbetrieb erledigt diese Frage nicht. Es kann Handwerker geben, die in derselben Weise wie Fabrikanten, Maschinen, Arbeitsteilung usw. in Anwendung bringen, die aber infolge des geringen Umfanges ihres Betriebes nicht zu den Fabrikanten gehören. Außerdem umfaßt der Begriff Fabrikant die Ver- und Verarbeitungsgewerbe auch aus § 1 Nr. 2, die überhaupt nicht unter den § 4 fallen (f. oben Anm. 3). Endlich ist die Grenze zwischen Fabrik und Handwerk kaum zu ziehen. Sie ist nicht einmal für die Gewerbeordnung bisher gefunden; man hat einen Preis auf die Lösung dieses gordischen Knotens setzen wollen und geht damit um, auf dem Wege der Gesetzgebung die Abgrenzung vorzunehmen. Die Unsicherheit der Grenze macht auch die Scheidung (in Preußen) zwischen Mitgliedern der Handels- und der Handwerkerkammern zu einer

ungemein schwierigen (Lastig 529 ff.). Es ist daher nötig, für die Beantwortung der § 4. eingangs gestellten Frage selbständig die einzelnen Momente zu ermitteln, wobei auch der Gegensatz zwischen Handwerks- und Fabrikbetrieb häufig wertvolle Fingerzeige liefern kann.

Die Merkmale, in Rücksicht sowohl auf Umfang wie Art, sind ähnliche, wie Anm. 11. wir sie schon im § 2 Anm. 8 bis 10 entwickelt haben. Hier wie dort kommt es auf den konkreten Fall an. Hier vor allen Dingen verliere man nicht aus den Augen, daß die Prüfung mit Rücksicht auf den Gewerbebetrieb eines Handwerkers zu erfolgen hat. In der Gestaltung moderner Verkehrsverhältnisse kann die Frage, ob ein Gewerbetreibender als Handwerker anzusehen ist, nur nach der in der Totalität des Geschäfts überwiegenden und deshalb für dessen Charakterisierung maßgebenden Haupttätigkeit beantwortet werden (RGSt. 31, 179).

Neben den in Anm. 8 zu § 2 genannten Momenten für den Umfang (Umsatz ist nicht identisch mit Umfang, RGSt. 24, 80 und 357, vgl. a. unten Anm. 18 f.) sind namentlich noch folgende für die Art zu berücksichtigen: die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (Werkzeuge oder Maschinen), die Zahl und Qualität der im Betriebe beschäftigten Personen, die Art ihres Zusammenwirkens, insbesondere der Grad der stattfindenden Arbeitsteilung und die persönliche Arbeitsleistung des Unternehmers, die Zahl der Lieferanten und der Kunden, die — mehr oder minder verwickelte — Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu ihnen und zu den Angestellten, sowie der Umfang, in welchem Kredit gegeben und in Anspruch genommen wird und Wechselverkehr stattfindet (RG. in DWR. 8, 92).

Diese und ähnliche Umstände brauchen selbstverständlich nicht alle zusammen- Anm. 12. zutreffen. Hinsichtlich der Art der Arbeitsmittel (Maschinen oder Werkzeuge) sei noch folgendes betont: sie ist bedeutungsvoll, aber nicht allein entscheidend. Hier könnte das Wort „Handwerk“ irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das erzeugte Produkt im wesentlichen „der Hände Wert“, allenfalls mit Zuhilfenahme von Werkzeugen (Handwerkzeug), hergestellt sein müsse. Allein unsere technischen Erfindungen haben auch die Handwerksbetriebe nicht unberührt gelassen. Auch unsere Handwerker: Schlosser, Tischler, Schuhmacher usw. arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln, ohne daß sie dadurch aufhören, Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe so wenig umfangreich und von einer Art ist, daß es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann. Andererseits entscheidet auch das Vorwiegen der persönlichen Arbeitskraft, das Mitarbeiten des Meisters (RGSt. 24, 357) nicht immer für Handwerksbetrieb. Denn auch diese Momente können durch andere, die einen erheblichen Großbetrieb außer Zweifel stellen, ausgewogen werden. Endlich ist der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, nicht geeignet, den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen, ebenso wenig wie die Beschäftigung der Gewerbsgehilfen in der eigenen Werkstatt ein sicheres Kennzeichen für bloßen Handwerksbetrieb ist (RG. in JW. 88, 427¹¹).

Aus der Rechtsprechung vor 1900 werden diejenigen Urteile von Bedeutung sein, die obigen Kriterien (Art und Umfang, die eine kaufmännische Einrichtung erheischen) gerecht werden.

- γ) Hier, wie beim § 2, ist der Ton darauf zu legen, Art und Umfang des Handwerks- Anm. 13. betriebs müssen so beschaffen sein, daß sie eine kaufmännische Einrichtung erfordern, nicht darauf, daß das betreffende Handwerk eine kaufmännische Organisation hat. Doch wird der letztere Umstand auch hier meist den Rückschluß darauf zulassen, daß die kaufmännische Einrichtung erforderlich ist. Nur ausschließlich entscheidend ist er nicht.

Daß andererseits der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, sondern sich fort- schleppt in Einrichtungen, die man als handwerksmäßige bezeichnen muß, ist nicht

§ 4. erheblich. Denn es ist nur erforderlich, daß zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die kaufmännische Organisation gehört. Die ordnungswidrige Art der Geschäftsführung entscheidet nicht, im Gegenteil sollen solche Personen gerade durch die Unterordnung unter das Handelsrecht gezwungen werden, in allen den Fällen, wo Art und Umfang des Gewerbebetriebes die kaufmännische Organisation erfordern, sie auch einzurichten.

Anm. 14. c) Hiernach (vgl. Anm. 8 bis 13) ist, um das Gesagte zusammenzufassen, **Handwerker im Sinne des § 4 Abs. 1** der Inhaber eines Gewerbes, das auf die Anschaffung von Material zum Zwecke der Be- und Verarbeitung und demnächstigen Veräußerung im beweglichen Zustande (§ 1 Nr. 1) gerichtet ist, sofern Art und Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation des Geschäftsbetriebs nicht erfordern.

Anm. 15. d) Schließlich mag noch betont werden, daß es hier, wie auch sonst, nur darauf ankommt, welche Art der Tätigkeit den Hauptgegenstand des Gewerbes bildet. Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker ausschließliche, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebs, auch fertige Sachen anschafft und weiter veräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herauszuheben (RSt. 21, 209; 31, 179), wie dies z. B. bei Uhrmachern, Buchbindern häufig ist (vgl. Anm. 56 zu § 1).

Anm. 16. e) Beispiele. Unter den § 4 fallen, d. h. Minderkaufleute sind, wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang keine kaufmännische Einrichtung erheischt, u. a. folgende Handwerker mit angeschafftem Material: die Schneider (RSt. 7, 237), die Bäcker (RSt. 4, 240; Goldheim 10, 204), die Gerber (RSt. 2, 442); die Müller, die angeschafftes Getreide vermahlen (RSt. 11, 241 u. O. Wien bei Adler-Clemens Nr. 132); die Tischler (RSt. 20, 127; vgl. OSt. München in RSt. 4, 102, das einem Schreinermeister mit beträchtlichem Geschäftsumfang — Jahresumsatz 100 000 Mk., Jahresertragnis 10 000 Mk. — wegen der handwerksmäßigen Betriebsart zu den Minderkaufleuten rechnet); die Brauer (RSt. 12, 97 u. O. Wien bei Adler-Clemens Nr. 28 und 214); die Fleischer (RSt. 31, 179; RSt. 21 A. S. 86; 27 A. S. 61). Daß der Handwerker selbst sein gewerbliches Unternehmen Fabrik nennt („Fabrik seiner Fleisch- und Wurstwaren“) ist gleichgültig (OSt. 8, 92).

Anm. 17. 2. **Kleingewerbetreibende** oder vielmehr, wie das Gesetz sagt, „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“.

a) **Kreis der Kleingewerbetreibenden.** Auch hier (vgl. Anm. 3) ist zunächst zu betonen, daß lediglich gemeint sind Personen, die unter § 1 fallen. Diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb unter § 1 nicht fällt, bei denen vielmehr nur erwogen werden könnte, ob sie nicht vermöge der Vorschrift des § 2 Kaufleute werden können, sind hier nicht getroffen, weil zu den Voraussetzungen des § 2 das Kriterium gehört, daß der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Letzteres aber ist das gerade Gegenteil von einem Kleingewerbebetriebe. Überdies werden diejenigen Gewerbetreibenden, welche nach § 2 Kaufleute werden, dies erst durch Wahl und Eintragung einer kaufmännischen Firma, während den Minderkaufleuten das Firmenrecht ja gerade verschlossen sein soll.

Auch die Gewerbebetriebe, die unter § 3 fallen, gehören niemals zu den Kleingewerbebetrieben im Sinne des § 4, ihre Inhaber können niemals Minderkaufleute sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute. Denn wenn der Land- oder Forstwirt ein landwirtschaftliches Nebengewerbe, das an sich unter § 1 oder § 2 fallen würde, betreibt, so wird er nur durch Eintragung Kaufmann, ist aber nur dann berechtigt, sich eintragen zu lassen, wenn sein Betrieb durch Art und Umfang ein Großbetrieb ist; dann aber ist er Vollkaufmann (s. Anm. 12 zu § 3).

Hiernach sind es also lediglich die unter § 1 fallenden Gewerbe, deren Inhaber eventuell Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein können, und auch von diesen

können es nicht alle sein. Nicht können es sein: die Inhaber von Be- und Verarbeitungsgewerben, soweit sie unter § 1 Nr. 1 fallen, denn diese fallen unter den Begriff Handwerker (s. oben Anm. 2ff.); ferner nicht die Inhaber von Be- und Verarbeitungsgewerben nach § 1 Nr. 2, denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute (s. oben Anm. 2ff.); nicht können es sein von den in § 1 Nr. 5 aufgezählten Gewerbetreibenden die Inhaber der zur Personenbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten, denn dieser Begriff schließt den Kleinbetrieb aus (s. Anm. 72 zu § 1); nicht können es endlich sein die Inhaber der Druckereien (§ 1 Nr. 9), denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute, aber niemals Minderkaufleute (s. Anm. 81 zu § 1). Die übrigen Kategorien des § 1 sind das geeignete Material für den Begriff der Kleingewerbe.

- b) Welches ist nun der Begriff des Kleingewerbes? Zum Begriff Kleingewerbe gehört Anm. 18. das gerade Gegenteil von demjenigen Erfordernisse, welches § 2 aufstellt: ein Gewerbebetrieb, der wegen seiner Art und seines Umfangs eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert (gleicher Ansicht Cosack § 13 S. 48; RÖSt. 34, 103; 35, 289; RÖ. in SZ. 03, 140²⁷ und in DZ. 04, 1187; aus den Gründen des Beschl. des RÖ. v. 9. 11. 03 in DÖW. 8, 92 — s. Anm. 8 —, wiewohl er sich zunächst auf die Handwerker bezieht, folgt das gleiche für die Kleingewerbetreibenden). Vielfach wird nur auf das Kriterium des Umfangs, nicht auch der Art für den Begriff des Kleingewerbes Wert gelegt. Beispielsweise das RÖ. noch im Beschl. v. 13. 5. 01 (RZM. 2, 133): „Das Kleingewerbe wird als dasjenige Handelsgewerbe zu erklären sein, das wegen seines geringen Umfangs keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.“ Allein auch dort ist bei der Entscheidung des konkreten Falles (Destillateur) neben dem Umfang auf die Art des Betriebs (sechs Angestellte mit verschiedenen Funktionen) besonderer Ton gelegt. Beide Kriterien haben auch dem Gesetzgeber vorgeschwebt. So heißt es in der D. 20: „ein Gewerbetreibender, welcher unter § 1 Abs. 2 fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4 Abs. 1 in das Handelsregister erst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen.“ Deutlicher kann der Zusammenhang mit § 2 nicht betont werden.

Hierdurch ist nunmehr die volle Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für den § 2 und den § 4 (vgl. auch unsere Darlegungen § 2 Anm. 7ff., ferner oben 8ff. für den Handwerksbegriff) gewahrt. Der Einwand, daß es einer besonderen Hervorhebung der Handwerker neben den Kleingewerbetreibenden nicht bedurft hätte, wenn für beide Betriebsumfang und Betriebsart die entscheidenden Kriterien sind, greift nicht durch. Die Hervorhebung erklärt sich geschichtlich (Art. 10 altes EÖB.) und im Hinblick darauf, daß das Handwerk den Verkehrsanforderungen entsprechend sich von den Kleinbetrieben abhebt. Überdies ist die rechtliche Behandlung von Handwerk und Kleinbetrieb im § 4 nicht durchweg die gleiche; sein Abs. 3 bezieht sich nicht auf das Handwerk (unten Anm. 22).

„Die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe ist flüchtig. Eine zuverlässige Anm. 19. Begrenzung ist auch hier wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse nach Orten und Geschäftszweigen nicht möglich. In einer Gebirgsgegend des Inlands gilt gewiß mancher als Großhändler, den man in einer Seehandelsstadt einen Krämer nennt.“ (Prot. S. 527; RZM. 2, 132). Die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles sind zu prüfen. Die „Art“ merkmale sind auch hier ähnliche, wie sie in Anm. 9 zu § 2 bezeichnet sind. Darauf namentlich kommt es auch an, ob die Verkehrssitte nach der Art des Betriebs vom Leiter kaufmännische Bildung und Buchführung verlangt (so mit Recht Cosack § 13 S. 48). Unter Umfang des Geschäfts ist auch hier der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen, sei es daß es sich um wenige Geschäfte über hohe Objekte oder um eine große Reihe von Geschäften handelt, die zusammen ein

§ 4.

hohes Objekt repräsentieren. Die in der Reichstags-Kommission (RB. 10) hervorgetretenen Anschauungen über den Begriff Geschäftsumfang sind unklar und unzutreffend. Es soll danach ein Begriff sein, bei welchem verschiedene Momente wie Anlagekapital, Ertrag, Umsatz berücksichtigt werden können. Allein das Anlagekapital kann groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein und umgekehrt. Ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall ist, wenn mit Verlust gearbeitet wird. Auch der Umsatz entscheidet nicht absolut, da es vorkommen kann, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los wird, alsdann ist sein Umsatz klein gewesen und doch der Umfang des Betriebes groß, da der quantitative Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte groß war. — Art und Umfang sind für die Beantwortung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb sich innerhalb der Grenze des Kleingewerbes bewegt, in Betracht zu ziehen. Die „Eringfügigkeit“ eines Betriebes wird durch Umfang und Art bestimmt. Ist der Umfang erheblich, aber die Betriebsart erfordert keine kaufmännische Organisation (z. B. ein Barbier betreibt zwar einen quantitativ erheblichen Handel mit allerlei Waren, aber in folgender Art. in dem zugleich für den Betrieb des Barbiergeschäfts dienenden Lokale findet die Leitung des Handels allein durch seine Frau statt, RSt. 34, 103), dann liegt Kleingewerbe vor; ebenso umgekehrt bei kaufmännischen Einrichtungen, aber geringem Umfang des Geschäfts.

Anm. 20.

- c) Als Beispiele sind (das alte Recht, Art. 10, ist zu vergleichen) zu erwähnen: die Köfer, Tröbler, Hausierer, gewöhnlichen Schiffer und Fuhrleute, auch die kleinen Gastwirte, wobei natürlich überall ein nach Art und Umfang unerheblicher Handel vorausgesetzt ist. Ein Lumpengeschäft oder Produktenhandel im Großbetrieb (nach Art und Umfang) ist kein Kleingewerbe; ein Restaurations-, ein Hotelgeschäft im Großbetrieb ist Großgewerbe (OLG. Hamburg in OLG. 9, 240). Minderkaufleute sind kleinere Makler, kleine Agenten, kleine Verleger usw.

Anm. 21.

- d) Bei der so gewonnenen Bestimmung des Kleingewerbes ist aber die sehr wichtige Einschränkung zu machen, daß dies lediglich diejenige Begriffsbestimmung ist, die das Handelsgesetzbuch selbst in seinem § 4 Abs. 1 aufstellt. Diese Begriffsbestimmung ist aber leider nicht allein maßgebend. Vielmehr sind nach dem Abs. 3 unseres § 4 die Landesregierungen befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche der Begriff des Kleingewerbes näher festgesetzt wird, und zwar auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen.

Es wäre zu wünschen, daß die Landesregierungen von dieser Befugnis keinen Gebrauch machten. Denn solche anderweite Grenzbestimmungen würden, wenn nicht alle Regierungen die gleichen Grundsätze befolgten, die Rechtseinheit auf diesem hochwichtigen Gebiete zerreißen, und auch bei einheitlichen Grundsätzen würden sie die ohnehin nicht gerade einfache Ordnung dieser Materie in eine bedauerliche Unordnung verwandeln. Immerhin müssen wir uns mit dieser Delegation an die Landesregierungen beschäftigen.

Anm. 22.

- a) Die Landesregierungen haben die Befugnis. Verordnung (nicht, wie die 6./7. Aufl. annimmt, Gesetz; dies wurde in der Kommission abgelehnt), aber auch Verwaltungsakt (nur einen solchen will Goldmann I 33 zulassen) sind der Weg, auf dem die Landesregierung die Bestimmungen erlassen kann. Nach dem pr. UG. v. 24. September 1899 zum HGB. sind für den Erlaß solcher Bestimmungen der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig; vorher sind in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören. Bisher sind derartige Bestimmungen nicht erlassen.
- ß) Nur der Begriff des Kleingewerbes (Grenze zwischen Klein- und Großgewerbe) darf in dieser Weise näher festgesetzt werden, nicht auch der Begriff des Handwerks.

- γ) Der sich aus § 4 Abs. 1 ergebende Begriff darf auf keinen Fall verlassen § 4. werden. Wie auch die landesrechtlichen Grenzbestimmungen lauten mögen, gegen den in § 4 Abs. 1 festgesetzten, bzw. aus ihm sich ergebenden Begriff des Kleingewerbes (s. oben Anm. 18 ff.) darf keineswegs verstoßen werden. Denn die Landesregierung darf die Grenze des Kleingewerbes nur „näher festsetzen“, nicht etwa den Begriff erweitern oder verengen, wie dies früher nach Art. 10 den „Landesgesetzen“ möglich war.
- δ) Dabei ist zunächst maßgebend die Frage, ob die Steuergesetzgebung des betreffenden Landes auf einer nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht aufgebaut ist. Wenn dies der Fall ist, so muß die Grenzbestimmung sich hiernach richten. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann zu anderen Merkmalen gegriffen werden. Aber auch diese müssen, wie zu b ausgeführt ist, sich innerhalb des im § 4 Abs. 1 aufgestellten Begriffes bewegen. (Ob Preußen eine Steuergesetzgebung hat, die jenem Erfordernisse entspricht, darüber s. Staub in der DZS. 98, 421, wo dies verneint, und Dove bei Goldheim 7, 297, wo dies bejaht ist.)
- ε) Macht eine Landesregierung von der ihr gegebenen Befugnis Gebrauch, so gilt diese Charakterisierung auch für die anderen Länder. Wer z. B. nach Mecklenburger Bestimmungen auf Grund seines in Rostock betriebenen Geschäfts als Vollkaufmann nicht gilt, ist auch in anderen Ländern Minderkaufmann. Betreibt er in mehreren Ländern verschiedene Gewerbe, so kann er Vollkaufmann und Minderkaufmann sein und gilt dann auch in den anderen Ländern hinsichtlich des einen Gewerbes als Vollkaufmann, hinsichtlich des anderen als Minderkaufmann (s. unten Anm. 30). Schwierig stellt sich die Sache, wenn jemand in einem Staate eine Hauptniederlassung hat, die daselbst als Vollhandelsgererbe zu betrachten ist, und in einem anderen Staate eine Zweigniederlassung, die daselbst als Minderhandelsgererbe zu betrachten ist.
- ς) Die Landesregierungen können stets, auch nach dem 1. Januar 1900, von dieser Befugnis Gebrauch machen.
- C. Nur die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung über den Eintragungsantrag kommen für Anm. 22a die Feststellung in Betracht, ob das Gewerbe eines Minderkaufmanns vorliegt. Ist allerdings das Gewerbe auf den Großbetrieb angelegt, so ist die Registrierung auch vor der vollen Entfaltung zulässig, dagegen nicht im Hinblick darauf, daß sich das Kleingewerbe allmählich, dem selbstverständlichen Wunsche des Kaufmanns entsprechend, zum Großgewerbe auswachsen kann. Die Möglichkeit liegt fast immer vor (RG. in DZS. 7, 146 ff.).
- Wenn der Umfang des Geschäfts, welches ursprünglich ein Vollhandelsgererbe war, dauernd, nicht aber vorübergehend, auf den Umfang des Kleingewerbes herabsinkt, so wird der Kaufmann aus einem Vollkaufmann ein Minderkaufmann. Eine bisherige Firma muß er dann z. B. löschen lassen (RG. in DZS. 3, 404; s. Anm. 3 zu § 31).

II. Die für Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften sind:

Anm. 23.

1. Die Vorschriften über die Firmen. Minderkaufleute sind hiernach weder berechtigt noch verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu nehmen (vgl. jedoch § 8 des UnWG.). Die Firma ist für sie nicht der Name, unter dem sie im Handel Geschäfte betreiben (§ 17). Sie können auch unter ihr nicht klagen oder verklagt werden; indes handelt es sich nur um eine falsche demonstratio, die berichtigt werden kann und darf (§ 17 Anm. 25). Wenn dennoch die Firma eines Minderkaufmanns eingetragen ist, so ist er zwar nicht Vollkaufmann (zustimmend Gierke § 16), aber er gilt in zivilrechtlicher Hinsicht als solcher gemäß § 5 (vgl. dort). Auch ohne Eintragung darf der Minderkaufmann eine Firma, d. h. einen von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Handelsnamen, nicht führen. Wenn ein Minderkaufmann einen (eingetragenen oder nicht eingetragenen) Handelsnamen führt, der sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so hat das Registergericht gemäß § 37 einzuschreiten (OG. Wien bei Adler-Elmens

§ 4. Nr. 1138; Sahn § 3 zu Art. 10) und hat außerdem die Eintragung von Amts wegen zu löschten (§ 142 HGB.; f. die Erl. zu § 37). Gleichwohl sind derartige nicht eingetragene Firmenführungen in lebhafter Übung. Für die hierdurch geschaffenen Rechtsverhältnisse kommen die allgemeinen Rechtsregeln zur Anwendung: die unter solchen Handelsnamen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind gültig (RDSG. 22, 71).

Der Träger der Firma tritt im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auf und gilt daher als Vollkaufmann. Welche Folgen dies hat, darüber f. Erl. zu § 5.

Über die Wirkungen, welche Veräußerung und Erwerb des Geschäfts eines Minderkaufmanns haben, vgl. § 22 Anm. 1 und insbes. § 25 Anm. 6 ff. Hier sei hervorgehoben: Der Inhaber einer nicht eingetragenen Minderkaufmannsfirma haftet für die Verbindlichkeiten, welche sein mit seiner Zustimmung das Geschäft fortführender Geschäftsführer eingeht, so lange bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (R. 15, 33; DLW. Dresden im SächArch. 7, 434).

Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Sie können nicht Schutz ihrer Firma, sondern nur ihres bürgerlichen Namens verlangen. Zum Schutze desselben dient § 12 BGB., ferner § 8 des UrtB.G. und endlich auch § 37 HGB., da dieser den Schutz aller Rechte, insbesondere auch des Namenrechts gegen unbefugte Firmierung enthält (f. § 37 Anm. 12). Über ihre Etablissementsnamen f. § 17 Anm. 6 ff. Ein Warenzeichen können sie sich schützen lassen, da das WarenZG. vom 12. Mai 1894, anders als das frühere Markenschutzgesetz vom 30. November 1874, nur einen Geschäftsbetrieb, nicht den Besitz einer Firma voraussetzt (Seligsohn, Comment. z. WarenZG. § 1 Nr. 1).

- Anm. 24. 2. **Die Vorschriften über die Procura.** Die Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen bestellen. Eine dennoch erteilte Procura ist nicht etwa, wie Thöl annimmt, ein schlechthin ungültiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen (f. besonders § 140 BGB.) und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Procura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht erteilen wollte. Daher wird man dem wahren Willen der Beteiligten regelmäßig am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer generellen Handlungsvollmacht nach § 54 annimmt (zustimmend Buchelt Anm. 3 zu Art. 10; Alfeld S. 64). Handlungsbevollmächtigte kann der Minderkaufmann bestellen; seine Gehilfen sind Handlungsgehilfen (f. unten Anm. 28).
- Anm. 25. 3. **Die Vorschriften über die Handelsbücher.** Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Handelsbücher zu führen; die Strafbestimmungen aus den §§ 239 Nr. 3, 240 Nr. 3 R.D. wegen unterlassener Führung von Handelsbüchern greifen also gegen sie nicht Platz. Daß sie zur Führung von Büchern berechtigt sind, ist selbstverständlich, da hier kein Privileg in Frage steht. Die von ihnen geführten Bücher haben, abstrakt betrachtet, die gleiche Beweiskraft, wie die von Vollkaufleuten geführten. Es entscheidet hier, wie dort, lediglich das freie Überzeugungsprinzip der GPD.
- Anm. 26. 4. **Bereinigungen zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes sind keine offenen Handelsgesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften.** Dagegen kann ein Minderkaufmann einen stillen Gesellschafter haben (f. zu § 335). Auch sind Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung immer H. G. und Vollkaufleute, selbst wenn sie ein Minderhandelsgewerbe betreiben (§ 6 Abs. 2). Sonstige gesellschaftliche Vereinigungen zum Betriebe von Minderhandelsgewerben sind aber bürgerliche Gesellschaften, obgleich sie sich mit Handelsbetrieben beschäftigen (DRHG. 2, 423). Ihre Rechtsverhältnisse regeln sich nach den §§ 705 ff. BGB., sofern nicht etwa Gesellschafter zulässigerweise die Vorschriften über H. G. intern auf ihre Vereinigung durch den Gesellschaftsvertrag ausgedehnt haben; f. Anm. 29. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf sie keine Anwendung finden: soweit solche Personen Handelsgeschäfte betreiben, finden die handelsrechtlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte auf sie Anwendung. Die Vereinigung selbst ist nur keine Handels-

gesellschaft, also auch kein Kaufmann, weder Vollkaufmann noch Minderkaufmann. Aber § 4. die einzelnen zur Vereinigung gehörenden Personen sind Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute, und ihre Geschäfte deshalb Handelsgeschäfte gemäß § 343, wenn auch einzelne (in Anm. 27 genannte) Vorschriften über Handelsgeschäfte keine Anwendung finden. Erfolgen Bestellungen für eine Vereinigung von Minderkaufleuten unter deren nicht eingetragenen, aber ein Gesellschaftsverhältnis anzeigenden Firma (z. B. „& Comp.“), so haften alle Teilnehmer gesamtschuldnerisch (aus § 421 HGB.), auch wenn nur ein Teilnehmer, im Rahmen seiner Vollmacht, unter Gebrauch der Firma kontrahiert hat, ohne die anderen namentlich zu bezeichnen (RG. 47, 227).

Gibt eine Vereinigung von Minderkaufleuten nach außen allgemein (z. B. durch Verendung von Anzeigen an einen größeren Kundenkreis) kund, daß sie ein Handelsgewerbe in der Weise, die den Anschein eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes erweckt, unter einer Firma betreibt, wie sie einer o. F. G. zukommt, so muß sie sich nach außen hin auch als o. F. G. behandeln lassen. Sie wird deshalb durch die Willenserklärung eines Mitglieds Dritten gegenüber verpflichtet (RG. 19. 12. 02 aus Warner 3, 206). Ebenso ist auf ihren Rechtsnachfolger der § 25 HGB. anzuwenden, wenn er das Geschäft in der bezeichneten Weise fortführt (OLG. Dresden im SächArch. 14, 583).

Scheidet ein Mitglied einer solchen Vereinigung aus, so kann er dies seiner Haftung dann nicht mit Erfolg entgegensetzen, wenn er die Fortführung der alten Firma gesehen läßt oder wenn er nach Lage der Sache, insbesondere nach seinem Geschäftsgebaren vor dem Ausscheiden verpflichtet war, Dritte davon in Kenntnis zu setzen (OLG. Dresden in OLGR. 8, 96).

5. Einzelne Vorschriften über Handelsgeschäfte finden dann keine Anwendung, wenn derjenige, Anm. 27. der sie abschließt, ein Minderkaufmann ist (s. § 351). Diese Vorschriften sind:

- a) § 348, der die richterliche Ermäßigungsbefugnis bei Vertragsstrafen dann beseitigt, wenn ein Kaufmann die Vertragsstrafe verspricht. Wenn ein Minderkaufmann sie verspricht, so greift die richterliche Ermäßigungsbefugnis Platz.
- b) § 349, der die von einem Kaufmann übernommene Bürgschaft für eine selbstschuldnerische erklärt. Wenn es ein Minderkaufmann ist, der die Bürgschaft übernimmt, so soll dies nicht ohne weiteres der Fall sein. Vielmehr richtet sich dann die Frage, ob selbstschuldnerisch oder nicht, nach bürgerlichem Recht.
- c) § 350, der für die Bürgschaft, das Schuldversprechen und das Schuldanerkennnis, wenn dieselben von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgegeben werden, entgegen den Vorschriften des HGB. Formfreiheit statuiert. Wenn ein Minderkaufmann diese Erklärungen abgibt, so gilt die Formfreiheit nicht (RG. 51, 123).

6. Alle übrigen Vorschriften des HGB. finden auch auf Minderkaufleute Anm. 28. Anwendung. Sie sind, wenn sie auch im System des HGB. eine Ausnahme bilden (Lehmann-Ring § 4 Einl.), im übrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten derselben.

Nicht selten aber werden gewisse öffentlich-rechtliche Befugnisse nur den eingetragenen Kaufleuten eingeräumt, z. B. die Präsentationsfähigkeit zum Handelsrichter (HGB. § 113). Auch privatrechtlich findet sich eine Sonderstellung: das DepG. vom 5. Juli 1896 findet nur auf eingetragene Kaufleute Anwendung (§ 13); s. ferner § 8 des AbzG. vom 16. Mai 1894. Für die Regel aber sind, wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, die Minderkaufleute mitgemeint (RGHGB. 7, 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (OW. Wien bei Adler-Clemens Nr. 122 u. 415). Auch die Vermutungen des § 344 greifen hier Platz. Es finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten und Handlungsgehilfen, über das Recht auf Provision nach § 354 (RGHGB. 10, 243), das Retentionsrecht nach § 369, das Recht der Anweisung nach § 363 auch auf sie Anwendung, ebenso das Zinsenrecht nach den §§ 352 u. 353; desgleichen die Lehre vom Kontokorrent, von der Passivenübernahme — soweit nicht etwa das Firmenrecht die Anwendung ausschließt (s. die Erl. zu den §§ 22 u. 25). Auch die Vorschriften

§ 4. über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (s. die Erl. zu § 346) finden hier Anwendung; desgleichen die Pflicht zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347; auch die Untersuchungs- und Rückgepflicht nach den §§ 377 u. 378 trifft den Minderkaufmann usw.

Indessen ist dabei überall zu berücksichtigen, daß ein Kleinkaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstabe zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäfts (RdHb. 2, 443; 13, 439, Kontokorrent).

Anm. 29. 7. Außerdem ist zu bemerken, daß die Minderkaufleute es in der Hand haben, die nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften, soweit sie dispositiven Charakter haben, durch Vereinbarung auf sich auszudehnen (Behrend § 36 Anm. 16). Das wird insbesondere wichtig bei gesellschaftlichen Vereinigungen, bei denen es die Kontrahenten in der Hand haben, die Vorschriften über das Handelsgesellschaftsrecht in dem gedachten Rahmen auf ihre Vereinigungen auszudehnen (Anm. 26).

Anm. 30. Zusatz 1. Kann jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein? Betreibt jemand ein Gewerbe, das die Vollkaufmannseigenschaft begründet (z. B. als Mitglied einer o. P. G. einen Weinhandel), und ein solches, das die Minderkaufmannseigenschaft begründet (z. B. für sich noch eine kleine Agentur), so ist er Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich (Behrend § 36 Anm. 17; Cosack § 13; Lehmann-Ring Nr. 5; Hahn § 7 zu Art. 10; RGSt. 25, 171; anders Goldschmidt, Handbuch § 46; DZG. Marienwerder in FS. 46, 466; Gareis Anm. 12). Er braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns hinsichtlich der Buchführung nur bezüglich desjenigen Geschäfts zu erfüllen, welches ihn dazu macht (RGSt. 25, 171), wobei er natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch die Ergebnisse seines Kleinbetriebes zu verzeichnen hat. Eine mündliche Bürgschaft ist, wenn sie im Kleinbetriebe abgegeben ist, ungültig; wenn im Großbetriebe abgegeben, gültig. Diese Doppelseigenschaft ist keine auffallende Erscheinung. Ähnliches kommt auch sonst vor und findet allgemeine Billigung. So z. B. wenn ein Soldat oder ein Arzt gleichzeitig Inhaber oder Mitinhaber eines Handelsgeschäfts ist; alsdann sind nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte, nicht etwa die Bürgschaft eines solchen Soldaten für einen Kameraden. Ein anderes Analogon bildet der Fall, daß ein Landwirt ein landwirtschaftliches Nebengewerbe betreibt (Anm. 3 ff. zu § 3). Doch ist wirklich getrennter Betrieb der beiden Gewerbe vorausgesetzt. Fehlt diese Voraussetzung, hängt das Kleingewerbe mit dem Großgewerbe zusammen (z. B. handwerksmäßige Druckerei mit Verlagsanstalt, Busch Arch. 45, 361; Weinprobierstube mit Weinhandel), dann liegt nur Vollkaufmannseigenschaft vor.

Anm. 31. Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Frage, wer Minderkaufmann ist, richtet sich nach dem jeweiligen Recht. Wer vor dem 1. Januar 1900 Vollkaufmann war, hörte auf es zu sein, wenn er nach den neuen Vorschriften Minderkaufmann ist, oder wenn sein Geschäftsumfang nach dem 1. Januar 1900 dauernd auf den Umfang des Kleingewerbes herabsinkt (RG. im „Recht“ 04, 256); und umgekehrt. Verschieden hiervon ist die Frage nach der Gültigkeit und den Wirkungen der Rechtsgeschäfte, welche diese Personen unter der Herrschaft des früheren Rechts, in ihrer damaligen Eigenschaft als Vollkaufleute oder Minderkaufleute, abgeschlossen haben. Diese Frage richtet sich nach dem Rechte zur Zeit des Abschlusses.

§ 5.

§ 5. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

Ein-
setzung. Der vorliegende Paragraph gibt der Eintragung der Firma eine weitgehende und eigenartige konstitutive Wirkung. Die Vorschrift ist neu, ihr Inhalt von großer Tragweite.

1. **Der Inhalt der Vorschrift.** Ist eine Firma in das Register eingetragen, so kann gegenüber § 5. demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das be- Anm. 1. treffende Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei.
2. **Die Voraussetzungen der Vorschrift sind Eintragung und Gewerbebetrieb.** Es handelt sich Anm. 2. hier um solche eingetragene Personen, die entweder überhaupt kein Handelsgewerbe betreiben oder nur ein Minderhandelsgewerbe, die aber jedenfalls ein Gewerbe betreiben. Betreibt eine eingetragene Person überhaupt kein Gewerbe, so greift § 5 nicht Platz. Sie gilt jedenfalls kraft § 5 nicht als Kaufmann. (Ob sie infolge anderer Rechtsgrundsätze als Kaufmann gilt und unter welchen Umständen, darüber Anm. 3 im Erg. zu § 5). Betreibt sie zwar dem Anscheine nach ein Gewerbe, ist der Gewerbebetrieb aber nicht rechtsgültig (s. § 1 Anm. 20ff.), so hat dies zur Folge, daß sie auch nicht als Kaufmann gelten kann; § 5 kann daher nicht Platz greifen, so z. B. wenn ein Minderjähriger ohne die erforderliche Genehmigung, oder wenn ein Blödsinniger ein Gewerbe betreibt. Betreibt aber die eingetragene Person ein rechtsgültiges Gewerbe und ist dasselbe nur ein Minderhandelsgewerbe oder zu einem Minderhandelsgewerbe herabgesunken, so ist sie allerdings kein Vollkaufmann, aber sie gilt im Rahmen des § 5 als solcher kraft der Eintragung. Betreibt sie endlich ein Gewerbe und ist dasselbe kein Handelsgewerbe, sondern z. B. ein landwirtschaftlicher Hauptbetrieb, so ist sie überhaupt kein Kaufmann, aber im Rahmen des § 5 gilt sie als solcher, und zwar als Vollkaufmann.

Über das Verhältnis des § 5 zu § 15 vgl. § 15 Anm. 9.

3. **Die materielle Bedeutung und Wirkung der Vorschrift besteht darin, daß jemand, dessen Anm. 3. Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt, und ferner, daß jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als solcher gilt.**

a) Darin liegt aber nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 57) und Lehmann-Ring (Nr. 2) dies darstellen, die unwiderlegbare Vermutung, die Fiktion, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe und zwar ein Vollhandelsgewerbe betreibt. Denn diese Fiktion würde zur Folge haben, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht nur als Kaufmann bzw. Vollkaufmann gilt, sondern daß er Kaufmann und Vollkaufmann ist. Das Wesen der Fiktion besteht doch darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden. Aber die genannten Schriftsteller verkennen selbst nicht, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht Kaufmann und Vollkaufmann wird, während freilich auch diese weitergehende Ansicht vertreten wird (Schirmermeister in ZHR. 49, 38; „sola matricula facit mercatorem“). Man kann solche zu Unrecht eingetragenen Personen nicht Registerkaufleute oder Kaufleute kraft Eintragung nennen, weil dies die Meinung erweckt, als seien sie wirklich Kaufleute; man kann sie allenfalls als Kaufleute kraft formalen Rechts (Werte § 14) bezeichnen.

- b) **Der zu Unrecht Eingetragene gilt für das unter der Firma betriebene Gewerbe und die Anm. 4. Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann bzw. Vollkaufmann.**

In privatrechtlicher Hinsicht bedeutet dies:

- a) Der Eingetragene muß sich gefallen lassen, daß die zivilrechtlichen Rechtsvorschriften (Handels- und bürgerlich-rechtliche), die für Kaufleute und deren Geschäfte gelten, auch auf ihn und seine Geschäfte zur Anwendung kommen. Das gleiche gilt von solchen prozessualen Vorschriften, die zur sachgemäßen Durchführung der zivilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind: z. B. Zuständigkeit der Kammern für Handelsachen, § 101 GVG.; Recht des Kaufmanns, unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden § 17 Abs. 2 GVG. (s. die Erl. dazu); wer eintragen läßt, daß er an einem bestimmten Ort ein Zweiggeschäft betreibt, muß sich nach § 21

§ 5. **U**ßD. an diesem Ort verklagen lassen (RG. 50, 429). Nicht aber gilt das von solchen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die ihrer Natur nach sich auf Personen beziehen, die Kaufleute bzw. Vollkaufleute sind, nicht aber auf Personen, die nur aus Verkehrsrücksichten als solche gelten müssen (abweichend Schirmeister in ZHR. 49, 41). **Besonders haben wir hier die strafrechtlichen Vorschriften im Auge.** Eine zu Unrecht eingetragene Person, die in Wahrheit kein Kaufmann oder wenigstens kein Vollkaufmann ist, kann strafrechtlich wegen unterlassener Buchführung nicht in Anspruch genommen werden (D. 20). Das gleiche gilt von Steuervorschriften. Der zu Unrecht Eingetragene erlangt auch nicht die Qualifikation zum Handelsrichter, das Wahlrecht zu den Handelskammern (a. M. Schirmeister 42), weil es sich um öffentliche Befugnisse hierbei handelt. Überdies legt § 113 HGB für die Ernennung zum Handelsrichter nicht allein darauf Wert, daß man in das Register eingetragen ist, wie Lehmann-Ring (Nr. 2) irrtümlich annehmen, sondern daß man „als Kaufmann“ eingetragen ist.

Anm. 4a. **β)** Der zu Unrecht Eingetragene gilt als Kaufmann, aber nur für das unter der Firma betriebene Gewerbe, wie der Wortlaut ergibt. Der Rechtsanwalt z. B. nur für das unter der Firma betriebene Gewerbe, nicht für seine Anwaltsgeschäfte (vgl. auch § 1 Anm. 23 und § 3 Anm. 14). Auch der Eingetragene selbst kann sich auf die Eintragung berufen, und beim Dritten kommt es auf den guten oder schlechten Glauben nicht an. Es kann dem Dritten, der sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegengehalten werden, er wisse sehr wohl, daß der Eingetragene kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreibe, wie ja auch dem Eingetragenen selbst, der doch sicherlich hierüber unterrichtet ist, dies nicht entgegengehalten werden kann. Bei einer offenen Handelsgesellschaft gilt die Eintragung auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander (RG. 50, 158).

Anm. 5. **γ)** Nur für die Dauer der Eintragung gilt der zu Unrecht Eingetragene als Kaufmann. Aber der solchergestalt Eingetragene ist nicht wirklich Kaufmann (Anm. 3), er gilt nur in gewisser Hinsicht als Kaufmann. Die Eintragung bleibt eine zu Unrecht bestehende und sie kann deshalb von jedem, der ein Recht auf Beseitigung einer unrechtmäßigen Eintragung hat, beseitigt werden. Deshalb kann der Eingetragene selbst die Löschung verlangen, und sie kann gegen ihn vom verletzten Dritten (§ 37 Abs. 2) und von Amtswegen (§ 142 HGB.) betrieben werden (D. 20). Es trifft nicht zu, wenn Rudorff (HGB. zu § 2) sagt, durch die Eintragung der Firma werden die Voraussetzungen des § 2 „rechtsträchtig festgestellt“. Der Registerbehörde gegenüber gilt die Rechtsvermutung aus § 5 nicht (Goldmann I 36). Über den Fall, daß ein solcher Kaufmann das Geschäft mit Firma veräußert, s. § 22 Anm. 3 u. Erl. zu § 25 insbes. Anm. 7.

Anm. 6. **4.** Hervorzuheben ist, daß die Eintragung allein, ohne die hinzukommende Publikation, die erwähnte Wirkung hat. Indessen ist darum § 15 doch nicht bedeutungslos. Denn wenn auch § 5 die konstitutive Kraft hat, daß der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, so behält doch § 15 daneben die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung (wie auch bei § 2) sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war (Anm. 12 Erl. zu § 8).

Anm. 7. **5.** Schließlich ist noch wegen der Beweislast hervorzuheben: wer sich auf die Eintragung beruft, braucht nicht nachzuweisen, daß der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, obwohl, wie oben Anm. 2 gezeigt, der Paragraph voraussetzt, daß der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt. Diese Regelung der Beweislast nimmt ihren Ausgangspunkt von dem Prinzip, daß die Eintragung in das Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit der dort verlautbarten Tatsachen begründet (Anm. 16f. Erl. zu § 8). Nun handelt es sich ja allerdings um eine unrichtig beurkundete Tatsache; denn es ist jemand als Kaufmann oder als Vollkaufmann eingetragen, der dies in Wahrheit nicht ist. Allein der normale Rechtszustand ist die Übereinstimmung des Handelsregisters mit der wahren Sach- und Rechtslage. Um diese soll der Registerrichter bemüht sein und diese wird im Rechtsverkehr vorausgesetzt. Von zwei

Parteien darf diejenige als beweispflichtig erachtet werden, welche die weitere Abweichung vom § 5. normalen Rechtszustande behauptet und hieraus Rechte für sich herleitet (vgl. Staub 6/7. Aufl. Allgemeine Einl. Anm. 56). Im vorliegenden Falle ist also derjenigen beweispflichtig, der geltend macht, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibe. (Eine andere Frage ist, ob nicht unter Umständen aus materiellen Gründen der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, versagt ist; darüber s. den Erg. zu § 5 Anm. 3).

Zusatz. Übergangsfrage. Die Eintragung hat die hier angeordnete Bedeutung auch dann, Anm. 8. wenn sie vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war (zustimmend RG. 50, 158; anders Cosack § 146 S. 752). Nur findet die Vorschrift auf Rechtsgeschäfte, die aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 herrühren, keine Anwendung (Lehmann-Ring Nr. 3).

Erfurs zu § 5.

Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Scheinkaufleute). Erg. zu § 5.

Die Lehre von der Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft und von der Geltung als Kaufmann und Vollkaufmann bedarf folgender Ergänzung.

- 1. Grundsatz: Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann.** Von diesem Anm. 1. Standpunkte gehen auch im letzten Grunde mehrfache Entscheidungen des Reichsgerichts aus (RG. 51, 37 und 39; 50, 429; 40, 146; 19, 197; voll zustimmend OLG. Breslau in OLG. R. 6, 27; s. a. Erg. zu § 8 Anm. 14; abweichend Ehrenberg in JheringsZ. 47, 336, „trotzdem ihm die Auffassung des RG. durchaus sympathisch ist“). Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann. Die Aufstellung dieses Grundsatzes, dessen Rechtsfolgen aber nur im einzelnen zu bestimmen sind (s. unten Anm. 6), gehört zur Vollständigkeit der Lehre von der Kaufmannseigenschaft. In den §§ 1—3 ist gesagt, wer Kaufmann ist, im § 4, wer Minderkaufmann ist. Allein oft geriert sich jemand, der kein Kaufmann ist, im Rechtsverkehr als Kaufmann, oft geriert sich ein Minderkaufmann als Vollkaufmann. Beispiele: Ein Arzt, Inhaber einer Heilanstalt mit vorwiegend ärztlichem Charakter (§ 1 Anm. 9), betreibt seine ärztliche Praxis unter einer kaufmännischen Firma, etwa unter einer Gesellschafts-firma (& Cie.) — er ist nicht Kaufmann, geriert sich aber als solcher. Ein Baupetulant, der Inhaber einer großen Leihbibliothek, der Inhaber eines Bergwerkes, einer Ziegelei, der Inhaber eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes, oder der Inhaber eines andern gewerblichen Unternehmens, welches nicht unter § 1 fällt, betreibt sein Gewerbe kaufmännisch und unter kaufmännischer, von seinem bürgerlichen Namen abweichender Firma — sie alle sind vor der Eintragung einer Firma keine Kaufleute und treten gleichwohl im Rechtsverkehr als Kaufleute auf. Eine Gesellschaft von zwei Maurermeistern betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher Firma — sie sind keine o. H. G., aber sie gerieren sich als solche. Die Vereinigung zweier Minderkaufleute betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher kaufmännischer Firma — sie sind keine Vollkaufleute, aber sie gerieren sich als solche.

In allen solchen Fällen muß derjenige, der sich als Kaufmann geriert, sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt, und derjenige, der sich als Vollkaufmann geriert, daß er als Vollkaufmann gilt. Denn jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärung diejenige Auffassung und Bedeutung erhält, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommen (§§ 157 u. 242 BGB.; RG. 50, 429). Das ist der Rechtsgrund unseres Satzes, der auch dem bisherigen Recht nicht fremd war. Auch im früheren Recht war z. B. anerkannt, daß eine Vereinigung von zwei Personen, die keine Handelsgesellschaft ist, wenn sie sich als o. H. G. geriert, sich als o. H. G. betrachten lassen muß, und demgemäß der Solidarhaft unterliegt (RG. 40, 146). In diesem Urteil war allerdings die Gerierung als Handelsgesellschaft gestützt auf die Eintragung, in dieser Hinsicht ist der Grundsatz jetzt im großen und ganzen entbehrlich (s. Anm. 2). Aber das Prinzip ist dasselbe: nicht gerade weil es sich um ein Eintragung handelte, sondern weil in der Eintragung die Erklärung erblickt wurde, als

- Erz. zu § 5.** o. d. G. zu gelten, deshalb wurde daraus die gedachte Folgerung gezogen. Von den gleichen Anschauungen gingen die andern, im Eingang zitierten Entscheidungen des RG. aus.
- Anm. 2.** 2. Im Grunde genommen ist es nur ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips, daß jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist. Darin liegt in ganz schlagender Weise ein Sichgerieren als Kaufmann und Vollkaufmann. Indessen sind für diesen Fall vom neuen HGB. zwei Rechtsätze aufgestellt worden, die weit über den von uns aufgestellten Grundsatz hinausgehen:
- a) Für den Fall, daß jemand ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das an sich kein Handelsgewerbe ist, aber doch nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, hat der § 2 angeordnet, daß der Inhaber durch Eintragung seiner Firma Kaufmann wird. Von diesem Augenblicke an kann man also nicht mehr sagen, er geriere sich als Kaufmann, obgleich er es nicht sei. Vielmehr wird er durch die Eintragung Kaufmann.
 - b) Der zweite Rechtsatz ist im § 5 enthalten: wenn jemand zwar ein Gewerbe betreibt, aber doch kein eintragungsfähiges, weil es entweder ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt kein Handelsgewerbe ist, so bewirkt doch die Eintragung, daß der Eingetragene für den Rechtsverkehr als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann gilt.
- Allein diese beiden Rechtsätze umfassen nicht alle hier in Frage kommenden Fälle. Denn sie betreffen nur Fälle, in denen jemand überhaupt ein Gewerbe betreibt.
- Anm. 3.** Wenn aber derjenige, dessen Firma eingetragen ist, überhaupt kein Gewerbe betreibt, so greift weder § 2, noch auch § 5 Platz. Denn Inhalt des § 5 ist nur der Einwand versagt, daß das Gewerbe des Eingetragenen kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe sei. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, daß der Eintragung gegenüber der Einwand, der Betreffende betriebe überhaupt kein Gewerbe, ohne weiteres gegeben ist. Vielmehr greift hier der Grundsatz, der oben zu 1 entwickelt ist, ein, angewendet auf den Fall, daß die Gerierung als Kaufmann in der Eintragung der Firma liegt. Ist die Firma einer Person in das Handelsregister eingetragen, ohne daß sie ein Gewerbe betreibt, so geriert sie sich als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann; sie gilt insofern als Kaufmann und muß sich als solcher behandeln lassen, es sei denn, der Dritte habe gewußt, daß der Eingetragene weder Kaufmann sei, noch als solcher habe gelten wollen. (Vgl. auch über diese konstitutive Kraft der Eintragung Anm. 14 im Erz. zu § 8 und die dort zitierten Erkenntnisse aus der Zeit des alten HGB.)
- Anm. 4.** 3. Lediglich ein Anwendungsfall des Grundsatzes zu 1 ist der § 15 des neuen HGB., soweit es sich um die Eintragung der Firma und der daraus hergeleiteten Kaufmannseigenschaft handelt. Nach diesem § 15 gilt die eintragungsbedürftige, aber nicht eingetragene Rechtsveränderung zum Nachteil des gutgläubigen Dritten nicht. Daraus folgt für die Firma und die Kaufmannseigenschaft: wenn jemand ein Handelsgewerbe betrieben hat und dasselbe aufgibt, diese Rechtsveränderung aber nicht eintragen läßt, so gilt er fortgesetzt als Kaufmann, und nur demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt, kann er diesen entgegensetzen.
- Anm. 5.** 4. Weiteren Anwendungsfällen jenes Grundsatzes werden wir besonders im Gesellschaftsrecht begegnen (vgl. § 123 Anm. 9 ff.). Jedenfalls war es hier erforderlich, vorweg den Grundsatz aufzustellen, der unserem Rechtssystem zweifelsohne innewohnt und eine Reihe von Erscheinungen erklärt, die sonst unerklärt bleiben.
- Anm. 6.** 5. Welche Rechtsfolgen das Gelten im Rechtsverkehr hat, kann nur im einzelnen gesagt werden. Es wird dabei entscheidend sein, daß es sich um die Folgen einer Parierklärung handelt; nur infolge seiner Erklärung gilt derjenige, der im Rechtsverkehr auftritt, als Kaufmann. Die Folgen solcher Geltung als Kaufmann werden nicht immer soweit gehen können, wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft unmittelbaren Gesetzeswillens, wie in § 5. Danach wird es sich z. B. richten, ob die Formfreiheitsvorschriften, die für den Vollkaufmann gegeben sind, auch gegen den zur Anwendung kommen, der als Kaufmann nur gilt infolge

Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann; ob, wenn die Ehefrau sich als Handelsfrau geriert **Erl. zu** und der Ehemann dies geschehen läßt, dies für die ehelicherrechtliche Wirkung ihrer Geschäfte **§ 5.** so beurteilt wird, wie wenn er den Handelsbetrieb seiner Ehefrau genehmigt (f. Allg. Einl. Anm. 40); ob seine Gehilfen Handlungsgehilfen sind (§ 59 Anm. 11) usw. Näheres an den zuständigen Stellen.

Das „kaufmännische Auftreten“ genügt nicht zur Anwendung des § 25 (f. dort Anm. 6 u. 7).

6. Auch der Dritte, der mit demjenigen kontrahiert hat, welcher als Kaufmann auftritt und des: **U. m. 7.** halb als Kaufmann gilt, wird sich in den geeigneten Fällen entgegenhalten lassen müssen, daß er mit jemandem kontrahieren wollte, der als Kaufmann austrat, also als solcher gelten wollte (Anm. 3 zu § 369).

§ 6.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die **§ 6.** Handelsgesellschaften Anwendung.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt.

1. Die Vorschrift des Absatzes 1 dient zur Verdeutlichung und ist aus dem früheren Recht **Anm. 1.** (Art. 5) herübergenommen. Handelsgesellschaften sind die o. S. G., die einfache Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 GmbHG.). Daß diejenigen Handelsgesellschaften, die juristische Persönlichkeit besitzen, Handelsgesellschaften sind, ist insofern eigentlich eine Prinzipwidrigkeit, als das neue HGB. (§ 33) juristische Personen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben, sonst als Einzelkaufleute ansieht. Die Genossenschaft ist keine Handelsgesellschaft, sie soll nach dem GenG. vom 20. Mai 1898 (§ 17) nur als Kaufmann im Sinne des HGB. gelten, soweit das GenG. keine abweichenden Vorschriften enthält.
 2. Die Vorschrift des Absatzes 2 ordnet an: wenn eine juristische Person ohne Rücksicht auf **Anm. 2.** den Gegenstand des Unternehmens zum Kaufmann erklärt wird, ist sie damit auch zum Vollkaufmann erklärt (Kaufleute kraft Rechtsform, „Formkaufleute“; f. Schirmeister in ZfR. 49, 45 ff. und § 1 Anm. 31). Ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens sind zum Kaufmann erklärt: die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Genossenschaft (vgl. noch Anm. 1) und endlich die Aktienkommanditgesellschaft. Letztere auf Grund von § 210 Abs. 2 und § 320 Abs. 3 HGB. Die letztere wird also hier vom HGB. als Verein, mithin als juristische Person angesehen (vgl. § 21 BGB. und die diesem vorangehenden Überschriften). Näheres über die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der Aktienkommanditgesellschaft f. an zuständiger Stelle (zu § 320).
- Über Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit f. § 1 Anm. 59 ff.
3. Unter Handelsgesellschaften versteht das Gesetz hier nur die inländischen, d. i. diejenigen, **Anm. 3.** die ihren Sitz in Deutschland haben.

Ausländische Gesellschaften (beachtenswerte Erläuterungen bei Makower I 22 ff.) werden hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nach ausländischem Recht, hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft nach inländischem beurteilt (Art. 7 EÜ. z. BGB.; § 13 Abs. 3 HGB.; RÜ. 36, 394; f. a. § 105 Anm. 45). Einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch eine inländische Behörde bedürfen sie nicht; Art. 10 EÜ. z. BGB. ist auf sie nicht anwendbar (vgl. Anm. 1 zu § 33). Hinsichtlich ihres Rechts zum Gewerbebetriebe unterstehen die juristischen Personen den landesgesetzlichen Beschränkungen, die übrigen ausländischen Handelsgesellschaften unterliegen den allgemeinen Bestimmungen der Gewerbeordnung (§ 12 der GewO.). Für Preußen kommt für die

- § 6. juristischen Personen § 18 der Pr. GewO. vom 22. Juni 1861, wonach sie ein stehendes Gewerbe nur mit Erlaubnis der Ministerien betreiben dürfen, zur Anwendung.

Die landesgesetzlichen Vorschriften für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer sind unberührt geblieben (Art. 88 GG. z. BGG.). Demgemäß unterliegen auch ausländische Gesellschaften etwaigen landesgesetzlichen Beschränkungen. Für Preußen kommt in dieser Beziehung Art. 7 § 2 des AG. z. BGG. in Betracht. Danach bedürfen fremdbundesstaatliche juristische Personen, z. B. eine Dresdner Aktiengesellschaft, zum Erwerbe von in Preußen belegenen Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mk. der Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde, ausländische (nicht-deutsche) ohne Rücksicht auf den Wert (näheres Stranz-Gerhard Art. 7 Anm. 15 ff.).

Das RHypBankG. vom 13. Juli 1899 befreit Hypothekenbanken von der Genehmigung im Rahmen des § 5 Abs. 3 des Gef.

Über inländische Zweigniederlassungen von Ausländern s. die Erl. zu § 13, von ausländischen Aktiengesellschaften s. die Erl. zu § 201 Abs. 5. Über den Handelsbetrieb ausländischer Vereine im Inlande s. Anm. 4 zu § 33.

§ 7.

- § 7. Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.

Anm. 1. 1. Der Paragraph betont, daß die Vorschriften des öffentlichen Rechts über die Befugniß zum Gewerbebetriebe für die Kaufmannseigenschaft nicht maßgebend sind. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gewerbe- und steuerpolizeiliche Vorschriften, sondern auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechts (D. 21). Vgl. auch § 1 Anm. 22 u. 26. Die Bestimmung ist von der über die Rechtsgültigkeit des Betriebs (§ 1 Anm. 20 ff.) scharf zu unterscheiden.

Anm. 2. 2. Beispiele: Die GewO. (§§ 16, 29, 31, 33, 43, 44, 55—63) macht den Betrieb gewisser Gewerbe von einer obrigkeitlichen Konzession abhängig. Einigen Berufsständen ist der Handelsbetrieb untersagt, den Reichsbeamten (§ 16 RBeamtenG.), den Militärpersonen des Friedensstandes ohne Erlaubnis der Vorgesetzten (§ 43 RMiG.). Hierher gehören auch die Unterjagung des Trüdlerebetriebs durch Strafurteil (§ 35 GewO.), die gesetzliche Begrenzung des Geschäftsbetriebs der Hypothekenbanken (§§ 5 ff. HypG.), der Notenbanken (BankG. §§ 13, 43, 44), der privaten Versicherungsunternehmungen (§§ 1 ff. des PrivVersG.). Näheres Gareis, Lehrbuch § 14.

Allein infolge unseres § 7 sind derartige öffentlich-rechtliche Verbote für die Kaufmannseigenschaft bedeutungslos. Daher ist ein Gastwirt, der nach Entziehung der Konzession und mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, Kaufmann. Er muß in das Handelsregister eingetragen werden und kann dies auch verlangen (Behrend § 32 Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 1; anders Goldschmidt Handbuch § 44 Note 7). Der gewerbsmäßige Besteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann. Nur ausnahmsweise ist bei Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften und G. m. b. H. der Nachweis polizeilicher Konzessionserteilung Bedingung der Eintragung (§§ 195 Nr. 6; 320 Abs. 3; § 8 Nr. 4 GmbHG.). Vgl. noch § 30 des PrivVersG.

Anm. 3. Auch die Anwendung des § 2 wird durch die Verletzung derartiger Vorschriften nicht ausgeschlossen: wer ein Gewerbe betreibt, das nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, ist berechtigt und verpflichtet, seine Firma eintragen zu lassen, auch wenn sein Gewerbe Vorschriften dieser Art zuwiderläuft.

3. Über die **privatrechtlichen Verbote** (Gesetz oder Vertrag), Handel zu treiben, vgl. § 1 Anm. 22. Über ihre rechtlichen Wirkungen s. an den einzelnen zuständigen Stellen (vgl. auch Gareis Lehrbuch § 14).

Zweiter Abschnitt.

Handelsregister.

§ 8.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

§ 8.

Lit.: Victor Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister (JheringsJ. 47, 273 ff.); Theodor Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister. Berlin 1901, 2. Aufl.; Zelgmann, Wirkung der Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung aus demselben, Göttingen 1904.

1. Das Handelsregister ist aus den alten Gilberollen hervorgegangen (Werte § 22). Im Anm. 1. vorliegenden Abschnitt, der wenig privatrechtliche — die wichtigsten im § 15! — und zumeist öffentlich-rechtliche Vorschriften enthält, findet das Institut keine erschöpfende Regelung. Andere Bestimmungen des HGB. selbst, vor allem aber der siebente Abschnitt des HGB. („Handelsfachen“), der namentlich das Verfahren regelt, bilden die Ergänzung des vorliegenden Abschnitts. — In Preußen besteht das Handelsregister aus den zwei Abteilungen A und B. In Abt. A werden die Firmen der Einzelkaufleute, der offenen Handelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaften, in Abt. B die übrigen Handelsgesellschaften und die in den §§ 33, 36 erwähnten juristischen Personen eingetragen.
2. Unser Paragraph sagt nichts weiter, als daß die Gerichte das Handelsregister zu führen Anm. 2. haben. Welche Gerichte hierfür zuständig sein sollen, ist hier nicht gesagt. Darüber bestimmt das HGB. in § 125:

„Für die Führung des Handelsregisters sind die Amtsgerichte zuständig.“

Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden.“

So ist z. B. dem Amtsgericht I Berlin (JWVerf. 4. 12. 99 in JWBl. 99, 560) die Führung des Handelsregisters für die Bezirke des Amtsgerichts II Berlin sowie der Amts-Charlottenburg und gerichte Rixdorf vom 1. Januar 1900 ab übertragen worden.

Die Amtsgerichte sind auch für Standesherrn zuständig (RZA. 2, 225).

3. Die Organe des Handelsstandes (Handelskammern, Älteste der Kaufmannschaft usw.) sind Anm. 3. (gemäß § 126 HGB.) verpflichtet, die Registergerichte behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen. Sie können zu diesem Zweck Anträge stellen und gegen Verfügungen über solche Anträge (s. DRGM. 9, 368) Beschwerde erheben (s. § 14 Anm. 15). Für Preußen bringt ferner das AG. z. HGB. im Art. 3 folgende Vorschrift:

„Die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden, sowie die Notare haben von den zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister oder Genossenschaftsregister dem Registergerichte Mitteilung zu machen.“

Die Steuerbehörden sind verpflichtet, dem Registergericht über die Anmeldung und die Abmeldung steuerpflichtiger Gewerbe, über das Ergebnis der Veranlagung zur Gewerbesteuer sowie über später eingetretene Veränderungen Auskunft zu erteilen.“

In Konsulargerichtsbezirken wird das Handelsregister von den deutschen Konsulen geführt Anm. 4. (KonsHGB. v. 7. April 1900 § 7 Nr. 2; RG. 36, 172). Über die Zulässigkeit der Eintragung einer o. f. G., bestehend aus deutschen und nichtdeutschen Teilhabern, in das Gesellschaftsregister eines Konsulargerichts vgl. die voneinander abweichenden Entscheidungen des RG. 34, 107 (verneinend) und 36, 172 (bejahend).

Erfurs zu § 8.

Allgemeines über die Tätigkeit des Registergerichts und über die Bedeutung der Eintragungen. Erf. zu § 8.

- I. Der Registerrichter hat keine allgemeine Disziplinargewalt über den Handelsstand zum Anm. 1 Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften oder gar der handelsrechtlichen

Erl. zu § 8. Pflichten überhaupt, sondern lediglich die ihm durch das Gesetz verliehenen Einzelbefugnisse (RdZ. 1, 10).

Anm. 2. Diese Einzelbefugnisse lassen sich in drei Gruppen zerlegen:

1. Er hat das Handelsregister zu führen (Register-Akte) und zu diesem Zwecke die erforderlichen Eintragungen und Löschungen teils auf Antrag, teils von Amts wegen vorzunehmen.

Anm. 3. 2. Er hat darüber zu wachen, daß eine Reihe von handelsgesetzlichen Vorschriften beobachtet werden (Aufsichts-Akte). So hat er besonders darauf zu halten, daß niemand sich im Handelsverkehr einer Firma bedient, die ihm nicht zukommt (§ 37); so hat er die Organe der Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften zur Beobachtung einer Reihe von Verpflichtungen anzuhalten (§§ 319, 325 Nr. 9; f. a. § 77 des UmwG.).

Anm. 4. 3. Außerdem ist ihm eine Anzahl von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelsfachen zugewiesen (Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Die Handlungen sind aufgezählt in den §§ 145, 148 FGO. Eine vollständige Aufzählung erscheint hier überflüssig. Erwähnt seien die Ernennung und die Berufung von Liquidatoren in den Fällen der §§ 146 Abs. 2, 147, 295 Abs. 2 und 3, 302 Abs. 4 FGO.; die Bezeichnung der Person und des Orts, wo in den Fällen der §§ 157 Abs. 2, 302 Abs. 2 die Bücher und Papiere einer aufgelösten Handelsgesellschaft aufbewahrt werden sollen; die Bestellung der Revisoren für die Gründung oder die Bilanz der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft in den Fällen der §§ 192 Abs. 3, 266 Abs. 2; die Ermächtigung der Aktionäre zur Berufung der Generalversammlung im Falle des § 254 Abs. 3.

Anm. 5. II. Anlangend insbesondere die Eintragungen (Anm. 2), so ist folgendes zu erwähnen:

1. Die Eintragungen — hierunter sind die eintragungspflichtigen Löschungen mit inbegriffen — erfolgen in der Regel auf Anmeldung der Parteien. Ausnahmsweise aber trägt der Richter auch ein und löscht er auch von Amts wegen; z. B. im Falle des § 32 (Eintragung der Konkursöffnung), im Falle des § 31 Abs. 2 (Löschung erloschener Firmen), endlich in den sehr wichtigen Fällen der §§ 142—144 FGO. (Löschung jeder unzulässig gewesen Eintragung, Löschung nichtiger Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Löschung ungültiger Generalversammlungsbeschlüsse). Näheres über diese Fälle an den zuständigen Stellen.

Anm. 6. 2. Nur die im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sind statthaft. Das war früher ausdrücklich ausgesprochen (Art. 12 des alten FGO.), jetzt ist es als überflüssig weggelassen. Das Register ist nicht dazu bestimmt, ein vollständiges Bild über die Rechtsverhältnisse der Kaufleute zu geben (Eosack § 10 IV). Die Parteien können nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht (zust. RG. in DZ. 05, 316) oder der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils verlangen (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 829), am allerwenigsten von Verhältnissen, die das Gesetz ausschließt, z. B. der Beschränkung einer Procura. Auch die im Grundbuch übliche Eintragung von Vormerkungen ist hier nicht statthaft (anders Makower I 20). Nur entstandene Rechtsverhältnisse können eingetragen werden, nicht Vermerte, daß die Entstehung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse bevorstehe (f. a. RG. 22, 59, wo gesagt ist, das Handelsregister sei nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit der eintretenden Verhältnisse anzukündigen). Es kann daher nicht eingetragen werden, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 292), wohl aber daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen ist (f. zu § 127).

Die gleichwohl erfolgte Eintragung solcher Vormerkungen ist wirkungslos, hat insbesondere nicht von Gesetzes wegen die Wirkung des § 15 (RdZ. 6, 140).

Anm. 7. 3. Worauf erstreckt sich die Prüfung des Registerrichters bei der Eintragung, seine Prüfungs-pflicht und sein dieser Pflicht entsprechendes Prüfungsrecht?

a) Von selbst versteht es sich und allgemein angenommen ist, daß er die formelle Gesetz-**Gr.** zu sichheit zu prüfen hat (s. a. Ehrenberg 292). Hierher gehört die Prüfung namentlich: § 8.

α) der rechtlichen Zulässigkeit der Anmeldung (oben Anm. 6);

β) der eigenen Zuständigkeit (§ 5 FGG.);

γ) der Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung; seiner Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Legitimation. Hinsichtlich der Legitimation sind einige Fälle gesetzlich geordnet: Vollmacht und Rechtsnachfolge im § 12 FGG., Ermächtigung der Notare in § 129 FGG. Für die übrigen Fälle greifen die allgemeinen Grundsätze Platz.

δ) der Form der Anmeldung (§ 12), der Gesetzmäßigkeit und Vollständigkeit der Urkunden.

b) Fraglich ist aber, ob er auch die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu prüfen **Anm. 8.** hat. Hierbei kann es sich handeln:

α) um die Erklärungen, welche die Parteien bei denjenigen Rechtsverhältnissen abgeben, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört;

β) um sonstige Erklärungen, die nur sog. deklaratorische Kraft haben oder die der Anmeldung als Beilage beizufügen sind (so bei der Aktiengesellschaft die Versicherung, daß der vierte Teil des bar eingeforderten Betrages eingezahlt ist, § 195 Abs. 3).

Zu α) Bei den Erklärungen der ersten Art ist nun für das alte FGG. angenommen **Anm. 9.** worden, das Register beurkunde nur die Erklärungen der Parteien, nicht das Rechtsverhältnis selbst, das Register bezeuge nur, daß die Parteien die betreffenden Erklärungen abgegeben haben, nicht, daß das von ihnen Erklärte wahr sei (RGSt. 18, 180; RGZiv. 1, 243). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an. Allein es kann dies für das jetzige FGG. nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Sicherlich trifft dies nicht zu bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört (s. Anm. 13 ff.), so bei der Eintragung der Aktiengesellschaft, die ja erst durch die Eintragung entsteht (§ 200). Hier kann das Gericht überall nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, mit Hilfe der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirksamkeit verleihen will, oder vielmehr den Schein des Entstehens solcher Rechtsverhältnisse mit Hilfe des Registers zu erwecken. Auch ist zu erwägen, daß der Registerrichter die Eintragung von Amts wegen zu löschen hat, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (§ 142 FGG.). Damit gibt das Gesetz deutlich zu erkennen, daß es das Register möglichst frei haben will von unrichtigen Eintragungen. Dadurch erwächst dem Registergericht allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen. In dieser Weise dürfte der § 12 FGG. nicht auszuulegen sein („das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen“). Das Gericht kann vielmehr, wenn es kein Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen hat, wenn sie ihm glaubhaft erscheinen, ihnen Glauben schenken und die Eintragung bewirken. Aber es hat jedenfalls das Recht, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und insbesondere von den Parteien die ihm erforderlich erscheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu erfordern. Und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es den Parteierklärungen nicht ohne weiteres glaubt (s. a. § 2 Anm. 18).

Zu β). Aber das gleiche gilt auch bei den übrigen Erklärungen, die nur sog. deklaratorische **Anm. 10.** Kraft haben. Hier war schon für das alte FGG. angenommen worden, daß der Registerrichter, wenn er Kenntnis von der Unrichtigkeit der angemeldeten Tatsache hat, z. B. daß sie nur zu Simulationszwecken erfolgt, um etwa einen Strohmann als Inhaber vorzuschieben (vgl. die Fälle des RG. 3, 121; 37, 61), die Eintragung zu versagen berechtigt und verpflichtet ist; denn es widerspreche dem Charakter einer amtlichen Beurkundung, daß sie wissentlich eine falsche Tatsache mit ihrer Autorität decke (Schulze-Görlich 6; übereinstimmend OLG. Colmar in OLGZ. 8, 378). Aber man wird darüber hinaus jetzt annehmen müssen, daß der Richter nicht bloß dann, wenn

Erl. zu er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärungen kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung § 8. von der Ermittlung der Wahrheit abhängig zu machen. Er kann zwar auch hier die Eintragung sofort bewirken, wenn er gegen die Zuverlässigkeit der Anmeldung kein Bedenken hat. Er kann und muß aber, wenn er Verdachtsgründe gegen die Richtigkeit der Erklärungen hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig machen. Auch hier sind obige Gründe (Anm. 9) maßgebend.

Anm. 11. Zu α und β). Hierzu kommt die rechtliche Bedeutung, die den Eintragungen allenthalben beigelegt wird. Nicht bloß die Anschauung der Rechtsuchenden sieht in der Eintragung den Ausspruch des Gerichts, daß die Sache in Ordnung ist, auch die Gerichte sind von dieser Anschauung beherrscht. Denn nach der Praxis hat die Eintragung in das Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit für sich (RG. 41, 22; unten Anm. 16). Die Eintragung der Firma hat sogar in vielen Fällen noch stärkere Bedeutung (s. Anm. 13 ff.); so hat sie nach § 5 konstitutive Wirkung insofern, als derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt. Hat aber der Inhalt des Registers diese Wirkung, so muß man dem Richter das Recht geben, nur solche Erklärungen einzutragen, von deren Richtigkeit er selbst überzeugt ist (s. auch Rudorff bei Gruchot 41, 71). Das gilt insbesondere auch für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 1 Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Vollhandelsgewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handelsgewerbe betreiben (RG. 22, 59). Diese Eintragung kann der Registerrichter abhängig machen von der Ermittlung derjenigen Tatsachen, welche die Vollkaufmannseigenschaft begründen, wenn er von der Richtigkeit der Anmeldung nicht ohne weiteres überzeugt ist. (Über das gleiche Prüfungsrecht des Richters im Falle des § 2 vgl. dort. Anm. 18.) Die Einschränkung, welche die D. (27) macht, der Registerrichter werde sich im allgemeinen mit den Erklärungen der Parteien begnügen müssen, und habe nur nachzuforschen, wenn sich besondere Zweifel und Umstände ergeben, können wir nicht billigen. Sie trägt der großen Tragweite der registerlichen Beurkundungen nicht genügend Rechnung und beachtet auch nicht den § 12 FGG., der zur Zeit, als die D. verfaßt wurde, allerdings noch nicht Gesetz war. (Auf dem Standpunkte der D. im allg. auch Lehmann-Ring § 12 Nr. 7, auf dem diesseitigen Goldmann I 41).

Über die Stellung des Registerrichters zu den Beschlüssen der Generalversammlung vgl. Anm. 21 zu § 273.

Anm. 12. 4. **Die zivilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Eintragungen.** Sie läßt sich gleichfalls mit einer einfachen Formulierung nicht beantworten. Die Eintragung hat verschiedene Bedeutungen (vgl. hierzu die interessanten Ausführungen Ehrenbergs 274 ff. über die Bedeutung des Registers für Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit):

a) Oft hat sie lediglich deklaratorische oder beurkundende Bedeutung, d. h. die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit beweisbaren und wirkenden Tatsache. So ist z. B. die Kaufmannseigenschaft im Falle des § 1 nicht von der Eintragung abhängig. Die o. F. G. besteht auch ohne Eintragung (§ 123). Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird gültig bestellt auch ohne Eintragung (§ 234). In diesen Fällen äußert sich die Hauptwirkung der Eintragung erst, sobald sie ordnungsmäßig bekannt gemacht ist. Erst Eintragung und Bekanntmachung zusammen verleihen dem Rechtsverhältnisse die Publizität, deren Wirkungen dahin gehen, daß man den Inhalt des Registers jedem Dritten entgegenhalten kann, und daß umgekehrt jeder gutgläubige Dritte sich darauf berufen kann (§ 15).

In einem Falle hat die Eintragung beurkundende Bedeutung ohne Bekanntmachung; das ist der Fall der Eintragung der Konkursöffnung nach § 32.

Anm. 13. b) Oft aber hat die Eintragung auch konstitutive oder rechtserzeugende Bedeutung. Zwar nicht in dem Sinne, als ob die Eintragung allein die Kraft hätte, das Rechtsverhältnis zu erzeugen, wohl aber in dem Sinne, daß die Eintragung eines der rechtserzeugenden Momente oft das letzte derselben ist. Diese Wirkung hat die Eintragung im Falle des § 2: die Eintragung der Firma ist eine der Bedingungen, wenn auch nicht die alleinige,

der Kaufmannseigenschaft in jenem Falle; ferner im Falle des § 3 Abs. 2 (landwirtschaftliches Nebengewerbe); ferner auch im Falle des § 5: die zu Unrecht erfolgte § 8. Eintragung der Firma hat insofern rechtserzeugende Kraft, als derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht schlechthin als Vollkaufmann gilt; ferner in den Fällen des § 200 (die Aktiengesellschaft entsteht erst durch die Eintragung), des § 277 Abs. 3 (die Beschlüsse der Generalversammlung auf Statutenänderung erlangen erst durch Eintragung Rechtswirklichkeit), der §§ 11 und 55 des GmbHG.

In diesen Fällen hat die Eintragung auch rechtserzeugende Kraft, wie wir mit Vorbedacht gesagt haben (s. a. Düringer-Hachenburg I 85). Denn sie hat in diesen Fällen außerdem die zu a erwähnte Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung (in Verbindung mit der Bekanntmachung): Wer auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, kann dies dem Dritten doch nur entgegenhalten, wenn der Eintragung die Publikation gefolgt ist (s. Anm. 6 zu § 5; zustimmend Lehmann-Ring § 5 Nr. 2). Eine Aktiengesellschaft entsteht allerdings durch die Eintragung; aber daß eine Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, kann, gegebenenfalls, dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung auch publiziert war. Vgl. auch § 15 Anm. 5 u. Zusp. 2 zu § 277.

Zu dieser Klasse der konstitutiven Eintragungen können auch Eintragungen Anm. 14 gehören, die auf einer mit der Sachlage nicht übereinstimmenden Anmeldung beruhen. Eine unrichtige, der Sachlage widersprechende Eintragung ist zwar der Regel nach wirkungslos. Wenn z. B. jemand als Vorstand einer Aktiengesellschaft eingetragen ist, der tatsächlich als solcher gar nicht gewählt ist, so ist die Person nicht Vorstand (Cofas 37). Aber nicht immer ist die unrichtige Eintragung wirkungslos. Vielmehr haben Eintragungen dieser Art die sehr erhebliche Wirkung, daß der Anmeldende und die Eintragung Veranlassende an dieser Erklärung von demjenigen festgehalten werden kann, der im Vertrauen auf eine solche Eintragung gehandelt hat (vgl. § 116 BGB: „Eine Erklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen“; RDStG. 3, 412; 24, 320; auch RG. 40, 146; 50, 431; OLG. Dresden in OLGBl. 4, 203; s. a. Erf. zu § 5 Anm. 1). So muß die Gesellschaft in jenem Falle die von ihren legitimierten Organen unrichtigerweise als Vorstand angemeldete Person als solchen gegen sich gelten lassen. Ein anderer Fall dieser Art liegt vor, wenn jemand, ohne überhaupt ein Gewerbe zu betreiben, z. B. nachdem er es aufgegeben hat, auf seinen Antrag eingetragen wird. Er gilt dann als Vollkaufmann (Anm. 1 Erf. zu § 5).

- c) Oft hat die Eintragung noch andere Bedeutung: so in den Fällen der §§ 26 Abs. 2 u. Anm. 15, 159 Abs. 2 (Beginn der Verjährung); § 287 (Voraussetzung für die Ausgabe von Aktien bei Erhöhung des Grundkapitals).
- d) In allen Fällen aber hat die Eintragung die Bedeutung einer Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache (RG. 41, 22; s. a. oben Anm. 12 u. 8 ff.). Im wesentlichen gleicher Meinung sind Lehmann-Ring (§ 15 Nr. 4), die zu Unrecht behaupten, Staub lege der Eintragung volle Beweiskraft bei; Cofas (§ 10 a. E.) glaubt, man dürfe die Frage nicht ganz allgemein bejahen; Ehrenberg (296) will der Eintragung höchstens eine Vermutung für ihre Legalität, d. h. ihre gesetzliche Zulässigkeit, geben. Diese Vermutung wird nicht nur in den Fällen wichtig, in denen die Eintragung die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung (Anm. 12) hat, sondern auch dort, wo sie rechtserzeugende Kraft (Anm. 13 ff.) hat. Die Aktiengesellschaft entsteht durch die Eintragung, aber nur, wenn der Gesellschaftsvertrag die wesentlichen Erfordernisse enthält. Daß dies aber der Fall, braucht von der eingetragenen Gesellschaft nicht bewiesen zu werden. Vielmehr begründet die Eintragung die Vermutung dafür. Soll geltend gemacht werden, daß jemand Kaufmann ist, so braucht man sich nur auf die Eintragung der Firma zu be-

Erl. zu § 8.

rufen; demgegenüber liegt dem andern Teil der Gegenbeweis ob, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe weder nach § 1 noch nach § 2 oder § 3 Abs 2 betreibt. (Daß ihn zufolge des § 5 dieser Gegenbeweis nicht zum Ziele führt, so lange der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, liegt auf anderem Gebiete; hierüber s. die Erl. zu § 5, insbes. Anm. 7 dort, und den Erl. zu § 5.)

Anm. 17.

Diese Vermutung hat darin ihren Grund, daß davon ausgegangen wird, der Registerrichter trage nur ein, wenn er selbst überzeugt ist, daß die angemeldeten Tatsachen richtig sind (oben Anm. 7—11). Das Register liefert zufolge dieser Prüfungspflicht des Registerrichters dafür Beweis, daß er gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen kein Bedenken gehabt hat, und dadurch einen Beweis, wenn auch nur einen Prima-facie-Beweis (wie etwa die Quittung), für die angemeldeten Tatsachen selbst. So schöpft die Eintragung aus ihrer materiellen Bedeutung, der unter der Autorität des prüfenden Richters geschehenen Verlautbarung der Erklärungen, die prozessuale Beweiskraft einer Vermutung für die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung (s. Allgemeine Einleitung 6./7. Aufl. Anm. 56).

Dagegen kann man nicht so weit gehen, den Inhalt des Registers oder gar die Wahrheit der darin beurkundeten Erklärungen für die Prozeßgerichte als notorisch zu bezeichnen. Denn das Register ist für das Publikum, nicht für die Prozeßgerichte bestimmt (RG. 13, 371).

Anm. 18.

- e) Ob man wegen der zu a—d (Anm. 12—17) dargelegten Bedeutung und Wirkung der Eintragungen von einem öffentlichen Glauben, den sie genießen, sprechen soll, kann dahingestellt bleiben. Wir haben das Schlagwort vermieden, um lieber die Einzelwirkungen darzulegen und um einer Gleichstellung mit dem öffentlichen Glauben der Grundbucheintragungen wegen der bestehenden Verschiedenheiten vorzubeugen (vgl. a. Gosack § 10 a. E.; Ehrenberg 286, 291 ff.; Dernburg I § 98).

Anm. 19.

5. Mit einem Worte soll auch die strafrechtliche Frage gestreift werden, ob in der bewußt unrichtigen Anmeldung eine intellektuelle Urkundenfälschung liegt. Die Frage ist früher vom RGSt. 18, 179 verneint worden, weil das Register nur die Tatsache der Erklärung, nicht die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweise. Das kann aber nun nicht mehr aufrechterhalten werden, soweit nach den obigen Darlegungen (Anm. 9ff.) die Eintragung auch die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweist (a. M. Goldmann I 41).

§ 9.

§ 9. Die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet.

Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; das Gleiche gilt in Ansehung der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, sofern ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Das Gericht hat auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu erteilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist.

Ein-**setzung.**

Der vorliegende Paragraph regelt die Öffentlichkeit des Handelsregisters. Er enthält sich zwar des Satzes: das Handelsregister ist öffentlich, aber nur deshalb, weil er diesen Satz für überflüssig hält. Er begnügt sich mit der Angabe der drei Modalitäten der Öffentlichkeit.

Die §§ 9—11 HGB. finden auf das Genossenschaftsregister Anwendung (§ 156 GenG.).

Die dem Publikum gegebenen Rechte in bezug auf das Handelsregister sind dreifache:

Anm. 1.

1. Das Recht auf Einsicht. Es steht jedermann zu ohne den Nachweis eines Interesses und geht somit weiter als § 34 FGG. — Es bezieht sich auf das Handelsregister

und die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke. Damit sind gemeint die § 9. Anmeldungen zur Eintragung, auch wenn sie zu gerichtlichem Protokoll erklärt sind (R. in RZM. 2, 70), die Firmenzeichnungen, die Urkunden, die den Anmeldungen beizufügen sind, die Belege und Unterlagen der Eintragungen, ferner die nach einzelnen Vorschriften des Aktienrechts „einzureichenden Urkunden“, z. B. nach §§ 207 Abs. 4; 267 Abs. 2; 259 Abs. 5. Dagegen gilt dies nicht von denjenigen Urkunden, die an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Vorschriften zugestandenen judiziellen Tätigkeit gelangen. Diese sind nicht für die Öffentlichkeit bestimmt, sind weder zur Prüfung der Rechtsgültigkeit der Eintragungen unentbehrlich, noch geben sie über die eingetragenen für Dritte erheblichen Tatsachen Auskunft (es sei hier verwiesen auf die §§ 146 Abs. 2; 147; 295 Abs. 2; 254; ferner auf die Schriftstücke, die im Ordnungsstraßverfahren ergehen, und endlich die sonstigen Korrespondenzen des Gerichts). — Die Einsicht steht in den Dienststunden offen. Ebenso nur in den Dienststunden. Dies besonders auszusprechen, hielt die D. 25 für überflüssig. Während der Dienststunden ist aber die Einsicht stets zulässig; unzulässig ist es, besondere Sprechstunden zu bestimmen.

2. **Das Recht auf Abschrifterteilung.** Von den Eintragungen kann jedermann Abschrift Anm. 2 verlangen ohne den Nachweis eines Interesses. Von den eingereichten Schriftstücken — ihnen sind die zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestellten Anträge gleichzusetzen (RZM. 2, 70) — kann nur Abschrift verlangen, wer ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Auf Verlangen muß die Abschrift beglaubigt werden (über die Form für Preußen vgl. Art. 31, 35, 57 FGG.). Über den Begriff der eingereichten Schriftstücke s. zu 1. Selbstverständlich kann die Abschrift nicht kostenfrei verlangt werden (D. 25). Wer hiernach zum Verlangen einer Abschrift nicht berechtigt ist, darf sich doch selbst Notizen, Auszüge und auch wörtliche Abschriften anfertigen.

Daneben aber gilt die Vorschrift des § 34 FGG., wonach unter der Voraussetzung eines glaubhaft gemachten berechtigten Interesses einfache oder beglaubigte Abschriften aus den Gerichtsakten, also auch von Verfügungen, Vorladungen usw. jedem erteilt werden kann; gegen die Verfügung ist Beschwerde zulässig (R. in OLG. 2, 396).

3. **Das Recht auf Bescheinigungen** steht gleichfalls jedem zu ohne den Nachweis eines Interesses. Anm. 3 Es können aber nur (übereinstimmend mit § 162 FGG.) Negativatteste verlangt werden, nicht Atteste über den Inhalt einer Eintragung. Dazu reichen die Abschriften aus. Aus § 33 der GBD.:

„Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt. Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.“

geht jedoch hervor, daß zu Grundbuchzwecken auch positive Zeugnisse zu erteilen sind, aber nur in den laut § 33 bestimmten Fällen (näheres Turnau zu § 33). Diese Vorschrift darf nicht, wie dies Düringer-Hachenburg (I 67) wollen, auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Denn man hat mit vollem Vorbedacht dem Publikum grundsätzlich nur das Recht auf Negativatteste geben wollen und die sog. Positivatteste neben den Abschriften grundsätzlich für entbehrlich gehalten (D. 26). Der Registerrichter genügt seiner Bescheinigungspflicht, wenn er in amtlicher Form den wörtlichen Inhalt des Handelsregisters bezeugt. Eine Bescheinigung über den Inhalt einer erfolgten Eintragung, z. B., daß an einem bestimmten Tage der Direktor X. als alleiniger Vorstand der Gesellschaft Y. im Handelsregister eingetragen war, braucht er nicht zu geben (R. in RZM. 1, 150). Für andere Fälle, also insbesondere, wenn es sich sonst um die Vertretungsbefugnis oder um die Frage handelt, wer Inhaber einer Einzelfirma ist, wird man das Recht auf Positivatteste verneinen müssen. Hier sind die beglaubigten Abschriften die öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBD. — Nach § 107 FGG. findet übrigens der § 33 der GBD. auf die Eintragung in das Schiffsregister entsprechende Anwendung. — Die Dauer der Beweiskraft der Zeugnisse ist nicht ohne weiteres auf die Zeit

§ 9. ihrer Erteilung beschränkt (RGR. 8, 313). — Ist das Grundbuchamt zugleich das Registergericht, so genügt statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Register (§ 35 GBO.).

Anm. 4. 4. Zur Auskunftserteilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet (Schulze-Wölff 3), am allerwenigsten zu einer Auskunft darüber, daß einer beabsichtigten Anmeldung Bedenken nicht entgegenstehen. Dennoch werden solche Anfragen im Interesse des Rechtsverkehrs, zur Vermeidung ungünstiger Rechtsakte, häufig gerichtet und beantwortet. Die Auskünfte solcher Art sind aber unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (RGR. 11, 29).

Aber es können neben dem § 9 noch andere, auf besondere Gesetzesbestimmungen gegründete weitergehende Rechte für bestimmte Personen oder Behörden bestehen, eine Auskunft über den Inhalt des Handelsregisters zu verlangen. Als solche besondere Bestimmung kommt die des § 144 GWRG. in Betracht (RG. in RM. 4, 100).

Anm. 5. Zusatz 1. Verwendung der Registerakten zum Zwecke der Rechtshilfe ist allerdings nicht verboten, sollte aber grundsätzlich vermieden werden. Hier sollte man sich mit Einforderung beglaubigter Abschriften und Einholung von Auskünften behelfen, damit das Register stets zur Stelle ist und seinem Zwecke als öffentliches Register dienen kann.

Anm. 6. Zusatz 2. Soweit ausländische Registerbescheinigungen nach deutschem Gesetz erforderlich sind, müssen sie, wenn in dem betreffenden Lande ein Register geführt wird, von der Registerbehörde ausgestellt sein; es genügt in diesem Falle nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (RGR. 16, 27).

§ 10.

§ 10. Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. Soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

Mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als erfolgt.

Ein-
leitung. Der Paragraph ordnet die Bekanntmachung der Eintragungen an. Er entspringt der Absicht, daß jedermann auch ohne Abschrift und ohne Einsichtnahme von dem Inhalte des Handelsregisters Kenntnis erhalte. Freilich ist damit die wirkliche Kenntnis nicht garantiert.

Anm. 1. 1. Was ist bekannt zu machen? „Die Eintragung in das Handelsregister.“ Was nicht eingetragen wird, ist also nicht bekannt zu machen (Ausnahme im § 33 des PrivVerG.). Also nicht bekannt zu machen sind der Geschäftszweig, wenn er nicht ein Bestandteil der Firma ist, das Geschäftsfokal, die Wohnung des Geschäftsinhabers. Doch ist damit nur gesagt, daß die Bekanntmachung sich zulässigerweise auf die Eintragung beschränken kann. Es kann aber nicht für unzulässig gehalten werden, auch sonstige Angaben zu publizieren, die den Verkehrsbedürfnissen entsprechen (D. 43). So gestattet die pr. Vf. v. 12. Juni 1900 (ZMBl. 439) die Bekanntmachung des Geschäftszweiges, sofern nicht im Einzelfalle Bedenken entgegenstehen. Dagegen ist eine Veröffentlichung der Spaltenüberschriften des Registers, der Unterschrift des Gerichtsschreibers und anderer überflüssiger Dinge nicht erforderlich (die pr. Allg. Vf. v. 7. November 1899 § 12, ZMBl. 313).

Die Eintragung aber muß jedenfalls genau publiziert werden (Ausnahme im § 32; f. unten Anm. 3). Bei Widersprüchen zwischen Eintragung und Veröffentlichung nimmt Behrend (§ 38 Anm. 18) mit Recht an, daß eine gehörige Veröffentlichung überhaupt nicht vorliegt. Richtige Eintragung bei unrichtiger Publikation, ebenso unrichtige Eintragung bei richtiger Publikation sind wirkungslos. Indessen ist auch dies cum grano salis zu verstehen. Es muß ein wirklicher Widerspruch dem Inhalte nach vorliegen, nicht eine bloße unerhebliche Ungenauigkeit, z. B. ein orthographischer Fehler, der als solcher erkennbar ist (zust. Theodor Cohn 16).

Anm. 2. 2. Wann ist die Eintragung zu publizieren? Ohne Verzug. Das ist zwar jetzt nicht mehr ausdrücklich gesagt, gilt aber auch jetzt. Die Parteien haben ein Recht auf sofortige Publikation,

damit ihre Wirkungen sofort eintreten. Die Registerbeamten haften sonst nach den Vorschriften über die Beamtenverantwortlichkeit (§ 839 Abs. 1 BGB.). Auch besteht Beschwerde im Dienstaufsichtswege.

3. **Wie?** Ihrem ganzen Inhalte nach, soweit nicht ein anderes vom Gesetz im Einzelfall vor- Ann. 3.
geschrieben ist. Beispiele einer solchen Ausnahme: §§ 162 Abs. 2; 175; vgl. andererseits
§§ 199, 201, 277, 284 Abs. 5, wo mehr veröffentlicht werden soll, als eingetragen ist. Eine
Veröffentlichung der Eintragung unterbleibt ganz im Falle des § 32 (Beginn und Ende des
Konkursverfahrens). Die Publikationen erfolgen selbstverständlich in deutscher Sprache.
4. **Wo?** Im Deutschen Reichsanzeiger und in mindestens einem anderen Blatte. Die Ann. 4.
Wahl des Deutschen Reichsanzeigers als notwendiges Zentralorgan für alle Veröffentlichungen
in Handelsregisterfachen des Deutschen Reichs war eine alte Forderung des Handelsstandes
(Goldschmidt in ZHR. 19, 666). Hinsichtlich der anderen Blätter s. § 11.
5. **Wie oft?** Nur einmal (abweichend vom früheren Recht). Da die Zeitungen, in denen Ann. 5.
publiziert wird, an verschiedenen Tagen erscheinen können, war es früher zweifelhaft, ob mit
der ersten oder mit der letzten Publikation die Bekanntmachung als erfolgt gilt. Das Gesetz
entscheidet im Abs. 2 die Streitfrage im letzteren Sinne.

Zusatz 1. Über die zivilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Veröffentlichung s. § 15 Ann. 6.
(vgl. auch Erf. zu § 8 Ann. 12 ff.).

Zusatz 2. Für Preußen sind die Ann. 1 zitierten Allg. Wgen zu vergleichen. § 12 der Ann. 7.
Wf. vom 7. November 1899 legt mit Recht auf eine leicht verständliche und knappe Fassung der
Bekanntmachung Wert.

§ 11.

Das Gericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen § 11.
während des nächsten Jahres die im § 10 vorgesehenen Veröffentlichungen er-
folgen sollen.

Der vorliegende Paragraph ergänzt den § 10. Dort ist bestimmt, daß die Bekannt- Ent-
setzung.
machungen im Reichsanzeiger und mindestens in einem anderen Blatt erfolgen sollen. Diese
anderen Blätter sind vom Gericht alljährlich zu bezeichnen.

1. Die Wahl ist maßgebend für das ganze laufende Jahr; innerhalb desselben darf Ann. 1.
nicht gewechselt werden, auch wenn das betreffende Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte.
Für den Fall, daß es eingeht, hatte das alte HGB. im Art. 14 bestimmt, das Gericht
habe ein anderes an dessen Stelle zu setzen. Das muß auch jetzt noch gelten, wenngleich es
nicht ausdrücklich gesagt ist; sonst wäre die Bekanntmachung nichtig. Die Bezeichnung von
zwei Blättern (außer dem Reichsanzeiger) ist zweckmäßig, aber nicht erforderlich (s. § 10;
a. M. Goldmann zu § 11).
2. In die bezeichneten Blätter sind alle Anzeigen einzurücken. Ann. 2.
3. Die Wahl erfolgt lediglich nach dem Ermessen des Registergerichts; Dienst- Ann. 3.
anweisungen sind ausgeschlossen. Im Entwurf zum HGB. war laut § 128 eine Bestimmung
vorgesehen, wonach die Landesjustizverwaltung das Recht haben sollte, den Registergerichten
Anweisungen über die Wahl zu erteilen. Dies wurde aber in der Kommission gestrichen,
weil man es für notwendig hielt, die ausschließliche Zuständigkeit der Registergerichte hier
aufrecht zu erhalten, damit nicht bei der Auswahl der Blätter politische Gesichtspunkte maß-
gebend seien (übereinst. Lehmann-Ring zu § 11; auch RG. 58, 430).
4. Die Rundgabe der Wahl, die Art der Bekanntmachung, welche Blätter gewählt sind, bleibt, Ann. 4.
wenn nicht die Landesjustizverwaltung, wozu sie befugt ist (a. M. Staub 6./7. Aufl.)
eingreift, dem Gericht überlassen. Doch muß sie natürlich in zweckentsprechender Weise
geschehen; sie soll nicht bloß durch Verfügung in den Akten, auch nicht bloß durch Anheftung
an die Gerichtstafel geschehen, sondern etwa durch Bekanntmachung im Reichsanzeiger oder in
einem gelesehenen Blatte des Bezirks. Die Wahl des Reichsanzeigers ist hier nicht notwendig.

§ 11. Der preuß. Justizminister hat in der Allg. Wf. vom 4. Dezember 1900 (ZMBL 642) den Amtsgerichten verboten, solche Bezeichnungen der Blätter zu veröffentlichen, und sie angewiesen, die Blätter dem Oberlandesgericht mitzuteilen (entsprechend dem § 10 Wf. vom 7. November 1899). Von dort werden sie dem Reichsjustizamt übermittelt. Dieses will dann eine zusammenfassende Bekanntmachung im Reichsanzeiger veröffentlichen. Das ist nicht unzulässig, soweit nur die Auswahl der Blätter (s. Anm. 3) durch das Gericht unberührt bleibt. Die Zulässigkeit ist weder nach Wortlaut noch nach Entstehungsgeschichte des § 11 zu bezweifeln (nachgewiesen vom RG. 58, 430, das die Verurteilung eines Richters, der entgegen der Allg. Wf. eine besondere Bekanntmachung veranlaßt hatte, zum Ersatz der Insertionskosten von 9 Mk. 50 Pfg. an den Justizfiskus bestätigt hat). Wenn aber ein Blatt im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, wird die Publikation doch durch das Registergericht erfolgen dürfen (so mit Recht Th. Cohn bei Goldheim 10, 32f.), weil nach der Allg. Wf. die Anzeigen der Gerichtsschreiber und daher auch die Publikationen der Verwaltung erst im Dezember erfolgen.

§ 12.

§ 12. Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften sind persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich. Rechtsnachfolger eines Betheiligten haben die Rechtsnachfolge soweit thunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Der vorliegende Paragraph gibt eine allgemeine Vorschrift über die Form der Anmeldung und Zeichnung.

- Anm. 1. 1. Die Vorschrift ist allgemein. Im alten HGB. war sie für mannigfache einzelne Fälle gegeben, doch wurde ihre allgemeine Geltung schließlich angenommen.
- Anm. 2. 2. Die Anmeldung und Zeichnung kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen (§ 128 HGB.), natürlich auch zu Protokoll des Registerrichters. Letzteres geht aus unserem Paragraphen hervor („bei dem Gerichte“). Ein Ersuchen des Registergerichts an ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe um Aufnahme einer Anmeldung „zu richterlichem Protokoll“ darf das ersuchte Gericht ablehnen (Beschl. des RG. 58, 94; vgl. aber OLG. Hamburg in DZB. 01, 440). Erfolgt die Anmeldung oder Zeichnung nicht vor dem Gericht, so muß sie in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden. Öffentlich beglaubigt ist eine Schrift, wenn die Unterschrift oder die Handzeichen derselben beglaubigt sind. Die Beglaubigung einer Unterschrift kann erfolgen durch Amtsgericht, Notar oder sonstige nach Landesrecht hierfür zuständige Stellen (vgl. Stranz-Gerhard Art 68⁶; RG. in DLRN. 6, 110), die Beglaubigung eines Handzeichens erfolgt ausschließlich durch Amtsgericht oder einen Notar (§§ 129 Abs. 1 Satz 2 u. 126 Abs. 1 HGB.; § 167 HGB.; über für die Beglaubigung zuständigen Stellen in den verschiedenen Bundesstaaten vgl. Zastrow II § 3). Durch Aufnahme zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll wird die Beglaubigung ersetzt (§ 129 Abs. 2 HGB.). — Wo das Gesetz ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangt, wie im § 2 Abs. 2 des GmbHG., ist dies mit öffentlicher Beglaubigung nicht zu verwechseln; in jenen Fällen kann das Landesrecht nicht noch andere Stellen für zuständig erklären (RG. in DLRN. 6, 109).

Über die Zuständigkeit der deutschen und der fremden Konsuln und den Gebrauch von Notariatsurkunden im internationalen Verkehr s. Zastrow I 297 ff.

- Anm. 3. 3 Die Anmeldung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen, soweit nicht Sonderbestimmungen entgegenstehen (vgl. z. B. § 280 Anm. 1). Die Vollmacht muß die gleiche Form haben,

wie sie für die Anmeldung vorgeschrieben ist (vgl. daher Anm. 2). Auch muß es eine Spezialvollmacht sein (Rehmann-Ring Nr. 4; RG. I Berlin in RGBl. 03, 87). Über die Ermächtigung des Notars zum Antrag f. RGBl. § 129; f. a. Staub W. m. b. H. § 77.

4. Die Zeichnung (§§ 29, 53, 108, 148, 195, 296) dagegen kann ihrer Natur nach nur persönlich erfolgen. Zeichnung durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Auch der Prokurist kann den Prinzipal hierbei nicht vertreten. Für Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, zeichnet dieser. Für juristische Personen ist dies besonders vorgeschrieben (§§ 35, 234 Abs. 3).

Die Beglaubigung der Zeichnung (z. B. durch den Notar) muß dahin erfolgen, daß die Zeichnung persönlich vor der Urkundsperson vollzogen, nicht bloß anerkannt ist (RG. 54, 168; zust. dem RG. Franz in DNotWZ. 04, 65; a. M. das RG. in RZM. 3, 192).

Schreibensunkundige sind von der Zeichnung befreit, sie können nicht etwa von der Eintragung ausgeschlossen werden, weil sie die Zeichnung ihrer Unterschrift nicht bewirken können, zumal ja die Festlegung der Firmenzeichnung dort keinen Zweck hat, wo das Publikum persönliche Firmenzeichnung des Kaufmanns im Verkehr nicht zu gewärtigen hat (Alfeld 136; Schulze-Görlitz 117; Goldmann I 49; Düringer-Hachenburg (I 80) dagegen meinen, daß dieser Mangel behoben werden kann, und verlangen deshalb persönliche Firmenzeichnung auch durch Schreibensunkundige). Das gleiche gilt von Personen, die infolge körperlichen Gebrechens (Blindheit, Lähmung usw.) nicht in der Lage sind, die Firma zu zeichnen (hierin übereinst. Düringer-Hachenburg I 80; a. M. Goldmann (I 49), der die im § 169 RGBl. vorgeschriebene Form verlangt).

5. Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat, läßt sich allgemein nicht sagen. Wo als anmeldungspflichtig mehrere Personen in Betracht kommen (Gesellschafter, Vorstandsmitglieder), kann nicht die allgemein bindende Regel aufgestellt werden, daß sämtliche in Frage kommenden Personen bei der Anmeldung mitwirken müssen. In denjenigen Fällen, in denen das HGB. dies beabsichtigt, schreibt es dies ausdrücklich vor (§§ 108, 195; f. a. § 30 PrivVerfG.; andererseits § 234 HGB.). Wo das Gesetz nicht die Mitwirkung aller vorschreibt, genügt es, daß so viele Personen mitwirken, als zur Vertretung nach außen überhaupt befugt sind.

6. Die Rechtsnachfolge eines Beteiligten ist, soweit tunlich, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Das will sagen: der Registerrichter soll den etwa erforderlichen Nachweis einer Rechtsnachfolge nicht absolut durch öffentliche Urkunden verlangen können, sondern nur soweit dies tunlich ist. Ist es nicht tunlich, so muß er sich damit begnügen, daß der Nachweis in anderer Weise geführt wird. Dagegen kann ihm nicht angefochten werden, auf den Nachweis ganz zu verzichten (zust. Theodor Cohn 69). Untunlich ist der Nachweis nicht bloß dann, wenn er absolut unmöglich ist, sondern schon dann, wenn er mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist und die Verzögerung der Eintragung erhebliche Nachteile im Gefolge hätte.

Öffentliche Urkunde ist zu unterscheiden von öffentlich-beglaubigter (Anm. 2) Urkunde. Eine öffentliche Urkunde ist die im Sinne des § 415 CPO. „von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommene“ (über den Begriff der öffentlichen Behörde vgl. RGSt. 18, 246). Die Zuständigkeit für die Aufnahme kann sich nach Reichs- oder nach Landesrecht richten (Näheres Stranz-Verhard Art. 70³).

Unter der Rechtsnachfolge ist die allgemeine und die Singularrechtsnachfolge gemeint. Bei der ersteren wird hauptsächlich der Erbschein der §§ 2353 ff. BGB. in Betracht kommen. Die Singularrechtsnachfolge ist z. B. der Kauf eines Geschäfts.

- Zusatz 1. Die Anmeldung ist ein Akt, der weder Bedingungen noch Befristungen zuläßt (RG. I Berlin im „Recht“ 01, 101).

Auf die Wirksamkeit der Erklärung ist es ohne Einfluß, wenn zwischen der Abgabe, d. h. Vollziehung und Beglaubigung der zur Eintragung bestimmten Urkunde, und dem Eintreffen der Urkunde bei der Behörde der Erklärende stirbt (RG. Dresden in DWR. 4, 22; § 130 BGB.)

§ 12. Zusatz 2. Über die Zeichnung der Firma im **Geschäftsverkehr** vgl. für die o. §. 6 Anm. 8. Anm. 4 zu § 108 und für die Aktiengesellschaft Erl. zu § 233.

Anm. 9. **Zusatz 3.** Über die Form der Zustimmung, falls sie den Registerrichter nachzuweisen ist, vgl. § 22 Anm. 7, § 24 Anm. 3.

§ 13.

§ 13. Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, sind die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken.

Eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände.

Lit.: Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte, Zürich 02.

Anm. 1. 1. **Inhalt der Vorschrift:** der Paragraph gibt besondere Vorschriften für den Fall, daß der Inhaber der firma eine Zweigniederlassung hat. Für diesen Fall wird als Regel angeordnet, daß die Anmeldung, Zeichnung und Eintragung nicht nur beim Handelsregister der Hauptniederlassung, sondern auch bei dem der Zweigniederlassung zu bewirken sind; zuerst hat die Eintragung bei der Hauptniederlassung zu erfolgen. Diese Regelung entspringt und entspricht den Verkehrsbedürfnissen.

Das gilt auch für den Fall, daß die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet. Der Fall, daß die Zweigniederlassung sich im Auslande befindet, ist hier nicht geordnet, weil die deutsche Gerichtsgewalt sich auf das Ausland nicht erstreckt.

Anm. 2. 2. Das HGB. kann Ausnahmen von der obigen Regel (zu 1) bestimmen, die auch aus dem Zusammenhang entnommen werden können (Goldheim 12, 260). Solche gelten abgesehen von § 33 nur in betreff einzelner Anmeldungen für Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften. Hierüber an zuständiger Stelle (insbes. §§ 201, 207, 234, 265, 286, 296, 333).

Anm. 3. 3. **Begriff der Niederlassung, der Hauptniederlassung, der Zweigniederlassung.**

Niederlassung („Handelsniederlassung“, auch „Handelsgeschäft“, „Geschäft“, „Etablissement“ genannt; s. § 1 Anm. 32) ist der umfassende Oberbegriff: sie ist der örtliche Mittelpunkt des kaufmännischen Geschäftsbetriebs und zugleich auch „das reale Substrat“ dieses Betriebs, d. h. der Inbegriff aller zu diesem Betriebe vereinigten Produktionsmittel, einschließlich der Forderungen, Schulden und Kundschaft (eine universitas bonorum; s. a. Gareis, Lehrbuch § 15). Sie braucht mit dem Orte des bürgerlichen Wohnsitzes nicht zusammenzufallen. Wo die Gesetze von Niederlassung sprechen, ist im Zweifel Haupt- und Zweigniederlassung einbegriffen (z. B. §§ 29, 31 HGB.; § 23 Abs. 1 des WarenZG., § 9 Abs. 3 des MusfG., § 2 des UmlWG.; RG. 41, 67 und 82; 44, 361). Das Bestehen der Niederlassung hat nach gesetzlichen Vorschriften teils materielle teils prozessuale Folgen (Beispiele: § 270 Abs. 2 HGB.; § 21 GPD.; §§ 29, 31 HGB.).

Der Kaufmann kann mehrere Handelsniederlassungen haben (vgl. a. § 17 Anm. 3). § 13. Entweder an demselben Ort: und zwar unter der gleichen Firma, dann bilden sie rechtlich ein Ganzes (die Mehrheit hat also keine rechtliche Bedeutung in diesem Falle, DZB. Dresden in ZHR. 34, 563), oder unter verschiedenen Firmen (in diesem Falle ist eine Zweigniederlassung im Sinne des HGB. nicht möglich). Oder an verschiedenen Orten: unter verschiedener, aber auch unter gleicher Firma.

Mehrere Niederlassungen desselben Kaufmanns, wenn sie auch in mancher Hinsicht eine Anm. 4. Einheit bilden (z. B. gehören sie zum einheitlichen Vermögen des Kaufmanns; f. a. § 17 Anm. 3) können entweder von einander getrennte Rechtsbeziehungen haben oder aber im Verhältnis von Haupt- und von Zweigniederlassung eine Zusammengehörigkeit zeigen, letztere gleichsam als Verlängerung der ersteren (f. Anm. 13 u. 16). Hauptniederlassung (Muttergeschäft) ist das leitende Zentralgeschäft, der örtliche Mittelpunkt für den Betrieb des gesamten kaufmännischen Geschäfts; sie ist die Voraussetzung für die Anmeldung der Firma (§ 29). Mehrere Hauptniederlassungen sind gesondert anzumelden und einzutragen, es sei denn, daß sie unter gleicher Firma am gleichen Ort betrieben werden (Lehmann-Ring Nr. 4; f. a. vorige Anm.). Die Zweigniederlassung („Filiale“, „Tochtergeschäft“, „Kommandite“) stempelt der Kaufmann durch Bezeichnung und Einrichtung zu einem vom Hauptbetriebe abgezweigten, aber ihm untergeordneten Geschäft. Begrifflich ist als Erfordernis der Zweigniederlassung eine räumliche Getrenntheit, die schon durch die Sonderung der Geschäftslokalitäten in denselben Orte erreicht werden kann, geboten und genügend. Doch ist auf diese Zweigniederlassung (von Denzler [31] treffend unechte Zweigniederlassung genannt) im Gesetz keine Rücksicht genommen. Das Gesetz kennt und behandelt vielmehr nur eine bestimmte Art von Zweigniederlassungen, für die es vor allem das Erfordernis der Verschiedenheit des Gerichtsbezirks aufstellt (echte Zweigniederlassung).

Über die Veräußerung eines von mehreren Geschäften oder einer Zweigniederlassung vgl. § 22 Anm. 3, 4, 22; § 25 Anm. 1; § 30 Anm. 12.

4. Eine Zweigniederlassung im Sinne dieses Paragraphen ist vorhanden, oder vielmehr Anm. 6. zur Bezeichnung und Eintragung als Zweigniederlassung ist ein Geschäft geeignet, wenn an einem vom Orte und Gerichtsbezirk des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte und Gerichtsbezirke (f. Anm. 4 u. 7) gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, wenn ferner dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Organisation auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbständige Tätigkeit entwickelt (RUG. 5, 22 u. 23; 14, 12; 18, 18; DZBR. 2, 198; RDStG. 14, 402; RG. 7, 324; Behrend §§ 38 ff.). Zum Begriffe der Selbständigkeit gehört dabei lediglich, daß der Leiter der Zweigniederlassung nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern nach außen selbständig aufzutreten berechtigt ist, wenn auch nicht gerade notwendig in unbeschränktem Umfange. Auf die innere Abhängigkeit vom Prinzipal kommt es überhaupt nicht an (Wendel bei Gruchot 33, 223), auch darauf nicht, ob in dem Nebengeschäfte alle Geschäftszweige des Hauptgeschäfts betrieben werden (ebenso Denzler 41; DZB. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1334; RUG. 5, 22; RG. in RStB. 97, 82). Als einzelne Merkmale der Selbständigkeit sind aufzustellen: daß von der Filiale aus eigene Geschäfte wie von der Hauptniederlassung — im Gegensatz zu bloßen Vorbereitungs-, Vermittlungs- und Ausführungsgeschäften — abgeschlossen werden (übereinstimmend Denzler 29); daß die Filiale eine äußerlich selbständige Leitung hat; daß sie mit einem internen gesonderten Geschäftsvermögen ausgestattet ist und für sie eine besondere Buchführung besteht. Kurz, es muß überhaupt einer Niederlassung bestehen, d. h. der Kaufmann muß wenigstens einen Mittelpunkt für einen gewissen Kreis seiner geschäftlichen Beziehungen geschaffen haben (RUG. 18, 18; RDStG. 14, 401 ff.; Sächsl. Justizministerium in Busch Arch. 46, 39). Eine Geschäftsstelle, an der nur die von dem Hauptgeschäft gesandten Waren zu den vom Prinzipal bestimmten Preisen durch einen Angestellten verkauft werden, ist hiernach keine eintragungspflichtige Zweigniederlassung (RUG. 18, 17); zustimmend RG. in DZBR. 2, 198 für die Geschäftsstellen der Firma Kaisers Kaffeegeschäft GmbH. Keine Zweigniederlassung bildet für

§ 13. die Regel die außerhalb gelegene Stelle, an der eine Gasanstalt (Kst.-Ges.) Gas aus dorthin von der Zentrale geschickten Rohstoffen herstellen und an die Abnehmer nach fester Anweisung zu bestimmten Verkaufsbedingungen abgeben läßt (RG. in RGZ. 22 A S. 92); hier ist der Leiter der Geschäftsstelle nur Ausführungsorgan. Desgleichen liegt eine Zweigniederlassung nicht vor, wenn einer der Mitinhaber einer o. S. G. an einem andern Orte ständig wohnt, und von hier aus, sei es nun an demselben Orte, sei es auch an andern Orten, Waren verkauft und die erteilten Orders dem Hauptgeschäfte zur Ausführung übermittelt, sofern im übrigen die obigen Merkmale des Zweiggeschäftes nicht vorliegen. Zweigniederlassungen sind ferner nicht die Fabrikationsstellen und technische Büreaus (Volze 22 Nr. 695 b), Speicher, Empfangnahme- und Ausbändigungsstellen, — weil hier überall nur faktische Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden. Ebenso wenig sind es die Agenturen, weil der Agent zumeist nicht selbständig abschließt (OLW. Dresden in ZBlZG. 4, 639), wohl aber die Subdirektionen und Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften, jedoch nur, wenn sie bevollmächtigt sind, Versicherungsverträge abzuschließen (vgl. § 115 PrivVerG.; RGZ. 5, 22; RDZG. 14, 402; anders Denzler 76; über die Bedeutung der Verleihung der Titel: Sub-, Filial-, Spezial-Direktionen vgl. Goldheim 13, 234 ff.). Auch die Eisenbahnstationen, weil sie Teile des Hauptunternehmens, Glieder des ganzen Organismus sind, bilden keine Zweigniederlassung (RG. 2, 391; Denzler 60).

Anm. 6. Hervorzuheben ist, daß die Zweigniederlassung kein selbständiges Rechtssubjekt ist. Das maßgebende Rechtssubjekt, Träger der Rechte und Pflichten, die durch den Betrieb der Zweigniederlassung entstehen, ist der Inhaber der Hauptniederlassung (RG. 38, 406; s. unten Anm. 15 und 16). Daraus folgt auch, daß die Voraussetzungen des § 2, wenn der Inhaber des Hauptgeschäfts gemäß § 2 eingetragen ist, nicht auch bei der Zweigniederlassung vorzuliegen brauchen. Letztere braucht nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinauszugehen. Haupt- und Zweiggeschäft bilden den einheitlichen Geschäftsbetrieb derselben Person, die hinsichtlich des ganzen Betriebes Kaufmann ist (RG. in RGZ. 27 A S. 210 ff.; s. a. Anm. 8 a. E.).

Wer eine Geschäftsstelle außerhalb seines Wohnsitzes, z. B. eine Fabrik als Zweigniederlassung eintragen läßt, ist an diese Erklärung im Verkehr gebunden (über den Rechtsgrund vgl. Erg. zu § 5 Anm. 1); er wird z. B. mit dem Einwand nicht gehört, daß von der Fabrik aus unmittelbar keine Geschäfte geschlossen werden und sie in Wirklichkeit keine Zweigniederlassung im Sinne des § 13 sei (RG. 50, 428).

Anm. 7. 5. In einem andern Gerichtsbezirk muß die Zweigniederlassung bestehen, wenn die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen Platz greifen soll. Daraus folgt implicite, daß sie im Sinne des § 13 auch an einem andern Orte als am Orte des Hauptgeschäfts bestehen muß. Denn bei Einführung des HGB. war es unbekannt, daß ein Ort in mehrere Gerichtsbezirke zerfiel, wie dies vom 1. Juni 1906 ab bedauerlicherweise für Berlin der Fall sein wird. Für den Fall, daß eine (unechte) Zweigniederlassung an einem anderen Ort desselben Gerichtsbezirks besteht (Anm. 4), bedarf es keiner besonderen Anmeldung und Eintragung einer solchen Zweigniederlassung. Denn hier geht die Existenz der (unechten) Zweigniederlassung gemäß § 29 aus dem Hauptregister hervor; nach dieser Vorschrift muß der Ort der Handelsniederlassung angemeldet und eingetragen werden. Hat also der Unternehmer an mehreren Orten desselben Bezirks Niederlassungen, so müssen die mehreren Orte in der Anmeldung bezeichnet, ev. nachträglich angemeldet und in das Handelsregister eingetragen werden (a. M. Theodor Cohn — 82 —, der annimmt, daß eine solche Zweigniederlassung besonders anzumelden ist). Daraus ergibt sich ferner, daß auch alle weiteren Anmeldungen und Eintragungen sich auf alle Niederlassungen in demselben Gerichtsbezirk ohne weiteres beziehen. Für diesen Fall gibt es überhaupt kein Zweigregister; im Handelsregister eines Bezirks werden eben nicht getrennte Anmeldungen und Eintragungen hinsichtlich verschiedener in diesem Bezirke bestehenden Niederlassungen desselben Geschäfts gemacht (s. D. 28).

Die Teilung Berlins in mehrere Gerichtsbezirke wird im praktischen Endergebnis wohl ohne Einfluß auf die uns hier beschäftigende Frage bleiben. Es besteht gegenwärtig

für Berlin und seine Vororte ein einheitliches Register (§ 8 Anm. 2; f. a. § 30 Anm. 13). Ohne § 13. Zweifel wird diese einheitliche Registerführung aufrecht erhalten werden. Wäre dies nicht der Fall, so würde doch keine der Niederlassungen desselben Kaufmanns in verschiedenen Teilen Berlins, die zu verschiedenen Gerichtsbezirken gehören (z. B. diesseits und jenseits der Potsdamer Brücke), eine echte Zweigniederlassung bilden, weil eine Verschiedenheit des Ortes nicht vorliegt.

6. Die Anmeldungen und Zeichnungen (über ihre Form gilt gleiches, wie zu § 12) sind auch ^{Anm. 8.} bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung zu bewirken, aber eine Eintragung dort findet erst statt nach der Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung. An den einzelnen zuständigen Stellen wird hierüber noch näher zu handeln sein. Prinzipiell ist darauf hinzuweisen, daß der Registerrichter einer Zweigniederlassung nicht schlechthin verpflichtet ist, die in das Register der Hauptniederlassung bewirkte Eintragung in sein Register zu übernehmen; sonst hätte der Gesetzgeber nicht die gesonderte Anmeldung, sondern die einfache Übernahme des Inhalts des Hauptregisters vorgeschrieben. Er hat vielmehr grundsätzlich jede Anmeldung nach Maßgabe ihres Inhalts selbstständig zu prüfen, zumal auch seiner Eintragung im gewissen Sinne — vgl. § 15 Abs. 3 — selbständige Bedeutung beigelegt ist. Sieht er dabei, daß die Eintragung in das Hauptregister mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so hat er die Eintragung abzulehnen, die Ablehnung auch, damit beide Register gleich bleiben, dem Gerichte der Hauptniederlassung von Amts wegen mitzuteilen, damit letzteres nötigenfalls von Amts wegen lösche (§ 142 FGG.; RG. in RM. 3, 20 ff. und in DZWR. 10, 232). Die Prüfungspflicht des Zweig-Registergerichts fällt aber fort, wenn besondere Gesetzesvorschriften entgegenstehen und eine innere Abhängigkeit der Eintragung im Register der Zweigniederlassung von derjenigen im Register der Hauptniederlassung vorliegt; so z. B. legt der § 2 der Eintragung ins Hauptregister formell entscheidende Bedeutung für die Begründung der Kaufmannseigenschaft bei (RG. in RM. 4, 159; oben Anm. 6).

Der im Abs. 2 unseres Paragraphen erforderliche Nachweis, daß die Eintragung bei dem Hauptgericht schon erfolgt ist, wird durch beglaubigte Abschrift nach § 9 zu führen sein. Selbstverständliche Ausnahmen von der Vorschrift des Abs. 2 liegen in den Fällen vor, wo sich die Eintragung lediglich auf die Zweigniederlassung bezieht (zult. RG. in FZ. 02, 545^o; Denzler 160 und die herrschende Meinung; a. M. Goldmann I 53), z. B. die Eintragung einer bloß für die Zweigniederlassung bestellten Procura (§ 50 Abs. 3), oder wo beim Hauptregister nur eine Eintragung aus dem Zweigregister „vermerkt“ wird (vgl. Anm. 9).

Hier ist darauf zu verweisen, daß das FGG. selbst zwar keine Vorschrift enthält, wonach ^{Anm. 9.} die Errichtung der Zweigniederlassung überhaupt im Hauptregister vermerkt wird; doch ist diese Vorschrift im § 131 FGG. gegeben. Danach ist die Eintragung der Zweigniederlassung von Amts wegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Zweigniederlassung und ihrer Verlegung (§ 31 Anm. 1). Nach früherem Rechte galt dies nicht. zufolge § 131 FGG. mußten am 1. Januar 1900 sämtliche Zweigniederlassungen den Hauptregistergerichten angezeigt und von diesen vermerkt werden. Eine Bekanntmachung dieses „Vermerks“ erfolgt nicht, der überhaupt keine eigentliche Eintragung, sondern lediglich ein Ordnungs- vermerk ist. Die Errichtung, Aufhebung und Verlegung der Zweigniederlassung werden also beim Hauptregister nur vermerkt, nicht aber dort angemeldet, eingetragen oder publiziert (RGZ. A. S. 41).

Über die Frage, welche Firma die Zweigniederlassung anzunehmen hat, vgl. § 30 Anm. 8 ff.

7. Die Vorschriften kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Hauptniederlassung sich im ^{Anm. 10} Auslande befindet. Auch dann sind in das inländische Register Anmeldungen und Eintragungen in gleicher Weise zu bewirken, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände. Daraus folgt: die Firma der Zweigniederlassung muß auch hier angemeldet und eingetragen werden, desgleichen muß eine Procura hier eingetragen werden.

§ 13. Doch alles dies nur insoweit, als „nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht“. Daraus folgt zunächst, daß der Nachweis der Eintragung beim Hauptregister dann nicht verlangt werden kann, wenn das ausländische Recht die Einrichtung eines Handelsregisters nicht kennt (zuft. Denzler 360). An die Stelle des Nachweises der Eintragung wird sinngemäß der sonstige glaubhafte Nachweis des Bestehens der ausländischen Zweigniederlassung treten müssen. Aus dem Wortlaut („Abweichung erforderlich macht“) folgt weiter, daß das ausländische Recht dem nach inländischem Recht begründeten Verlangen direkt entgegenstehen muß (vgl. näheres Anm. 21 zu § 201).

Anm. 11. Aus der obigen Ausnahmeklausel folgt ferner, daß für die Zulässigkeit der Firma das ausländische Recht maßgebend ist. Unter Umständen wird daher ein Einzelkaufmann einen Gesellschaftszusatz führen können, wenn dies auch an sich nach inländischem Recht unzulässig wäre (abweichend 5. Aufl. § 3 zu Art. 31). Denn das ausländische Recht ist für die ausländischen Gesellschaften so lange maßgebend, als nicht inländische Verbotsgeetze entgegenstehen. Das aber kann man bei dem Prinzip der Firmenwahrheit deshalb nicht sagen, weil es zugunsten der Werthe, die in bestehenden Firmen liegen, mannigfach durchbrochen ist (f. Lehmann, Aktienrecht I 123). Weiteres über die Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma f. zu § 30. Dagegen ist aus den Gesetzesworten nicht herzuleiten, daß Eintragungen zu machen sind, welche die deutschen Gesetze nicht kennen, nur weil das ausländische Recht sie kennt. So ist z. B. die Eintragung von bloßen Handlungsbevollmächtigten nicht zulässig, auch wenn sie im Handelsregister des Auslandes eingetragen sind.

Ist die Hauptniederlassung eine Aktien- oder Aktienkommanditgesellschaft, so gelten neben den allgemeinen Vorschriften unseres Paragraphen (HZA. 3, 238) noch besondere Vorschriften Vgl. § 201.

Anm. 12. Zusatz 1. Über die Firma der Zweigniederlassung f. die Erl. zu § 30.

Anm. 13. Zusatz 2. Materielles über die Zweigniederlassung. Sie teilt die Schicksale des Hauptgeschäfts. Nimmt jemand einen Gesellschafter für sein Handelsgeschäft, so bezieht sich die Gesellschaft auch auf das Zweigggeschäfts, die von diesem kontrahierten Schulden sind Gesellschaftsschulden (Vgl. 13 Nr. 497). Die Veräußerung des Geschäfts umfaßt auch das Zweigggeschäfts (RG. in JW. 91, 572^o), im Zweifel auch eine sonstige Verfügung über das Hauptgeschäfts, z. B. Verpachtung, Verpfändung (ebenso Denzler 215, freilich im Widerspruch mit 37). Vgl. hierüber auch zu § 22 (bes. Anm. 4, 13, 23).

Anm. 14. Soweit Grundbucheintragungen überhaupt auf eine Firma erfolgen können (z. B. sicherlich bei Handelsgesellschaften, dagegen nach der herrschenden Meinung nicht beim Einzelkaufmann; Anm. 9 zu § 17), können sie auch unter der Bezeichnung der Zweigniederlassung erfolgen (ebenso OLG. Dresden in OLG. 9, 351; LG. I Berlin in RW. 05, 85). Es ist dem Inhaber des Geschäfts gestattet, in dieser Weise zum Ausdruck zu bringen, daß die Zweigniederlassung mit diesem Vermögensobjekt als Geschäftsvermögen ausgestattet ist. Z. B. kann die Dresdner Bank, die in Berlin eine Zweigniederlassung hat, ein Grundstück oder eine Hypothek erwerben unter der Bezeichnung: Dresdner Bank, Zweigniederlassung in Berlin. Anders das BayObLG. in OLG. 10, 230 (das RG. schwankt: ebenso wie BayObLG. in HZA. 4, 47, vgl. aber OLG. 2, 199 und RW. 28 A. 81). Mit einer solchen Eintragung wird die Zweigniederlassung nicht zu einem selbständigen Rechtssubjekt (oben Anm. 6) gemacht, das maßgebende Rechtssubjekt ist der Inhaber der Hauptniederlassung. Der Vermerk der Zweigniederlassung bei der Eintragung weist nur formell auf die Zugehörigkeit zum Vermögenskomplex der Zweigniederlassung, ohne materiell die Inhaberschaft des rechtsfähigen Subjekts zu beeinträchtigen. Kann ja doch unter einer solchen Bezeichnung die Zweigniederlassung Urkunden unterzeichnen, Verpflichtungen begründen, Rechte erwerben. Das Reichsgericht (Beschl. v. 1. 11. 05, JW. 05, 721¹²) ist der Ansicht des OLG. Dresden beigetreten und hat die Eintragung einer von einer Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder einer juristischen Person erworbenen Hypothek auf die