

Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Neunte Auflage.

Bearbeitet von

Heinrich Könige, Albert Pinner, Dr. Felix Bondi,

Reichsgerichtsrat in Leipzig,

Justizrat in Berlin,

Justizrat in Dresden.

Erster Band.

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



Berlin 1912.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
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 angestrengten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des Handelsgesetzbuches 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 aneinandergefügt werden, daß ein einheitlicher Bau entstand.

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

Staub.

Vorrede zur neunten Auflage.

Der Kommentar zum Handelsgesetzbuch war der erste, den Hermann Staub verfaßt hat. In ihm hatte er eine neue Kunst des Kommentierens geschaffen: Sein Kommentar, hervorgegangen aus einer seltenen Vereinigung von wissenschaftlichem Sinn und praktischer Begabung, war weder lediglich eine Sammlung von Entscheidungen, noch eine bloße Erläuterung der einzelnen Begriffe der Gesetzes-

paragraphen, vielmehr bot er eine organische und systematische, fast möchte man sagen: baukünstlerische Entwicklung und Darlegung des gesamten Gesetzeswillens. Er folgte dem Wortlaute des Gesetzes, um bei dessen wissenschaftlicher Durchleuchtung neue Werte zu finden, und unwillkürlich erinnert gerade die Staubische Art, an der Hand der bestehenden Gesetzgebung und in Vorbereitung kommender Gesetzeswerke Rechtswissenschaft zu treiben, an das geistvolle Wort Windschields: Die Rechtswissenschaft ist eine Magd der Gesetzgebung, aber eine Magd, die eine Herrscherkrone trägt.

Staub hat in den zahlreichen, noch von ihm selbst bearbeiteten Auflagen seines Wertes, dessen Erfolg in der juristischen Literatur wohl einzig dasteht, diese seine Kunst stets weiter vervollkommen und konnte in der Vorrede zu der 6./7. Auflage mit berechtigtem Stolz sagen, seine Kommentierungsart habe nicht nur allgemeine Anerkennung gefunden, sie habe sogar Schule gemacht. Auch die Anpassung an die geänderte Gesetzgebung hat Staub noch durchgeführt, ist aber dann, schon mit der Arbeit zu der achten Auflage beschäftigt, im Jahre 1904 durch ein unerbittliches Geschick auf der Höhe seines Schaffens der Wissenschaft entrisen worden.

Die achte Auflage wurde 1906 unter Benützung des handschriftlichen Nachlasses Staubs von Reichsgerichtsrat Heinrich Könige, Justizrat Dr. Josef Stranz und Justizrat Albert Pinner bearbeitet. Wir können zu unserer Befriedigung feststellen, daß das Werk auch in der neuen Gestalt seine allgemeine Wertschätzung sich erhalten hat, und es erfüllt uns mit freudiger Genugtuung, daß jetzt die vorliegende neue Auflage sich nötig erweist.

Von den Bearbeitern der achten Auflage ist leider inzwischen der eine, Justizrat Dr. Stranz, heimgegangen. An seine Stelle ist der mitunterzeichnete Justizrat Dr. Felix Bondi in Dresden zur Mitarbeit berufen worden.

Die gegenwärtige neunte Auflage bringt die Arbeit dergestalt verteilt, daß das erste Buch von Justizrat Bondi, das zweite Buch wieder von Justizrat Pinner und das dritte Buch abermals von Reichsgerichtsrat Könige bearbeitet ist. Auch bei dieser Auflage ist die endgültige Fassung in gemeinsamer Arbeit und in wechselseitigem Einverständnisse festgestellt worden, so daß auch jetzt der Kommentar organisch ein Ganzes bildet, dessen Einheitlichkeit streng gewahrt ist.

In der Bearbeitung des Stoffes sind wir allenthalben den bewährten Grundsätzen der früheren Auflagen treu geblieben. Auch für die neue Auflage ist verwertet, was an Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis Neues hervorgetreten ist, um wiederum ein abgerundetes, dem jetzigen Stande der Rechtswissenschaft entsprechendes Bild zu geben. Die Literatur wurde, soweit dies für tunlich erachtet ist, berücksichtigt; die ergangenen Entscheidungen, sowohl der höchsten Gerichte, als auch bedeutungsvolle Urteile erster und zweiter Instanz sind in umfassender Weise herangezogen. Zum ersten Male kommen auch Urteile der Kaufmannsgerichte

in Betracht. Ihre Begründungen, die den sozialen Geist der Zeit widerspiegeln, haben unsere Ansichten mannigfach beeinflusst. — Nachdem nun das neue Recht das erste Jahrzehnt seiner Geltung erlebt hat, haben die Übergangsfragen größtenteils ihre Bedeutung verloren. Die Behandlung dieser Fragen wurde deshalb teils durch Verweisungen auf die achte Auflage ersetzt, teils gekürzt.

Das Bestreben der Bearbeiter geht dahin, das Staubische Werk fortzuführen; was sie hinzuzufügen, was sie zu ändern hatten, ist im Staubischen Geiste dem Vorhandenen organisch eingegliedert. Möge daher auch diese neue Auflage sich als Staubischer Kommentar bewähren.

Leipzig, Berlin und Dresden, im Herbst 1911.

Rönige. Pinner. Bondi.

Abfürzungen.¹⁾

- AbzG. = Reichsges. betr. die Abzahlungsgeſchäfte vom 16. Mai 1894.
 Adler u. Clemens = Sammlung von Entſcheidungen zum HGB. Wien 1868 ff.
 AG. = Aktiengeſellſchaft oder — je nach dem Zuſammenhang — Amtsgericht (bzw. Ausfüh-
 rungsgeſetz).
 AG.HGB., AG.HGB. uſw. = Ausführungsgeſetz zum HGB., beſogl. zum HGB.
 a. G. = auf Gegenseitigkeit.
 Alfeld = 2. Aufl. von Anſchütz u. Böldernborff, Kommentar zum Allg.D.HGB., beſorgt von
 Philipp Alfeld (nur bis Art. 65 gebiechen, nicht fortgeführt). Erlangen 1894.
 Apt I bzw. II = Gutachten der Ältesten der Kaufmannſchaft zu Berlin; I. Folge 1904,
 II. Folge 1905.
 Apt Neue Sammlung = Gutachten der Ältesten der Kaufmannſchaft zu Berlin über Ge-
 bräuche im Handelsverkehr. Neue Sammlung. I. Band 1907. II. Band 1910.
 ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
 ArchZivPrag. = Archiv für zivilistiſche Praxis.
 BadApr. = Badische Rechtspraxis.
 BankA. = Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenweſen.
 BankG. = Bankgeſetz (Reichsges.) vom 14. März 1875, teilweise geändert durch Gef. vom
 1. Juni 1909.
 Bauer = Zeitschrift für Aktiengeſellſchaften und Handelſgeſellſchaften. Herausgegeben
 von Joſef Bauer. Leipzig.
 BayObL. = Bayriſches Oberſtes Landesgericht.
 BayObL. = Sammlung von Entſcheidungen des Bayriſchen Oberſten Landesgerichts
 in Zivilſachen.
 BayZ. = Zeitschrift für Rechtſpflege in Bayern.
 Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. J. Fr. Behrend. Berlin 1899.
 Behrend-Gutſche = Handelsgebräuche Magdeburgs. 1905.
 BerlKfmG. = Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin.
 BernFrachtÜb. = Internationales Übereinkommen über den Eijenbahnfrachtverkehr vom
 14. Oktober 1890.
 BGB. = Bürgerliches Geſetzbuch.
 Birkenbihl = Kommentar zum HGB. von Birkenbihl.
 BoehmsZ. = Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht. Begründet
 von Boehm.
 BörG. = Börsengeſetz (Reichsges.) in der Faſſung des Gef. v. 8. Mai 1908.
 Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilſachen. Vom Senatspräſidenten A. Bolze.
 Brand = Arthur Brand, Das HGB. mit Ausſchluß des Seerechts, Berlin 1911. (Dieſer
 Kommentar erſchien während der Drucklegung unſeres Werkes und konnte daher nur noch
 an wenigen Stellen — beſonders im II. Bande — berückſichtigt werden.)
 BreslauSR. = Mitteilungen der Handelskammer Breslau.

¹⁾ Im weſentlichen iſt die Zitierweiſe nach den Vorſchlügen des deutſchen Juristentages, zweite Ausgabe (Berlin 1910, Verlag von J. Guttentag) befolgt. Seitenzahlen ſind zumeiſt ohne den Vorſatzbuchſtaben „S.“ geſetzt. — Die Literatur, die für einzelne Abſchnitte in Betracht kommt, iſt bei den betreffenden Paragraphen angegeben.

- 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.
- Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts von Prof. Konrad Cosack. 7. Aufl. Stuttgart 1910.
- Cosack BGB. = Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. 5. Aufl. Jena 1909 ff. (im Erscheinen begriffen).
- D. = Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. und eines EG. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897, J. Guttentag.
- DepotG. = Depotgesetz (Reichsges.) vom 5. Juli 1896.
- Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens von Professor Heinrich Dernburg. Bd. I 3. Aufl. 1906, Bd. II Abtl. 1, 4. Aufl. 1909, Bd. II Abtl. 2, 3. Aufl. 1905; Bd. III 4. Aufl. 1908; Bd. IV 4. Aufl. 1908; Bd. V 2. Aufl. 1905.
- DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung. Begr. von Laband, Stenglein, Staub. Berlin. Verlag Otto Liebmann.
- DNotBz. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
- DNotZ. = Deutsche Notariatszeitung.
- Dorner = Kommentar zum HGB. von Dorner.
- Dove-Apt = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr von Heinrich Dove und Mag. Apt. Bd. I, Berlin 1900.
- Dove-Meyerstein = Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin, gesammelt von Dove und Meyerstein. Berlin 1907.
- Düringer-Hachenburg = Kommentar zum HGB. von A. Düringer u. M. Hachenburg. Mannheim 1899, 1901 und 1905; 2. Aufl., seit 1908 im Erscheinen begriffen; hier, soweit schon erschienen (Bd. I u. II bis § 372 vollständig), nach der 2. Aufl. zitiert.
- EG. = Einführungs-gesetz.
- EG-AbG.R.D. = Einführungs-gesetz zum Abänderungs-gesetz zur Konkursordnung.
- EG.BGB., EG.HGB. usw. = Einführungs-gesetz zum BGB. u. HGB.
- Eger = Das deutsche Frachtrecht von Dr. Georg Eger. 2. Aufl. 3 Bände.
- EisenbG. = Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen; herausgegeben von Eger.
- ElßLothZ. = Juristische Zeitschrift des Reichslandes Elsaß-Lothringen.
- Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgeg. von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.
- Endemann BGB. = Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Prof. Endemann. 8/9. Aufl. Berlin 1903 ff.
- Enneccerus = Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Ripp und Wolff, Recht der Schuldverhältnisse. 4/5. Aufl. 1910.
- Erl. = Erläuterung.
- Effer = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des HGB. Von Robert und Ferdinand Effer. 3. Aufl. Berlin 1907.
- EBerO. oder EB. oder B. = Die Eisenbahn-Verkehrsordnung.
- Erl. = Exkurs.
- HGB. = Reichsges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.
- Joertsch = Kommentar zum Allgemeinen Deutschen HGB. von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Joertsch, Senatspräf. am RG.
- Frankenburger = Handausgabe des HGB. München 1902.
- Frommhold-Krüdmann = Frommhold u. Krüdmann, Spruchrecht zur Handelsgesetzgebung. Ausgewählte höchstgerichtliche Entscheidungen in der Systematik des HGB. usw.
- Fuchsberger = Die Entscheidungen des RG. usw., gesammelt von Fuchsberger.
- Gareis = HGB. Handausgabe von Prof. R. Gareis. 4. Aufl. 1909.
- Gareis Lehrbuch = Das deutsche Handelsrecht. Ein Lehrbuch von Prof. R. Gareis. 8. Aufl. 1909.

- Bareis-Fuchsberger = Das Allgemeine Deutsche HGB. Herausgegeben von Prof. R. Bareis und Otto Fuchsberger. 1891.
- Gaupp-Stein = Die ZPO. auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp, erläutert von Friedrich Stein, 8/9. Aufl. 1906. Dazu als Nachtrag die Novelle zur ZPO. vom 1. Juni 1909. Tübingen 1910.
- GBD. = Grundbuchordnung vom 24. März 1897.
- GenG. = Reichsges. betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, neue Fassung vom 20. Mai 1898.
- GesR. = Gesetz und Recht, Zeitschrift für allgem. Rechtskunde.
- GewG. = Gewerbegericht.
- GewGG. = Reichsges. betreffend die Gewerbegerichte, neue Fassung vom 29. September 1901.
- GewGer. = Das Gewerbegericht, Monatschrift, herausgeg. von Jastrow u. Fiesch; von Jahrgang 11 (1905/06) ab fortgesetzt als: „Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht“, zitiert von uns „GewRfmg.“
- GewRfmg. = s. das vorhergehende.
- GewO. = Gewerbeordnung.
- GewRschuß = Gewerblicher Rechtsschutz u. Urheberrecht (Zeitschrift).
- Gierke = Das Handelsrecht, bearbeitet in v. Holzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. I, 889 ff. 6. Aufl. Berlin-Leipzig.
- GRG. = Gerichtskostengesetz.
- GmbH. = Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
- GmbHG. = Reichsges. betreffend die GmbH., neue Fassung vom 20. Mai 1898.
- Goldmann = Kommentar zum HGB. von Justizrat S. Goldmann, Berlin 1901—06.
- Goldmann-Vilienthal = Das HGB., systematisch dargestellt von den Justizräten E. Goldmann und L. Vilienthal. 2. Aufl.
- GoldbV. = Archiv für Strafrecht u. Strafprozeß; begr. von Goldammer.
- Goldbschmidt Handbuch = Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldbschmidt. 2. Aufl. I. Bd. 1874 (davon Abt. I Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl. 1901). II. Bd. 1883 (unvollständig).
- Goldbschmidt System = System des Handelsrechts. Im Grundriß von L. Goldbschmidt. 4. Aufl.
- Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.
- Gutmann = Ausgabe des HGB. mit Anmerkungen von Amtsrichter Dr. Gutmann. Leipzig.
- GUVerfG. = Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 bzw. 30. Juli 1900, neue Fassung vom 5. Juli 1900.
- GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 20. Mai 1898.
- Hahn = Kommentar zum Allgemeinen Deutschen HGB. von Friedr. v. Hahn (I. Bd. 3. Aufl. 1879, II. Bd. 2. Aufl. 1883). Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gebiessen u. soweit berücksichtigt.
- HambG. = Entscheidungen in den bei den Hamburger Amtsgerichten anhängig gewesenen Sachen nicht streitiger Gerichtsbarkeit.
- HanfGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung. (H. oder Hptbl. = Hauptblatt).
- Heinig = Kommentar zum preussischen Stempelsteuergesetz von Justizrat Ernst Heinig, 3. Aufl. Berlin 1909.
- Hellwig Anspruch = Anspruch u. Klagerecht von Hellwig.
- HGB. = Handelsgesetzbuch.
- Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs, begründet von Hirth. München, J. Schweitzer Verlag.
- Holbheim = Wochenschrift, später Monatschrift für Handelsrecht u. Bankwesen, seit 1897 Monatschrift für Handelsrecht, begründet von Dr. Paul Holbheim.
- Jaeger = Die Konkursordnung, erläutert von Ernst Jaeger. 3. Aufl. Berlin 1907.
- Jastrow = Deutsch-Preussisches Notariatsrecht, von Hermann Jastrow. 15. Aufl. 1911.
- JheringsZ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

- JW.** = Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins, Berlin; jetzt herausgeg. von F. Neumann.
- Kahane** = Gutachten u. Gebräuche im Königsberger Handel. Gutachten des Vorsteheramts der Kaufmannschaft zu Königsberg i. Pr. Königsberg i. Pr. 1908.
- Kaufmann** = Handelsrechtliche Rechtsprechung usw. von Rechtsanwalt Emil Kaufmann. Hannover.
- Kayser** = Gesetz, betr. die RGA. u. die AG. vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.
- KB.** = Kommissionsbericht. Bericht der 18. Kommission über den Entwurf eines HGB., Reichstag, 9. Legisl.-Periode.
- Keibel** = Kommentar zum HGB. von Keibel. 2. Aufl. München 1907.
- Keyßner** = Allg. Deutsches HGB., erläutert u. herausgeg. von Hugo Keyßner. 1870.
- KfmG.** = Kaufmannsgericht.
- KfmGB.** = Reichsges., betreffend die Kaufmannsgerichte, vom 6. Juli 1904.
- KG.** = Kammergericht.
- RGA.** = Kommanditgesellschaft auf Aktien.
- RGBl.** = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des RG. Herausgeg. von den Justizräten Perl u. Wreschner. Berlin.
- RGZ.** = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Johow und Rünzel, jetzt herausgeg. von Johow (+) und Ring.
- Könige** = HGB. zu prakt. Gebrauch dargestellt von Reichsgerichtsrat Könige. Berlin 1899.
- Könige PrivVUntG.** = Könige Kommentar zum Privat-Verficherungsunternehmungsgesetz, 2. Aufl. Berlin 1910.
- KO.** = Konkursordnung.
- KritWsch.** = Kritische Vierteljahresschrift.
- Lehmann** = Das Recht der Aktiengesellschaften von Prof. Dr. Karl Lehmann. 1898—1904.
- Lehmann Lehrb.** = Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
- Lehmann-Ring** = Kommentar zum HGB. von Prof. K. Lehmann u. Kammergerichtsrat Ring. Berlin 1901 u. 1902.
- Leist Sanierung** = Die Sanierung der Aktiengesellschaften von Dr. E. Leist. Berlin 1905.
- Leist Untersuchungen** = Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht von Dr. Alexander Leist. Jena 1904.
- LG.** = Landgericht.
- Links** = Die Rechtsprechung des RR. Obersten Gerichtshofes von Dr. Emil Links. Wien.
- Lit.** = Literatur.
- Litthauer-Mosse** = Erläuterungen zum HGB. 14. Aufl., 1911. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 4. (Da die 14. Aufl. erst während des Druckes erschien, ist zum Teil nach der 13. Aufl. zitiert.)
- LZ.** = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht, herausgeg. von Düringer, Jaeger u. Könige.
- M.** = Entwurf eines HGB. für die preussischen Staaten. Zweiter Teil. Motive 1859.
- Maßower** = HGB. mit Kommentar. Von F. Maßower. 13. Aufl., bearbeitet von Rechtsanwalt F. Maßower. Berlin 1906/07.
- MedLZ.** = Medlenburger Zeitschrift für Rechtspflege u. Rechtswissenschaft.
- Neumann** = Handausgabe des HGB. von Justizrat Dr. Hugo Neumann. 5. Aufl. Berlin 1909.
- Neumann JD.R.** = Jahrbuch des Deutschen Rechtes. Herausgeg. von Justizrat Dr. Hugo Neumann.
- Nowak** = Entscheidungen des RR. Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen. Wien.
- Oberned** = Das Reichsgrundbuchrecht von Dr. Hermann Oberned. 4. Aufl. Berlin 1909.
- o. HGB.** = Offene Handelsgesellschaft.
- OLG.** = Oberlandesgericht.

- OLGR. oder OLGRspr. = Die Rechtsprechung der OLG., herausgeg. von Mugdan u. Falkmann.
- OTr. = Entscheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals. Berlin.
- OVG. = Obergerverwaltungsgericht.
- P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen GGB. Herausgeg. von J. Luz. 9 Teile 1858—63.
- Petersen-Pechmann = Gesetz, betr. die RGA. und die AG. vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. jur. Petersen u. Wilhelm Freiherr v. Pechmann. 1890.
- Pinner = Das deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 u. 4 des GGB. von Justizrat Albert Pinner. Berlin 1899.
- Pinner-Eydt UnlWG. = Kommentar zum UnlWG. 2. Aufl. von Justizrat Albert Pinner u. Dr. Erich Eydt. Berlin 1910.
- Pisko = Österreichische Ausgabe des Staubischen Kommentars zum GGB., herausgeg. von Dr. Oskar Pisko. 2. Aufl. Wien 1907/08.
- Pland = GGB. nebst Einführungs-gesetz erläutert von Prof. Dr. G. Pland in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal, Unzner. 3. Aufl. Berlin 1904/08.
- PosM Schr. = Juristische Monatschrift für Posen, West- u. Ostpreußen u. Pommern.
- PrGVO. = Preussische Einführungs-Verordnung.
- PrGG. = Preussisches Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
- PrivVUntG. oder VUG. = Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.
- PrOVG. = Entscheidungen des Preussischen Obergerverwaltungsgerichts.
- PrOVGSt. = Dasselbe in Staatssteuersachen.
- PrVermBl. = Preussisches Verwaltungsblatt.
- Buchelt oder Buchelt-Foertsch = Kommentar zum Allgemeinen Deutschen GGB. Von E. S. Buchelt. 4. Aufl., bearbeitet vom Senatspräsi. am RG. Foertsch. 1894 (f. Foertsch).
- BucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches Bürgerliches Recht u. französisches Zivilrecht. Begründet von Buchelt.
- RArbBl. = Reichsarbeitsblatt.
- Rausnig = Kommentar zum GGB. von Justizrat Rausnig. Berlin.
- „Recht“ = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel. Hannover. (RsprBeil. = Rechtsprechungsbeilage.)
- RegBegr., RegEntw. = Regierungsbegründung u. Entwurf.
- Rehm = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Prof. Rehm. München 1903.
- RG. = Reichsgericht. Auch: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig, Weitz & Co.
- RGMSpr. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.
- RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.
- Rgef. oder Reichsges. = Reichsgesetz.
- RheinV. = Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der Rgl. 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.
- Riesenfeld RZ. = Breslauer Handelsgebräuche. Neue Folge 1900—06. Amtliche Sammlung von Gutachten der Handelskammer zu Breslau. Breslau 1906.
- Rießer-Rehm Börsg. = Kommentar zum Börsg. Auf Veranlassung des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes bearbeitet von Rehm, Trumpler, Dove, Reusamp, Schmidt-Ernsthäusen und Breit, mit Vorwort von Rießer. Berlin 1909.
- Ring = Das Reichsgesetz, betr. die RGA. und die AG. vom 18. Juli 1884, erläutert von Viktor Ring. 2. Aufl.

- Ritter = Die allg. Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
- Ritter Komm. = Das HGB., erläutert von Ritter. Berlin 1910.
- RZM. = Entsch. in Angelegenheiten der freim. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. Berlin.
- RÖHG. = Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, herausgeg. von den Räten des Gerichtshofes. 25 Bände.
- Rudorff = Systematische Sammlung der Entsch. des RG. in Zivilsachen. Berlin 1904.
- S. = Seite; doch sind zumeist, entsprechend der Zitierweise des Juristentages, die Seitenzahlen ohne den Voranbuchstaben „S.“ gesetzt.
- SächsM. = Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, herausgeg. von Hoffmann, von Sommerlatt u. Wulfert. Leipzig. (Bis 1905).
- SächsMR. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege, herausgeg. von Lessing, später von Degen. Leipzig. (Seit 1906).
- SächsRG. = Annalen des RG. Dresden.
- SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
- Schulze-Görlich = Die Führung des Handels- und Musterregisters von R. Schulze-Görlich. Berlin 1899.
- Schulze-Görlich Komm. = Kommentar zum HGB. von Schulze-Görlich.
- SchutzgebG. = Schutzgebietsgesetz.
- Seligsohn = Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, erläutert von Justizrat Arnold Seligsohn. 2 Aufl. Berlin 1905.
- SeuffM. = J. M. Seufferts Archiv für Entsch. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
- SeuffBl. = J. M. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
- Simon, Bilanzen = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Justizrat Dr. Hermann Weit Simon. 3. Aufl. 1899.
- Sobernheim = Handelskammern und Handelsregister in der Rechtsprechung seit 1900; bearbeitet von Dr. Otto Sobernheim; herausgeg. von der Handelskammer zu Berlin. 1910.
- Soergel = Rechtsprechung zum BGB. usw., herausgegeben von Dr. F. Th. Soergel.
- SozPr. = Soziale Praxis (Zeitschrift).
- Sped. u. Schiffztg. = Speditions- und Schiffsfahrtszeitung.
- Staub-Hachenburg GmbH. = GmbHG. bearbeitet von Dr. Hermann Staub, 3. vermehrte Auflage, bearbeitet von Dr. Max Hachenburg. Berlin 1909.
- Staudinger = Kommentar zum BGB., herausgegeben in Gemeinschaft mit anderen von Dr. Julius von Staudinger, München, J. Schweigers Verlag. Dritte bis vierte Aufl. 1907 ff. Fünfte bis sechste Auflage seit 1909 im Erscheinen begriffen.
- Steg. = Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig. Berlin.
- StGB. = Strafgesetzbuch.
- StPO. = Strafprozeßordnung.
- StrM. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. Berlin.
- Stranz-Gerhard = Preuß. Ausführungsgesetz zum BGB., kommentiert von den Justizräten J. Stranz und E. Gerhard. Berlin 1900.
- Strudmann-Roch = Die ZPO., Kommentar von J. Strudmann und Roch, Rasch, Koll, Fleckheim. 9. Aufl. Berlin 1910.
- Sydom-Busch = ZPO., erläutert von R. Sydom und R. Busch. 13. Aufl. Berlin 1910. (Guttenbergische Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 11.)
- Thoel = Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thoel. 6. Aufl.
- ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
- UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (Zeitschrift). Vom 5. Jahrgang ab unter dem Titel: Markenschutz und Wettbewerb.
- UnlWG. = Reichsges. gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.

V. = Verordnung.

Verlagsgef. = Reichsgef. über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901.

Vf. = Verfügung.

VO. oder EVO. oder EVerfO. = Die Eisenbahn-Verkehrsordnung.

VOG. siehe PrivVOG.

VVaG. = Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

VVG. = Reichsgef. über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.

Warneyer = Jahrbuch der Entscheidungen, herausgegeben von Dr. Otto Warneyer.
Leipzig.

Warneyer Rspr. oder Ergänzb. = Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des RG. auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Weißler = Kommentar zum FGO. von Justizrat Weißler. Berlin.

WO. = Wechselordnung.

WG. = Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.

ZAktW. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, herausgegeben von Dr. Schenkhäuser.

Zander-Fehrman = Sammlung Danziger Handelsgebräuche von Zander u. Fehrman.

ZBlFG. = Zentralblatt für freim. Gerichtsbarkeit und Notariat. (Lobes Zentralblatt).

ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

ZPO. = Zivilprozeßordnung.

Inhaltsverzeichnis des ersten Bandes.

Allgemeine Einleitung.	Seite
Entstehungsgeschichte und Gestalt des HGB.	1
Das Anwendungsgebiet des HGB.	2
Die Rechtsquellen des Handelsrechts	6
Die Stellung der Frau im Handelsrecht	12

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. Begriffsbestimmung des Kaufmanns; Handelsgewerbe kraft Gegenstands. . .	24
§ 2. Handelsgewerbe kraft Betriebsart und Eintragung.	51
§ 3. Land- und Forstwirtschaft	58
§ 4. Mindertaufleute	62
§ 5. Wirkung der Firmeneintragung . . .	73
Erfors zu § 5. Geltung als Kaufmann in- folge kaufmännischen Auftretens im Rechts- verkehr (Scheinkaufleute)	76
§ 6. Kaufleute kraft Rechtsform	78
§ 7. Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Befugnis zum Gewerbebetrieb	79

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. Registergericht	80
Erfurs zu § 8. Allgemeines über die Tätigkeit des Registergerichts und die Bedeutung der Eintragungen	81
§ 9. Öffentlichkeit des Registers	86
§ 10. Bekanntmachung der Eintragungen	88
§ 11. Blätter für die Bekanntmachung	89
§ 12. Form der Anmeldung und Zeichnung	90
§ 13. Zweigniederlassung	93
§ 14. Ordnungsstrafen	100
§ 15. Rechtsfolgen der Eintragung und Bekannt- machung, sowie des Gegenteils	105
§ 16. Entscheidung des Prozeßgerichts in bezug auf Eintragungen	111

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17.	I. Begriffsbestimmung	114
	II. Die Firma im Prozesse	121
§ 18.	Firma eines Einzelkaufmanns	128

	Seite
§ 19. Firma einer offenen Handels- oder einer Kommanditgesellschaft	137
§ 20. Firma einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien	139
§ 21. Fortführung der Firma trotz Namensänderung	141
§ 22. Übergang des Firmenrechts bei vollständigem Wechsel der Inhaber	142
§ 23. Verbot einer Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft	160
§ 24. Übergang des Firmenrechts bei theilweisem Wechsel der Inhaber	161
§ 25. Stellung des Geschäftserwerbers zu den Geschäftsgläubigern und -schuldern im Falle des Erwerbs unter Lebenden	163
§ 26. Verjährung zugunsten des Geschäftsveräußerers	174
§ 27. Haftung des Erben für die Geschäftsverbindlichkeiten	177
§ 28. Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns	185
§ 29. Pflicht zur Anmeldung und zur Zeichnung der Firma	189
§ 30. Firmenverklebenheit	191
§ 31. Änderungen und Erlöschen der Firma; Verlegung der Niederlassung	197
§ 32. Eintragungen im Konkursfalle	199
§ 33. Anmeldung gewisser juristischer Personen	200
§ 34. Änderungen in den Rechtsverhältnissen der jur. Personen	204
§ 35. Zeichnung der Unterschrift bei einer jur. Person	206
§ 36. Gewerbliche Unternehmungen öffentlicher Körperschaften	207
§ 37. Unbefugter Gebrauch einer Firma	210
Erkurs zu § 37. Die Firma auf dem Laden- schild	221

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38.	Allgemeines	224
§ 39.	Zeitliche Vorschriften für Inventar und Bilanz	230
§ 40.	Währung der Bilanz: Wertanlage	233
§ 41.	Unterteilung von Inventar und Bilanz	239

	Seite
§ 42. Rechnungsabchlüsse öffentl. Körperchaften	239
§ 43. Form der Handelsbücher	240
§ 44. Dauer der Aufbewahrungspflicht	241
§ 45. Vorlegungspflicht im Rechtsstreit	242
§ 46. Umfang der Offenlegung	244
§ 47. Offenlegung bei Vermögensauseinander- setzungen	245
Exkurs zu § 47. Die Beweiskraft der Handels- bücher	245

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

I. Prokura.

§ 48. Bestellung der Einzel- u. der Gesamtprokura	246
§ 49. Gehehllicher Umfang der Ermächtigung	251
§ 50. Beschränkung des Umfangs	254
§ 51. Zeichnung durch den Prokuristen	256
§ 52. Widerruflichkeit, Unübertragbarkeit der Prokura. Tod des Prinzipals, sonstige Erlösungsgründe	257
§ 53. Eintragung der Prokura und ihres Er- löschens	260
Exkurs zu § 53. Ergänzungen zur Lehre von der Prokura	262

II. Handlungsvollmacht.

§ 54. Begriff und Umfang	262
§ 55. Handlungsreisender	270
§ 56. Angestellte im Laden oder off. Warenlager	273
§ 57. Zeichnung durch den Handlungsbevoll- mächtigten	275
§ 58. Übertragung der Vollmacht	275

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

A. Wirkungen der Stellvertretung	276
B. Vornahme von Rechtsgeschäften durch den Vertreter mit sich selbst	278
C. Die Vollmacht des Überbringers einer Quittung	281
D. Haftung für Vergehen der Bevollmächtigten und Gehilfen	283
E. Handeln eines nicht bevollmächtigten Beauftragten (Handeln im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung)	286
F. Handeln eines Bevollmächtigten im eigenen Namen	287
G. Handeln eines Nichtbevollmächtigten als Vertreter (sog. Pseudovertretung)	287
H. Erlöschen der Vollmacht	292

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehilfen u. Handlungslehrlinge.

I. Gej. betr. die Kaufmannsgerichte

§ 59. Begriff. Leistungen und Ansprüche	294
§ 60. Gehehlliches Konkurrenzverbot	323
§ 61. Folgen der Verletzung	327
§ 62. Fürsorge-Vorschriften	329
Exkurs zu § 62. Abreden gegen § 62	334
§ 63. Dienstbehinderung durch unverhuldetes Unglück	335
§ 64. Gehaltszahlung am Schlusse jeden Monats	341
§ 65. Provisions- und Lantimeanspruch	342
§ 66. Gehehlliche Kündigungsfrist	345
§ 67. Vereinbarte Kündigungsfrist, ihre Ein- schränkungen	350
§ 68. Gehilfen mit mindestens 5000 Mark Gehalt oder für eine außereuropäische Handelssniederlassung	353
§ 69. Gehilfen zu vorübergehender Aushilfe	354
§ 70. Sofortige Kündigung des Verhältnisses; Erklärung, Gründe, Folgen Sonstige Aufhebungsgründe des Dienst- vertrages	356
§ 71. Wichtige Kündigungsgründe zugunsten des Gehilfen	367
§ 72. Entlassungsgründe zugunsten d. Prinzipals	370
§ 73. Zeugnis	377
§ 74. Vertragliche Konkurrenzklauel	381
§ 75. Ausschluss der Geltendmachung. Vertrags- strafe	388

III. Handlungslehrlinge.

§ 76. Pflichten des Lehrherrn und des Lehrlings	392
§ 77. Dauer des Lehrvertrages	397
§ 78. Übergang zu einem anderen Gewerbe oder Beruf	399
§ 79. Unbefugter Austritt	401
§ 80. Zeugnis	401
§ 81. Bürgerliche Ehrenrechte des Lehrenden	402
§ 82. Strafvorschriften	403
§ 83. IV. Andere Angestellte	404

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. Begriff des Agenten; seine Pflichten	404
§ 85. Abchlüsse des Vermittlungsagenten	417
Exkurs zu § 85. Rechtslage der Parteien, je nach- dem der Agent Abchlussvollmacht hat oder nicht	418

	Seite
§ 86. Plahagent	419
§ 87. Reisender Agent	420
§ 88. Provisionsanspruch	420
§ 89. Bezirksagent	427
§ 90. Kosten und Auslagen	428
§ 91. Recht auf Buchauszug	429
§ 92. Kündigung des Agenturvertrages	431

Achter Abschnitt. Handelsmakler.

Erfurs vor § 93. Die Zivilmakler (insbes. die Grundstücks- und Hypothekennakler)		436
§ 93. Begriff		452
§ 94. Schlußnote		455
§ 95. „Aufgabe vorbehalten“		457
§ 96. Aufbewahrung von Proben		459
§ 97. Umfang der Vollmacht		460
§ 98. Schadenhaftung		460
§ 99. Maklerlohn		461
§ 100. Tagebuch		462
§ 101. Auszüge aus dem Tagebuch		463
§ 102. Vorlegung des Tagebuchs im Rechtsstreit		463
§ 103. Strafvorschriften		464
§ 104. Krämermakler		464

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt.

Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. Begriffsbestimmung	465
§ 106. Anmeldung der Gesellschaft	478
§ 107. Anmeldung von Änderungen	480
§ 108. Form der Anmeldungen	480

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. Feststellung durch Gesellschaftsvertrag	481
§ 110. Erbschaftsprüche der Gesellschafter für Aufwendungen usw.	486
§ 111. Folgen von Pflichtverletzungen	488
§ 112. Konkurrenzverbot	491
§ 113. Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots	493
§ 114. Geschäftsführung	495
§ 115. Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis	498
§ 116. Grenze der Geschäftsführungsbefugnis; Prokurenerteilung	501

§ 117. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis	503
§ 118. Kontrollrecht der Gesellschafter	506
§ 119. Beschlüsse der Gesellschafter; Stimmverhältnis	507
§ 120. Beteiligung an Gewinn und Verlust	508
§ 121. Verteilung von Gewinn und Verlust	511
§ 122. Rechte der Gesellschafter auf Entnahmen	513

Dritter Titel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Beginn der Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft nach außen	516
§ 124. Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft	521
§ 125. Vertretung der Gesellschaft	530
§ 126. Umfang der Vertretungsmacht	535
§ 127. Entziehung der Vertretungsmacht	541
§ 128. Gesamthaft der Gesellschafter	543
§ 129. Einwendungen der Gesellschafter gegen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger	550
§ 130. Eintritt in eine bestehende Gesellschaft	553

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. Auflösungsgründe	555
§ 132. Kündigung	561
§ 133. Antrag eines Gesellschafters auf Auflösung	562
§ 134. Gesellschaft auf Lebenszeit	569
§ 135. Auflösungsrecht des Gläubigers eines Gesellschafters	570
§ 136. Geschäftsführungsbefugnis nach erfolgter Auflösung	573
§ 137. Vorläufige Fortsetzung bei Tod oder Konkurs	573
§ 138. Fortbestehen der Gesellschaft bei Tod, Kündigung oder Konkurs	575
§ 139. Fortsetzung mit den Erben	578
§ 140. Ausschließung eines Gesellschafters	586
§ 141. Ausscheiden eines Gesellschafters bei Kündigung durch Privatgläubiger oder Konkurs	589
Erfurs zu § 141. Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter	591
§ 142. Übernahme des Geschäfts durch einen von zwei Gesellschaftern	597
§ 143. Anmeldung der Auflösung	600
§ 144. Fortsetzung der Gesellschaft	603

	Seite
Fünfter Titel.	
Liquidation der Gesellschaft.	
§ 145. Liquidation als regelmäßige Folge der Auflösung	603
§ 146. Liquidatoren	610
§ 147. Abberufung von Liquidatoren	613
§ 148. Anmeldung	615
§ 149. Aufgabe und Rechtsstellung	616
§ 150. Vertretungsmacht	622
§ 151. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht	624
§ 152. Anordnungen der Gesellschafter	624
§ 153. Zeichnung der Firma durch die Liquidatoren	626
§ 154. Bilanzen im Liquidationszustande	626
§ 155. Verteilung des Vermögens	628
§ 156. Geltung der Vorschriften über die Gesellschaft im Liquidationszustande	631
§ 157. Anmeldung des Erlöschens der Firma	635
§ 158. Anderweitige Auseinanderlegung	638

Sechster Titel.**Verjährung.**

§ 159. Verjährungsfrist	639
§ 160. Unterbrechung	644

Zweiter Abschnitt.**Kommanditgesellschaft.**

§ 161. Begriffsmerkmale	646
§ 162. Anmeldung	651
§ 163. Rechtsverhältnis nach innen	654
§ 164. Geschäftsführung	655
§ 165. Konkurrenzverbot	657
§ 166. Kontrollrecht der Kommanditisten	658
§ 167. Beteiligung am Gewinn und Verlust	660
§ 168. Verteilung von Gewinn und Verlust	661
§ 169. Recht auf Entnahmen	662
§ 170. Vertretung	665
§ 171. Haftung des Kommanditisten	666
§ 172. Schutz der Gläubiger gegen Verführung der Einlage	671
§ 173. Eintritt als Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft	673
§ 174. Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten	674
§ 175. Anmeldung der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage	675
§ 176. Haftung des Kommanditisten für vor der Eintragung gemachte Geschäfte	676
§ 177. Tod des Kommanditisten	678

Erkurs zu § 177. Auflösung und Ausscheiden; Liquidation; Verjährung	678 78
---	--------

Dritter Abschnitt.**Aktiengesellschaft.****Erster Titel.****Allgemeine Vorschriften.**

§ 178. Begriff der Aktiengesellschaft	684 34
§ 179. Rechtliche Natur; Unteilbarkeit der Aktien; Inhaber-Namensaktien; Interimsscheine	688 38
§ 180. Betrag der Aktien	695 15
§ 181. Aktienunterzeichnung	699 19
§ 182. Gesellschaftsvertrag (Statut)	700 10
§ 183. Inhaber und Namensaktien	711 11
§ 184. Ausgabe unter und über dem Nennbetrage	712 12
§ 185. Vorrechtsaktien	713 13
§ 186. Qualifizierte Gründung	717 17
§ 187. Gründer	726 16
§ 188. Simultangründung	727 17
§ 189. Zufallsgründung	729 19
§ 190. Aufsichtsrat und Vorstand während der Gründung	736 16
§ 191. Gründererklärung	737 17
§ 192. Prüfung der Gründung, Prüfungspflichten	739 19
§ 193. Umfang der Prüfung und Bericht	740 10
§ 194. Meinungsverschiedenheit, Vergütung	742 12
§ 195. Anmeldung der Gesellschaft	743 3
§ 196. Konstituierende Generalversammlung bei Zufallsgründung	749 9
§ 197. Bestimmung über die Vor-Generalversammlungen	751 1
§ 198. Eintragung	753 3
§ 199. Veröffentlichung	754 4
§ 200. Haftung vor der Eintragung	755 5
§ 201. Zweigniederlassung	759 9
§ 202. Gründerhaftung	766 6
§ 203. Haftung des Emittenten	772 2
§ 204. Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat im Gründungsstadium	776 6
§ 205. Vergleiche und Verzicht über Ansprüche aus der Gründung	778 8
§ 206. Verjährung der Ansprüche aus der Gründung	780 0
§ 207. Nachgründung	780 0
§ 208. Erwerb nach Vereinbarung mit den Gründern	784 4
§ 209. Wichtigkeit von Aktien und Interimsscheinen	785 5

	Seite		Seite
Zweiter Titel.			
Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.			
§ 210. Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft	788	§ 250. Generalversammlung als Organ der Gesellschaft	933
§ 211. Verpflichtungen der Aktionäre zu Kapitalleistungen	791	§ 251. Beschlüsse der Generalversammlung	938
§ 212. Anderweitige Leistungen	794	§ 252. Stimmrecht	939
§ 213. Ansprüche der Aktionäre	800	§ 253. Berufung der Generalversammlung	949
§ 214. Gewinnanteil	805	§ 254. Berufung auf Antrag von Aktionären	952
§ 215. Zinsen, Bauzinsen	806	§ 255. Frist und Form der Berufung	958
§ 216. Vergütung für wiederkehrende Leistungen	810	§ 256. Tagesordnung	961
§ 217. Rückzahlungspflicht der Aktionäre	811	§ 257. Mitteilung der Berufung an Aktionäre	966
§ 218. Zinsen und Vertragsstrafen bei Verzug	815	§ 258. Anwesenheitsliste	967
§ 219. Rabuzierung	819	§ 259. Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse	966
§ 220. Rückgriff gegen Vormänner, Verkauf der Aktien	822	§ 260. Vorlegung und Genehmigung der Bilanz	970
§ 221. Verbot der Befreiung und Aufrechnung	826	§ 261. Bilanzvorschriften	978
§ 222. Übertragung von Namensaktien; Aktienbuch	827	§ 262. Reservefonds	993
§ 223. Vermerk des Überganges im Aktienbuch	833	§ 263. Auslegung der Bilanz	1001
§ 224. Übertragung von Interimsscheinen	840	§ 264. Vorlegung und Genehmigung der Bilanz	1002
§ 225. Mitberechtigte an Aktien	840	§ 265. Bekanntmachung der Bilanz	1004
§ 226. Erwerb eigener Aktien	842	§ 266. Bestellung von Revisoren zur Bilanzprüfung	1005
§ 227. Einziehung von Aktien	846	§ 267. Pflichten des Vorstands bei Bilanzrevision; Kosten	1009
§ 228. Kraftloserklärung	851	§ 268. Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gründung und Geschäftsführung	1011
§ 229. Beschädigung von Aktien	853	§ 269. Geltendmachung auf Verlangen der Minderheit	1014
§ 230. Neue Gewinnanteilscheine	853	§ 270. Verzicht und Vergleich	1015
Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.		§ 271. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen	1016
§ 231. Begriff des Vorstands, Bestellung	853	§ 272. Verfahren bei Anfechtung	1022
§ 232. Vertretung	863	§ 273. Wirkung der Anfechtung	1026
§ 233. Firmenzeichnung	872	Vierter Titel.	
§ 234. Anmeldung zum Handelsregister	874	Abänderungen des Gesellschaftsvertrages.	
§ 235. Beschränkung der Vertretung	876	§ 274. Statutenänderung	1032
§ 236. Konkurrenzverbot	880	§ 275. Erforderliche Mehrheit bei Statutenänderungen	1036
§ 237. Lantime des Vorstands	884	§ 276. Änderung der Verpflichtung zu Nebenleistungen	1040
§ 238. Prokuristen	889	§ 277. Eintragung von Statutenänderungen	1040
§ 239. Buchführung	892	§ 278. Voraussetzung der Erhöhung des Grundkapitals	1043
§ 240. Pflicht des Vorstandes bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals; Konkursanmeldung	896	§ 279. Einlagen und Übernahmen bei Kapitalserhöhung	1049
§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder	899	§ 280. Anmeldung des Beschlusses auf Kapitalserhöhung	1051
§ 242. Vorstands-Stellvertreter	909	§ 281. Zeichnung bei Kapitalserhöhung	1052
§ 243. Bestellung des Aufsichtsrats	910	§ 282. Bezugsrecht der Aktionäre bei Kapitalserhöhung	1054
§ 244. Bekanntmachung	915	§ 283. Bezugsrecht Dritter	1057
§ 245. Vergütung des Aufsichtsrats	916		
§ 246. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	920		
§ 247. Vertretungsrecht des Aufsichtsrats	927		
§ 248. Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat	928		
§ 249. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder	931		

Allgemeine Einleitung.

I. Entstehungsgeschichte und Gestalt des HGB.

Allgemeine
Einleitung.

Einen geschichtlichen Überblick über die Quellen des Handelsrechts, dessen Wurzeln ins Mittelalter zurückreichen, zu geben, liegt außerhalb des diesem Werke gesteckten Rahmens. Ebenso kann hier der Frage nicht nachgegangen werden, weshalb überhaupt ein gesondertes Handelsrecht besteht und notwendig ist (Heß im ArchZivPrag. 92, 439 ff.; Gierke § 2). Wir beschränken uns daher auf eine kurze Darstellung der Entstehungsgeschichte.

1. **Das alte HGB.** Am 18. Dezember 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundestage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Münchener Kommission“ stellte in jahrelanger Arbeit (1857–61) den Entwurf fertig. Der Bundestag, dem eine eigene Gesetzgebungsgewalt abging, empfahl ihn den deutschen Staaten zur Annahme. Die meisten Staaten führten den Entwurf unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten ein (Preußen 1861). Damit war das **Allg. D. HGB.** zustande gekommen. Anm. 1.

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 Rgef. v. 16. April 1871, für Bayern durch Rgef. v. 22. April 1871, für die Reichsländer durch Rgef. v. 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung v. 22. März 1891. Auch in den deutschen Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten wurde das HGB. als Rgef. eingeführt: dort durch Gef. v. 10. Juli 1879, hier durch Gef. v. 17. April 1886 bzw. 15. März 1888; jedoch mit der Maßgabe, daß örtliches Handelsgewohnheitsrecht in erster Linie zur Anwendung kommen sollte. In Kiautschou ist das HGB. durch kais. Verordnung v. 27. April 1898 eingeführt worden.

Das alte HGB. war aber nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben; der das Aktienrecht behandelnde Teil wurde zweimal geändert, nämlich durch die sog. Aktiennovellen v. 11. Juni 1870 und v. 18. Juli 1882.

2. **Das neue HGB.** Die Neuschaffung wurde durch die einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechts nötig. Die Vorschriften des Allg. D. HGB. mußten in Einklang gebracht werden mit den Vorschriften des BGB. Bei dieser Gelegenheit nahm man die Ergänzungen und Änderungen vor, die sich im Laufe der Jahrzehnte, während deren das alte HGB. in Geltung gewesen war, auch bei diesem bewährten Gesetzbuche als notwendig herausgestellt hatten. Um dieselbe Zeit, als das BGB. 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 Wintersitzung 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. 2.

Allgemeine Einleitung.

Ann. 3.

Es trägt den Titel „Handelsgesetzbuch“, ohne den Zusatz: „für das Deutsche Reich“. Datiert ist es v. 10. Mai 1897. Es ist nicht mehr, wie das Altg. D. HGB., in fünf, sondern nur in vier Bücher eingeteilt. Das frühere dritte und 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, in Artikel. Dagegen hat das E.O. Artikel.

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

Ann. 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.

Das HGB. ist seither einmal abgeändert worden, und zwar durch Rgef. v. 30. Mai 08, jedoch betrifft diese Abänderung nur einige Vorschriften über die Seeversicherung (§§ 782, 787—791). — Eine außerdem geplante Abänderung des § 63 (i. Erl. dazu) ist bisher nicht zur Ausführung gelangt.

Als Gesetze, die das HGB. vielfach ergänzen, sind zu nennen: Das Rgef. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, das Rgef. über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 (bes. dessen §§ 43—48, Sonderbestimmungen über die Versicherungsagenten), sowie das Rgef. vom 27. Mai 1908 über die Neufassung des Börsengesetzes.

II. Das Anwendungsgebiet des HGB.

Ann. 5. 1. Das HGB. enthält keine Vorschriften darüber, auf welche Rechtsangelegenheiten es Anwendung findet. Mit Recht. Es bezieht sich eben auf alle die Angelegenheiten, über welche sein Inhalt Verfügung trifft. Darum ist auch der Begriff **Handelsfachen** nicht gesetzlich erläutert. Überflüssig wäre es, wenn das HGB. sagte, es komme in Handelsfachen zur Anwendung. Und umgekehrt ist es lediglich ein zwar richtiger, aber selbstverständlicher Satz, zu sagen: Handelsfachen seien die Gegenstände, die das HGB. regelt. Anderseits ist aber jede andere Bestimmung des Rechtsbegriffes Handelsfachen unrichtig. Denn, regelt das HGB. einen Tatbestand nicht, so ist er im rechtlichen Sinne keine Handelsfache, sondern folgt allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln, auch wenn seiner wirtschaftlichen Natur nach seine Zugehörigkeit zum Handel unbestreitbar ist. Handelsfache im Rechtsinne und Handelsfache im Wirtschaftsfinne decken sich also nicht, wie auch der juristische Begriff des Kaufmanns nicht mit dem wirtschaftlichen zusammenfällt (§ 1 Ann. 2). Von dem hier behandelten materiell-rechtlichen Begriff der Handelsfache ist der prozessuale der Handelsfache — eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für welche die Kammer für Handelsfachen (§ 101 GVG.) zuständig ist — zu unterscheiden. Endlich ist auch der Begriff der Handelsfachen nicht zu verwechseln mit dem engeren der Handelsgeschäfte als einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften (i. § 1 Ann. 32).

Das Gesetz sagt demgemäß das an sich Selbstverständliche nicht, daß in Handelsfachen das HGB. Anwendung findet. Es sagt nur, daß „in Handelsfachen die Vorschriften des HGB. nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im E.O. oder im E.O. ein anderes bestimmt ist“ (Art. 2 E.O.-HGB.). Dies zu sagen, hat einen guten Sinn. Damit soll in allen den Rechtsfragen, in denen das HGB. eine Entscheidung getroffen hat, das HGB. von der Anwendung ausgeschlossen sein (Ann. 18).

Ann. 6. 2. Das **örtliche Anwendungsgebiet** ist das gleiche, wie das des alten HGB. (Ann. 1). Insbesondere gilt das HGB. auch in den deutschen Konsulargerichtsbezirken (Rgef. v.

7. April 00 § 19) und in den deutschen Schutzgebieten (Rgef. v. 25. Juli 00 § 3), jedoch **Allgemeine Einleitung.** nur, soweit nicht dort geltendes Handelsgewöhnheitsrecht ein anderes bestimmt.

Die den Gegenstand des internationalen Privatrechts bildenden Fragen: inwieweit auch ausländisches Recht von deutschen Gerichten anzuwenden sei, können hier nicht eingehend erörtert werden. Lit.: Die bekannten Werke über das Internationale Privatrecht von Bar, Zitelmann, Barazetti, Neumann und Niemeyer. Ferner: Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf der Grundlage der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 02; Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht in JheringsJ. 40, 1—87; 42, 309—352; 43, 299—435; Krohn, Die Vertragsobligationen in materieller Beziehung nach deutschem internationalen Privatrecht, Berlin 09; Bloch, Normen über die internationalen Rechtsbeziehungen auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts, Wien 09; Habicht, Internationales Privatrecht nach dem E.G.B.G., Berlin 07; Düringer-Sachenburg, Allg. Einleitung Anm. 9—26, S. 15—32; außerdem vgl. R.G. 68, 203 und die dort Zit.

Nur folgendes sei hier bemerkt:

Die räumlichen Herrschaftsgrenzen der Normen des HGB. in Kollisionsfällen mit dem ausländischen Recht werden in Art. 7—31 E.G.B.G. gezogen. Diese Vorschriften bilden indes kein zusammenhängendes Ganze, sondern nur einen Torso. Für das Vermögensrecht, insbes. für das Sachenrecht und die Schuldverhältnisse, läßt eine große Lücke (Art. 11 trifft nur wegen der Form eines Rechtsgeschäfts, Art. 12 nur wegen der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen Bestimmungen). Soweit Lücken vorhanden sind, sind sie durch die aus der Natur der Rechtsverhältnisse abzuleitenden allgemeinen Grundsätze zu ergänzen, im Anschluß an die durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch gewonnenen wertvollen Ergebnisse. Einige allgemeine Grundsätze geben Art. 27, 28 (Rückverweisung), 29 (Heimatlose), 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 (zur Auslegung vgl. R.G. 60, 299; 62, 404; f. auch § 67 Anm. 6 a. E.). Es haben also die Vorschriften des neuen Rechts, die ausschließlichen (exklusiven) Charakter haben (Anm. 12 ff.), unbedingte Anwendung zu finden, auch auf Verhältnisse, die sonst nach ausländischem Rechte zu beurteilen wären. Die obigen aus dem HGB. und dem E.G.B.G. und den allgemeinen Gesichtspunkten herzuleitenden Grundsätze in örtlichen Kollisionsfällen gelten auch entsprechend für das örtliche Anwendungsgebiet der Normen des Handelsrechts.

3. **Das zeitliche Anwendungsgebiet.** Zeitlich ist das HGB. am 1. Januar 1900 zugleich mit Anm. 7. dem E.G.B. in Kraft getreten; nur der 6. Abschnitt des 1. Buchs (Handlungsgehilfen) ist bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft (Art. 1 E.G.HGB.).

Die Frage, nach welchem Rechte die am 1. Januar 1900 schwebenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen sind, spielt jetzt keine große Rolle mehr. Trotzdem erscheint es zweckmäßig, den Übergangsgrundsätzen einige Worte zu widmen. Lit., soweit sie für das Handelsrecht besonders in Betracht kommt: Lehmann, Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen HGB. in R.H. 48, 1—120 und 387—388; ferner f. bei Goldheim 9, 25; ferner Staub, HGB. 6/7. und 8. Aufl.

- a) Das E.G.HGB. hat allgemeine Übergangsvorschriften überhaupt nicht und nur wenige besondere Übergangsvorschriften gegeben: Art. 22 (über Firmen), Art. 23 (Errichtung von Aktiengesellschaften), Art. 24 (Zusammenlegung von Aktien), Art. 25 (Kraftloserklärung von Aktien), Art. 26 (Außerkurssetzung von Aktien), Art. 27 (Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder von A.G.), Art. 28 (Zusicherung von Aktienbezugsrechten).
- b) Daher war der Wissenschaft die Aufgabe gefallen, diese Lücke auszufüllen. Grundlegend Anm. 9. war die Erwägung, daß es im Geiste der an einem Tage in Kraft getretenen, als organisches Ganze gedachten Gesetzbücher liegt, für die Übergangszeit die Bestimmungen des

Allgemeine
Einleitung.

Anm. 10.

GG.BGB. auch für das HGB. gelten zu lassen (Art. 2 GG.HGB.: RG. 43, 27; 60, 46; OLG. Kiel in OLG. 6, 1).

Die Grundsätze des BGB. und des GG.BGB. über das zeitliche Herrschaftsgebiet der Rechtsnormen — Grundsätze, welche, soweit Lücken vorhanden sind, aus den allgemeinen, durch Wissenschaft und Praxis sich ausbildenden Grundsätzen zu ergänzen sind — lassen sich im knappsten Umriß dahin zusammenfassen (Hauptwerk hierüber: Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. 01; j. a. Mffolter, Das intertemporale Privatrecht, 01): Ein ausdrücklicher grundsätzlicher Ausspruch für die Lösung des zeitlichen Widerstreits fehlt. Die Motive zum BGB. (I 19) fassen die Grundgedanken, wie folgt, zusammen. Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft; erworbene Rechte bleiben von ihnen unberührt. Indes kann das Gesetz Ausnahmen bestimmen: 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, das Gesetz wolle die Rückwirkung, insbesondere wenn schwerwiegende politische, soziale, wirtschaftliche oder sittliche Rücksichten zu dem neuen Gesetze geführt haben (Anm. 12 ff.: RG. 40, 314; 42, 100; 44, 59; 51, 161; 54, 154 und in JW. 01, 1). Das GG.BGB., das von allgemeinen Regeln absteht, hat ausführliche Einzelvorschriften gegeben in Art. 153—218 (Gruppierung bei Habicht § 3). War hierbei auch der Grundsatz der Nichtrückwirkung vorzugsweise maßgebend, so erheischte doch der Gedanke 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 GG. Im allgemeinen werden erworbene Rechte geschützt; namentlich ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung bezüglich der Schuldverhältnisse in Art. 170 anerkannt. Kommt aber in den neuen Bestimmungen nur eine neue rechtliche Prägung und Gestalt 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 nur die früheren Rechtsvorschriften, sondern auch die für das schwebende Verhältnis getroffenen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen ihre Gültigkeit behalten. Denn der Sinn einer Vertragsbestimmung, durch die eine Gesetzesnorm des nachgiebigen Rechts geändert wird, ist der: mag das Gesetz hierüber bestimmen, wie immer, wir wollen, daß zwischen uns dasjenige Rechtens sei, was wir hiermit vereinbaren.

Anm. 12. d) Die hiernach zur Anwendung gelangenden Übergangsbestimmungen des GG.BGB. erfahren jedoch eine erhebliche Ergänzung und Abänderung durch folgenden allgemeinen Grundsatz: **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 Grundsatz durchbricht und ergänzt die sonst gegebenen Übergangsvorschriften (RG. 42, 97). Entsprechend heißt es in den Motiven zu Art. 170 GG.BGB.: „Durch die Vorschrift des Art. 170 soll nicht ausgeschlossen sein, daß, wenn einzelne Normen des BGB., 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.“

Anm. 13. a) Es fragt sich nun: **Wann hat ein Gesetz einen solchen ausschließlichen Charakter?** Dies kann selbstverständlich nur ausnahmsweise, nur dann angenommen werden,

wenn überzeugend erkennbar ist, daß der Gesetzgeber die Rückwirkung gewollt hat (RG. 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. 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 (RG. 42, 102; 66, 218 u. 250). 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. BGB.; s. Anm. 6); 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 (RG. 42, 99; 43, 23; 54, 155 u. in LZ. 08, 223³). Die fortgesetzte Anwendung des entgegenstehenden Gesetzes würde sonst die Beseitigung dieser Zustände hindern oder wesentlich erschweren (s. a. Erf. zu § 372). Im wesentlichen stimmt dieser Grundsatz mit dem von Pappenheim (bei Gruch. 42, 328) aufgestellten überein. Denn wenn Pappenheim ihn auch — in etwas abweichender Fassung — 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.

b) Zu diesen, in bestehende Verhältnisse sofort eingreifenden, sogenann- Anm. 14.

ten rückwirkenden Bestimmungen gehören die zahlreichen sozialpolitischen Vorschriften des **GG.**, insbesondere die Schutzbestimmungen für die Gesundheit der Handlungsgehilfen (§ 62), aber auch die Zwangskündigungsvorschriften (§§ 67 ff.) und die Bestimmungen über die Konkurrenzklausei (§§ 74, 75). Sie sollten einem sozialen und politischen Interesse zugleich dienen, und zwar einem solchen von ganz hervorragender Wichtigkeit, sie sollten einen Teil der Ausführung jenes Programms bilden, das sich der Gesetzgeber seit mehr als einem Jahrzehnt gesetzt hatte. Entschieden muß hierbei dem Standpunkte von Horrmig (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 Absicht 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, 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.; zust. LZ. Kolmar in LZ. 08. 5, 264) und über die Konkurrenzklausei (§§ 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 am 1. Januar 1898 (Anm. 7) Anwendung. Für die Konkurrenzklausei hat sich freilich das Reichsgericht im entgegengelegten Sinne entschieden (RG. 42, 97; 43, 23; 48, 132).

c) Die hier (a bis d) entwickelten Grundsätze sind im wesentlichen maßgebend bei der Er- Anm. 15.
örterung der Frage, nach welchem Rechte sich die schwebenden Verhältnisse richten. Freilich ist dabei nicht ausgeschlossen, daß hier und da für die Entscheidung noch andere Gesichtspunkte in Betracht kommen können.

Allgemeine
Einleitung.

III. Die Rechtsquellen des Handelsrechts.

Wir unterscheiden ordentliche und außerordentliche Rechtsquellen des Handelsrechts.

Anm. 16. Die ersteren sind das *HGB.* und das *BGB.*, die letzteren sind das Landesrecht, die übrigen Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht.

Anm. 17. A. Die ordentlichen Rechtsquellen des Handelsrechts: Das *HGB.* und das *BGB.*

1. **Das *HGB.*** Nicht nur seine ausdrücklichen Vorschriften kommen in erster Linie als regelmäßige Rechtsquelle des Handelsrechts zur Anwendung, sondern auch alle die Rechtsätze, die durch Auslegung gewonnen werden (denn mit dem Gesetze sind alle seine logischen Folgerungen zum Gesetze erhoben), und endlich auch die, die sich durch entsprechende Anwendung des Gesetzes ergeben. Denn das *HGB.* ist zwar ein Sonderrecht des Handelsverkehrs (*Anm. 5*), aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Folgerichtigkeit und daher nicht lediglich strenger Auslegung fähig (Vehrend § 17 *Anm. 4*; *RCGH.* 11, 417).

Anm. 18. 2. **Das *BGB.*** Dieses kommt in Handels Sachen nur insoweit zur Anwendung, als nicht im *HGB.* (oder im *EGHB.*) ein anderes bestimmt ist (*Anm. 5*). Es ist also eine ergänzende (subsidiäre) Rechtsquelle des Handelsrechts. Das *BGB.* steht dem *HGB.* auch insoweit nach, als letzteres Vorschriften nachgiebigen Rechts enthält. Andererseits kommt es in allen den Fragen zur Anwendung, für die aus dem *HGB.*, sei es unmittelbar, sei es durch Auslegung oder durch Analogie, nichts zu entnehmen ist. Seine Vorschriften sind nicht etwa in dem Sinne subsidiär, in dem es die Landesstrafgesetze gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch sind (§ 2 *EGStGB.*), so daß alle die Gegenstände, 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 erläutern, aus dem *BGB.* zu entnehmen. Beispiele: Bürgschaft (*ROHG.* 16, 412); Kauf (*RG.* 1, 57; 26, 43). Ebenso sind die Rechtswirkungen von Begriffen, die das *HGB.* verwendet, soweit sie nicht im *HGB.* angeordnet sind, dem *BGB.* zu entnehmen (z. B. Heilung des Verzugs, *RCGH.* 7, 227). Endlich sind die allgemeinen 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 ufm., dem *BGB.* zu entnehmen. (Für Aktiengesellschaften vgl. § 178 *Anm. 6*).

Anm. 19. B. Die außerordentlichen Rechtsquellen des Handelsrechts.

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

a) Art. 15 Abs. 1 *EGHB.* bestimmt hierüber, daß die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze insoweit unberührt bleiben, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im *HGB.* auf die Landesgesetze verwiesen ist. (Zu letztem Punkte vgl. *Anm. 22*). Sie bleiben, wie ergänzend hinzuzufügen ist, auch insoweit unberührt, als es im *EGBGB.* bestimmt ist (Art. 3 und 55 *EGBGB.*). So werden in Art. 16—18 *EGHB.* eine Reihe landesgesetzlicher Vorschriften (über Lagerheine, Scheds ufm.) als „unberührt“ bezeichnet. Und nach Art. 75 und 76 *EGBGB.* blieben 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 *EGBGB.*), die in Tragweite und Wirkung gleichwertig sind (Stranz in *Folgenborff-Kohlers Enzyklopädie* I 5a § 3). Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden (Art. 15 Abs. 2 *EGHB.*; Art. 218 *EGBGB.*).

Anm. 20. b) Soweit das Landesrecht als Rechtsquelle des Handelsrechts überhaupt in Frage 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.

Allgemeine
Einleitung.

a) Diese sollen nach Art. 2 Abs. 2 GG. durch das BGB. 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 BGB., die Bestimmungen des anderen Reichsgesetzes entscheiden. Das hat darin seinen Grund, daß man die anderen Reichsgesetze als Sondergesetze betrachtet, die für besondere Verhältnisse berechnet sind und der Anwendung der Vorschriften eines allgemeinen Gesetzbuchs daher entrückt sein sollen. Das gilt selbstverständlich vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 32 GG. b. h. die Reichsgesetze kommen nur insoweit in Betracht, als sich nicht etwa aus dem BGB. die Aufhebung ergibt. Anm. 21.

b) Soweit in Reichsgesetzen (oder in Landesgesetzen) verwiesen ist auf Vorschriften des früheren Allg. D. BGB., treten die entsprechenden Vorschriften des jetzigen BGB. an deren Stelle (Art. 3 GG.). Hier ist nur an die echte Verweisung gedacht (auf diese bezieht sich auch der entsprechende Art. 4 GG.). 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 Gegenstände oder ganze Rechtsteile. Als Beispiel einer Verweisung sei angeführt: das Depotges. v. 5. Juli 1896 § 3 lautet: „Der Kommissionär (Art. 360, 378 BGB.), welcher einen Auftrag“ usw.; hier treten die §§ 383 und 406 des jetzigen BGB. an die Stelle. (Über die unechte Verweisung s. Stranz a. a. O. § 20.) Anm. 22.

3. Das Handelsgewohnheitsrecht.

Anm. 23.

a) Im BGB. ist das Gewohnheitsrecht nicht erwähnt. Bekanntlich hatte das alte BGB. im Art. 1 das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt, und zwar derart, daß es der Reihenfolge nach hinter dem BGB., aber vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung gelangte. Das jetzige BGB. 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 abändernde Kraft habe (D. 4). Dabei hält die Denkschrift partikulares Gewohnheitsrecht fernerhin überhaupt für ausgeschlossen. Wie hat sich die Wissenschaft zu diesen Fragen zu stellen?

b) Die Untersuchung der Frage, ob das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen sei, ist für das bürgerliche Recht und das Handelsrecht die gleiche. Denn für das Handelsrecht gilt ja 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. 24.

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, „Zaien-verstand und Rechtsprechung“ in JheringsJ. 38, 466). Anm. 25.

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 nur 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,

Allgemeine Einleitung.

der sich in den Rechtsverkehr begibt. Die Sicherheit des Verkehrs erfordert es insbesondere, daß Rechtsgeschäfte, deren Sinn zweifelhaft ist, so ausgelegt werden, wie dies der 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 Verkehrsgegnern 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. Im wesentlichen übereinstimmend Danz in DZ. 08, 27; Lehmann Lehrb. § 9; RG. im „Recht“ 07, 245, jedoch mit dem Hinweis, daß eine unter Vollkaufleuten geltende Handelsübung nicht in allen Fällen auch für den Verkehr zwischen einem Vollkaufmann und einem Minderkaufmann maßgebend sei; vgl. auch RG. 53, 147 und OLG. Kolmar im „Recht“ 08 Nr. 2410. 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 vierwöchige Frist gewollt hat, kommt in Betracht; vielmehr ist die Frist als eine einmonatige zu verstehen und gemäß § 67 BGB. gültig. Übereinstimmend Danz in JheringsJ. 36, 405 u. 406; auch Pland zu § 157 steht auf diesem Standpunkte; ebenso OLG. I Berlin in RGHl. 01, 98. U. M. Cosack § 23, der meint, daß die Geltung der Verkehrssitte auf der Unterwerfung durch die Partei beruht, welche Unterwerfung jedoch „blindlings“ geschähe. U. M. auch Düringer-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 7, die meinen, daß die Verkehrssitte zunächst ohne Rücksicht auf den Willen der Partei wirke, daß aber jeder Partei der Nachweis offen gelassen sei, die Anwendung der Übung auf sie sei ausgeschlossen. Gegen die hier vertretene Auffassung auch Dernburg II § 10; Näheres § 346 Anm. 9.

Anm. 26. 2) 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 nur die auf sittlichen Gründen beruhende Verkehrsübung, sondern auch die **gewohnheitsrechtliche Übung, die Rechtssitte oder das Gewohnheitsrecht**, anzuwenden.

Das gilt nicht nur 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 der §§ 157 und 242 BGB. zur Anwendung gelangen. Im Verkehr unter deutschen Kaufleuten im Ausland sind sogar die Verkehrsitten des betr. Auslandsortes zu berücksichtigen (JW. 08, 491).

Anm. 27. 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 Gesetz der Preis einer gekauften Sache sofort zu bezahlen, so kommt diese gesetzliche Regel doch nicht zur Anwendung, wenn im Weinhandel ein sechsmonatiges Ziel verkehrssüblich ist, und noch weniger, wenn das rechtssüblich ist.

So weit 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, 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 die 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 Gründe sprechen gegen Ed (Vorträge 22), Küngel (bei Gruch. 41, 488), die partikulares Gewohnheitsrecht schlechtweg verwerfen, und ebenso gegen Goldmann-Vilienthal (§ 7), die jedem Gewohnheitsrecht die Geltung versagen, weil es mit unserem neuzeitlichen Verfassungsleben nicht vereinbar sei. Wir finden es im Gegenteil durch die §§ 242 und 157 BGB. bestätigt, zunächst wenigstens für den Bereich dieser Paragraphen.

- *) 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:

- aaa) **Reichsgewohnheitsrecht.** Daß sich Gewohnheitsrecht bilden kann, ist durch die obigen Ausführungen dargetan. Kann es sich nun aber innerhalb eines bestimmten Anwendungsbereiches bilden, so ist es als Rechtsquelle überhaupt anerkannt. In den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten Deutschlands ist das Handelsgewohnheitsrecht sogar an erster Stelle als Rechtsquelle anerkannt (Anm. 6). 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 Kontokorrent erzeugt hat. Nichts zwingt dazu, seine rechtserzeugende Kraft für die Zukunft zu verneinen. Darauf deutet auch Art. 2 GG. hin: Gesetz im Sinne des BGB. ist jede Rechtsnorm. 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 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 23, 24), sondern auch eine widerstreitende (derogierende), so daß ein allgemeines Gewohnheitsrecht selbst gegen das Gesetz gilt (so Dernburg I § 28; Pland I 38, 39; Küngel bei Gruch. 41, 488). Nur muß die Gewohnheit wirklich eine allgemeine sein, die Rechtseinheit darf darunter nicht leiden. Die entgegengesetzte Auffassung verkennt die einer Elementargewalt gleiche Macht der Rechtsüberzeugungen und der Übung. Der Wille, Gewohnheitsrecht, selbst abänderndes, auszuschließen, wäre machtlos (Stranz a. a. O. § 13). Fraglich bleibt nur, ob sich widerstreitendes Gewohnheitsrecht auch gegen zwingende Rechtsätze bilden kann; dies ist zu bejahen (Pland I 39; anders Staub 6./7. Aufl.). Endlich kann sich Gewohnheitsrecht selbst sowohl als nachgiebiges wie auch als zwingendes Recht bilden (anders Staub 6./7. Aufl. Anm. 25, der es nur als nachgiebiges Recht anerkennt).
- bbb) **Landesgewohnheitsrecht.** Partikulares Gewohnheitsrecht kann gegenüber dem Reichsrecht, wenn nicht die Rechtseinheit Schiffbruch leiden soll, weder als widerstreitendes,

Allgemeine Einleitung.

noch als ergänzendes aufkommen. Dies folgt schon aus dem Kodifikationscharakter der neuen Gesetzbücher sowie aus Art. 55 GG. 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. Dies entspricht auch der herrschenden Ansicht. Ed (Vorträge 1) will ergänzendes, Krüdmann (JheringsZ. 58, 191 ff.) sogar widerstrebendes 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 Berücksichtigung 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 242 BGB. zuzulassen, weil es durch diese Paragraphen bestätigt ist.

Anm. 32. 77) Schließlich sei hervorgehoben, daß für die dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiete 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 gesetzlicher Aussprüche zu erinnern. Dernburg (I § 28) will — nicht zutreffend — dem Gewohnheitsrechte hier nur dieselbe Kraft beimessen, die es auch bisher nach Landesrecht hatte (Stranz a. a. O. § 13).

Anm. 33. c) Da sich hiernach Gewohnheitsrecht bilden kann, ist es nötig, seinen Begriff und seine Erfordernisse festzustellen (Näheres bei Ripp-Windscheid I §§ 15 ff.; Gierke, ArchPrR. I 165 ff.; vgl. auch RG. 3, 210).

a) **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 Rechtsſitte 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, s. § 346 Anm. 7 ff.

Anm. 34. Die Verkehrsſitte und die Rechtsſitte (der Gebrauch und das Gewohnheitsrecht) 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 Rechtsſitte 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 Rechtsſitte zusammenwerfen. Er tut dies dadurch, daß er die Verkehrsſitte zur Rechtsſitte erhebt. Der begriffliche Unterschied bleibt aber bestehen. Er liegt darin, daß nur der Rechtsſitte, nicht auch der Verkehrsſitte, die *opinio necessitatis* zugrunde liegt. (Ähnlich Lehmann Lehrb. § 9.)

Anm. 35. 3) Welches die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts im einzelnen sind, richtet sich in 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 Rechtsjages. **Allgemeine Einleitung.** Nicht die Überzeugung allein, ohne die entsprechende Übung (R.D.F. 9, 23; R.G. 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 in Frage gestellt.

d) Eine sehr wichtige Art von Gewohnheitsrecht sind auf dem Gebiete des **Anm. 36.** Handelsrechts die **Börsenufancen.**

a) Unter dem früheren Recht wurden die Börsenufancen lediglich als Verkehrsitten betrachtet, ihr Charakter als Gewohnheitsrecht aber geleugnet (R.D.F. 1, 92; 4, 140; 8, 257; so auch die Auflagen vor 1900 § 10 zu Art. 1; so noch jetzt Düringer-Sachsenburg Allg. Einl. Anm. 8), 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 (Anm. 27), und die Börsenufancen bewegen sich ja lediglich auf Gebieten, die innerhalb der Grenzen der §§ 157 und 242 liegen. Im ersten Zustand ihrer Bildung werden allerdings auch die Börsenufancen als bloße Verkehrsitte 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 Verkehrsitte zur Rechtsitte, schließlich erachtet man sich für rechtlich gebunden. Insbesondere wird dieser Zustand in dem Zeitpunkte eintreten, in dem das maßgebende Börsenorgan die betreffende Ufance als feststehend den Beteiligten bekannt gibt. Solche Kundgebung ist kein rechtserzeugender Akt, aber sie gibt dem Bewußtsein der Notwendigkeit einen festen Halt, sie verwandelt es aus einem Bewußtsein sittlicher Notwendigkeit in ein solches rechtlicher Notwendigkeit.

β) Demgegenüber erklärt Cosac § 93 Ufancen für von den Börsenorganen gesetztes **Anm. 37.** autonomes Recht; f. dagegen Lehmann Lehrb. § 9 S. 49 und Rießer-Rehm BörsG. § 4 Anm. 14; **Autonomie ist die Befugnis zum Erlass von Rechts-satzungen 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, öffentlichrechtliche Körperschaften usw.) „bloß Raum gibt“ (R.G. 23, 26; 38, 124; Dernburg I § 20; Stranz § 13). In Handels-sachen hat in früheren Zeiten die Autonomie der Städte und der kaufmännischen Körperschaften eine große Rolle gespielt. Den Börsenufancen aber den Charakter einer autonomen, durch die Börsenorgane geschaffenen objektiven Rechtsatzung, die als solche alle Beteiligten unmittelbar bindet, beizulegen, geht nicht an. Cosac meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil oft bestimmt werde, daß eine Regel, die bisher in unangefochtener Übung stand, von einem bestimmten Zeitpunkte ab außer Kraft treten und einer andern Regel weichen soll. Gewiß verfahren die Börsenorgane bisweilen in dieser Weise. Das so Festgesetzte ist allerdings zunächst kein Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht ist nur das, was infolge des Be-wußtseins rechtlicher Notwendigkeit geübt wird; solche Börsenufancen, die es unstreitig gibt, bilden sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan und werden durch dieses nur festgestellt. Auf solche beziehen sich unsere Ausführungen Anm. 36. Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosac beschreibt, so stellen ihre Festsetzungen zunächst überhaupt kein Recht dar, sondern sind in folgender Weise zu erklären. Eine solche Festsetzung der Börsenorgane ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen Ermessen die Ein-haltung dieser Börsenbedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten ent-spricht, daß es daher für wünschenswert erachtet wird, wenn die Geschäfte an der

**Allgemeine
Einleitung.**

Börse möglichst allgemein unter ihrer Zugrundelegung abgeschlossen werden. Ein solcher Ausdruck des leitenden Organs hat zur Folge, daß er in gewisser Weise beachtet 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 Börsenbesucher, der im Rahmen einer organisierten Börse ein Geschäft abschließt, angenommen werden, daß er in Gemäßheit jener Bedingungen handle, wenn er das Gegenteil nicht erklärt. So schafft die Bekanntmachung des Börsenorgans nicht eine besondere 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 Veröffentlichung von Börsenbedingungen liegt hiernach bald auf der letzten, bald auf der ersten Strecke des Weges, den eine Übung zurücklegt, ehe sie sich aus einer Verkehrssitte in eine Rechtsitte verwandelt. Auf der letzten Strecke, wenn sie eine vorhandene Übung feststellt, auf der ersten, wenn sie neue Bedingungen festsetzt, deren einheitliche Befolgung sie für wünschenswert erachtet.

IV. Die Stellung der Frau im Handelsrecht.

Lit.: Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 03; Schimmer, Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau in ZfR. 52, 485; Frankenburg, Die Ehefrau als Handelsfrau oder Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts in HdbH. 8, 68; Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau in ArchZivPrag. 91, 142; Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach BGB., Leipzig 07; Türringer-Hachenburg, Allg. Einl. Ann. 34 ff.

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

Ann. 38. Das Geschlecht als solches begründet in bezug auf die Geschäftsfähigkeit keinen Unterschied zwischen Männern und Weibern. Das BGB. kennt keine Beschränkungen nach dieser Richtung. Demgemäß ist die Frau, insbesondere die unverheiratete, die wir hier zunächst im Auge haben, nicht gehindert, sich durch Verträge zu verpflichten; daraus folgt ihre Fähigkeit, ein Gewerbe und insbesondere ein Handelsgewerbe selbständig zu betreiben. Demgemäß brauchte auch das BGB. nicht 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. Auch besondere Rechtswohlthaten für Frauen kennt unser Recht nicht. Die Frauen sind grundsätzlich nicht schlechter und nicht besser gestellt, als die Männer. Unter andern finden die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt usw. auf sie ebenso Anwendung, wie auf die Männer (RG. in ZfR. 1897, 167 u. 168). Vgl. daher für den Fall der Minderjährigkeit der Handelsfrau § 1 Ann. 20, 21.

Ann. 39. B. Insbesondere die Ehefrau als Handelsfrau.

1. Die Ehefrau wird dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, Handelsfrau (Kaufmann). Der Umstand, daß sie verheiratet ist, bildet kein Hindernis. Für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, gilt dasselbe, 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 (§ 1399 BGB.; RG. 59, 31).

Hiernach kann eine Ehefrau **ohne Einwilligung ihres Ehemannes** Handelsfrau sein. **Allgemeine Einleitung.** 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 irgendein Gewerbe betreibt und eingetragen wird; auch die im Erl. zu § 5 aufgestellten Grundsätze über die Geltung als Kaufmann beziehen sich auf die Ehefrau. (Im Vorübergehen sei hier 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 Handelsschulden des Mannes richtet sich stets nach den allgemeinen Regeln.) **Anm. 40.**

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). Es ist auch ohne Bedeutung für die Gültigkeit der im Betriebe des Handelsgewerbes übernommenen Verpflichtungen, insbesondere auch in den Fällen, wo für Kaufleute besondere Formfreiheitsvorschriften bestehen (§ 350) oder erschwerende materielle Vorschriften (§ 348). Wohl aber ist die Frage in anderer Hinsicht wichtig, besonders für die Wirksamkeit der Verpflichtungen in bezug auf das Ehegut und für die Mitverantwortlichkeit des Mannes. (Anm. 42 ff. u. 56 ff.) — Wegen der Buchführungspflicht i. § 38 Anm. 1 u. 3. **Anm. 41.**

2. Die Gültigkeit und Wirksamkeit der im Handelsbetriebe der Ehefrau entstehenden Verpflichtungen. **Anm. 42.**

- a) Nach Maßgabe der Darlegungen in Anm. 38—41 sind die Verpflichtungen, die eine Ehefrau im Handelsbetriebe eingeht, an sich gültig.
- b) Aber mit der bloßen Gültigkeit der Verpflichtung ist den Gläubigern wenig geholfen. **Anm. 43.** Es fragt sich, in welche Vermögensskünde den Gläubigern wegen der Handelsschulden der Ehefrau der Zugriff gestattet ist. In dieser Beziehung wird der Umstand wichtig, ob der Gewerbebetrieb mit Zustimmung des Mannes erfolgt oder nicht. (Über die Frage, wann diese Zustimmung vorliegt, s. Anm. 59.)
 - c) Wenn nämlich die Ehefrau eigenmächtig das Gewerbe betreibt, so haftet lediglich ihr vorbehaltenes Vermögen (über den Umfang des Vorbehaltsguts vgl. §§ 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 Klage auf Freigabe nach § 771 ZPO. abschlagen (RG. 32, 291; vgl. auch § 774 ZPO.). **Anm. 44.**
 - d) 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 für alle Verbindlichkeiten, die sich aus Rechtsgeschäften, welche der Geschäftsbetrieb mit Zustimmung des Ehemannes mit sich bringt, ergeben, und ferner für solche, die infolge eines zu einem derartigen Erwerbsgeschäft gehörigen Rechts oder des Besitzes einer dazugehörigen Sache entstehen (§§ 1405, 1414, 1462, 1533 BGB.). Es ist nicht, wie bei der Procura (§ 49 Abs. 1 HGB.), 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 die Zustimmung des Mannes nach Lage der Sache angenommen werden muß. Es ist aber andererseits nicht nur von solchen Geschäften die Rede, die der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, wie bei der Handlungsvollmacht nach § 54; also auch außerordentliche Rechtshand-

Allgemeine Einleitung.

lungen, 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. OLR. 4, 341).

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

- Anm. 45. 3. Die dinglichen Verfügungen der Ehefrau im Handelsbetriebe.** Auch für diese Frage ist 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 HGB. der Einwilligung des Mannes; ohne diese Einwilligung ist die Verfügung der Ehefrau auch Dritten gegenüber unwirksam (RG. 54, 46; vgl. auch JW. 1911, 362¹²). Und das Gesamtgut untersteht bei bestehender Gütergemeinschaft lediglich der Verwaltung des Mannes (§ 1443 HGB.). — Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes, so sind ihre dinglichen Verfügungen auch gültig in Ansehung ihres eingebrachten Gutes (§§ 1395, 1405 HGB.) und ebenso über gütergemeinschaftliches Vermögen. 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 gütergemeinschaftliches Vermögen insoweit verfügen darf, als dies der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (vgl. § 185 HGB.).

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

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

- a) Die 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; Ullmann 7 mit ausführlicher und zutreffender Begründung; Hörle 45; Staubinger § 1366 Anm. 3. Man wird nicht berechtigt sein, das Geschäftsvermögen einer sich verheiratenden Frau ohne weiteres zum vorbehaltenen Gut zu erklären; so Dernburg IV § 40 und in DZ. 02, 465, sowie Düringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 68, letztere mit der Begründung, weil auch ihr „Arbeitsgerät“ im § 1366 HGB. zum vorbehaltenen Gut erklärt sei (unentschieden gelassen RG. 59, 29). Eine ausdehnende Auslegung ist hier nicht statthaft, da es sich um eine Ausnahmegesetzvorschrift handelt. Denn die Regel bildet, daß das Frauenvermögen eingebrachtes Gut ist (vgl. § 1363 HGB.). 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 (zust. Ullmann 18). Die zum Geschäftsvermögen einer Frau gehörigen Gegenstände können daher in buntem Gemenge den verschiedensten güterrechtlichen Charakter tragen (Cofas § 12 S. 45). 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. 44). 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. Auch

megen der Gültigkeit der dinglichen Verfügungen ist dieser Unterschied im Falle eigenmächtigen Betriebes wichtig (Anm. 45).

b) Geschäftlicher Erwerb.

**Allgemeine
Einleitung.**
Anm. 47.

- 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 nur 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.

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

Dabei darf auch nicht, wie dies Cosack (§ 12 S. 43) tut, aus dem Wortlaut des § 1367 BGB. (durch den „selbständigen“ Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) geschlossen werden, daß bei gesetzlichem Güterrecht die im genehmigten 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 Unterschied der „selbständigen“, mit Einwilligung des Mannes handelntreibenden 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; Zschimmer 487; OLG. Dresden in OLGR. 4, 341; Düringer-Sachenburg Allg. Einl. Anm. 71 u. a.: Hörle 104; Cosack sind u. a. beigetreten: Schefold 143; Dernburg IV § 35¹¹; vgl. a. RG. 59, 25). 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. U. 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: s. dagegen RG. 59, 31). Soll der Mann hierzu in die Lage versetzt werden, so muß ihm die Frau besondere Vollmacht dazu erteilen. 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

Allgemeine Einleitung.

Anm. 49. Handelsfrau im Sinne Cosachs gibt es hiernach nicht. Diese Auffassung stimmt auch mit den Anschauungen der Reichstagskommission des B.G.B. (S. 134) überein.

γ) Gleichgültig ist hier überall auch, ob die Frau Alleininhaberin des Geschäfts ist oder Gesellschafterin, wenn nur der Begriff des selbständigen Betriebes vorliegt. Dieses Erfordernis liegt vor, wenn sie offene Gesellschafterin einer o. H.G. oder persönlich haftende Gesellschafterin einer einfachen Kommanditgesellschaft wird, mag ihr auch eine Vertretungsbefugnis nicht zustehen. Es liegt nicht vor, wenn sie Kommanditistin ist (denn der Kommanditist ist nach unserer Auffassung nicht Kaufmann; § 1 Anm. 18). Auch dann liegt es nicht vor, wenn sie stille Gesellschafterin ist (zust. Ullmann 17); nach unserer Ansicht aber auch dann nicht, wenn sie persönlich haftende Gesellschafterin einer KGaA ist (auch diese betreibt das Handelsgewerbe nicht selbständig und ist nicht Kaufmann; § 320 Anm. 11).

Anm. 50. 5. Die Handelschefrau im Prozesse. (Vgl. Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen ZPO., in Gruch. 43, 133).

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 ZPO.), und die Ehefrau kann sich unbeschränkt durch Verträge verpflichten (Anm. 39). Uebrigens fügt § 52 ZPO. 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 (Anm. 48).

Anm. 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 vorbehaltenen Gut genügt in jedem Falle ein gegen die Ehefrau erlassenes Urteil. Auch zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut „genügt“, wenn die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, nach § 741 ZPO. grundsätzlich ein gegen die Frau erlassenes Urteil, (wenn auch der Ehemann mitbelangt werden darf; Ullmann 220; RG. in DZ. 04, 124 und in RW. 05, 4); allein hier greifen folgende Einschränkungen Platz:

Anm. 52. Wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau angestellten Prozesses der Ehemann seine Genehmigung zum Gewerbebetriebe offenkundig versagt hat (über diesen Begriff s. Anm. 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 Ausnützung, der Ertragschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft handelt, bei den Bestimmungen des § 739 ZPO. und für die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut bei den Bestimmungen des § 740 ZPO.

Anm. 53. aa) Danach ist die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nur zulässig (§ 739 ZPO.), 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 (RG. 50, 51) und wird ersetzt durch eine vollstreckbare Urkunde gemäß § 794 Abs. 2 ZPO. 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 (RG. 59, 234 mit ausführlichen

Literatur-Angaben über diese umstrittene Frage; s. auch RÖ. im „Recht“ 07, 982). Ist **Allgemeine Einleitung.** 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 ZPO. erhobenen Prozeß Einwendungen gegen die Leistungspflicht der Frau erheben, es sei denn, daß er der Prozeßführung gegen die Frau zugestimmt hat (§ 1400 Abs. 1 ZOB.). Ist zunächst der Mann gemäß § 739 ZPO. 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 ZPO. oder Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. erheben (abgesehen von dem eben erwähnten Falle der Zustimmung des Mannes zur Prozeßführung). Vgl. auch § 774 ZPO.

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

- β) Zur Zwangsvollstreckung gegen das Gesamtgut ist nach § 740 ZPO. eine Verurteilung des Mannes (zur Leistung) erforderlich und auch genügend, denn das Gesamtgut unterliegt seiner Verwaltung, er ist insbesondere berechtigt, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, aktiv und passiv im eigenen Namen zu führen (§ 1443 ZOB.). Das Urteil gegen die Frau in einem mit Zustimmung des Mannes geführten Passivprozeß ist auch gegen den Mann wirksam (RÖ. 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 (RÖ. in ZB. 04, 368³⁰). 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 (OLZ. 7, 303; 16, 289).
- γ) 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.
- αα) Zwar die Prozeßfähigkeit der Frau 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 (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 ZOB.), 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 ZOB.), 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 Widerspruchsklage zu (§ 774 ZPO.).
- ββ) Betreibt dagegen die Frau das Gewerbe mit Zustimmung des Mannes, so ist seine Zustimmung zu allen solchen Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Er muß sie also alle ohne besondere Zustimmung gegen sich gelten lassen, und der Gegner kann die mangelnde Zustimmung nicht einwenden (§ 1405 ZOB.; zust. Zschimmer 502).
6. **Häuft auch der Mann aus den Gewerbeverbindlichkeiten seiner Frau?** Das ist zu verneinen, wenn die Frau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt; Ausnahmen bilden

**Allgemeine
Einleitung.**

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.

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

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 durch Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Ehemann geholfen werden (Zust. 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 § 12 C. 44).

Anm. 59. b) Die Form der Einwilligung bzw. Versagung. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Stillschweigende Einwilligung besteht insbesondere darin, daß die Frau mit Wissen — wissen müssen genügt nicht — und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. Der Einspruch muß, 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, in das Güterrechtsregister nicht nur 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 Vermerk in das Register dieses Bezirks zu übertragen (§§ 1405, 1435, 1452, 1519, 1549 BGB., Art. 4 GG. BGB.). 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 geschehen. Es ist allerdings richtig, daß hiernach eine stillschweigende Einwilligung nur dann vorhanden ist, wenn der Ehemann von dem Gewerbebetriebe der Ehefrau weiß. 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 Wille 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 unbedingter Beweis dafür ist, da ja immer noch die Möglichkeit vorliegt, daß der Mann von dem Gewerbebetriebe der Frau 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 BGB.), 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 stillschweigend 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.

- c) Eine ganz andere, hiervon verschiedene Frage ist die, inwieweit der Mann vom **Allgemeine 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:

Anm. 63.

- a) Grundsätzlich 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 genehmigten Betrieb seine Rechte erheblich in Mitleidenchaft gezogen werden.

Ver sagt der Mann die Einwilligung und ist die Frau der berechtigten Ansicht, daß hierin ein Mißbrauch seines Unterfügungsrechtes liegt, so ist sie berechtigt, den Gehorsam zu verweigern. Es kann dies z. B. dann der Fall sein, wenn sie lediglich mit vorbehaltenem Vermögen das Gewerbe beginnt und vollauf Zeit und Muße dazu hat. Ver sagt der Mann die Einwilligung aus berechtigtem Grunde, so muß sie gehorchen und den Gewerbebetrieb unterlassen. Aber der Ehemann hat in keinem Falle ein Klagerecht unmittelbar auf Unterlassung, und die Frau wird auch durch den eigenmächtigen Betrieb Handelsfrau. Noch weniger kann der Mann, wie Cosack (§ 12 C. 42) will, das Geschäft der Frau einfach schließen. 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; keine Vollstreckung aus § 888 ZPO.; RG. 59, 32) oder einer Feststellungsklage seine Unterfügung verwirklichen können (Pland § 1356 Anm. 4; Lehmann-Ring § 1 Nr. 21; Düringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 36 f.). 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 Inzidenzpunkt bei einer Ehescheidungsklage in Betracht kommen. — Soweit das Erwerbsgeschäft der Frau persönliche Dienstleistungen voraussetzt, gibt § 1358 dem Manne weitere Rechte (s. Anm. 73 ff.).

Anm. 65.

Andererseits kann die Frau zwar, auch wenn sie berechtigterweise den Gehorsam 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 Beforgnis 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 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-Hachenburg Anm. 78; Lehmann-Ring § 1 Nr. 22; Ullmann 128); auch wenn er im Ehevertrage im voraus ausgesprochen ist (abw. Cosack § 12 C. 44 u. Schimmer 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 der Frau gleichgültig. In den Beziehungen, in denen es erheblich wird, ob der Mann die Einwilligung erteilt hat oder nicht, geht jedenfalls die Frage den Dritten

Anm. 67.

**Allgemeine
Einleitung.**

nichts an, ob der Mann die Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht verweigert oder die erteilte Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht zurückzieht. Dem Dritten gegenüber entscheidet lediglich die Frage, ob die Einwilligung erteilt oder offenkundig verweigert ist.

- Anm. 68.** 8. Die Rechte des Mannes an dem Geschäftsvermögen der Ehefrau, soweit es nicht Vorbehaltsgut ist, bestehen neben der Verpflichtungsfähigkeit 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 diese 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 eingebrachtes Gut auch zum Geschäftsvermögen 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 an dem durch den Geschäftsbetrieb erworbenen Vermögen, Forderungen oder sonstigen Gegenständen, ein Verfügungsrecht überhaupt nicht zu, weil diese zum vorbehaltenen Gut der Frau gehören (Anm. 47). Aus demselben Grunde fällt auch sein Nießbrauch am eingebrachten Gut, der ihm nach § 1383 BGB. zusteht, bei den im Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenständen weg (vgl. RG. 59, 25; f. a. § 22 Anm. 19).

Verfügt der Ehemann dinglich über Frauengut, über das 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. 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 γ Klage auf Freigabe erheben. (Auch Beschwerde erheben? Darüber s. 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 ZPC. 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, Zinsen usw. sind bis zu einem gewissen Grade pfändbar (hierüber § 861 ZPC.). Die Pfändbarkeit der Einkünfte wird aber für das Handelsleben bedeutungslos, weil die Einkünfte des von der Ehefrau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts ihr vorbehaltenes Vermögen werden, dem Nießbrauch des Mannes also entzogen sind (Anm. 47).

- δ) Das Gesamtgut haftet bei bestehender Gütergemeinschaft für die persönlichen Verbindlichkeiten des Mannes (§§ 1459, 1530, 1549 BGB.), also auch die 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. Anm. 47).
- b) Darf der Gerichtsvollzieher, der eine persönliche Schuld des Mannes einzutreiben hat, in den Geschäftsräumen der Handelsfrau eine Pfändung vornehmen? Nach § 808 ZPO. setzt die Pfändung voraus, daß der Schuldner den Gewahrsam der zu pfändenden Sachen hat. Gewahrsam ist Besitz im Sinne der §§ 854, 855 BGB. Bloße Innehabung, wie sie beim Besitzgehilfen nach § 855 BGB. besteht, genügt nicht. Wenn nun auch bei gesetzlichem Güterstande der Mann das Recht hat, das zum Geschäftsvermögen der Frau gehörige Geld und die dazugehörigen Waren, soweit diese eingebrachtes Gut sind, kraft seines Verwaltungsrechts zu veräußern (Anm. 68), und wenn auch der Mann 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 er 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 die Ehefrau durch Rechtsgeschäfte nicht verpflichten kann (Anm. 68), lediglich als ihr Bevollmächtigter, zu der er in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, also als ihr Besitzgehilfe. Auch § 1362 BGB. ändert hieran nichts, da hiernach nur vermutet wird, daß das, 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.

Es ist daher unzulässig, daß die Gläubiger des Mannes in den Geschäftsräumen der Frau pfänden. Häufig geschieht dies, um auf diese Weise etwas von der Frau, die nicht Schuldnerin ist, herauszuschlagen. Von den Gerichten wird es bisweilen gebilligt, indem sie die Frau darauf verträsten, daß ihr zwar die Beschwerde über die Art der Zwangsvollstreckung verfaßt, die Klage auf Freigabe (§ 771 ZPO.) 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. Sollte aber, was von den Gerichten oft befürchtet wird, ein auf Benachteiligung der Gläubiger abzielendes Verhalten 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 nachgewiesen werden. Der Umstand allein, daß der Mann im Geschäft tätig ist, vielleicht gar seine ganze Kraft und Intelligenz dem Geschäft 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.)

**Allgemeine
Einleitung.**
Anm. 71.

Anm. 72.

Allgemeine Einleitung.

Für das jetzige i. LZBR. 17, 193. Für den Fall der Gütergemeinschaft wird die Frage auf Grund der §§ 740, 741 ZPC. anders beantwortet durch den Aufsat im nicht amtlichen Teil des PrJMBL. 00, 22 und die preuß. Geschäftsanweisung für GerBollz. § 48 Abs. 1—3.) Bleibt freilich der Ehemann, der bisher das Geschäft betrieb, nach wie vor tatsächlicher Inhaber der Räume und der zum Gewerbebetriebe gehörigen beweglichen Sachen, so ist die bloße Umschreibung des Gewerbebetriebs auf den Namen der Frau für die Pfändung einflußlos (LZ. I Berlin in RBL. 09, 86; LZ. Beuthen in der Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau 08, 25).

Anm. 73. 10. Das Recht des Mannes zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönliche Leistungen. (Lit.: Strübe in Gruch. 48, 295; die Kommentare zum BGB. bei § 1358; Thüringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 39 ff.; von Lilienthal, Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB., Breslau 08). § 1358 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 wenn und solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Zustimmung und Kündigung können nur durch den Ehemann erfolgen, nicht durch einen gesetzlichen oder sonstigen Vertreter.

Anm. 74. 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 persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditistin einer solchen oder persönlich haftende Gesellschafterin einer KGaA. und sich hierbei zu persönlichen Leistungen verpflichtet. 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. Die entgegenge setzte Ansicht würde 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. Es wird der andere Teil hieraus ein Auflösungsrecht entnehmen können.

Die Wirkung der Kündigung besteht also darin, daß sie die Verpflichtung der Ehefrau zu den persönlichen Leistungen sofort beendet. Setzt freilich diese trotz der rechtlichen Beendigung tatsächlich ihre Leistungen fort, so kann der Mann gegen den Dritten nichts machen, insbesondere ihm nicht die Annahme der Leistungen rechtswirksam unterlagen; vielmehr bleibt ihm nur Klage gegen die Frau auf Herstellung des ehelichen Lebens (Anm. 64).

Nach der herrschenden Meinung ist § 1358 BGB. nur auf **nach** der Verheiratung eingegangene Verpflichtungen der Ehefrau anwendbar; hat sie vor der Verheiratung zu Leistungen sich verpflichtet, so finden die allgemeinen Grundsätze über Kündigung von Dienstverträgen Anwendung, insbesondere §§ 626, 627, 671, 696, 723 BGB., §§ 70, 77, 133 HGB. So Staudinger § 1358 Anm. 2; Thüringer-Hachenburg Anm. 40; a. M. Strübe a. a. O. 311 u. a. — Der Hauptanwendungsfall des § 1358 BGB. auf handelsrechtlichem Gebiete liegt übrigens bei der verheirateten Handlungsgehilfin vor; hierüber s. § 71 Anm. 8.

11. **Ausländische Ehefrau.** Für die Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Ehefrau in Ansehung ihres Gewerbes ist es ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist (Art. 36 I **Allgemeine Einleitung.** Ann. 75. **EG.BGB.**). Die ausländische Frau kann also in Deutschland auch ohne Genehmigung ihres Mannes ein selbständiges Gewerbe betreiben und wird dadurch zur Handelsfrau. Dies stimmt mit dem allgemeinen Grundsatz des Art. 7 **EG.BGB.** überein. Im übrigen kann auch hier die Einwilligung des Mannes von Wichtigkeit sein z. B. für die Rechtswirksamkeit der handelsgewerblichen 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 **EG.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 in das Güterrechtsregister des inländischen Wohnsitzes des Mannes und des Orts der Hauptniederlassung eintragen läßt (Art. 36 **EG.BGB.**; Art. 4 **EG.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 **EG.BGB.**).

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

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt.

Raufleute.

§ 1.

§ 1. Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.
Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmälter;
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.: Schirmermeister, Der Kaufmannsbegriff. ZfM. 48, 418; 49, 29.

Einleitung. **Inhalt des Paragraphen.** In Abs. 1 erläutert er den Begriff des Kaufmanns. Ein Hauptbestandteil dieser Erläuterung ist der Begriff Handelsgewerbe. Abs. 2 beschäftigt sich mit diesem letzteren Begriffe, aber ohne ihn erschöpfend zu behandeln. Vielmehr wird hier nur eine Klasse der 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) Begriff des Kaufmanns, II (Abs. 2) die erste Klasse der Handelsgewerbe.

Anm. 1.

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

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

Fälle zwingende Auslegungsgründe dagegen sprechen, wird dieser Begriff des Kaufmanns auch für andere Reichs- und Landesgesetze auf privat- und namentlich auf handelsrechtlichem Gebiete 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 BGB. im § 196 Nr. 1 bei der Verjährung von Ansprüchen von Kaufleuten spricht; OLG. Rassel im „Recht“ 07, 824). Für die früheren Gesetze ergibt es sich aus Art. 3 EGBGB. Zwar heißt es da nur, daß dort, wo auf die Vorschriften des Allg. D. HGB. verwiesen ist, das neue HGB. an die Stelle tritt. Im Wege der Analogie wird man den Gesetzeswillen aber ohne Zwang dahin auslegen können, daß auch der diesen früheren Gesetzen zugrunde liegende Begriff des Kaufmanns sich nunmehr nach dem neuen HGB. bestimmt. (So in § 101 BGB.; § 8 AbzG.; §§ 1, 8–11 DepotG.). 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 § 15a GewG., zitiert in Art. 9 EG., im § 1 RfmG.: „Streitigkeiten zwischen Kaufleuten einerseits“ usw. Auch die Landesgesetze über die Handelskammern haben vielfach, aber nicht schlechthin, den Kaufmannsbegriff des HGB. für sich angenommen (f. Lastig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 541; vgl. auch die bei § 4 angeführte Denkschrift der Handelskammer Leipzig S. 41 ff.). Aus besonderen Umständen, die im Gebiet des öffentlichen Rechts häufiger vorliegen werden, wird man das Gegenteil folgern dürfen.

Der hier niedergelegte juristische Begriff des Kaufmanns deckt sich nicht mit dem **Ann. 2.** wirtschaftlichen, z. B. wenn zahlreiche Handwerker als Kaufleute gelten. Ebenso wenig deckt er sich immer mit den Anschauungen des Lebens, z. B. wenn von Gesetzes wegen der Staat (als Eisenbahnunternehmer) als Kaufmann gilt. Andererseits nennt man im Leben vielfach Personen (z. B. Handlungsgehilfen, Direktoren von AG.) Kaufleute, denen im Rechtssinne diese Bezeichnung nicht zukommt. Indessen sollte man auch im gewöhnlichen Leben, namentlich aber in amtlichen Urkunden, besonders in Urteilen, mit der Standesbezeichnung „Kaufmann“ vorsichtiger sein, da sie leicht zu irrigen Schlüssen führen kann (Kleineidam in DZJ. 1910, 1288).

- B. Inhalt der Begriffsbestimmung: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.** Es ist nicht, **Ann. 3.** wie im alten HGB. (Art. 4), der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der des Handelsgewerbes zugrunde gelegt. Von einem kodifizierten Recht der verschiedenen Handelsgeschäfte (objektives System, Ausgangspunkt des alten HGB.) ist das jetzige 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 (Schirmmeister 426; Lastig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 545 ff.).

Handelsgewerbe ist nicht nur 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.

- C. Die einzelnen Bestandteile der Bestimmung des Kaufmannsbegriffes.**

Ann. 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 nach den Vorschriften des BGB. ein Gewerbe betreiben kann. Aber auch hierfür bestehen keine besonderen Fähigkeitsbedingungen. Ein Gewerbe

§ 1. betreiben kann jeder, der fähig ist, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, mit anderen Worten: jedes rechtsfähige Rechtsgewerbe. — Zunächst also die natürlichen Personen (§ 1 BGB.), gleichviel ob Mann oder Frau (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 BGB.; § 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 (Näheres bei §§ 33 und 36). — Ferner die o. HG. und Kommanditgesellschaften (§ 124 und § 161 Abs. 2). — Nicht aber die sonstigen Personenvereinigungen ohne juristische Persönlichkeit, die nicht-rechtsfähigen Vereine (§ 54 BGB.); 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 o. HG. vor, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die mehreren Gesellschafter sind Einzelkaufleute (§ 105 Anm. 20). — Gemeinschaftsdner 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; j. Anm. 25).

Anm. 5. Hiermit ist aber nur die Frage beantwortet, wer als Träger des Gewerbebetriebs, der durch den Betrieb entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten, denkbar ist. Eine hiervon verschiedene Frage ist, welche Erfordernisse bei den einzelnen Personenarten 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.).

Anm. 6. 2. Ein Handelsgewerbe muß die Person betreiben, damit sie Kaufmann sei.

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:

i) 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, 282¹⁶) 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.; ferner RG. 66, 51 und in JW. 1910, 803¹⁰).

iii) 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).

Anm. 7. 3.) Gewinn muß man erzielen wollen. Als Kaufmann würde nicht zu erachten 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 darzutun; oder aus Wohltätigkeit, z. B. derart, daß die Waren nur am Markt und zu ermäßigten, einen Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben werden. Hieraus folgt, daß ein geselliger Verein (ein Kasino) oder ein dem Genossenschaftsgesetz 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

seiner Mitglieder, keine Vermehrung der Einnahmen, daher keinen „Gewinn“ § 1. (VerlKfmGZ. 08, 301; 1910, 300). Die Verteilung einer Dividende ist dann belanglos, wenn sie die Rückzahlung eines Teils des für die Waren entrichteten Preises darstellt (RG. in RZM. 2, 22; LZB. Naumburg bei Sobernheim 53; vgl. auch § 105 Anm. 13). Ebenso fehlt die Gewinnabsicht einer Sparkasse, die nur so viel aus ihren Geschäften erzielen will, daß sie die Einlagen der Sparer vertragsmäßig verzinsen, die Verwaltungskosten decken und einen Reservefonds bilden kann (LZB. Hamburg in HansGZ. 30 S. 95; Sobernheim 54). — Aber man braucht nicht etwa mit jedem Geschäfte Gewinn erzielen zu wollen. Die Gewinnabsicht braucht nur das den ganzen Betrieb beherrschende Streben 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). Auch schadet es nicht, wenn ein Geschäft mit Verlust gemacht wird, sei es wider Erwarten oder mit Absicht, z. B. um Kunden zu gewinnen, oder im Konkurrenzkampfe bei sog. Kampfpreisen.

- 77) Eine **dauernde** Einnahmequelle muß beabsichtigt sein. Das ist der Gegensatz zum Anm. 8. bloß gelegentlichen Betriebe (ROG. 14, 118), z. B. wenn jemand nach Gelegenheit Botengänge ausführt. Der Betrieb muß ein planmäßiger sein, einerlei, ob sich der Plan auf lange oder kurze Zeit (z. B. Restauration während eines Jahrmarktes, oder Handelsbetrieb während einer Ausstellung) erstreckt (RG. in LZB. 12, 413; Sobernheim 55; Cosack § 7). 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 (Volze 2 Nr. 712; RG. in JW. 94, 194^a; f. Anm. 30).
- 88) Zum Begriffe der Gewerbmäßigkeit ist übrigens eine Tätigkeit erforderlich, die **mittels** Anm. 9. **kaufmännischer oder allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten** dem Zweck der Gewinnerzielung nachstrebt. Wo diese Mittel einen höheren Charakter tragen, wo die Tätigkeit in das Bereich der Kunst und Wissenschaft gehört (vgl. hierzu § 4 Anm. 12; ferner v. Landmann GewD. 6. Aufl. 1911 I 35 und die dort Zit.; ferner JW. 1911, 214¹¹), da kann man das Unternehmen nicht mehr ein gewerbliches Unternehmen nennen. Deshalb gehören der Rechtsanwalt, Bildhauer, Maler, Komponist, Schriftsteller, Lehrer, der öffentliche Beamte, der Notar, auch der Patentanwalt (KfmG. Berlin in LZ. 07, 156; vgl. jedoch § 93 Anm. 4) nicht zu den Gewerbetreibenden in diesem Sinne (f. auch D. 11). Selbst wenn sie Erwerbszwecke verfolgen, so sind diese doch nicht das ihre Tätigkeit beherrschende Streben, wenigstens sollen sie es nicht sein; der Sprachgebrauch spricht vom „Beruf“, nicht vom Gewerbe. 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 anschafft, weil solche Anschaffungen gegenüber der Aufgabe und dem Wesen des Berufs als nebensächlich zurücktreten.

Auch der Arzt als solcher (ebenso der Zahnarzt; über diesen f. auch Anm. 85) betreibt im Sinne des HGB. kein Gewerbe, sondern „dem Wesen der Sache und der allgemeinen Auffassung nach“ einen wissenschaftlichen Beruf (Fernburg I § 95 III; RG. 64, 157; 66, 139 u. 148; 68, 188; 70, 339; JW. 1911, 376¹³). Die Einbeziehung der Ärzte unter die Gewerbetreibenden (§ 29 GewD.) kann nur auf die besonderen und ausdrücklichen Bestimmungen der GewD. bezogen werden; sie hat keineswegs die Ärzte allseitig ihren Vorschriften unterworfen (§ 6 Abs. 1 GewD.; vgl. v. Landmann a. a. O. 36). Bedeutungslos ist es auch für unsere Frage, wenn im Sinne von Steuergesetzen (z. B. Regl. v. 13. Mai 1870; vgl. RG. 39, 134; f. aber dazu RG. 64, 157 u. 66, 145) oder im Sinne des UmlWG. (Pinner-Gesetz UmlWG. S. XIV u. 31) 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 Förderungsges-

§ 1. mittel der, wenn auch mit Gewinnbezug verbundenen, ärztlichen Berufstätigkeit unterordnet — in diesem Falle kein Gewerbe —; oder ob er selbständiges Mittel zur Erzielung einer dauernden Einnahmequelle, ob er Selbstzweck ist — in diesem Fall Gewerbe. Danach fehlt z. B. Gewerbmäßigkeit, wenn der Arzt wesentlich für Lehr- und Untersuchungszwecke, für eigene Fortbildung, sachgemäße Ausübung seines Berufes usw. eine Anstalt hält, selbst wenn hierbei eine mäßige Verzinsung des Anlagekapitals erzielt wird. Andererseits ist Gewerbmäßigkeit vorhanden, wenn der Arzt hauptsächlich gerade aus der Gewährung von Aufenthalt und Unterhalt Gewinn zu ziehen beabsichtigt, wofür als Merkmal ins Gewicht fällt, daß die Kranken in der Hauptsache nicht von ihm, sondern von anderen Ärzten (Hausärzten, Spezialisten) behandelt werden (RG. in RZM. 2, 27 und in OLG. 8, 89; PrO. in DZ. 98, 331; RG. 64, 157; Sobernheim 23 Josef in Gruch. 48, 263; s. auch Cosack § 8 C. 32 unten, wo anders begründet). Die Grenzlinie wird oft schwer zu ziehen sein. Gegen diese Unterscheidung und für die Verneinung der Kaufmannseigenschaft in allen Fällen hat sich Marcus im „Recht“ 04, 9 ausgesprochen; gegen diesen s. Krehner ZfR. 55, 285. Der ärztliche Anstaltsinhaber kann übrigens nur Kaufmann im Sinne des § 2, nie im Sinne von § 1 Abs. 2, 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 (RZM. 2, 25; s. auch Anm. 85; a. M. Düringer-Hachenburg § 2 Anm. 3).

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).

Anm. 10. ^{εε}) Gewerbmäßigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als gewinnfüchtigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder wie bei einer Sparkasse gemeinnützigen Zwecken (OLG. Jena in RZM. 2, 23), oder wie beim gewerbetreibenden Staat der öffentlichen Wohlfahrt (s. auch § 36 Anm. 10 über den Staat als Kaufmann). Derartige Endzwecke 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 (Anm. 7), oder wenn etwa die Satzung eines kirchlichen Vereins, der Herbergen und Kosthäuser für wandernde Gesellen usw. unterhält, unter Ausschluß der Gewinnabsicht die Pflege kirchlichen Sinnes und Lebens als Zweck verfolgt (RG. in RZM. 4, 206). Es erscheint zweifelhaft, ob dieser Ausschluß in dem vom RG. (a. a. O.) entschiedenen Falle gegeben war. Dort erschien vielmehr durch die wirtschaftlichen Einzelunternehmungen des kirchlichen Vereins die Gewinnerzielung beabsichtigt, und dann ist es gleichgültig, wenn der Unternehmer den erzielten Gewinn zu anderen (kirchlichen) Zwecken verwendet (ebenso Sobernheim 52). Aus diesem Grunde verliert der Geschäftsbetrieb einer Privatparasse oder ähnlichen Unternehmung, die die Erzielung von Überschüssen über die Bedürfnisse eines Reservefonds hinaus erstrebt, dadurch, daß die Überschüsse satzungsgemäß nicht für die Mitglieder, sondern nur für gemeinnützige Zwecke verwendet werden dürfen, nicht den Charakter der Gewerbmäßigkeit (RG. in RZ. 33 A 109). Vgl. auch § 33 Anm. 3. Ausführliche Darlegungen s. Silberschmidt, Zur Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen, bei Goldheim 07, 213, der z. T. auf einem etwas anderen Standpunkte steht.

Anm. 10 a. ^β) Liegen die angegebenen Erfordernisse der Gewerbmäßigkeit vor, dann ist jedes, auch das erste, auf Grund der Absicht dauernden Gewinnes abgeschlossene Geschäft als gewerbmäßig anzusehen; desgleichen auch die sog. Vorbereitungsgeschäfte, z. B. der Ankauf der Einrichtungsgegenstände, das Anstellen der Gehilfen, die Anschaffung der Ware zwecks Veräußerung, das Eingehen von Verbindlichkeiten zur Begründung

oder Erwerbung des Geschäfts (RGEt. 27, 227; RG. in JZ. 08, 148²² u. 206²⁷; § 1. weitere Rechtsprechung f. § 123 Anm. 15 u. § 343 Anm. 14). Würde jemand nach dem ersten Geschäft vom Schläge gerührt, so wäre er als Kaufmann gestorben (Gierke § 17).

γ) Weitere Erfordernisse der **Gewerbsmäßigkeit** gibt es nicht.

Anm. 11.

Es gehört zur **Gewerbsmäßigkeit** nicht ein gewisser Umfang des Betriebes (RG. in JZ. 06, 396²⁷). 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 von Geschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber kundgibt. Das Gegenteil nimmt zwar das RG. an (JZ. 94, 19⁴⁰), dem sich viele Schriftsteller anschließen (Goldmann I 3; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 5). Allein auch für das Gebiet des Strafrechts wird dieser Umstand nicht als Begriffsmerkmal der **Gewerbsmäßigkeit** gefordert (Olshausen Anm. 2 zu § 260 StGB.). — Vgl. Anm. 30, wo die Kundgabe gegenüber dem Publikum als selbständiges Erfordernis der Kaufmannseigenschaft ebenso abgelehnt wird, wie hier als Begriffsmerkmal der **Gewerbsmäßigkeit**.

δ) Ob im Einzelfall gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und tatsächlicher Beurteilung der gegebenen Sachlage (RGSt. 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 (OLG. München in JHR. 42, 496). Jedoch ist das Verhalten im Erwerbsleben eine zum Zeugenbeweis geeignete Tatsache (RG. in JZ. 09, 666¹⁹).

h) Ein **Handels-Gewerbe** muß vorliegen. Darüber, wann das betriebene Gewerbe ein **Handels-gewerbe** ist, enthält das StGB. genaue Bestimmungen, die für den Begriff „Gewerbe“ fehlen (Anm. 6). Hierüber handeln § 1 Abs. 2 und § 2. Näheres Anm. 31 ff. und zu § 2.

3. **Betreiben** muß die Person das **Handels-gewerbe**, damit sie Kaufmann sei.

Anm. 15.

a) Dazu gehört, daß die Geschäfte **im Namen der betreffenden Person**, des „Geschäfts-principals“ (Geschäftsherrn), abgeschlossen werden (RG. 13, 146; RG. in RGZ. 26 A 214). Wer sein Handelsgeschäft verpachtet hat, ist daher während dieser Zeit nicht Kaufmann, kann eine Firma nicht anmelden (BayObLG. in LZ. 09, 567). Nicht notwendig ist dagegen **Geschäftsabschluß 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 der, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Schulze, der Müllers Geschäft mit der Firma Müller übernommen hat, ist der, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt.

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

α) 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 214; OLG. Kolmar im „Recht“ 1911 Nr. 619). Wer nur im Namen eines anderen Handelsgeschäfte betreibt, z. B. als dessen Organ oder Bevollmächtigter, ist nicht Herr des Geschäfts und daher nicht Kaufmann. Ebenso nicht, wer nur kapitalistisch beteiligt 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 JZ. 93, 419¹), die Witwe durch den Prokuristen.

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 Sächsl. 6, 586; zust. BayObLG. in OLG. 3, 406 und

§ 1. R.G. dort 8, 248; LZG. Kolmar im „Recht“ 1911 Nr. 619; f. auch 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 Wiedelkind von seinem Vater (R.G. 3, 120; 37, 61).

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

Nach alledem (a bis d) ist, um Beispiele anzuführen, nicht Kaufmann der Prokurist, der Handlungsgehilfe (R.G. in J.W. 02, 424²⁰), der Liquidator einer ihm fremden Gesellschaft, der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft (R.G. in J.W. 90, 70⁶), der Geschäftsführer einer G. m. b. H., der Aktionär als solcher, das Mitglied einer G. m. b. H. als solches, der stille Gesellschafter, der Konkursverwalter (Jaeger § 6²²; f. auch 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, der Mitinhaber einer o. H., dieser jedoch nur in seiner Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann“ (Thoel § 38; Bohn § 5; RGZ. 29, 348; f. auch R.C.H. 14, 281; 16, 380; ferner R.G. in J.W. 09, 695²⁰ mit der wichtigen Folgerung, die von einem offenen Gesellschafter als Privatmann übernommene Bürgschaft bedürfe deshalb der Schriftform; anders Buchelt Art. 4, 10, Alföld S. 41; Jacusiel in LZ. 08, 573). — Ob der persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA Kaufmann ist, f. § 320 Anm. 11. Der Kommanditist einer KGaA ist kein Kaufmann, er ist nur Mitglied einer juristischen Person. — Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist kein Kaufmann (§ 161 Anm. 6). Zwar wird das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben (§ 161), aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt (oben Anm. 16). Als Kommanditist aber wagt er nur ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschaft, ist aber kein Unternehmer eines Handelsgeschäfts. In dieser viel umstrittenen Frage kommen — zum Teil mit anderer Begründung — zu demselben Ergebnis: Gierke § 12; Goldmann § 7²; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 5; Ulmann in LZ. 07, 472 u. 562; Jacusiel in LZ. 08, 573; Sohm in LZ. 09, 594; Neufkamp in Rieffer-Nehm Börsg. § 60 Anm. 12. Dagegen sprechen sich für die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten aus: Pappenheim in der Festgabe der Kieler Juristenfakultät an Hänel 07, und in LZ. 1910, 1; Volze im „Recht“ 09, 570; Tomalla in J.H.R. 63, 43 (gegen diesen und Pappenheim f. Bisko ebenda 63, 573); Lehmann Lehrb. § 15 S. 66 und § 66 S. 340; Cosack § 199 S. 701.

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

Anm. 19 a. Über die Frage, ob der Veranstalter und mit besonderem Gewinn beteiligte Leiter einer sog. Losgesellschaft persönlich ein Handelsgewerbe betreibt, f. Sobernheim 46 u. 48. Die Frage ist dort in beiden Fällen vom AG. Hamburg bejaht, vom LZG. Hamburg verneint.

Anm. 20. b) Rechtsgültig muß der Betrieb sein.

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, wer geschäftsfähig ist, d. h. wer fähig ist, selbständig, durch eigene Handlungen, seine Rechte und Pflichten zu gestalten. 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 Handels-

gewerbebetriebe der Zustimmung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen § 1.
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;
ZJZ. 1911, 340).

Im einzelnen ist hier zu erwähnen: Geistesfranke können ein Handels- **Ann. 21.**
gewerbe selbständig überhaupt nicht betreiben (§§ 104, 105 BGB.), ebenso wenig
Kinder unter sieben Jahren. — Minderjährige über sieben Jahre (Näheres: Franken-
burger, Minderjährige als Kaufleute in Goldheim 8, 91) bedürfen der Einwilligung
ihres gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormunds), die mit Genehmigung des
Vormundschaftsgerichts auch allgemein zum selbständigen Betriebe eines Erwerbs-
geschäfts 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 ZPO.). Diese Regel gilt auch für
einzelne Akte, die der Gewalthaber seiner Genehmigung vorbehalten oder gar ver-
boten hat; Vorbehalt und Verbot sind unwirksam (Pland § 112¹; Cosack § 13 S. 48).
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 umfaßt; für sie gilt hinsichtlich des selbständigen
Gewerbebetriebes das, was für Minderjährige überhaupt gilt (§§ 1626, 1630 BGB.).
Ein Volljähriger steht nicht mehr unter väterlicher Gewalt. Dem Volljährigen steht
der für volljährig Erklärte gleich (§ 3 Abs. 2 BGB.). Der wegen Verschwendung
oder Trunksucht Entmündigte steht in Ansehung der Geschäftsfähigkeit dem Minder-
jährigen über sieben Jahre gleich (§ 114 BGB.). — Für die Unselbständigen (Vormund-
mündeten 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 Vormundschafts-
gerichts einholen. In diesen Fällen handelt es sich ausnahmsweise nur um eine
Ordnungsvorschrift, die Kaufmannseigenschaft wird dadurch nicht berührt, die Ein-
tragung 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 (RG. in
RZM. 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 Ge-
nehmigung 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 Erwerbsgeschäfts 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 Ver-
treeters zum Gewerbebetrieb erhalten hat und dadurch insoweit unbeschränkt geschäfts-
fähig geworden ist, der Genehmigung des Gewalthabers und des Vormundschafts-

§ 1. gericht (§ 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 (ebenso Pfand § 1825³; Cosad § 13 E. 48; Staudinger § 1825³; a. M. Düringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 104). 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 Hauskindestreibt (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 Bucherers 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 Schmuggel oder vom gewerbsmäßigen Betrieb ungültiger Differenzgeschäfte. Dagegen reicht die bloße Unsektbarkeit der Geschäfte, der Umstand, daß der Gewerbebetrieb ganz oder zum Teil auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmannseigenschaft zu verneinen (vgl. Folge 18 Nr. 253). Ebensowenig ein Verbot des öffentlichen Rechts (§ 7; s. auch unten Anm. 26) oder des Privatrechts (§§ 60, 72, 112, 236) oder eines Privatvertrages (s. Erl. zu § 7). Vgl. auch § 61 Anm. 7.

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

1. **soweit sie vorhanden sind**. Die Kaufmannseigenschaft ergreift nicht die Gesamtpersönlichkeit — abgesehen von juristischen Personen, die, wie die AG., kraft ihrer Rechtsform ganz Kaufleute sind —, sondern nur das Gebiet ihres kaufmännischen Betriebs. „Sie ist nicht eine die ganze rechtliche Individualität durchbringende Standesqualität, 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 können als Inhaber eines Bank- oder Fabrikgeschäftes Kaufleute sein, aber sie unterliegen dann außerhalb des Handelsgewerbebetriebes dem bürgerlichen Recht (Anm. 28; vgl. auch § 3 Anm. 14: Landwirt mit kaufmännischem Nebengewerbe). — Die Kaufmannseigenschaft des offenen Gesellschafters, der nur infolge seiner Beteiligung an einer o. G. Kaufmann ist, gilt nur hinsichtlich der hiermit zusammenhängenden Beziehungen (Anm. 18). — Betreibt eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie bezüglich des einen Vollkaufmann, bezüglich des anderen Minder- oder Nichtkaufmann sein (ROHG. 11, 343); vgl. § 4 Anm. 30. 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 (ROHG. 11, 387). — Sind kaufmännischer und sonstiger Gewerbebetrieb nicht getrennt („gemischte Gewerbebetriebe“ — Cosad § 8 IV), 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.

Anm. 24. 2. **so lange jene Erfordernisse vorhanden sind**; für Beginn, Fortdauer und Ende sind sie entscheidend (ROHG. 17, 168; RG. 13, 152). Daher hat der, welcher die Kaufmannseigenschaft behauptet, die tatsächlichen Unterlagen hierfür beizubringen und zu beweisen, daß der Betreffende zur fraglichen Zeit ein Handelsgewerbe betrieben hat (Anm. 13). Über den Beginn des Gewerbebetriebes s. Anm. 10a und § 343 Anm. 14 ff.

Er setzt nicht voraus, daß man sich sofort persönlich mit der Führung des Geschäfts § 1. befaßt (RÖ. in JW. 99, 372^{2a}). 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 (Volze 4 Nr. 12, 30, 13 Nr. 658). Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß sich die Beweislast durch tatsächliche Vermutungen umkehrt (RÖ. in JW. 19, 37; RÖ. bei Gruch. 36, 1068). Hier werden die regelmäßigen Erfahrungssätze des Lebens eine große Rolle spielen. Auch ändert sich die Beweislast, sobald die Eintragung erfolgt ist (§ 5 Anm. 7; ferner Erg. zu § 8 Anm. 16).

Die Kaufmannseigenschaft hört auf beim Wegfall eines der gesetzlichen Erfordernisse. Verliert z. B. der Kaufmann die Geschäftsfähigkeit und betreibt er gleichwohl das Gewerbe selbst weiter, so ist dies doch kein Gewerbebetrieb im gesetzlichen Sinne mehr (Anm. 20). Insbesondere aber hört die Kaufmannseigenschaft auf, wenn der Betrieb des Handelsgewerbes eingestellt wird. Der Umstand, daß zeitweilig keine Geschäfte abgeschlossen werden, reicht dazu nicht aus (RÖ. in JW. 8, 47). Beim Eintritt des Konkurses verliert der Gemeinschuldner die Kaufmannseigenschaft, nicht nur dann, wenn der Konkursverwalter den Betrieb einstellt (RÖ. 13, 152), sondern auch, wenn er das Geschäft fortführt, weil sich die Akte des Verwalters als obrigkeitlicher Zwangsverkauf einer beschlagnahmten Vermögensmasse darstellen (vgl. RÖ. 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 (Anm. 7 u. 8; RÖ. in JW. 02, 186; Cosad § 8 VI; Josef in LZ. 09, 833; a. M. Düringer-Hachenburg Anm. 49). Anders, wenn der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung fortfährt, gewerbsmäßig Handelsgeschäfte zu betreiben; dann bleibt er Kaufmann (RÖ. 13, 152; Lehmann-Ring Nr. 34; Cosad § 8 VI); vgl. z. B. § 92 Anm. 13. Bei Beginn eines neuen Handelsgewerbes wird er von neuem Kaufmann (Anm. 4). — Bei den juristischen Personen hört durch die Konkurseröffnung wie ihre Rechtsfähigkeit (vgl. § 42 BGB.; § 292 Nr. 3 BGB.) so ihre Kaufmannseigenschaft auf (Lehmann-Ring Nr. 34). — Die Auflösung der o. H. 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 (eine wichtige Folgerung hieraus s. § 22 Anm. 14). Die so abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RÖ. in JW. 23, 144; Düringer-Hachenburg Anm. 49). Auch die juristischen Personen verlieren während der Liquidation nicht unbedingt die Kaufmannseigenschaft (§ 49 Absf. 2 BGB.; § 294 Absf. 2 BGB.). Ebenso wird der Einzelkaufmann nicht dadurch Nichtkaufmann, daß er beschließt, das Gewerbe einzustellen, und nur noch „liquidiert“. „Auch die von einem Kaufmann zum Zweck der Liquidation geschlossenen Verträge gehören zum Betriebe des Handelsgewerbes“ (RÖ. in JW. 03, 64³). 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 Vertragschluß zu übergeben ist und bis dahin fortgeführt wird (RÖ. in JW. 99, 494³²; vgl. auch § 343 Anm. 26). Verpachtung des Handelsgeschäfts beendet für den Verpachtenden, der nunmehr kein Handelsgewerbe mehr betreibt, die Kaufmannseigenschaft (Anm. 15). — Im Falle des § 2 und des § 3 Absf. 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 § 5.

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

Anm. 26.

1. Zu ihrer Begründung gehört nicht die Beobachtung der einschlägigen öffentlichrechtlichen insbes. polizeilichen und steuerrechtlichen Vorschriften, noch ist es erheblich, daß diese

- § 1.** Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetrieb überhaupt entgegenstehen (f. hierüber zu § 7; f. auch oben Anm. 22 a. E.).
- Anm. 27.** Auch die Eintragung in das Handelsregister ist in den Fällen des § 1 Abs. 2, also wenn die Kaufmannseigenschaft durch den Betrieb eines reinen Handelsgewerbes begründet wird, nicht erforderlich. Anders im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2. In den Fällen des § 1 Abs. 2 kommt auch darauf nichts an, ob ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb vorhanden ist. Vielmehr ist jeder, der ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 betreibt, Kaufmann, und wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (§ 4), ist er Vollkaufmann, ohne daß das Geschäft nach seiner Art einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (§ 2) erfordert (RG. im „Recht“ 08 Nr. 2072).
- Anm. 28.** 2. Der Betrieb des Handelsgewerbes braucht nicht den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf zu bilden (RGSt. 8, 147). Der Gewerbebetrieb braucht nicht „die Grundlage der sozialen Existenz zu sein“ (Ulfseld 30). Auch der Künstler, der Soldat, der Beamte, der nebenher ein — vielleicht ererbtes — Handelsgewerbe betreibt, ist für diesen Betrieb Kaufmann (RG. in JZB. 06, 396²⁷; f. auch 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 (RGZ. 3, 10; RGSt. 24, 426; RG. in JZB. 95, 228; OLG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1160; vgl. auch RG. in JZB. 09, 501²⁹, wo eine stille Gesellschaft zwischen einem Apotheker und einem Dritten für zulässig erklärt ist). Ebenso die in Anm. 74 bezeichneten Unternehmer trotz etwaiger behördlich festgesetzter Tarife. Ebenso der Lotteriekollekteur (RGSt. 23, 213; a. M. OLG. Dresden in OLGK. 12, 436; f. dagegen Roßbach in WJZ. 06, 1015). Ebenso der Pächter eines Stadttheaters trotz der ihm vom Stadtrat auferlegten Beschränkungen (OLG. Dresden in OLGK. 8, 250). Ein Restaurateur, der im eigenen Namen für eigene Rechnung Speisen und Getränke verabsolgt, büßt seine Kaufmannseigenschaft nicht dadurch 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 (Hölze 9 Nr. 232; zust. OLG. München RGZ. 23 D 17).
- Anm. 30.** 4. Nicht erforderlich ist ferner, daß der Handeltreibende dem Publikum gegenüber als solcher auftritt. Das RGSt. (22, 303) hat das Gegenteil ausgesprochen, das RG. scheint sich jedoch unserem Standpunkt zuzuneigen (Hölze 18 Nr. 253). Dem RGSt. 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. Freilich wird bei dem wiederholten Abschluß von Erwerbsgeschäften, wenn solches heimlich geschieht, die Kaufmannseigenschaft meist deshalb nicht vorliegen, weil der Begriff der Gewerbmäßigkeit 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. Hölze 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. Anm. 12, wo dargelegt ist, wie das RG. das Merkmal der Willenskundgebung gegenüber dem Publikum als der Gewerbmäßigkeit 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 Einl. gezeigt, enthält Abs. 2 nicht eine erschöpfende Bestimmung des Begriffes Handelsgewerbe, sondern zählt nur eine Klasse von Handelsgewerben auf. Und zwar die Handelsgewerbe, die unmittelbar dadurch begründet

werden, daß die betreffende Person eine der hier aufgezählten Arten von Geschäften — § 1. Grundhandelsgeschäften — 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 Art und Umfang des Betriebs zum Merkmal erhoben sind, 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 Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft, ein Recht, aber keine Pflicht des Unternehmers.

Treffende Namen mit allgemeinem Anklang sind noch nicht gefunden. Es seien hervorgehoben: reine und hypothetische Handelsgewerbe (Staub 6./7. Aufl.); natürliche (§ 1) und künstliche (§§ 2, 3), (Vehmann-Ring); absolute und relative (Goldmann); Muß- (§ 1), Soll- (§ 2), Kannkaufleute (§ 3), (Simon und nach ihm Heilfron); Kaufleute kraft Gesetzes und kraft Eintragung (entweder zwangsweiser oder freiwilliger; Gosad); Berufskaufleute und Registerkaufleute (Dernburg); Kaufleute kraft natürlichen Handelsgewerbes und kraft Eintragung (Vehmann). Das rechte Wort fehlt noch. Will man nur deutlich sein, so mag man sagen: Handelsgewerbe kraft Gegenstands des Gewerbes (§ 1) und kraft Art und Umfang des Gewerbebetriebs und Eintragung (§ 2).

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

- B. Die 9 Arten der reinen Grundhandelsgeschäfte. Die Aufzählung ist eine erschöpfende Anm. 32. und schließt jede Analogie aus (RG. in RZM. 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; s. § 13 Anm. 3) oder eines einzelnen Rechtsgeschäfts (hier und insbes. §§ 343—372 und Überschrift des dritten Buches).

- 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. Anm. 33.

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. Das jetzige HGB. hat beide Geschäfte miteinander verbunden: Anschaffung und Weiterveräußerung. Mit Recht; 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). Anschaffung und Weiterveräußerung müssen in Wechselwirkung stehen. Es genügt also nicht ein lediglich 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. Allein 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 gleichgültig, 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. — Hervorgehoben sei, daß auch ein handwerksmäßiger Betrieb

§ 1. unter Nr. 1 fällt, da eine Klausel, wie bei Nr. 2 und 9, „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“, bei Nr. 1 fehlt (Anm. 44). Ebenso kommt auf Art und Umfang des Geschäftsbetriebs für die Frage, ob der Unternehmer Kaufmann ist, nichts an, diese sind vielmehr nur für die Frage entscheidend, ob der Betreffende Voll- oder Minderkaufmann ist (§ 4).

Anm. 34. 2. **Die Anschaffung.** Anschaffung ist „abgeleiteter entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden“ (RG. 31, 17).

Anm. 35. Im einzelnen kommen in Betracht: Kauf, Werklieferungsvertrag und Tausch. Auch Annahme an Zahlungs Statt (§ 364 BGB., z. B. bei Wechseln, RGSt. 11, 146, oder bei Waren, wenn Vermögensverfall des Schuldners droht) gehört hierher, wird aber als Grundgeschäft eines Gewerbes wohl kaum vorkommen. Ferner sind zu nennen: depositum irregulare (§ 700 BGB., wobei ein besonderes Entgelt nicht vereinbart zu werden braucht; die Pflicht zur Rückgabe gleichwertiger Stücke genügt; RG. 42, 9); locatio conductio irregularis; pignus irregulare, insbes. (RG. 21, 36) die uneigentlichen Lombardgeschäfte, d. h. Geschäfte, bei denen der Darlehensgeber, der Wertpapiere zu seiner Sicherheit erhält, befugt ist, an Stelle der empfangenen Wertpapiere andere von gleicher Art zurückzugewähren; allein diese uneigentlichen Depot- und Lombardgeschäfte gehören als Grundgeschäfte des Handels nicht unter Nr. 1, sondern unter Nr. 4 des § 1.

Anm. 36. **Anschaffungsgeschäfte liegen nicht vor:**

- 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 (wer sich Sachen zusammenbettelt und sie dann planmäßig verkauft, ist kein Kaufmann), 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, Fischerei — oder Erzeugung (Anm. 37) oder Spezifikation oder sonstige originäre Art; durch unerlaubte Handlung (Behrend § 267); durch Spiel oder Wette (Goldschmidt I § 47³). Vgl. 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 (RG. 31, 17). Dieselben Erwägungen greifen auf die Übernahme von Aktien bei der Satzungsgründung und bei der Kapitalerhöhung Platz, so daß im Gegensatz zu RG. 22, 116 und 26, 50 auch hier ein Anschaffungsgeschäft verneint werden muß (Näheres Staub bei Goldheim 3, 61; gegen ihn Wendigen bei Goldheim 3, 148; zust. jedoch Fürtsch Anm. 5 zu Art. 271; RG. in JW. 98, 80 und Lehmann-Ring Nr. 40; über die Frage, ob ein „Anschaffungsgeschäft“ 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 AG. durch Hergabe von Stammaktien und Zuzahlung eines Barbetrages.

Anm. 37. e) **Insbesondere ist die Selbsterzeugung (Urproduktion) nicht als Anschaffung aufzufassen** (Anm. 36), weil kein Vertragsgeschäft vorliegt. So die Bearbeitung selbstgewonnenen Stoffes zum Zwecke des Verkaufs: Bergbau, Ziegelei (RG. 50, 154), Steinbruch, Bernsteingrube sind keine Grundhandelsgeschäfte nach § 1 (RGSt. 9, 189; 13, 385; 14, 117; 15, 237; LG. Wien bei Abler u. Clemens Nr. 307 und 409); ebenso wenig

Herstellung feuerfester Steine aus eigenem Stoffe (RdF. 16, 380); Ziegelfabrikation, § 1. auch bei geplantem Erwerb weiterer Grundstücke zu diesem Zwecke (Volze 8 Nr. 314); Molkerei aus eigenem Viehstande (RdSt. 26, 37); Aufziehen von Hunden eigener Zucht zwecks Verkaufs (Cosack § 7 S. 23; vgl. aber unten Anm. 57); Gewinnung und Verkauf natürlicher Mineralwässer (Volze 18, 149). Gleichgültig ist dabei, ob die Erzeugung aus eigenem oder fremdem, z. B. gepachtetem Grundstücke erfolgt: wer einen Steinbruch pachtet, schafft die unbewegliche Bodenmasse, nicht fertige Steine an (RG. 6, 9; RdSt. 27, 263). Vgl. auch Volze 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 RdF. 2, 424 ein Erpachten der Milch nannten, war in Wahrheit ein Kaufen zum Zwecke des Wiederverkaufs. — Die Gewerbe der Urproduzenten sind hiernach keine Handelsgewerbe nach § 1. Ihr Gewerbe kann aber Handelsgewerbe nach § 2 (s. unten Anm. 85 und § 2 Anm. 3 u. 4) und ihre Geschäfte können akzessorische 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; über Gärtnerei dort Anm. 1.

3. **Bewegliche Sachen (Waren) oder Wertpapiere** müssen Gegenstand der Anschaffung sein. Anm. 38. Ausgeschlossen sind somit Grundstücke; der Grundstückshandel, zu dem auch die Erbauung von Häusern für eigene Rechnung zwecks gewinnbringenden Verkaufs gehört (SachsDWB. in DZ. 07, 543), ist also nicht Grundhandelsgeschäft (s. § 2 Anm. 3 und § 343 Anm. 21 u. 22).

a) **Bewegliche Sachen.** Ihr Begriff ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen; eine Begriffsbestimmung 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. 21a und 22). — Bewegliche Sachen sind auch loszutrennende Bestandteile des Grund und Bodens (Behrend § 26²; s. § 956 BGB.): Früchte auf dem Palm (Str. 83, 350); Holz auf dem Stamme zum Abschlagen (RG. in JW. 94, 144), ebenso Kauf eines Hauses zum Abbruch (JfR. 8, 633). Darin liegt kein Widerspruch mit Anm. 37, 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 Erf. vor § 373). Aber man beachte, daß Elektrizitätswerke ihn nicht anschaffen, sondern herstellen (Anm. 37).

- b) **Wertpapiere.** Dies sind Urkunden, bei denen das in der Urkunde verbrieftete Recht an den Besitz der Urkunde geknüpft ist und mit der Urkunde übertragen wird (Brunner in Endemann II 175; Pernburg II § 17). In der Regel sind es Inhaber- oder Orderpapiere, ausnahmsweise Namenspapiere, z. B. Versicherungspolice, Namensaktien, auf Namen umgeschriebene Inhaberpapiere (Stranz-Gerhard Art. 18¹⁹). Hier ist der Begriff enger. Sie müssen für den Handelsverkehr bestimmt sein. Dies ergibt der Zusammenhang, insbesondere die Absicht der Vorschrift und die Einschränkung des Be-

§ 1. griffes bewegliche Sache durch das Wort Ware (D. 10). Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie, wenn sie leicht übertragbar und leicht verwertbar sind; also dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder als Orderpapiere und indossable Namenspapiere durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Übertragung Zession erfordert (RG. 16, 85; 40, 134). Eine Übertragung mit unbekannten Einwendungen verträgt der Handelsverkehr nicht (f. RDfG. 24, 258).

Anm. 40. Als Beispiele von Wertpapieren hatte das alte HGB. vorangestellt: Staatspapiere und Aktien. Diese Beispiele werden auch jetzt gelten müssen (f. auch § 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), 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 (RG. 36, 39; a. M. Lehmann-Ring Nr. 49 und Düringer-Sachenburg Anm. 27). Als weitere Beispiele erwähnt 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 (RDfG. 24, 258). Ohne Belang ist, ob es sich um das Haupt- oder Nebepapier (Zinsscheine, Erneuerungsscheine) handelt. Das DepotG. führt im § 1 als Beispiele von Wertpapieren an: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine oder Talons, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldschreibungen. Diese Aufzählung ist hier nicht maßgebend. Sie ist zu ganz anderen Zwecken gegeben, nämlich, um den Hinterleger zu schützen. Bei Kuxen z. B. entscheidet die landesrechtliche Gestaltung. Die Kuxen des preußischen Rechts — vor dem Inkrafttreten des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 — galten als unbewegliche Sachen. Die Kuxen, die als bewegliche Sachen gelten, werden vom RG. zu den Wertpapieren sowohl im Sinne des BörG. (RG. 47, 106) wie überhaupt, also auch im Sinne des HGB. gerechnet, wenngleich sie auf den Namen lauten und ihre Übertragung nicht durch Indossament erfolgt (RG. 54, 351; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 38; vgl. auch JW. 07, 156⁴² u. 1910, 934³). Die Übertragung, die schriftlich erfolgen muß, wird nicht als Zession angesehen (RG. 28, 251; Dernburg III §§ 152, 153). — Von Wertpapieren aber wohl zu scheiden sind die bloßen **Legitimationsurkunden**: Eintrittskarten, Ehmarken, Pfandscheine, Sparkassenbücher, es sei denn, daß der Aussteller dem jedesmaligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will (§ 807 BGB.).

Anm. 41. c) Als Waren und Wertpapiere in diesem Sinne sind **nicht zu erachten**: Forderungen, die nicht in für den Handel bestimmten Wertpapieren verkörpert sind (RG. 26, 43), wenn auch Beweisurkunden über sie ausgestellt sind. Auch nicht Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe (RG. in Scuffl. 46 Nr. 41); sie sind nicht Gegenstand des Handelsverkehrs, gleichviel ob man sie sonst unter die Wertpapiere rechnen will (Breit, Effektenkommission, in Rießler-Rehm BörG. S. 391). Ferner nicht Gesellschaftsanteile (Goldschmidt Handbuch I § 47 Anm. 19), auch nicht Geschäftsanteile der GmbH. Ferner nicht Urheberrechte (Behrend § 26 Anm. 4). Endlich auch nicht ein Vermögensinbegriff (universitas iuris: ganzes Vermögen, Handelsniederlassung, Verlassenschaft); der Kauf oder Verkauf einer Niederlassung kann aber ein akzessorisches Handelsgeschäft sein (§ 343). Sachgesamtheiten (universitas facti: Bibliothek, Warenlager) werden hierher zu rechnen sein, wiewohl es zweifelhaft ist, ob sie körperliche Gegenstände im Sinne des BGB. sind.

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

a) **Veräußerung.** Die den Gewerbebetrieb beherrschende Absicht muß auf die Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtet sein (Anm. 33). Einkauf von Vieh zum Zwecke der Viehzucht fällt darunter nicht, ebensowenig Einkauf von Tieren durch einen Menageriebesitzer. Die Veräußerung ist dasselbe Rechtsgeschäft, wie die Anschaffung,

nur vom umgekehrten Standpunkte aus. Das ergibt deutlich das Wort „Weiter- § 1.
veräußerung“. Veräußerung ist hiernach jedes auf Übertragung des Eigentums gerichtete entgeltliche Rechtsgeschäft unter Lebenden: Verkauf, Vertausch, Hingabe an Zahlungs Statt, depositum irregulare, pignus irregulare, das uneigentliche Lombardgeschäft (Anm. 34 u. 35), dagegen nicht das Hergeben zum regulären Faustpfand, das Vermieten usw. (Anm. 36). Auch das Verschenken gehört nicht unter Nr. 1. Denn die Veräußerung muß entgeltlich sein, zumal man ja sonst keinen Gewinn erzielen kann. Einzelne Schenkungsgeschäfte können nur als akzessorische Handelsgeschäfte in Betracht kommen, nicht als Grundhandelsgeschäfte. Von der Veräußerung zum Kostenpreis gilt dasselbe (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. RdSt. 22, 117), oder die Anschaffung von Büchern oder Schiffen oder Kostümen zum Zwecke des gewerbsmäßigen Verleihs (RdSt. 23, 400), so daß also Theaterdirektoren und Leihbibliotheksbesitzer (s. auch Anm. 80), Schiffs- oder Kostümverleiher nicht Kaufleute kraft Gewerbes, d. h. Kaufleute gemäß § 1 sind. 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 machen, wohl aber unter den Voraussetzungen des § 2 (s. dort Anm. 3), und daß sie ferner sämtlich akzessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.

- b) Die Veräußerung muß nach der Absicht des Gesetzes den Gegenstand selbst Anm. 43.
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 (OG. Wien in JbR. 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 GemälDERestaurator (Buschf. 21, 358), die Seife beim Tuchwaller (OG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 464), Papier und Silbersalze beim Photographen, Risten und Leinwand zum Zwecke der Verpackung, selbst wenn sie besonders angerechnet werden (Behrend § 26 Anm. 17), — das sind nur Zutaten. Solche Anschaffungen und Veräußerungen sind trotz der gewerblichen Absicht keine Grundhandelsgeschäfte; sie machen z. B. den Flidschneider, den Flidschuster, den GemälDERestaurator, nicht zum Kaufmann, (OLG. Karlsruhe in BadMpr. 07, 16). Aus demselben Grunde ist nicht Kaufmann der Produzent von Kuhllymphe zur Schulpodenbildung, weil er Kühle kauft, um aus den Poden an deren Euter die Lymphe zu gewinnen; ebenso wenig wer gewerbsmäßig ein Heilmittel gegen Tuberkulose herstellt, indem er Fleisch kauft, daraus Bouillon herstellt und in dieser Reinkulturen züchtet, aus denen er das Heilmittel gewinnt (OLG. I Berlin bei Sobernheim 63). Alle die genannten Personen können aber aus anderen Gründen Kaufleute sein, und die hier gedachten Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte sind alsdann akzessorische Handelsgeschäfte.

5. Unverändert oder in be- oder verarbeitetem Zustande kann die Veräußerung beabsichtigt sein. Anm. 44.
a) 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 (Gierke § 13; s. auch

§ 1. Anm. 53). Die Grenzlinie scharf zu ziehen, ist schwierig und auch für die Anwendung der Nr. 1 unerheblich. Unter Nr. 1 fallen, um streitig gewordene Fälle hervorzuheben, die Gasfabrikanten (OLG. Jena in RZM. 1, 54), die Apotheker (RGSt. 24, 426), die Restaurateure, Schankwirte (so die herrschende Meinung mit Recht, insbes. RLG. 24, 270; RG. in JW. 99, 494²², 08, 148²²; RG. in OLGR. 6, 466; RG. in GewRfM. 14, 324; a. M. Voß ZZ. 03, 46; gegen Voß Orthol ebendort S. 197). Den Restaurateuren stehen die Destillateure gleich (s. jedoch Anm. 84). Anders die Hoteliers (Gastwirte im engeren Sinne). Wenn diese nur Zimmer vermieten, sind sie nicht Kaufleute nach § 1, wohl aber dann, wenn sie auch Speisen gewerbsmäßig verabreichen (Anm. 23 a. E.; RLG. 22, 329); doch darf die Schankwirtschaft nicht lediglich Mittel zum Betriebe der Gastwirtschaft sein (RG. in ZZ. 06, 766), z. B. dürfte die bloße Verabreichung von Kaffee an die Zimmergäste nicht genügen, den Gastwirt zum Kaufmann kraft Gegenstands des Gewerbes zu stempeln; vgl. aber § 2 Anm. 3. (Zusammenstellung zahlreicher Entsch. über die Frage der Kaufmannseigenschaft bzw. Vollkaufmannseigenschaft der Gast- und Schankwirte bei Sobernheim 61, 78, 83, 121 u. 142). — Vor allem werden durch den Wortlaut des Gesetzes die zahlreichen Anschaffungsgeschäfte der Handwerker, welche eigene, d. h. von ihnen angeschaffte, nicht ihnen übergebene Stoffe be- oder verarbeiten (sog. Warenhandwerker, Gegensatz s. Anm. 56), zu Grundhandelsgeschäften, die Handwerker selbst zu Kaufleuten, wenn auch nur zu Minderkaufleuten (Anm. 33 a. E.). So die Brauer, Müller, Fleischer (OLGR. 6, 234, u. 8, 94), Schneider (RG. 51, 123), Tischler, Klempner, Schuhmacher, Uhrmacher, Gerber, Bäcker. Vgl. auch § 4 Anm. 2ff.

Anm. 45. b) Be- oder Verarbeitung soll ohne Einfluß sein. Aber das ist zugleich die Grenze. 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 lediglich 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. — Anders beim Hineinbauen von Materialien, die gemäß § 95 BGB. nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks werden, z. B. in das vom Mieter errichtete Gebäude oder in Schaubuden, Tribünen oder nur zu einem vorübergehenden Zwecke (Goldmann I 13).

Anm. 46. a) Die Anschaffungen eines Bauunternehmers sind demgemäß dann sicherlich nicht Grundhandelsgeschäfte, wenn er die angeschafften Gegenstände dazu verwenden will, um einen übernommenen Bau zu errichten. Beim Inhaber eines Baumaterialiengeschäfts liegt die Sache anders: dieser schafft die Sachen als bewegliche an und veräußert sie als bewegliche (vgl. RG. 58, 190 oben). Der Bauunternehmer aber beabsichtigt im gegebenen Falle nicht, die angeschafften beweglichen Sachen als solche zu veräußern (RLG. 11, 329; RGSt. 18, 363; 33, 421 und die dort angeführte Literatur; a. M. wohl nur Dernburg I § 96³). Der Bauunternehmer ist in diesem Falle kein Kaufmann (RG. 14, 233); ebenso wenig der Eisenbahnbauunternehmer (RG. a. a. O.). Der Bauunternehmer (Inhaber eines Baugeschäfts) wird z. B. als solcher auch dadurch nicht Kaufmann, daß er zugleich als Inhaber eines Dampffügewerks eine Lohnholzschniederei betreibt (OLG. Dresden in OLGR. 16, 76). Vgl. aber Anm. 42 Schlußsag und s. RG. in LZ. 09, 949.

Anm. 47. Anders ist es aber auch nicht, wenn der Bauunternehmer die angeschafften Materialien besonders berechnet und bezahlt erhält, wie dies früher (RLG. 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, wenn und nachdem sie Bestandteile des Grundstücks geworden sind.

β) Aus gleichem Grunde sind auch die Anschaffungsgeschäfte der Maurermeister § 1. (R.G. in J.W. 01, 844), Zimmermeister (R.G. in SeuffBl. 69, 159), und überhaupt **Ann. 48.** aller Bauhandwerker (Baugewerkmeister; R.G. in L.J. 09, 949) — Bauklempner, Bautischler, Dachbeder, Gas- und Wasserrohrleger (über den Bautöpfermeister s. Ann. 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 (R.D.H.G. 15, 257), Errichtung einer Badeanstalt sind keine Grundhandelsgeschäfte (Volze 3 Nr. 461).

Deshalb sind auch die Verträge mit Bauunternehmern, Baumeistern **Ann. 49.** 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 Grundstücksanteil liefern (vgl. § 94 Abs. 2 B.G.B.; zuft. R.G.St. 28, 60 u. 364; a. M. Matower Ann. IX d 3).

d) Auch damit kann man die Natur als reines Grundhandelsgeschäft nicht begründen, **Ann. 50.** daß man das Hineinarbeiten in das Grundstück als **Nebenleistung** ansieht. Unzutreffend hat z. B. das R.G. (Volze 7 Nr. 365) bei Lieferung und Legung des Parketts die Handelsgeschäftsnatur bejaht, weil das Legen Nebenleistung sei. Der Begriff der Nebenleistung ist 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 Matower Ann. IX d 3).

e) Dagegen reicht nicht jede Verbindung des angeschafften Gegenstandes mit dem Grund- **Ann. 51.** stücke aus, um die Natur als reines Grundhandelsgeschäft zu beseitigen. Soll die Sache nur **Zubehör** des Grundstücks (§ 97 B.G.B.), nicht wesentlicher Bestandteil desselben werden, also bewegliche Sache bleiben, so liegt Veräußerung im Sinne der Nr. 1 vor. Beispiele: Anschaffung eines Wandspiegels, der befestigt werden soll; elektrischer Klingeln. Auch bei Anschaffung von Maschinen, die in ein Gebäude einmontiert werden sollen (z. B. zur elektrischen Beleuchtung), handelt es sich für die Regel um Zubehörsstücke (O.L.G. Marienwerder in SeuffBl. 48, 78). — Öfen, die der Bautöpfermeister aufstellt, sind nach dem R.G. (J.W. 01, 844²⁷) stets als Zubehör, nicht als Bestandteil anzusehen; daher ist der Bautöpfermeister Kaufmann (vgl. auch HansG.Z. 09 S. 92). 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 S. 24) verfißt noch weitergehend die Anschauung, daß Öfen nur im Rheinland nicht als wesentliche Bestandteile des Grundstücks gelten, wohl aber im übrigen Deutschland.

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

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

a) Allgemeines. Es handelt sich um die Formproduktion (Schirmmeister in J.F.R. 48, 429). Das Geschäft ist regelmäßig Werkvertrag (§ 631 B.G.B.), kann ausnahmsweise auch Dienstvertrag sein (§ 611 B.G.B.). Soll der Unternehmer nicht bloß die Bearbeitung vornehmen, sondern auch den Stoff liefern, so greift 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 den Stoff hergeben, ohne ihn anzuschaffen, indem sie ihn nämlich selbst herstellen, so fallen ihre Geschäfte weder unter Nr. 1 noch unter Nr. 2 (R.D.H.G. 9, 192; 15, 237); solche Personen sind Urproduzenten, ihre Geschäfte keine Grundhandelsgeschäfte (Ann. 37). Der Stoff muß also dem Bearbeiter übergeben sein (Ann. 55). Indes ändert es die

- § 1.** Natur des Geschäftes nicht, wenn der Unternehmer Zutaten oder Arbeitsmittel zugibt (RDSG. 7, 240, Zutaten beim Schneider; weitere Beispiele Anm. 43).
- Anm. 53.** b) Über Be- und Verarbeitung s. Anm. 44 ff. Zu diesem Begriff gehört nicht, daß an der Substanz des Gegenstandes eine innere oder äußere Veränderung vorgenommen wird, so daß auch Waschen und Reinigen darunter fällt (RGSt. 22, 271).
- Anm. 54.** c) Dabei ist überall nur technische Bearbeitung gemeint. Bei Fertigstellung literarischer oder künstlerischer Erzeugnisse (Bearbeitung von Romanen, Übersetzungen, Restaurierung von Gemälden) überwiegt die geistige Arbeit, sie gehören also nicht hierher, auch wenn der Stoff (Papier, Leinwand, Öl) vom Besteller geliefert wird (Anm. 9).
- Anm. 55.** d) Für andere muß die Be- oder Verarbeitung erfolgen. Das greift nur Platz, wenn der Besteller den Stoff liefert. Liefert der Unternehmer den Stoff, so liegt diese Voraussetzung nicht vor. Indessen entscheidet nicht gerade die Eigentumsfrage; Nr. 2 spricht von der Bearbeitung der Waren für andere, nicht von Waren anderer (Behrend § 27⁷). Vielmehr gilt der Besteller auch dann als der, welcher den Stoff liefert, wenn er ihn durch den Unternehmer der Arbeit für seine Rechnung anschaffen läßt, sei es auch auf den Namen des Unternehmers. Auch dann ist der Besteller der Lieferer des Stoffs, wenn er ihn — 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 Stoffs, gesondert zu erfüllen, und die Annahme der Erfüllung dieses Vertrages nicht deswegen abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist.
- Anm. 55a.** e) Über den Begriff Ware s. Anm. 38. Auch getragene Kleider und Wäsche können „Waren“ sein (RG. in LZ. 1910, 211). Bearbeitung unbeweglicher Sachen, Sinein- arbeitung in ein Grundstück schließen auch hier den Begriff aus; Beispiele: Haus- anstrich, Hausreparaturen, Dränage. Der Bauunternehmer und Bauhandwerker ist also auch dann kein Kaufmann, wenn er kein Material liefert (s. Anm. 48).
- Anm. 56.** 2. Wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Über die Grenzen zwischen Handwerk und Fabrikbetrieb s. § 4 Anm. 8 ff. Handwerker, die nur die Be- oder Verarbeitung von Waren für andere besorgen (sog. Lohnhandwerker, Gegensatz Anm. 44) sind hiernach nicht Kaufleute. Der zur Unterstützung des handwerks- mäßigen 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 nach Nr. 1 wird (§ 4 Anm. 14; vgl. oben Anm. 43). Doch gilt dies nur bei gewerblichem Zusammenhang: Ein Flickschuster, der nebenbei einmal einem Kunden auch neue Schuhe liefert, ist des- halb allein noch nicht Kaufmann; verkauft er aber im Nebenberufe gewerbsmäßig Zigarren oder Ansichtspostkarten, so wird er für diesen Betrieb Kaufmann nach Nr. 1. — Nach vorstehender Darlegung sind z. B. nicht Kaufleute: Flickschneider, Flickschuster, Näherinnen, Ausbesserinnen, Wäscherinnen. Auch Barbieri und Friseure sind als solche nicht Kaufleute, werden es aber nach Nr. 1, sofern sie, wie üblich, dabei einen Handel in Haarartikeln, Seifen u. dgl. betreiben (§ 4 Anm. 19). Gewerblicher Zusammenhang in dem oben gedachten Sinne liegt insoweit nicht vor.
- Anm. 57.** 3. Im einzelnen gehören hierher: die Übernahmengeschäfte der Färbereien (RDSG. 1, 132), Bleichen, Plättereien, Appreturanstalten (LG. Wien bei Abder u. Clemens Nr. 109), Rattun- druckereien, Spinnereien, Gerbereien, Eisenhammer, Fabriken, Reparaturanstalten (Gold- schmidt I § 55 Nr. II; s. aber auch BayObLG. im „Recht“ 09 Nr. 899), Dampfwaschanstalten und chemischen Reinigungsanstalten (RGSt. 22, 271 und in LZ. 1910, 211; KfmG. Breslau in GewKfmG. 13, 14), Dampfbreschmaschinen-Anstalten (vorausgesetzt, daß nicht die Maschine dem Landwirt auf bestimmte Zeit zum Gebrauch vermietet, sondern der Ausdruck vom Unternehmer als Werk- oder Dienstvertrag befohrt

wird; RG. in RZM. 2, 229), Lohnmühlenwerke, Lohnglasschleifereien, Lohnwebereien, § 1. Lohnholzschnidereien (LWG. Dresden in DZM. 16, 76) — immer unter der Voraussetzung mehr als handwerksmäßigen Betriebes. Eine Münzstätte wird diese Vorbedingung immer erfüllen. Auch Mästen, Aufziehen, Dressieren von Tieren — in Anstalten — gehören hierher (Hahn § 3 zu Art. 271).

Nicht hierher gehören: die Werkvertragsverträge der Bauunternehmer, Bauhandwerker (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, Kiefernadeln) ändert hieran nichts.

Nr. 3. Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie (Lit. f. in den Kommentaren zum PrivVUntG. und zum VVG.). Anm. 58.

1. Begriffsbestimmung des Versicherungsvertrags. Unter einem Versicherungsvertrage — nur Verträge fallen unter Nr. 3, nicht die gesetzlichen Versicherungen, z. B. Kranken-, Unfall- usw. Versicherungen der Reichsgesetze — ist der selbständige Vertrag zu verstehen, durch den der eine Teil (der Versicherer) seinem Vertragsgegner (dem Versicherungsnehmer) gegen Entgelt eine Vermögensleistung für den Fall des Eintritts einer ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Tatsache (d. i. des Versicherungsfalles) verspricht (Ehrenberg, Versicherungsrecht I § 6 S. 55 u. 61 ff. und in LZ. 07, 170 u. 174). Nach der Lehrmeinung mancher gehört dazu noch das Erfordernis eines auf eine ganze Reihe von Versicherungsverträgen gerichteten, planmäßigen Betriebes. Das Entgelt kann eine einmalige Leistung oder eine im voraus zahlbare Prämie oder eine durch Nachschuß zu erhebende Umlage sein. Die Vermögensleistung des Versicherers kann eine einmalige (eine Versicherungssumme) sein oder in einer wiederkehrenden Rente bestehen. Zu diesen Fragen f. Könige PrivVUntG. § 1 Anm. 4, wo Näheres über die Begriffe Versicherungsvertrag und Versicherungsgehalt zu vergleichen ist.

2. Den Gegensatz zur Versicherung gegen Prämie bildet die Versicherung auf Gegenseitigkeit. Anm. 60.

Der Wegweiser, um den Unterschied zwischen beiden Versicherungen festzustellen, ist die gesetzliche Bezeichnung: gegen Prämie. Bei der einen wird die Versicherung gegen Prämie übernommen, d. h. der eine Teil übernimmt die Gefahr, der andere zahlt eine Gegenleistung dafür: sei es eine feste Prämie (für die ganze Versicherungszeit) oder eine Zeitprämie oder einen nach Gefahrenklassen zu berechnenden Satz (Ehrenberg Versicherungsrecht I 278 ff.). Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit dagegen ist die Gegenleistung die Versicherung des Vertragsgegners gegen seine Gefahr, mit anderen Worten: die Gegenleistung dafür, daß die bisherigen Genossen die Gefahr des neu hinzutretenden Genossen übernehmen, besteht hier 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). 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 (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 Schadenvorteilung übrigbleibt, sondern ein Teil zur Bildung von Reserve-

§ 1. Kapitalien angesammelt wird. Endlich nicht einmal durch Ausschließung der Nachschußpflicht (vgl. § 24 PrivVUntG.). Denn das sind lediglich geschäftliche Maßnahmen, durch die das Ziel der Versicherung, die Bezahlung der Schäden, am besten gesichert wird (RChG. 4, 199; RÜ. 14, 238).

Anm. 61. 3. Die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist kein Grundhandelsgeschäft im Sinne unserer Nr. 3 (RChG. 4, 201; RÜ. 14, 237). Die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind also keine Kaufleute nach § 1 (Hagen in RÜBl. 02, 57), aber sie können es auch nach § 2 nicht werden, weil sie nach den obigen Ausführungen kein Gewerbe betreiben (Düringer-Hachenburg Anm. 38; RÜJ. 24 A 212). Indes sind durch das PrivVUntG. vom 12. Mai 01 wichtige Änderungen herbeigeführt, durch welche die Unterscheidung der beiden Arten von Versicherungen an Bedeutung verloren hat. Erlangt nämlich ein privater „Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“ 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 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 unterstehen den für solche gegebenen Bestimmungen (RÜ. in RZM. 3, 122). Sie unterstehen 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 PrivVUntG. zu § 16). Daraus folgt auch, daß für Streitigkeiten zwischen solchen Vereinen und ihren Angestellten die Kaufmannsgerichte zuständig sind (§ 59 Anm. 11). Dem Handelsrecht sind nicht unterstellt die „kleineren“ Vereine (§ 53 Gef.) und die landesrechtlichen öffentlichen Versicherungsanstalten (§ 119 Gef.).

Über ausländische Versicherungsunternehmungen vgl. § 33 Anm. 4.

Anm. 62. 4 Wenn eine Gesellschaft auf Gegenseitigkeit nicht nur mit ihren Mitgliedern Versicherungsverträge schließt, sondern auch mit Fremden (vgl. § 21 Abs. 2 Gef.), so sind die letzteren Verträge Versicherungsverträge gegen Prämie, und die Gesellschaft hat insoweit Kaufmannseigenschaft (RÜ. 28, 313; Könige PrivVUntG. § 16 Anm. 6; LG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 582).

Anm. 63. 5. Liegt Prämienversicherung vor, so ist die Übernahme solcher Versicherungen reines Grundhandelsgeschäft, gleichviel welcher Art die versicherte Gefahr ist. 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 (RChG. 5, 12); Transport- und Hypothekenversicherungen (RChG. 5, 335), Unfall-, Invaliditäts- und Rückversicherungen, Seeversicherung (LG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 213), Haftpflicht-, Einbruch-, Kursverlust- und Militärdienstversicherungen usw.; 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. 271¹⁶).

Anm. 63a. 6. Hinsichtlich des Versicherungsrechtes bestimmt Art. 75 EU HGB., daß die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend bleiben, soweit nicht das HGB. besondere Bestimmungen (z. B. §§ 1127 ff., 1522, 1529 u. a.) trifft. Doch greifen selbstverständlich in erster Linie die Bestimmungen des HGB. Platz, deren Anwendung sich daraus ergibt, daß die Prämienversicherung ein Grundhandelsgeschäft ist. Das PrivVUntG. regelt im wesentlichen die öffentlich-rechtlichen Beziehungen und die Aufsicht

(Könige PrivBlutG. § 1 Anm. 1 ff.). Den Privatversicherungsvertrag regelt das RGeF. § 1. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08, in Kraft seit dem 1. 1. 1910.

- Nr. 4. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte. (Vgl. den Artikel: „Banken“ in Conrads Anm. 64. Handwörterbuch.) Es genügt nicht, wie Düringer-Hachenburg (Anm. 40) zutreffend hervorheben, die 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 GmbHG.; § 248 BGB.).

Die dem Bankiergewerbe eigentümlichen Geschäfte sind die Geschäfte, welche die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld und Wertpapieren befriedigen. Anm. 65.

1. Die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Wertpapieren. Der wichtigste 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 Ankauf 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 Unternehmens, der sein Anwesen in eine Gesellschaft einbringt, im voraus einen Vertrag, inhalts dessen diesem die Aktien, die er als Gegenleistung für seine Sacheinlage erhält, zu gewissen Preisen vom Bankier abgenommen werden (vgl. § 182 Anm. 33). Die solchergestalt dem Bankier zufließenden Aktien werden dann an den Markt gebracht. Diese Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren nennt man Emission. Über eine andere Art von Emission s. Anm. 67.
2. Die Geschäfte, welche dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld dienen. Anm. 66. Dahin gehört zunächst das Geldwechselgeschäft. Das Gesetz stellt dieses neben das Bankgeschäft. Allein Düringer-Hachenburg (Anm. 40) sind im Recht, wenn sie diese Scheidung für unbegründet erklären. Das Geldwechslergeschäft ist ein Teil des Bankgeschäfts, es dient dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geldsorten.

Von ungleich größerer Wichtigkeit aber sind die übrigen Geldgeschäfte, die hier in Frage kommen. Anm. 67. Zunächst die, welche dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung von Geld, der Kreditvermittlung, dienen. Dahin gehört das Diskontierungsgeschäft. Sodann das Darlehen in seinen mannigfachen Formen (Blanko-, Akzept-, Kontokorrentkredit usw.); mit und ohne Sicherheit, ersteres als Lombardgeschäft gegen Verpfändung von Kaufmannsmaren [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 und im „Recht“ 1910 Nr. 3645. Hierher ist auch das Einziehen (Inkasso) von Wechseln, Schecks, Verpflichtungsscheinen und Forderungen zu rechnen, da es auch dem Bedürfnisse des Publikums nach Anschaffung von Geld dient (s. auch Anm. 85). Ferner gehört hierher die

§ 1. Übernahme von Anleihen, Aktien und sonstigen Gesellschaftsanteilen, die von öffentlichen Körperschaften, Gesellschaften, industriellen Unternehmungen zur Befriedigung ihres Geldbedürfnisses 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 wieder flüssig machen kann. Die hier erwähnte Übernahme von Anleihen und Gesellschaftsanteilen gehört nicht unter Nr. 1, weil sie keine Anschaffung ist (Anm. 36), aber sie ist ein Grundgeschäft des Bankiergewerbes und gehört daher unter Nr. 4. Endlich aber ist dasjenige Geschäft dem Bankgewerbe eigentümlich, das dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Unterbringung seiner flüssigen Gelder dient, das sogenannte Depositengeschäft. Die Annahme von Geldern zum irregulären Depositum gegen Verzinsung ist dem Bankgewerbe eigentümlich und ist nicht nur ein Hilfsgeschäft, sondern macht denjenigen, der diese Geschäftsart gewerbmäßig betreibt, zum Bankier (vgl. RG. in RGZ. 33 A 109). Vereinzelt 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 Grundstücksgeschäften suchen würde.

Anm. 68.

Die sonstigen Geschäfte, welche im Bankgewerbe vorkommen, sind Hilfsgeschäfte oder vielmehr Nebenzweige der Bankgeschäftstätigkeit, so die Aufbewahrung von Wertpapieren, der Giroverkehr, der Scheck- und Anweisungverkehr. Alles dies sind Arten, in denen die Zahlung von hinterlegten oder kreditierten Geldern ausgeführt wird. Vereinzelt würden sie (auch die Aufbewahrung von Wertpapieren) nicht den Inhalt eines Bankgeschäfts bilden. So spricht auch das DepotG. nicht von Bankiers, sondern von Kaufleuten, denen Aktien usw. zur Verwahrung übergeben sind.

Anm. 69.

Bankgeschäfte können von physischen und juristischen Personen betrieben werden. Nicht selten betreiben juristische Personen des öffentlichen Rechts (Gemeinden, Kreise, der Staat) Bankgeschäfte (RG. in JW. 00, 273⁵). Sie sind dann Kaufleute, z. B. die Kgl. Bayer. Bank (RZM. 6, 223), die Kgl. Preuß. Bank (SeuffW. 32 Nr. 158); ebenso die Reichsbank (BankG. v. 14. März 1875), wenn auch letztere nach § 66 BankG. nicht eintragungspflichtig ist.

Das Pfandleihgewerbe, d. h. das Verleihen beweglicher Pfänder, die nicht Wertpapiere, Edelmetalle oder Kaufmannswaren sind (z. B. von Möbeln, Büchern, Kleidern, Schmucksachen), war stets vom Bankiergewerbe unterschieden (ROHG. 24, 34 ff.; RG. in RZM. 4, 157; über das Banklombardgeschäft vgl. Anm. 67). Der Pfandleiher kann nicht Kaufmann gemäß § 1 sein. Aber die Anwendung des § 2 auf das Pfandleihgewerbe ist unter den dort gegebenen Voraussetzungen nicht ausgeschlossen (ebenso RG. a. a. O. u. Düringer-Hachenburg § 2 Anm. 14; a. M. Marcus im „Recht“ 01, 170 u. LG. Berlin bei Goldheim 10, 202).

Anm. 70. Nr. 5. Eine Reihe von Beförderungsgeschäften, und zwar:

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

- a) **Personenbeförderung.** Wer nur Beförderungsmittel stellt, ohne zugleich die zur Beförderung 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 Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB.). Dagegen ist es gleichgültig, ob nebenbei auch noch das Gepäc des Reisenden mitgenommen wird, es wird dadurch kein Frachtgeschäft.
- b) **Im Großbetriebe.** Darauf 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 der Begriff dahin zu bestimmen: nach Art und Umfang des Betriebes müssen kaufmännische Einrichtungen 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 Buschh. 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).
- 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).
- d) **Im einzelnen gehören hierher:** der Betrieb der Straßenbahnen, Dampfschiffe, Dampfzüge, Personenpostverbindungen (private), Omnibus-, Droschken- und Automobilunternehmungen. 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. — Die Speisewagen-gesellschaft betreibt kein Beförderungsgewerbe, vielmehr betreibt sie das Verköstigungsgewerbe (Anm. 44), freilich in dem Beförderungsgewerbe der ihr fremden Eisenbahn (PrOVB. in DZS. 06, 374). Auch die Schlafwagen-gesellschaft dürfte nicht unter § 1 Nr. 5 fallen (vgl. aber § 2).
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 (ROHG. 23, 320; RG. 6, 100; 10, 167; RG. in LZ. 07, 825). Seine Geschäfte sind reine Grundhandelsgeschäfte, der Unternehmer ist ohne weiteres Kaufmann. Oft hat er allerdings nur ein kleines Schleppboot; dann ist er Minderkaufmann nach § 4.
- Nr. 6. Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure und der Lagerhalter. Hierüber s. §§ 383 ff., 407 ff., 416 ff. Der sogenannte Annoncenspediteur ist nicht Spediteur im Sinne des Gesetzes, aber aus anderen Gründen Kaufmann; vgl. Näheres Erg. zu § 415 Anm. 8 und § 346 Anm. 1, 7.
- Nr. 7. Die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmakler. Hierüber s. §§ 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 Hypothekensmakler dagegen sind 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). Grundstücks- und Hypothekensmakler können indes unter § 2 fallen (OLG. Oldenburg im „Recht“ 02, 298). Daß die Heiratsvermittlungsgeschäfte nicht unter § 1 Nr. 7 fallen, folgt schon daraus, daß Ehen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind; Heiratsvermittler als solche können auch nicht nach § 2 Kaufleute werden, weil sie rechtlich nicht anerkannte Geschäfte betreiben

§ 1. (Anm. 22). Vermietungen von Dienstboten für die Häuslichkeit (Gesindevermietungs-bureaus) gehören ebenfalls nicht hierher (RG. im RZM. 9, 33); ebenso nicht die Schiffspröcureurgeschäfte, d. h. die gewerbsmäßige Vermittlung von Vertragsabschlüssen über die Befrachtung von Flußfahrzeugen in der Binnenschifffahrt (OLG. Hamburg in OLGR. 19, 289). Doch können auch diese Gewerbe vermöge Art und Umfang des Betriebes Handelsgewerbe nach § 2 und alzefforische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Vgl. Erg. vor § 93 Anm. 8. Über die sog. Theateragenten vgl. § 93 Anm. 4.

Anm. 78. Nr. 8. Die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels. Sämtlich ohne Rücksicht auf den Umfang des Betriebes (BayObLG. im „Recht“ 01, 567).

1. Die Verlagsgeschäfte. (Lit.: Goldschmidt Handbuch § 56; Cosack §§ 108 ff.; Lehmann Lehrb. §§ 195 ff. und die dort Zit.) S. hierzu das Rgef. über das Verlagsrecht vom 19. 6. 01. Seine Absicht ging im wesentlichen auf die Zusammenfassung des in Übung befindlich gewesenen Rechts (RG. 54, 435). — Die Verlagsgeschäfte fallen unter Nr. 8, nur insofern sie Zweige des Buch- und Kunsthandels sind. Auch Verlagsgeschäfte, die Werke der Photographie zum Gegenstande haben, gehören hierher (Ritter Komm. Anm. 11). Bei den Verlagsgeschäften unterscheidet man herkömmlich:

- a) die Geschäfte zwischen Verleger und Urheber zum Zwecke der Erwerbung des Urheberrechts;
- b) die Geschäfte zwischen Verleger und Drucker zwecks Vervielfältigung des Werkes und
- c) die Geschäfte zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des vervielfältigten Werkes.

Es ist aber nicht etwa nur der vereinigte Betrieb aller drei Arten von Geschäften Handelsgeschäft. Vielmehr ist wesentlich, um Verlagsgeschäfte zu Handelsgeschäften im Sinne der Nr. 8 zu machen, nur die letzte Art, nämlich die Tätigkeit zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des Werkes (RG. 5, 68 nennt diese Tätigkeit „Veröffentlichung“). Fehlen können die Geschäfte, die auf den Erwerb des Urheberrechts abzielen, so z. B. wenn es sich um einen Nachdruck handelt (RG. 5, 68), oder um die erlaubte Vervielfältigung alter Klassiker. Auch der Selbstverlag kann unter Nr. 8 fallen (RG. 5, 68), ebenso der Kommissionsverlag (ROHG. 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 Art: der Verleger kann sehr wohl seine eigene Druckerei oder Papierfabrik haben, so daß er diesbezügliche Handelsgeschäfte nicht abschließt.

Anm. 79. Hervorzuheben ist: Für das Verlagsgef. kommt als Verleger nur in Betracht, wer Verlagsverträge im Sinne des § 1 dieses Gesetzes, der den wesentlichen Inhalt in zwingender Weise wiedergibt, mit anderen Personen schließt. Der Selbstverlag, der Kommissionsverlag fallen daher nicht unter das Verlagsgef. Gewerbsmäßiger Betrieb aber ist Grundhandelsgeschäft im Sinne der Nr. 8; beim Kommissionsverlag kommt auch noch Nr. 6 in Betracht.

Anm. 80. 2. Die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels. Das sind besonders die Geschäfte des Sortimentsbuchhändlers; soweit dieser 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 Arten von Handelsgeschäften; denn es gehören dazu die Geschäfte der Buchhändlerkommissionäre (Nr. 6), der Kolporteure, der Subskribenten- und Annoncenjämmler (Nr. 7); vgl. OLG. Karlsruhe in BadRpr. 04, 147. Auch das Antiquariat gehört dazu. — Nicht gehören dazu die Geschäfte der Lesezirkelanstalten und der Leihbibliotheken (ROHG. 23, 400; f. a. Anm. 42), die aber nach § 2 und § 343 Handelsgewerbe und alzefforische Handelsgeschäfte sein können, letzteres z. B., wenn ein Sortimentler nebenbei eine Leihbibliothek hat.

Anm. 81. Nr. 9. Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. — Gemeint sind, wie die Zusammenstellung mit dem Buch- und Kunst-

handel ergibt, nicht Rattun- und Zeugdruckereien oder Tapetendruckereien, sondern der § 1. 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 (Rd. in RM. 6, 51), überall, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (Anm. 56; § 4 Anm. 5 ff.). Der kleine Drucker, Holzschnneider, Lithograph ist nicht Kaufmann.

Zusatz. Alphabetisches Verzeichnis der Personen, deren Kaufmannseigenschaft in Frage Anm. 82. 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.

b) Gewerbetreibende, die ohne weiteres Kaufleute sind:

Anm. 83.

Die folgende Aufzählung ist nur eine Aufzählung der reinen Grundhandelsgewerbe, der Kaufleute kraft Gewerbes.

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

Anm. 84.

Agenten (Nr. 7)¹⁾; Annoncenbureaubesitzer (Anm. 76); Antiquare (als Antiquitätshändler Nr. 1; als Antiquariatsbuchhändler auch Nr. 8; Anm. 80); Appreteure (unter Umständen, Nr. 2; Anm. 57); Apotheker (Nr. 1; Anm. 29, 44); Automobilunternehmer (Nr. 5; Anm. 74); Bäcker (Nr. 1; Anm. 44; § 4 Anm. 16); Banken und Bankiers (Nr. 4); Barbieri (s. Friseure); Baugeldgeber (Anm. 67); Baumaterialienhändler (Anm. 46); Büchsenmacher (Nr. 1; Anm. 44; § 4 Anm. 16); Branntweinbrenner (soweit sie nicht selbstproduzierte Stoffe verarbeiten und veräußern, Anm. 37; RdSt. 16, 380); Brauer (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Buchdrucker (Nr. 9; Anm. 81; wenn mehr als handwerksmäßig); Buchhändler (Nr. 1 u. 8; Anm. 78 ff.); Cafetiers (Nr. 1); Dampfwaschanstalten (Nr. 2; Anm. 57); Dampfbreschanstalten (ebenda); Destillateure (s. Branntweinbrenner und Gastwirte); Drechsler, Dreher (Nr. 1; Anm. 44; § 4 Anm. 16); Droschkenunternehmer (bei Großbetrieb Nr. 5; Anm. 74); Eisenbahnunternehmer (als Frachtführer, Nr. 5; RdSt. 3, 407); Eisenwerksbesitzer (soweit sie angelauftes 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; § 4 Anm. 16); Frachtführer (Nr. 5); Friseure (wenn sie Haarartikel, Öl, Seifen usw. verkaufen; Nr. 1; Anm. 56; § 4 Anm. 19); Fuhrleute (wenn sie Lasten befördern, nach Nr. 5, und ebenso, wenn sie als Personenbeförderungsanstalten zu betrachten sind; Anm. 72); Gasanstalten (Nr. 1; Anm. 44); Gastwirte (nicht in der Bedeutung von Logierwirten, Hoteliers, sondern in der Bedeutung von Schankwirten, Restaurateuren, Destillateuren, Speise- und Trinkwirten; Anm. 29, 44; § 4 Anm. 19 u. 20); Gerber (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Glaser und Goldschläger (ebenda); Handwerker (unter Umständen, Näheres Anm. 44 u. § 4 Anm. 2 ff.; betr. Bauhandwerker s. oben Anm. 48); Hausierer (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); Höter (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); Hoteliers (wenn sie nicht nur Zimmer vermieten, sondern auch Speisen verabreichen; Anm. 44); Hundehändler (außer wenn nur eigene Zucht; Anm. 37); Hutfabrikanten (Nr. 1 u. 2); Kalkbrennereibesitzer (insofern sie gekauften oder fremden Kalk brennen, Nr. 1 u. 2); Rattundruckereien (Anm. 57); Klempner (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Kolporteure

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

§ 1. (Nr. 8; Anm. 80); Kommissionäre (Nr. 6); Konditoren (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Korbmacher (ebenda); Kreditvereine (wenn sie an Nichtmitglieder ausleihen, Anm. 67); Kürschner (sofern mehr als Handwerker, RGRspr. 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); Makler (Handelsmakler, Kursmakler, Nr. 7; Anm. 77); Maler (nicht auf Grund von Nr. 1, da sie keine Farben veräußern, sondern Gegenstände färben, wohl aber auf Grund der Nr. 2, wofür sie Malerarbeiten übernehmen, die sich auf Waren beziehen, und ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; selbstverständlich ausgenommen die Kunstmaler); Mastanstalten (Anm. 57); Milchhändler (außer wenn Urproduzenten; Anm. 37); Mineralwasserhändler (ebenda); Müller (Nr. 1; auch die Rohnmüller, wenn mehr als handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, Nr. 2, Anm. 57); Münzenhändler (Nr. 1); Münzstätten (Anm. 57); Musikalienhändler (Nr. 1 u. 8); Omnibusbesitzer (unter Umständen, Anm. 74); Optiker (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Patentanwälte (diese aber nur im Falle § 93 Anm. 4; sonst nicht; s. oben Anm. 9); Pferdebahnbefitzer (Anm. 74); Photographen (wenn mehr als handwerksmäßig, Anm. 81); Plattereien (Anm. 57); Post (Privatposten nach Nr. 5 als Frachtführer; nicht auch der Staat als Postanstalt, § 452; Anm. 70 ff.); Reinigungsanstalten (chemische; Anm. 57); Reparaturanstalten (Anm. 57); Restaurateure (s. Gastwirte); Sattler (Anm. 44; § 4 Anm. 16); Schneider (unter Umständen, Anm. 43, 44; § 4 Anm. 16; aber nicht Flickschneider, oben Anm. 56); Schlosser, Schmiede, Schuster, Seiler (ebenda); Spediteure (Nr. 6); Spekulant (in Waren und Wertpapieren, wenn Gewerbsmäßigkeit vorliegt, Anm. 30; nicht auch in Grundstücken; doch können sie dann unter § 2 fallen); Spinnereien (wenn mehr als handwerksmäßig betrieben, Anm. 57); Staat (§ 36); Steinmeße (wenn sie eigene Steine bearbeiten; Nr. 1; sonst nur, wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2); Straßenbahnunternehmer (Anm. 74); Subskribentensammler (Anm. 80); Tischler (Anm. 44; § 4 Anm. 16; jedoch nicht Bautischler, Anm. 48); Tröbler (Nr. 1, jedoch Minderkaufmann, § 4 Anm. 20); Töpfer (Anm. 51); Uhrmacher (Anm. 44); Verleger (Nr. 8); Versicherungsgesellschaften (Anm. 59 ff.); Viehhändler (Nr. 1; RDSG. 7, 58; 14, 266); Warenhändler (Nr. 1); Weber (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2; Anm. 57); Zeitungsverleger (Nr. 8; Anm. 78).

Anm. 85. 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 nicht dazu. 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 Art und Umfang des Gewerbebetriebs und Eintragung (Anm. 31).

Ärztliche Heilanstalten (Näheres Anm. 9); Architekten (RG. in DRG. 9, 365; § 2 Anm. 3); Auktionskommissare; Auskunfts-bureaus (§ 2 Anm. 3); Bauunternehmer (Anm. 48; § 2 Anm. 3); Bautischler (Anm. 48); Bergwerksbesitzer (Anm. 37); Bernsteingrabereibesitzer (Anm. 37); Bildhauer (s. Künstler); chemische Laboratorien (§ 2 Anm. 3); Detektivinstitute; Einziehungsbureaus (sämtlich ebenda); Eisenbahnbauunternehmer (s. Bauunternehmer); Fremdenpensionate (§ 2 Anm. 3); Gas- und Wasserrohrleger (Anm. 48); Gefindevermietungs-bureaus (Anm. 77; § 2 Anm. 9); Grundstücks-makler (Anm. 77); Grundstücks-spekulanten (Anm. 38; Bolge 6 Nr. 631); Handelsgärtner (sofern Selbstproduzenten; Anm. 37; § 3 Anm. 1); Hoteliers (als Zimmervermieter; Anm. 44; § 2 Anm. 3); Hypothekensmakler (Anm. 77); Kostümverleiher (Anm. 42; § 2 Anm. 3); Künstler (Anm. 9); Kunstgärtner (vgl. Handelsgärtner); Landwirte (s. § 3); Leihämter; Leihbibliotheken (Anm. 80); Lohnkutscher (Anm. 74); Maler (s. Anm. 84); Maurermeister (Anm. 48; DRG. Rostod

im „Recht“ 05, 285); Mollereibesitzer (Anm. 37); Pensionate (§ 2 Anm. 3); Pfandleiher § 1. (Anm. 69); Rechtskonsulentenbureau; Schiffsverleiher (Anm. 42; § 2 Anm. 3); Schriftsteller (Anm. 9); Sparkassen (wenn sie Gewinn erzielen wollen [RZM. 2, 23; Anm. 7 u. 10], dagegen werden z. B. die Gemeindeparkassen in Baden mangels Gewerbsmäßigkeit nicht für Kaufleute erachtet [BadRpr. 01, 274]); Steinbruchbesitzer oder -pächter (Anm. 37); Steinfabrikanten (Fabrikanten feuerfester Steine aus eigenem Material; Anm. 37); Theateragenturen (§ 93 Anm. 4); Theaterdirektoren und -unternehmer (Anm. 9; § 2 Anm. 3); 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 (Anm. 44; § 2 Anm. 3). Weitere Beispiele s. § 2 Anm. 3.

§ 2.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kauf. § 2. männlicher Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne 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 Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer (in der Festgabe für Fitting, Halle 03); Kaufmann, Der § 2 HGB, Halle 06.

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

Vorbemerkung. Der Charakter der Vorschrift ist der einer *clausula generalis*. Die Anm. 1. Art, wie das frühere HGB. den Kaufmannsbegriff bestimmt hatte, entsprach nicht den Anschauungen und Erfordernissen des Verkehrs. Danach waren viele Personen als Nichtkaufleute zu betrachten, die einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb hatten und nach den Anschauungen des Verkehrs als Geschäftsleute galten; z. B. die Ziegeleibesitzer und sonstigen Selbstproduzenten, wie Tonröhren- und Porzellanfabrikanten, ferner die Grundstücks Händler und Bauunternehmer (zahlreiche Entscheidungen hierzu bei Sobernheim 72, 80—82). Hier war nur zu helfen durch Aufstellung einer Generalklausel. Ein „Sprung ins Dunkle“ (RZ. S. 5), der aber gegliedert 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 einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb 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 (daher die Bezeichnung „Sollkaufmann“ § 1 Anm. 31). 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. 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 Waren-

§ 2. Handel, 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.; RÖ. in OÖR. 8, 89; Anm. 1 u. 9).

a) Der Begriff des Gewerbes ist in Anm. 6—13 zu § 1 auseinandergelegt. Liegt nach dem dort dargelegten ein Gewerbe vor, liegt insbesondere ein in der Absicht dauernder Gewinnerzielung erfolgender rechtsgültiger Abschluß von Geschäften vor, so wird beim Hinzukommen der anderen Voraussetzungen des § 2 das Gewerbe ein Handelsgewerbe, auch wenn der Betrieb unter keine der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Arten 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, Vordellinhaber nicht unter § 2 fallen, weil kein Abschluß von rechtsgültigen Geschäften vorliegt (§ 1 Anm. 22).

Anm. 3. b) **Beispiele von gewerblichen Unternehmungen, die unter § 2 fallen können,** f. § 1 Anm. 85. Hervorgehoben seien hier zur Veranschaulichung: Die Gewerbebetriebe der Urproduzenten, besonders der Bergbau (Steinkohlenbergwerk, ZW. 04, 475²⁰), der Betrieb von Brüchen, Gruben und Salinen (PrOVB. in Zeitschr. f. Bergrecht 51, 162; Wö. Kalbe bei Sobernheim 76); die Gewerbebetriebe, in welchen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten, z. B. die Tonwaren-, Porzellanfabriken, Ziegeleien (Anm. 5), Rübenzuckerfabriken; der Gewerbebetrieb der Leih- (richtiger Vermietungs-)anstalten, z. B. Leihanstalten für Bücher, Kostüme, Beförderungsmittel, Boten (z. B. die „Messenger Boys“, die „Roten Radler“), Pferde, Dreschmaschinen (wenn nicht gleichzeitig der Ausbruch besorgt wird, § 1 Anm. 57); Pfandleihen (§ 1 Anm. 69), die Auskunftsbureaus (Erl. zu § 349 Anm. 3; Königsberger, Die berufliche Auskunftserteilung, Stuttgart 07, und dazu Brüdner in ZfR. 61, 267); der Gewerbebetrieb der Bauunternehmer (Anm. 1 und § 1 Anm. 48), der gewerbsmäßige Handel mit Grundstücken (RÖ. in RÖZ. 26 A 209, § 1 Anm. 38) und die gewerbsmäßige Vermittlung von Grundstücksgeäften (§ 1 Anm. 77); Grundstücksparzellierer und An siedlungsgesellschaften (RÖ. in OÖR. 9, 238); Architekten (außer wenn lediglich Künstler, § 1 Anm. 9 u. 85); 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 GewO.; RÖ. 41, 55; RÖ. und OÖ. Dresden in OÖR. 8, 247 ff.; Düringer-Hachenburg Anm. 14; f. auch § 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 (RÖ. a. a. O.). Zu weit geht Felsch (Denkschrift über die Einwirkung des VGB. auf die Engagementsverträge des Dtsch. Bühnenvereins, als Manuskript gedruckt 1901), der alle Theaterunternehmer ausschließt, weil sie in hohem Maße selbst künstlerische Leistungen bieten müßten, um ihren Beruf zu erfüllen. — 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 nur zur Geldeinhebung für andere beauftragt sind, sei es unter der Maske der Abtretung oder auch ohne diese, betreiben sie keine Handelsgeschäfte. Man könnte vielleicht (f. Jakob, Die Kredit- erkundigung 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 Einheben von Gelbbeträgen beschäftigen, so ist dies doch nur insoweit

der Fall, als es sich um das formelle Eintassieren handelt. Das Ausklagen § 2. im Weigerungsfalle für andere besorgen sie wohl auch hin und wieder, aber nicht mehr als eigentümlichen Zweig ihres Gewerbes, sondern mehr aus Gefälligkeit; am allerwenigsten beschäftigen sich Bankiers gewerbsmäßig damit, zweifelhafte Forderungen durch möglichst schlaue und energische Maßregeln beizutreiben. Solche Einziehungsbureaus dürfen daher in das Handelsregister nicht ohne weiteres eingetragen werden, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 2. — Als fernere Beispiele seien angeführt die chemischen Laboratorien (W. Magdeburg und R. bei Sobernheim 33, 35); die Detektivbureaus und die Wach- und Schließgesellschaften; die Gewerbebetriebe der Rechtskonsulenten und der Zivilingenieure; die Patentbureaus; wegen der Patentanwälte s. dagegen § 1 Anm. 9, 84. — Auch der Betrieb von Logierhäusern und Pensionaten gehört hierher (Saeger in LZ. 08, 763), insbesondere die Zimmervermietung ohne Restaurationsbetrieb (§ 1 Anm. 44). Bei der Frage, ob der Logierhausbetrieb den Voraussetzungen des § 2 entspricht, ist diesfalls der Gesamtbetrieb zu berücksichtigen, also auch die Verabreichung von Nahrungsmitteln, mag dieser auch selbständige Bedeutung nicht beinwohnen, aus diesem Grunde eben ein Grundhandelsgeschäft (§ 1 Abs. 2) nicht vorliegen (R. in DZ. 06, 766).

γ) Auf die juristische Form, unter der das Unternehmen betrieben wird, kommt es Anm. 4. nicht an. Die Vorschrift des § 2 bezieht sich nicht nur auf physische Personen (§ 1 Anm. 4) und nicht bloß auf den Einzelkaufmann, sondern auch auf juristische Personen (§ 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 die Bergwerksgesellschaften, die nach Landesgesetz nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Diese sollen nicht unter § 2 fallen (Art. 5 G. G. G. B.). Beispiele in der D. 14. Vgl. auch § 33 Anm. 2.

b) Es muß nach Art und Umfang einen kaufmännisch (d. i. hier vollkaufmännisch) eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Anm. 5.

a) 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. Immerhin ist nicht notwendig, daß für das betreffende Unternehmen gerade alle Handelsbücher geführt werden, die sonst im Großhandelsbetriebe üblich sind (R. in ZW. 08, 343³²). Andere solche Einrichtungen sind: die Aufbewahrung der eingehenden, das Kopieren der ausgehenden Briefe, die Anstellung von Kontrollpersonal, Sonderung der einzelnen Betriebszweige (z. B. abgesonderte Kassenführung), der Warensorten usw. Jeder Geschäftszweig, jeder Betrieb kann in dieser Beziehung andere Einrichtungen aufweisen und erfordern. — Der § 2 setzt eine vollkaufmännische Betriebsweise voraus, da jene Einrichtungen für den Minderkaufmann (§ 4) nicht in Betracht kommen. Sie liegt z. B. nicht vor bei einem Ziegeleiunternehmer, der die Ziegel durch einen Affordanten herstellen und durch eigene Fuhrknechte an die Baustellen fahren, sich von den Bestellern Lieferscheine ausstellen und sich den Kaufpreis in kurzen Fristen bezahlen läßt, ohne mit kaufmännischem Kredit und Wechselausstellung zu arbeiten (BayObdL. im „Recht“ 07, 1329).

β) Damit nun ein Fall des § 2 vorliege, muß das gewerbliche Unternehmen eine kaufmännische Einrichtung erfordern. Anm. 6. Nicht dann fällt das Unternehmen unter § 2, wenn es kaufmännisch eingerichtet ist, sondern wenn es eine solche Einrichtung er-

§ 2. fordert. 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 Einrichtung, jedenfalls zu deren wesentlichstem Bestandteile: 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 RZ. 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 einrichten. Doch wird allerdings die Tatsache der bestehenden kaufmännischen Einrichtung eines Geschäfts meist den Rückschluß gestatten, daß es eine solche erfordert.

Anm. 7. γ) Das Erfordernis der kaufmännischen Einrichtung muß auf Art und Umfang des Gewerbebetriebes beruhen. — Staub 6./7. Aufl. Anm. 7 vertrat die Ansicht, das Wort „Art“ sei nicht zu beachten und § 2 einfach auf ein solches Gewerbeunternehmen zu beziehen, dessen Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordere; er hat aber schon in den Vorarbeiten zur 8. Auflage diese Ansicht aufgegeben. Nach der in Theorie (u. a. Dernburg I § 97; Loke bei Gruch. 44, 404) und Praxis (RGSt. 34, 103 u. 35, 289; RG. in DZ. 2, 142 und in RZ. 21 A 68; RG. in JW. 08, 343³²) mit Recht herrschenden Auffassung ist auch die Betriebsart eine weitere notwendige Voraussetzung des § 2. Betriebsumfang und Betriebsart sind zweierlei und nicht gleichbedeutend, vielmehr muß stets unabhängig voneinander geprüft werden, ob sowohl der erforderliche quantitative Umfang des Gewerbebetriebes (Anm. 8) als auch die erforderliche Art des Unternehmens (Anm. 9) vorhanden sind (RG. in DZ. 06, 1205 und in JW. 06, 205²⁸ u. 691¹⁵; Näheres Anm. 8ff.). Für die Feststellung des Umfangs und der Art eines Unternehmens müssen sämtliche Umstände des Einzelfalles, namentlich auch die örtlichen Verhältnisse, berücksichtigt werden. Ein Betrieb, der in der Großstadt als Kleinbetrieb erscheint, kann für ein Landstädtchen ein erheblicher sein.

Anm. 8. αα) Der Umfang des Unternehmens muß einen kaufmännischen Betrieb erfordern. Den Gegensatz bildet der Kleinbetrieb (D. 18; ebenso Goldmann I 21; Lehmann-Ring Nr. 4). Das Kleingewerbe fällt niemals unter § 2; ihm ist gerade wesentlich, daß es einen kaufmännischen Betrieb nicht erfordert. Unter Umfang des Gewerbebetriebes ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen. Dieser kann entweder in der großen Zahl der abgeschlossenen Geschäfte oder aber in wenigen Geschäften über hohe Wertgegenstände zum Ausdruck gelangen (§ 4 Anm. 18ff.). Der Umfang ist nur einer der Umstände, die für die Bestimmung des Geschäftsumfanges 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 (Anm. 5), vor allem eine geordnete Buchführung erheischt. Im Gesetze können solche Unternehmungen nicht einzeln oder näher bestimmt werden (D. 10). Die Art des Unternehmens wird kaufmännische Einrichtungen vornehmlich erfordern

bei der nur allmählichen Anbahnung und Abwicklung geschäftlicher Beziehungen § 2. 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 denkbar, daß ein Unternehmen trotz seines Umfangs nach seiner ganzen Anlage so einfach und durchsichtig ist, daß sich spezifisch kaufmännische Einrichtungen völlig erübrigen (RÖ. in OLG. 2, 142; vgl. auch RGSt. in DZ. 04, 1187). Beispiel: ein Hofmaurermeister beschäftigte einen Techniker, etwa 50 Gesellen und überdies Lehrlinge, er zahlte im Jahre durchschnittlich 76440 M. 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 (RÖ. a. a. O.), eine kaufmännische Betriebsweise nicht erforderlich. Anders, wenn ein Maurermeister für eigene Rechnung die Materialien zu Bauwerken anschafft, wenn er zuweilen auch die vollständige Herstellung von Bauwerken übernimmt und mit den Bauhandwerkern für eigene Rechnung Werkverträge schließt. Er ist dann nicht lediglich Maurermeister, sondern auch Bauunternehmer (RÖ. in OLG. 7, 145f.). Meist werden selbst „im großen Umfange betriebene Tanz-, Turn- und Schwimm-Unterrichtsanstalten, Gesindevermietungs-Bureaus eine kaufmännische Buchführung nicht erfordern, weil es sich regelmäßig um einmalige sofort abgelohnte Dienste, nicht um dauernde geschäftliche Beziehungen handelt“ (Rehmann-Ring Nr. 5); doch sind Ausnahmen denkbar.

- 77) **Handwerker** als solche unterliegen niemals dem Eintragungszwange, auch **Ann. 10.** dann nicht, wenn ihr Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, wenn also Art und Umfang ihres Handwerksbetriebs eine kaufmännische Einrichtung nötig machen. In den bisherigen Aufl. war das Gegenteil angenommen; diese Ansicht kann aber nicht aufrechterhalten werden. § 4 Abs. 1 bestimmt schlechthin, daß die Vorschriften über Firmen usw. auf den Handwerker keine Anwendung finden; er enthält daher eine Ausnahme von § 1 und § 2; der dort enthaltene Nebensatz „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“ bezieht sich nur auf das Wort „Personen“, nicht auch auf das Wort „Handwerker“. So RÖ. in RZ. 9, 109. Das RÖ. hat nämlich die von ihm früher (RGZ. 21 A 68) vertretene Ansicht, daß auch ein an sich dem Handwerke zuzurechnender Gewerbebetrieb bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 registerpflichtig sei, aufgegeben (RGZ. 27 A 60). Jetzt steht das RÖ. auf dem Standpunkte, daß die Anwendung der Vorschrift des § 2 auf Handwerker ausgeschlossen ist, es sei denn, daß das Unternehmen selbst über die Grenzen des Handwerksbetriebes hinausgewachsen ist (was mit dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 vielfach, aber nicht stets zusammenfallen wird, z. B. nicht in dem RZ. 9, 109 entschiedenen Falle: Handwerksmäßige Herstellung von Hüten unter persönlicher Mitarbeit des Unternehmers ohne Benutzung maschineller Hilfsmittel, und Besorgung der kaufmännischen Geschäfte lediglich durch den Unternehmer und seine Frau; hier hat das RÖ. trotz erheblichen Geschäftsumfanges nur Handwerkereigenschaft angenommen und daher die Eintragungspflicht verneint), oder dafern der Unternehmer neben seinem Handwerke noch ein anderes Gewerbe betreibt, hinsichtlich dessen die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind. Diesen Darlegungen ist beizupflichten. Hiernach können reine Handwerker wohl Kaufleute nach § 1 sein (§ 1 Ann. 44; in diesem Falle Minderkaufleute nach § 4), niemals aber Kaufleute nach § 2. Dagegen ist das

§ 2. letztere möglich bei einem Herauswachsen aus der Handwerksmäßigkeit, z. B. wenn der Schuhmacher oder der Schlosser Schuh- bzw. Eisenwarenfabrikant wird, und bei Mitbetrieb eines rein kaufmännischen Gewerbes, z. B. wenn der Uhrmacher, und zwar nicht nur nebenbei, sondern in erheblichem Betriebe (vgl. § 4 Anm. 14), auch mit fertig bezogenen Uhren handelt. Näheres § 4 Anm. 2f. Im wesentlichen ebenso BayObLG. in RZM. 4, 102; Düringer-Sachenburg Anm. 7; Ritter Komm. Anm. 4; a. M. Dernburg I § 97.

Anm. 11. 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 (Erg. zu § 5). Der Unternehmer kann also seine Kaufmannseigenschaft und die daran geknüpften öffentlich-rechtlichen 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 rechts-erzeugende Bedeutung. Cosack § 7 C. 29 bringt folgendes Beispiel: Ein Bauunternehmer (s. Anm. 3) bedarf kaufmännischer Einrichtungen und hat am 15. März die Eintragung seiner Firma ins Handelsregister beantragt; am 17. März ist die Eintragung erfolgt; am 16. März hat er in seinem Geschäftsbetriebe eine Bürgschaft ohne Schriftform übernommen; die Bürgschaft ist nach § 766 BGB. nichtig, weil der Bürgende z. B. ihrer Übernahme noch nicht Kaufmann war, § 350 BGB. daher nicht anwendbar ist. — Über ungehörige Eintragung s. Anm. 14. — Nach § 15 kann übrigens der Unternehmer jedem Dritten die erfolgte, aber nicht bekanntgemachte Eintragung nur dann entgegenhalten, wenn sie diesem nachweislich bekannt war. — Genügend ist, daß der erste Inhaber des Gewerbes seine Firma hat eintragen lassen. Ein etwaiger Geschäftserwerber wird sofort Kaufmann, wenn er das Geschäft mit dem Firmenrecht erwirbt. Denn dann ist ja seine Firma eingetragen. Der Geschäftsveräußerer hört in diesem Zeitpunkte auf, Kaufmann zu sein (Anm. 15f.).

Anm. 12. 2. Die Wirkung des Zusammentreffens dieser Voraussetzungen ist die Kaufmannseigenschaft 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 in Sinne des § 2 betriebenen Gewerbe das staatliche Siegel aufdrückt. 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.

Anm. 13. b) Die Wirkung ist: der Eingetragene wird Kaufmann, und zwar Vollkaufmann. Ein 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 erfordern

Anm. 14. c) Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn alle Voraussetzungen des § 2 zusammentreffen: falls also ein Gewerbe vorliegt, das nach Art und Umfang einer kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und falls die Firma eingetragen ist. Wenn also der Gewerbebetrieb z. B. weniger umfangreich, der Inhaber aber gleich wohl 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. Erg. zu § 5); wenn er endlich § 2. 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).

3. Die Kaufmannseigenschaft dauert aber auch nur so lange, als ihre Voraussetzungen vorliegen; Anm. 15. diese sind, wie für Beginn, so für Fortdauer und Ende maßgebend (§ 1 Anm. 24 ff.). Fällt eine der Voraussetzungen weg, so treten die eben erörterten Wirkungen entsprechend ein, wie wenn eine der Voraussetzungen von vornherein nicht vorhanden gewesen 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.
- 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. 16.
- 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 (vgl. RG. 65, 16). 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 die Frage ihres Erlöschens ist auf diesen Wortlaut kein Gewicht zu legen, vielmehr entscheiden anderweite sachliche Erwägungen (ebenso Schirmeister in JHR. 49, 34; Cosack § 8 VI; Düringer-Hachenburg Anm. 19; a. M. Lehmann-Ring § 1 Nr. 33). — Übrigens greifen in diesem Falle, wenn die Firma gelöscht wird, der Unternehmer aber seinen kaufmännischen Gewerbebetrieb fortsetzt, zum Schutze des Dritten andere Grundsätze Platz; vgl. Erg. zu § 5 und Erg. zu § 15. Anm. 17.

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. Maßgebend für die Entscheidung sind die Verhältnisse zur Zeit derselben; ist das Gewerbe auf vollkaufmännischen Betrieb (Anm. 5 ff.) angelegt, so ist nicht dessen volle Entfaltung abzuwarten (§ 4 Anm. 22a; a. M. UG. Hamburg bei Sobernheim 84, dort widerlegt). Die Eintragung folgt den allgemeinen Regeln, sowohl was die Wahl der Firma, als auch was den Zwang zur Eintragung betrifft. Dasselbe gilt hinsichtlich des Prüfungsrechts des Registerrichters. Hier ist besonders hervorzuheben, einmal, daß die Firma den Erfordernissen einer ursprünglichen Firma (§ 18) entsprechen muß (OLG. Stuttgart in OLG. 2, 145), sodann, daß der Registerrichter 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. In Zweifelsfällen hat er von Amtes wegen (§ 12 FGO.) die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Die erheblichen Tatsachen sind objektiv festzustellen (RG. in RGZ. 21 A 73), einerlei ob ein Antrag des Unternehmers auf Eintragung vor-

§ 2. liegt oder nicht. Die Feststellung kann sich auch auf die Erklärungen der Parteien gründen, wenn sie dem Gericht zuverlässig erscheinen (Erl. zu § 8 Anm. 9 ff.). Der Richter kann hierbei auch die Organe des Handelsstandes um ihre unterstützende Tätigkeit angehen, insbesondere Auskünfte einholen (§ 126 FGG.). Der Eintragungspflichtige kann vom Richter durch Ordnungsstrafen (§§ 132 ff. FGG.) zur Stellung des Antrags 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 (Schirmeister in ZHR. 49, 45). — Näheres hierzu allenthalben in den Erl. zu § 14 und zu § 29.

§ 3.

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

Lit.: v. Bülow, Der Begriff des Nebengewerbes im § 3 FGG. (Goldheim 8, 182); Ritter, Landwirtschaftliches Nebengewerbe (ArchBürgR. 20, 291); Sobernheim 95.

Einführung. § 3, der keine neue Klasse von Handelsgewerben bringt, setzt **Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 1 und 2 für die Land- und Forstwirte** fest. Dabei werden zwei Fälle behandelt: 1. die Land- oder Forstwirtschaft wird ohne Nebengewerbe betrieben; 2. mit der Land- oder Forstwirtschaft ist ein Nebengewerbe verbunden, das an sich unter § 1 oder § 2 fiel.

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

a) Unter der **Landwirtschaft** versteht man den 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 RZM. 2, 136). Zum Landbau gehören Acker-, Wein-, Obst-, Gemüse-, Tabakbau. Ob Gärtnerei, kann im Einzelfalle zweifelhaft sein. Im Zweifel ist sie Landwirtschaft, daher der Handelsgärtner, der selbstgezoogene Pflanzen verkauft, nicht Kaufmann nach §§ 1 oder 2 ist, sondern unter § 3 fällt (OLG. Kiel in OLGR. 21, 366). Wenn sich die Viehzucht selbständig lediglich durch Pflege mit angekauftem Futter, z. B. bei einer selbständigen Molkerei mit Stallfütterung, vollzieht, fällt sie unter § 2 (RG. 14, 266).

Unter der **Forstwirtschaft** versteht man die auf Erzeugung und Gewinnung von **§ 3.** Waldproduktion, auf planmäßige Auf- und Abforstung gerichtete menschliche Tätigkeit (Bareis Anm. 1 und 2); das Halten von Baumschulen gehört nicht hierher, sondern zur Gärtnerei (Rehmann-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, ausgeschlossen (§ 1 Anm. 37). 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 Erzeugnisse bestimmten Dreschmaschine gegen Vergütung besorgt wird (Nr. 2; § 1 Anm. 57). 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.

- b) Trotz Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1 oder 2 sollen nun diese Paragraphen **Anm. 2.** keine Anwendung finden, wenn der Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft **ohne Nebengewerbe** erfolgt. 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 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.
2. (Abs. 2.) **Zweiter Fall: Mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ist ein erhebliches Anm. 3.** Nebengewerbe verbunden (über den Begriff der Erheblichkeit hier s. 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.
 - a) Voraussetzung ist also, daß mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein erhebliches Nebengewerbe verbunden ist.
 - c) **Ein Nebengewerbe** des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes muß vor- **Anm. 4.** liegen. 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 Anm. 7). 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 (s. RG. 1, 267; BayObLG. in OLGR. 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 Be- oder Verarbeitung unterzogen werden (RG. in RZM. 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 (RG. in OLGR. 3, 402 und 6, 233; a. M. v. Bülow 185). Eine Verbindung mit dem landwirtschaftlichen Betriebe 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 Betriebs usw.

§ 3. (ebenso Makower Anm. II). Ein Bankier z. B., der zugleich Rittergutsbesitzer ist, betreibt zwei ganz getrennte Gewerbe; als Bankier ist er Kaufmann, als Rittergutsbesitzer Landwirt. 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 Ankauf von Dünger, Samen, Arbeitsgerät oder Verkauf der gewonnenen Erzeugnisse, so steht kein Handelsgewerbe in Frage, sondern nur eine geschäftliche Hilfsstätigkeit (Verwertungstätigkeit) des landwirtschaftlichen Betriebes, also landwirtschaftliche Tätigkeit selbst (s. Anm. 1); es steht daher dann auch kein Nebengewerbe in Frage (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2f. und Lehmann Lehrb. § 17 S. 79).

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

Anm. 6. Liegen die oben (Anm. 4) entwickelten Voraussetzungen vor, so ist es belanglos:
 aa) ob das Nebengewerbe im Verhältnis zum eigentlichen Landwirtschaftsbetriebe einen erheblichen Umfang, eine beträchtliche Größe, ja vielleicht einen höheren Umsatz, als das landwirtschaftliche, erlangt hat (LGR. 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 85000 Mk. Buchwert und 20000 Mk. Betriebskapital untergeordnet (RZM. 2, 138); ebenso einem landwirtschaftlichen Betrieb gegenüber, der jährlich 400 Morgen mit Zuckerrüben bebaut, ein Ziegeleiunternehmen, das 125000 Stück Ziegel jährlich herstellt (RG. in RZM. 3, 76).

Anm. 7. $\beta\beta$) ob in dem Nebengewerbe außer den eigenen Erzeugnissen und Arbeitskräften auch anderwärts bezogene Stoffe und fremde Arbeitskräfte verarbeitet werden (BayObLG. in LGR. 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 (RG. in 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 (RG. in RZM. 4, 153 unter treffender Begründung und Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte). Ebenso wenig liegt Nebengewerbe vor, wenn z. B. der Landwirt eine Sägemühle betreibt, zu der er in der Hauptsache fremde Wasserkraft benützt, oder in der er hauptsächlich fremde Hölzer schneidet, oder wenn eine Brennerei hauptsächlich auf den Zulauf von Kartoffeln angelegt ist.

Anm. 8. γ) Verliert in den Fällen zu aa und $\beta\beta$ der landwirtschaftliche Betrieb den Charakter des Hauptunternehmens, oder, positiv ausgedrückt, gewinnt der Nebenbetrieb den Charakter eines getrennten Hauptgewerbes, dann greift die Sonderbestimmung des § 3 Abs. 2 nicht Platz. Vielmehr finden dann auf das zweite Gewerbe die Vorschriften der §§ 1 und 2 Anwendung; der Gewerbetreibende ist Kaufmann nach § 1 oder muß Kaufmann werden nach § 2, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen.

Anm. 9. $\gamma\gamma$) Das Nebengewerbe muß einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (über diese Merkmale s. § 2 Anm. 5 ff.); dies Erfordernis brüchten wir in 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 Art und Umfang des Gewerbebetriebes) vorliegen. Aber es muß auch § 3. 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 in 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 (Lehmann-Ring Nr. 6). — Erfordert das Nebengewerbe keine kaufmännischen Einrichtungen, so greift Abs. 1 Platz (Anm. 1 u. 2). Ist das Nebengewerbe nur ein rein handwerksmäßiger Betrieb, so ist eine Eintragung in das Handelsregister ebenfalls ausgeschlossen, § 3 Abs. 2 leidet daher nicht Anwendung (§ 4 Anm. 13, § 2 Anm. 10).

- b) Selbst beim Vorliegen dieser Voraussetzungen (zu a, Anm. 3 ff.) finden die §§ 1 und 2 **Anm. 10.** keine unbedingte Anwendung. Vielmehr ist das Nebengewerbe nur dann ein Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer seine Firma eintragen läßt, und dazu ist er **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:
- a) Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen. **Anm. 11.** Daher die Bezeichnung „Kannkaufmann“ für ihn (§ 1 Anm. 31). Dies gilt auch dann, wenn der Landwirt sich für den Betrieb des Nebengewerbes mit Nichtlandwirten zu einer Gesellschaft verbunden hat (RG. in RZM. 3, 74). Der Antrag des Unternehmers auf Eintragung unterliegt der Prüfung des Registerrichters (§ 2 Anm. 18).
- β) Nur dann ist der Landwirt Kaufmann, wenn er ein erhebliches Nebengewerbe **Anm. 12.** betreibt und eingetragen ist. Solange er nicht eingetragen ist, ist er trotz eines solchen Betriebes nicht Kaufmann (vgl. § 2 Anm. 11). Ebenso aber ist er nicht Kaufmann, wenn er eingetragen ist, obwohl sein Nebengewerbe nicht oder nicht mehr als erhebliches Nebengewerbe in dem oben Anm. 3 ff. dargelegten Sinne 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 (Anm. 1 und 2).
- γ) Ist der Landwirt hiernach Kaufmann, so ist er **Vollkaufmann**. Minderkaufmann kann **Anm. 13.** er überhaupt nicht sein. Denn er ist nur dann Kaufmann, wenn sein Nebengewerbe nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, und das ist das Gegenteil von Minderkaufmannsbetrieb (s. Anm. 9 und § 4 Anm. 17).
- 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 Abs. 2 („so findet auf dieses der § 2 . . . Anwendung“) und steht auch im Einklang mit dem § 1 Anm. 23 gefundenen Grundsatz. 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 Hauptbetriebes, wie ja überhaupt die Ergebnisse seiner sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit, anzugeben (s. § 38 Anm. 5a). Nur für sein Nebengewerbe kann er Prokuristen anstellen, nur die in diesem Betriebe Bevollmächtigten sind Handlungsbevollmächtigte, nur die dort beschäftigten kaufmännischen 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

§ 3. 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 (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 18). Hat z. B. der wegen eines Mühlenbetriebs als Kaufmann eingetragene Landwirt für seinen Landwirtschaftsbetrieb Sämereien gekauft, so gilt für diesen Kauf nicht die sofortige Rückpflicht aus § 377 (a. M. Danziger-Berlin in einem Vortrag, abgedruckt im „Saaten-, Dünger- und Futtermarkt“ 02, 1401). § 5 (i. dort 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 § 3 angewendet, für das Nebengewerbe usw.

Anm. 15. f) Einmal eingetragen, ist der Landwirt zum Antrage auf **Löschung** nicht ohne 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 (a. M. Hagemann in LZ. 08, 848, der dem „Kannkaufmann“ das Recht zuerkennt, seine Kaufmannseigenschaft jederzeit freiwillig aufzugeben).

Anm. 16. Wird die Firma zu Unrecht gelöscht, d. h. obwohl das Nebengewerbe noch so beschaffen ist, daß der Antrag auf Eintragung begründet gewesen wäre, so hört der Landwirt gleichwohl auf Kaufmann zu sein, weil die beiden Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (landwirtschaftliches Nebengewerbe und Eintragung) nicht mehr vorliegen (anders D. 16; Lehmann-Ring Nr. 8; i. unsere entsprechende Ausführung § 2 Anm. 17). Dagegen ist er verpflichtet, die Firma wieder eintragen zu lassen, weil ja die Löschung seiner Willkür entzogen ist (Gareis Anm. 7e; Düringer-Hachenburg Anm. 20).

Anm. 17. g) **Veräußert** der Inhaber des Nebengewerbes, einerlei ob die Eintragung der Firma erfolgt war oder nicht, dieses allein ohne den Hauptbetrieb, so hört es auf ein landwirtschaftliches Nebengewerbe zu sein; dieses setzt begrifflich die Gleichheit desselben Betriebsunternehmers voraus. Auf einen solchen Rechtsnachfolger finden die Vorschriften der §§ 1 u. 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 in das Handelsregister eingetragen ist. Werden die Betriebe ohne das Firmenrecht veräußert, so greift § 3 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 eingetragen ist. Aber er ist auch berechtigt, das Geschäft ohne Firma fortzusetzen, und kann in diesem Falle die Firma zur Löschung bringen (Düringer-Hachenburg Anm. 21).

§ 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 § 4. 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.: Loge, Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes (Bruch. 44, 404); Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann (Goldheim 7, 297); Rudol., Zur Auslegung des § 4 Abs. 1 (Goldheim 13, 124); Vovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht, Halle 05; Weiß, Über den Begriff des Minderkaufmanns, Leipzig 05; Denkschrift der Handelskammer Leipzig: „Abgrenzung der Handels- und der Handwerks-(Gewerbe-)Kammer-Organisation oder Fabrik und Handwerk“, Leipzig 07 (dazu Trumpler in ZHR. 61, 273); Reufkamp, Der Minderkaufmann („Recht“ 1910, 145); Sobernheim 108.

§ 4 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 (s. auch § 351) für Kaufleute von geringerer Bedeutung nicht passen. Diese Kaufleute werden Minderkaufleute genannt. Einteilung.

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

I. Der Kreis der Minderkaufleute.

A. Das Gesetz zählt zwei Klassen von Minderkaufleuten auf: 1. Handwerker und 2. Personen, Anm. 1.
deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

1. Die Handwerker. Vorauszusetzen ist, daß der wirtschaftliche und geschichtliche Begriff Anm. 2.
des Handwerks „als desjenigen gewerblichen Betriebssystems, bei dem der Produzent als Eigentümer der Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt“ (Wücher in Conrads Handwörterbuch unter: „Gewerbe“; RG. in JW. 05, 337⁴) hier nicht maßgebend ist. Für § 4 ergibt sich vielmehr aus Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift und aus dem Zusammenhang ein selbständiger Begriff des Handwerks, dessen Bestandteile besonders zu entwickeln sind.

a) Das Handwerk — dies ist eins seiner wirtschaftlichen Merkmale — be- und verarbeitet. Anm. 3.
Hier aber sind lediglich die Inhaber derjenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe gemeint, die unter § 1 Nr. 1 fallen, d. h. die, welche Stoffe an-
schaffen, um sie nach der Be- oder Verarbeitung zu veräußern, die sog. Waren-
handwerker (§ 1 Anm. 44). Um andere Be- oder Verarbeitungsgewerbe, als die
aus Nr. 1, handelt es sich hier nicht. Denn die Inhaber anderer Be- oder Ver-
arbeitungsgewerbe können Minderkaufleute überhaupt nicht sein. Im einzelnen gilt
hier folgendes:

a) Bauhandwerker, deren Geschäfte nicht in der Veräußerung beweglicher Sachen Anm. 4.
bestehen, sind überhaupt keine Kaufleute (§ 1 Anm. 48). Die Frage, ob sie Minder-
kaufleute sind, kann daher gar nicht aufgeworfen werden. Sie können allerdings Kauf-
leute nach § 2 werden, aber nur, wenn sie aus der Handwerksmäßigkeit heraus-
gewachsen sind (§ 2 Anm. 10; z. B. eine große Bautischlerei oder Bau Schlosserei;
RG. in RGZ. 21 A 72). Wer indes Kaufmann nach § 2 wird, ist eben begrifflich
nur Vollkaufmann (§ 2 Anm. 18).

β) Nicht in den Bereich des § 4 gehören die Be- oder Verarbeitungsgewerbe, Anm. 5.
welche unter § 1 Nr. 2 fallen, wenngleich sie geschichtlich und nach der wirtschaftlichen
Anschauung zum Handwerk gehören: Lohnhandwerker (§ 1 Anm. 56) sind über-
haupt nicht Kaufleute. Solche Gewerbe, die sich mit der Übernahme der Be- oder

§ 4. Verarbeitung für andere, also ohne Anschaffung eigener Stoffe, beschäftigen, setzen nach dem Wortlaute von § 1 Nr. 2, um überhaupt ein Handelsgewerbe zu sein, voraus, daß der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Ist dies nicht der Fall, so ist das Geschäft überhaupt kein Handelsgewerbe, der Inhaber überhaupt nicht Kaufmann. Das gleiche gilt bei den Druckereigewerben (§ 1 Nr. 9). Zur weiteren Verdeutlichung soll auch in diesem Zusammenhang wiederholt werden, daß Zugabe von Arbeitsmitteln und Zutaten (Kleider, Zwirn, kleine Flicken usw.) das Gewerbe aus dem Rahmen des § 1 Nr. 2 nicht herauszuheben vermag (§ 1 Anm. 43).

Anm. 6. γ) Sodann gehören nicht in den Bereich des § 4 die Be- oder Verarbeitungsgewerbe die unter § 3 fallen (§ 3 Anm. 13).

Anm. 7. b) Die Inhaber dieser Be- und Verarbeitungsgewerbe, die den Stoff selbst anschaffen, sind Minderkaufleute, wenn sie nur als Handwerker zu betrachten sind.

Anm. 8. **Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker im Sinne des § 4 zu betrachten? Wann liegt Handwerk vor?** Die bisherigen Auflagen erteilten die Antwort: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung **nicht** erfordert. Staub in Aufl. 6/7 Anm. 3 ff. und mit ihm Bovenzien a. a. O. S. 28 legten dabei nur auf das Merkmal des **Umfanges** Wert, während die 8. Aufl. auch das der **Art** des Betriebes betonte (vgl. § 2 Anm. 7 ff.). Indessen muß die ganze Antwort auf die gestellte Frage anders aufgebaut werden. Wir tun dies in Anm. 9–15, deren Inhalt von dem der entsprechenden Anmerkungen der bisherigen Auflagen vollständig abweicht.

Anm. 9. Der Begriff des Handwerks beruht auf der handwerksmäßigen und handwerksüblichen Produktionsweise. Diese setzt in der Regel voraus, daß der Inhaber des Gewerbebetriebes in handwerksmäßiger und handwerksüblicher Weise, und zwar demnach nicht lediglich durch Leitung des Betriebes oder durch Aufnahme von Bestellungen oder durch Verhandlungen mit Lieferanten oder Kunden, sondern durch persönliche Mitarbeit, an der Herstellung der Arbeitserzeugnisse sich persönlich beteiligt. Hiernach braucht ein Handwerksbetrieb nicht ein Kleinbetrieb zu sein, vielmehr bleibt der Unternehmer auch bei Großbetrieb, insbesondere bei großem Umfang seines Betriebes und bei erheblichem Umsatz, Handwerker, so lange er in der angegebenen Weise mitarbeitet (ein Beispiel s. § 2 Anm. 10). Allein der Begriff des Handwerks setzt weiter voraus, daß das Verhältnis zu den „Gesellen“ in handwerksüblicher Weise gestaltet ist, wobei das System der Arbeitsteilung meist überhaupt fehlt oder wenigstens nur sehr unvollkommen ausgebildet ist. Den Gegensatz zum Handwerker in diesem Sinne bildet der Fabrikant. In der Regel wird der erstere eine handwerksmäßige Ausbildung (Zehrling, dann Geselle bei einem Handwerksmeister) durchgemacht haben, indessen ist dies nicht unbedingt entscheidend, auch Autodidakten können Handwerker sein, ebenso Personen, die ursprünglich eine höhere Ausbildung genossen, etwa eine technische Hochschule besucht und erst später dem Handwerk sich zugewendet haben, oder Leute, die anfänglich eine Fabrik betrieben haben, aus diesem Betriebe aber in den der Handwerksmäßigkeit übergegangen sind. Es entscheidet also nur der tatsächliche Zustand, während der Bildungsgang des Unternehmers höchstens als Fingerzeig verwendet werden kann. Dabei ist für die Frage, ob Handwerk oder Fabrikbetrieb, die Benutzung von Maschinen und anderen mechanischen Hilfsmitteln nicht unbedingt entscheidend: vgl. Anm. 11.

Anm. 10. Hiernach muß die Frage, ob jemand als Handwerker nach § 4 anzusehen ist, in jedem einzelnen Falle nach der besonderen Beschaffenheit des Betriebes entschieden werden, wobei auch die innere Seite des Betriebes, nicht lediglich äußerer Umfang und Bezeichnung, maßgeblich ist. Es ist sowohl der quantitative Umfang des Geschäftsbetriebs, also namentlich der Geschäftsumsatz (beide Begriffe sind nicht gleichbedeutend; RGSt.

24, 80 u. 357; vgl. auch Anm. 18 ff.), zu prüfen, als auch die ganze Art des Geschäfts- § 4. betriebs, insbesondere die Art der Buchführung, der Herstellung der Arbeitserzeugnisse, der Arbeitsteilung, des Wareneinkaufs, der Zahlungsleistung, des beanspruchten und gewährten Kredits, der Kassenführung, ferner Zahl und Art (vgl. Anm. 11) der im Betriebe beschäftigten Personen, vor allem auch die Frage der persönlichen Mitarbeit des Unternehmers. Die Frage ist stets so zu stellen: Handwerksmäßig oder nicht? Vgl. hierzu RG. in JW. 06, 205²⁸; 07, 55¹⁹; in DZ. 06, 1205; RG. 57, 386; RGSt. 34, 103; 35, 283; 36, 38; RG. in OLGR. 8, 92 und RGZ. 08 A 141, sowie in RM. 9, 109; BayObL. in OLGR. 6, 234; 8, 250; sowie in ZHR. 34, 560; ferner Lehmann-Ring Nr. 3; Makower Anm. II; Laftig S. 596; Düringer-Hachenburg Anm. 4; Ritter Komm. Anm. 1; Lehmann Lehrb. § 18 S. 51; f. auch § 2 Anm. 10.

Diese und ähnliche Umstände brauchen selbstverständlich nicht alle zusammenzutreffen. Anm. 11. — Hinsichtlich der Art der Arbeitsmittel (Maschinen oder Werkzeuge) sei noch folgendes betont: sie ist bedeutungsvoll, aber nicht allein entscheidend (BayObL. im „Recht“ 08 Nr. 3173). Hier könnte das Wort „Handwerk“ irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das Erzeugnis im wesentlichen „der Hände Werk“, 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 im übrigen die Wesenszüge handwerksmäßigen Betriebes behält (BayObL. in BayObLGZ. 1910, 48). Hierfür ist von Bedeutung, ob die betreffenden Maschinen und sonstigen technischen Hilfsmittel dazu bestimmt sind, die Handarbeit zu ersetzen — diesfalls Fabrikbetrieb —, oder nur dazu, sie zu unterstützen — diesfalls Handwerk. Von Wichtigkeit kann dabei sein, ob die beschäftigten Gehilfen gelernte Handarbeiter („Gesellen“) sind oder Arbeiter für die Bedienung der Maschinen, ebenso die schon mehrfach berührte technische Mitarbeit des Unternehmers. Indessen ist auch diese letztere nicht immer für den Begriff des Handwerks ausschlaggebend, vielmehr sind in besonderen Fällen Ausnahmen denkbar (RGSt. 24, 357). Der Schlossermeister, der allein mit einigen Gesellen sein Gewerbe betreibt, bleibt Handwerker, auch wenn er durch Krankheit dauernd verhindert ist, persönlich mitzuarbeiten. — 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 Werkstätte ein sicheres Kennzeichen für bloßen Handwerksbetrieb ist (RG. in JW. 88, 427¹¹).

Zu berücksichtigen sind in allen Fällen die gegenwärtig geltenden Anm. 12. wirtschaftlichen Anschauungen (RG. 66, 7). Dies gilt sowohl für die Frage, wo die handwerksmäßige Betriebsweise aufhört und die fabrikmäßige beginnt (RG. 57, 387), als auch für die, wo die Ausübung von Kunst und Wissenschaft anfängt (§ 1 Anm. 9; RG. in RM. 6, 51; OLGR. Dresden in SeuffA. 60, 72). Auch die geschichtliche Entwicklung der einzelnen Gewerbebetriebe ist zu berücksichtigen, daher z. B. das Herstellen von Parfümerien nicht als Handwerk zu betrachten ist (BayObL. in LZ. 1910, 870).

Wer nach Maßgabe der vorausgehenden Darlegungen als Handwerker Anm. 13. — als bloßer Handwerker — anzusehen ist, ist niemals Vollkaufmann. Auch wenn sein Unternehmen kaufmännische Geschäftseinrichtungen erfordert, ist er weder verpflichtet noch berechtigt, für seinen Betrieb eine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, denn § 2 und § 3 Abs. 2 leiden auf ihn nicht Anwendung (§ 2 Anm. 10, § 3 Anm. 9). Der reine Handwerker ist entweder überhaupt nicht Kaufmann oder Minderkaufmann. Unter die erstere Art fallen die Handwerker, die überhaupt Grundhandelsgeschäfte nicht betreiben, z. B. die Bauhandwerker (§ 1 Anm. 48), sowie die sog. Lohnhandwerker (§ 1 Anm. 56) und die Druckereihandwerker

- § 4. (§ 1 Nr. 9); vgl. hierzu oben Anm. 4 u. 5. Alle andern Handwerker sind Minderkaufleute. — Das hier gefundene Ergebnis steht (vgl. Anm. 5) im Gegensatz zu den Ausführungen der bisherigen Auflagen, die den Handwerker, dessen Gewerbebetrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, als Vollkaufmann behandelten. Es steht aber im Einklang mit der jetzt herrschenden Meinung; vgl. Anm. 10; f. bes. die dort zit. Entscheidungen des RG.; ferner Marcus bei Goldheim 12, 196; Neufamp im „Recht“ 1910, 145 und in Rieffer-Rehm Wörsch. § 53 Anm. 4. U. M. die oben angeführte Denkschrift der Handelskammer Leipzig S. 24.
- Anm. 14. c) Daß der, welcher ursprünglich reiner Handwerker war, dessen Betrieb aber über das Handwerksmäßige hinauswächst, Vollkaufmann werden kann, ist selbstverständlich. Er kann es sowohl nach § 1 wie nach §§ 2 oder 3 werden. Anlangend § 2 f. dort Anm. 10 u. 13. Ebenso über kaufmännischen Nebenbetrieb des Handwerkers. In letzterer Hinsicht ist zu berücksichtigen, daß nach der Gestaltung moderner Verkehrsverhältnisse die Frage, ob ein Gewerbetreibender als Handwerker anzusehen ist, nur nach der in der Gesamtheit des Geschäftsbetriebs überwiegenden und deshalb für dessen Bestimmung maßgebenden Haupttätigkeit beantwortet werden kann (RGSt. 31, 179). Insbesondere muß betont werden, daß es hier, wie auch sonst, darauf ankommt, welche Art der Tätigkeit den Hauptgegenstand des Gewerbes bildet. Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker aus Hilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebs, auch fertige Sachen anschafft und weiter veräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungs Gewerbe herauszuheben (RGSt. 21, 209; 31, 179; BayObLG. in BayObLZ. 10, 48), wie dies z. B. bei Uhrmachern, Buchbindern häufig ist. Anders, wenn der Nebenbetrieb einen erheblichen Umfang hat und infolgedessen selbständige Bedeutung besitzt; f. hierzu § 2 Anm. 10 und § 1 Anm. 56. — Aus dem hier dargelegten folgt, daß z. B. ein Bäcker, der zugleich einen Mehlhandel betreibt, nicht schon deshalb Vollkaufmann ist, weil der Umsatz im Mehlhandel, der Umfang der Ein- und Verkäufe und der sonstigen Geschäfte als ausschlaggebend zu betrachten wäre (vgl. Anm. 22b).
- Anm. 15. d) Der Unterschied zwischen Handwerk und Fabrikbetrieb ist in der Praxis oft schwer festzustellen. Die Zugehörigkeit eines Unternehmens zu der Handels- oder der Handwerks- (Gewerbe-) Kammer ist für die rechtliche Einordnung des betreffenden Unternehmens nicht bindend (§ 1 Anm. 1), kann aber häufig als Fingerzeig dienen. Vgl. hierzu Laßig 529 ff. und die angeführte Denkschrift der Handelskammer Leipzig S. 24 ff.
- Anm. 16. e) Beispiele. Unter den § 4 fallen, d. h. Minderkaufleute sind, vorausgesetzt daß nach Anm. 9—15 ihre Handwerkeigenschaft zu bejahen ist, u. a. folgende Handwerker mit angeschafftem Stoffe: die Schneider (RGSt. 7, 237); die Bäcker (RGSt. 4, 240; Goldheim 10, 204; vgl. auch Anm. 14 a. E.); die Gerber (RGSt. 2, 442); die Müller, die angeschafftes Getreide vermahlen (RGSt. 11, 241 und O. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 132); die Tischler (RG. 20, 127; vgl. OLG. München in RZA. 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 Puzmacher, die aus angeschafftem Stoffe handwerksmäßig Hüte herstellen (§ 2 Anm. 10); die Brauer (RGSt. 12, 97 und O. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 28 u. 214); die Fleischer (RGSt. 31, 179; RGZ. 21 A 86; 27 A 61). Daß der Handwerker selbst sein gewerbliches Unternehmen Fabrik nennt („Fabrik feiner Fleisch- und Wurstwaren“) ist gleichgültig (OLG. 8, 92). — Ist dagegen nach Anm. 9—15 der Unternehmer nicht mehr Handwerker, beschränkt sich z. B. der frühere Schneidermeister auf die kaufmännische Leitung oder den Verkehr mit der Kundschaft, ohne selbst mitzuarbeiten, oder ist der Unternehmer des Schneidergeschäfts überhaupt selbst kein Handwerksmeister, sondern gelernter Kaufmann (sog. marchand tailleur), oder wird der Gerber durch Vergrößerung seines Gewerbebetriebes zum Lederfabrikanten, dann

leidet die auf Handwerker bezügliche Bestimmung des § 4 auf diesen Betrieb überhaupt § 4. nicht Anwendung und es ist nach Maßgabe der Anm. 17—22b selbständig zu prüfen, ob der Unternehmer Voll- oder Minderkaufmann ist. In der Regel wird allerdings solchenfalls wohl das erstere anzunehmen sein.

2. **Kleingewerbetreibende** oder vielmehr, wie das Gesetz sagt, „Personen, deren Gewerbe-
betrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“.
- a) **Kreis der Kleingewerbetreibenden.** Hier ist zu betonen, daß lediglich gemeint sind Personen, die unter § 1 fallen. Die, 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 gehört, daß der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Letzteres aber ist das gerade Gegenteil von einem Kleingewerbebetriebe. Überdies werden die Gewerbetreibenden, die 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 (§ 3 Anm. 13)). — Hiernach sind es also lediglich die unter § 1 fallenden Gewerbe, deren Inhaber Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein können.
- b) **Welches ist nun der Begriff des Kleingewerbes?** Zum Begriff Kleingewerbe gehört das gerade Gegenteil von dem Erfordernisse, welches § 2 aufstellt: ein Gewerbebetrieb, der wegen seiner Art und seines Umfangs eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert (RGSt. 34, 103; 35, 289; RG. in JW. 03, 140²⁷; 06, 205²⁸ und 691¹⁵; 07, 55¹⁹; 08, 148²²; ferner in DJZ. 04, 1187; 06, 1205; Goldbach 08, 55; LZ. 07, 49). Vielfach wird nur auf das Merkmal des Umfangs, nicht auch der Art, für den Begriff des Kleingewerbes Wert gelegt. Beispielsweise sagt das RG. in 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 gegebenen Falles (Destillateur) neben dem Umfang auf die Art des Betriebes (sechs Angestellte mit verschiedenen Funktionen) besonderer Ton gelegt. Zweifelnd RG. in JW. 08, 343³² (über diese mit Recht vielfach angefochtene Entsch. s. BankR. 7, 381 und Ritter Komm. Anm. 3). Durchaus a. M. Neukamp im „Rech.“ 1910, 145, der nur auf den Umfang Gewicht legt und den § 2 in keiner Weise für verwertbar hält. Beide Begriffsmerkmale haben 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 die volle Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für § 2 und § 4 (vgl. auch § 2 Anm. 7 ff.) gewahrt. Dahingegen darf, soweit Be- oder Verarbeitungsgewerbe oder Druckereigewerbe in Frage kommen, der Begriff des Kleingewerbes nicht dem des Handwerks (Anm. 8 ff.) gleichgestellt werden. Die Merkmale beider können zusammentreffen, und oft wird dies der Fall sein, aber es sind auch Fälle denkbar, in denen dies nicht zutrifft. Dies ist für die unter § 1 Nr. 2 und 9 (Be- oder Verarbeitung von Waren für andere, und Druckereien) fallenden Gewerbetreibenden von Wichtigkeit. Sind diese Personen Handwerker, so sind sie nach dem Wortlaute von § 1 Nr. 2 und 9 überhaupt nicht Kaufleute (oben Anm. 5). Geht aber ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinaus, so ist es immer noch möglich, daß er nur als Kleingewerbebetrieb angesprochen werden kann; in diesem Falle sind sie Minderkaufleute (a. M. Neukamp a. a. O.); in den meisten Fällen freilich wird Großbetrieb anzunehmen sein, und dann sind sie Vollkaufleute. Auch bei den unter § 1 Nr. 1 fallenden Gewerbetreibenden ist die Frage,

§ 4. ob Groß- oder Kleinbetrieb, unabhängig von der Frage zu prüfen, ob Handwerksbetrieb vorliegt oder nicht.

Anm. 19.

„Die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe ist flüchtig. Eine zuverlässige 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 Verhältnisse des Einzelfalles sind zu prüfen. Die „Art“-merkmale sind auch hier ähnliche, wie sie in Anm. 9 zu § 2 bezeichnet sind. Zu beachten ist, ob die Verkehrssitte nach der Art des Betriebs vom Leiter kaufmännische Bildung und Buchführung verlangt oder nicht. 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 Wertgegenstände oder um eine große Reihe von Geschäften handelt, die zusammen einen hohen Wert darstellen. Die in der Reichstags-Kommission (RV. 10) hervorgetretenen Anschauungen über den Begriff Geschäftsumfang sind unklar. Es soll danach ein Begriff sein, bei welchem verschiedene Merkmale 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 schlechthin, da es vorkommen kann, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los wird, alsdann ist sein Umsatz klein und doch der Umfang des Betriebes groß, da der quantitative Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte groß ist. — Art und Umfang sind für die Beantwortung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb sich innerhalb der Grenzen 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 Einrichtung (z. B. ein Barbier betreibt zwar einen quantitativ erheblichen Handel mit allerlei Waren, aber dieser findet nur in dem zugleich für den Betrieb des Barbiergegeschäfts dienenden Laden allein durch seine Frau statt, RGSt. 34, 103; ein anderes Beispiel: Gastwirt mit hohem Umsatz, aber ohne Bedürfnis nach kaufmännischen Einrichtungen; RG. in JZ. 08, 148²²), dann liegt Kleingewerbe vor; ebenso umgekehrt bei kaufmännischen Einrichtungen, aber geringem Umfang des Geschäfts. Für die Prüfung des einzelnen Falles sind daher maßgebend namentlich die Höhe des Betriebskapitals, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten, Gestaltung des Betriebes, namentlich ob in der Hauptsache die persönliche Arbeitskraft des Inhabers zur Verwendung kommt oder ob eine größere Anzahl von Angestellten beschäftigt ist, die Art des Wareneinkaufs und des beanspruchten und gewährten Kredits, Wechselverkehr, Beziehungen zu einem größeren oder kleineren Kreise von Lieferanten und Kunden, endlich die Art der Buchführung (OLG. Stuttgart in SeuffW. 06, 611; RG. in JZ. 08, 148²² und in SächW. 1910, 20, sowie in GoldW. 57, 217). Was die Buchführung anlangt, so brauchen, um Vollkaufmannseigenschaft zu begründen, nicht gerade alle Handelsbücher geführt zu werden, die sonst im Großhandelsbetriebe üblich sind; so z. B. beim Viehhandel im Großbetriebe; auch ist bei diesem nach Lage der Sache ein größeres Geschäftspersonal regelmäßig entbehrlich (RG. in JZ. 08, 343³²; vgl. oben Anm. 18).

Anm. 20. c) Als Beispiele sind zu erwähnen: die Höfer, Tröbder (über den Begriff Trödelhandel s. die Kommentare zur GewO. bei § 35 und PrOVB. in DZ. 06, 882), 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 Großbetriebe (nach Art und Umfang) ist kein Kleingewerbe; ein Restaurations-, ein Hotelgeschäft im Großbetriebe ist

Großgewerbe (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 240; vgl. Anm. 19; § 1 Anm. 29, 44, 84; § 4. § 2 Anm. 3). Minderkaufleute sind kleinere Makler, kleine Agenten (verschiedene Entsch. bei Sobernheim 114), kleine Verleger usw., auch kleine Kaufleute, z. B. kleine Gemüse-, Zigarren- oder Papierhändler, die meist lediglich Kundschaft aus der Nachbarschaft bedienen und ihr Geschäft nur mit geringem kaufmännischen Personal oder ohne solches, vielleicht nur mit Familienangehörigen versehen, selbst bei nicht ganz geringem Umsatze (OLG. Kiel in OLGR. 21, 366). Ferner gehört hierher gewerbsmäßige Herstellung von Parfümerien im Kleinbetriebe (BayObLG. in LZ. 1910, 869; vgl. oben Anm. 12).

- d) Bei der so gewonnenen Bestimmung des Kleingewerbes ist die Einschränkung zu **Anm. 21.** machen, daß dies lediglich die Begriffsbestimmung ist, die das G. B. selbst aufstellt. Diese Begriffsbestimmung ist aber nicht allein maßgebend. Vielmehr sind nach Abs. 3 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. Bisher hat keine Landesregierung von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, und es wäre zu wünschen, daß dies auch nicht geschehen möge. Denn solche anderweite Grenzbestimmungen würden, wenn nicht alle Regierungen die gleichen Grundsätze befolgten, die Rechtseinheit auf diesem wichtigen Gebiete zerreißen, und auch bei einheitlichen Grundsätzen würden sie die ohnehin nicht einfache Ordnung dieser Rechtsfragen leicht noch verwidelter gestalten.
- a) Die Landesregierungen haben die Befugnis. Verordnung (nicht Gesetz; dies **Anm. 22.** wurde in der Kommission abgelehnt), aber auch Verwaltungsakt (nur einen solchen will Goldmann I 33 zulassen) sind der Weg, auf dem sie die Bestimmungen erlassen können. Nach dem pr. U. G. B. 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.
- 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 werden. Wie auch die landesrechtlichen Bestimmungen lauten mögen, gegen den dort festgesetzten Begriff des Kleingewerbes (Anm. 18 ff.) darf nicht verstoßen werden. Denn die Landesregierung darf die Grenze des Kleingewerbes nur „näher festsetzen“, nicht den Begriff erweitern oder verengen.
- 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 sich innerhalb des in § 4 Abs. 1 aufgestellten Begriffes bewegen. (Ob Preußen eine Steuergesetzgebung hat, die jenem Erfordernisse entspricht, darüber s. Staub in DZ. 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 Begriffsbestimmung auch für die anderen Länder. Wer z. B. nach Mecklenburger Bestimmungen auf Grund seines in Rostock betriebenen Geschäfts nicht als Vollkaufmann 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 (Anm. 30). Schwierig stellt sich die Sache, wenn jemand in einem Staate eine Hauptniederlassung hat, die daselbst als Vollhandelsgewerbe zu betrachten ist, und in einem anderen Staate eine Zweigniederlassung, die daselbst als Minderhandelsgewerbe zu betrachten ist.

§ 4. B. Handelt es sich um einen Antrag auf Eintragung in das Handelsregister, so kommen **Ann. 22a.** nur die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung über den Eintragungsantrag für die Feststellung in Betracht, ob das Gewerbe eines Minderkaufmanns vorliegt. Ist allerdings das Gewerbe auf den Großbetrieb angelegt, so ist die Eintragung auch vor der vollen Entfaltung zulässig, dagegen darf diese nicht im Hinblick darauf geschehen, daß sich das Kleingewerbe allmählich, dem selbstverständlichen Wunsche des Kaufmanns entsprechend, zum Großgewerbe auswachsen kann. Die Möglichkeit liegt fast immer vor (RG. in OLGR. 7, 146; 14, 332; RG. in JZ. 08, 149⁹¹ a. E.). — Wenn der Umfang des Geschäfts, welches ursprünglich ein Vollhandelsgewerbe 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 löschen lassen (RG. in OLGR. 3, 404 und in RGZ. 31 A 147; f. § 31 Ann. 3). Umgekehrt: Wird ein Handelsgewerbe eröffnet, das die Grenzen des Handwerksbetriebs oder Kleingewerbes nicht überschreitet, so fällt es zunächst unter § 4; entwickelt sich aber der Betrieb zu dem eines Vollkaufmanns, so wird der Gewerbetreibende Vollkaufmann in dem Augenblick, in dem diese Entwicklung als vollzogen erachtet werden kann; wichtige Folgerungen hieraus f. § 38 Ann. 2 und § 39 Ann. 2.

Ann. 22b. C. Werden selbständig nebeneinander ein Handwerk und ein Kleingewerbe betrieben, also ohne daß der eine Betrieb dem andern als nebensächlich sich anschließt, so kann nicht erörtert werden, ob etwa unter Berücksichtigung des gesamten Geschäftsbetriebes die Eigenschaft als Vollkaufmann angenommen werden kann. Fallen die beiden selbständigen Betriebe einzeln unter § 4, so fällt deren Inhaber trotz ihrer Verbindung in seiner Person immer unter § 4, ist also nicht Vollkaufmann (RG. in DZ. 07, 428; vgl. oben Ann. 14 a. E.). Dasselbe gilt bei Verbindung von mehreren sachlich nicht zusammenhängenden Handwerks- oder Kleingewerbebetrieben in einer Person.

Ann. 23.

II. Die für Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften sind:

1. Die Vorschriften über die Firmen. Minderkaufleute sind hiernach weder berechtigt noch verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen (vgl. § 29 Ann. 1), haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu nehmen (vgl. jedoch § 16 UmlWG.). Sie haben sich im Handel ihres bürgerlichen Namens, d. h. des Zunamens und nach Belieben des Vornamens oder einer Abkürzung des letzteren, zu bedienen (RG. in RM. 10, 135), sind daher, wie sie einerseits mancher Vorzüge eines Vollkaufmanns entbehren, andererseits auch von manchen Beschränkungen des letzteren frei (ebenda 137). 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 unrichtige Bezeichnung, die berichtigt werden kann und darf (§ 17 Ann. 25). Wenn dennoch die Firma eines Minderkaufmanns eingetragen ist, so ist dieser zwar nicht Vollkaufmann (zustimmend Gierke § 16), aber er gilt in zivilrechtlicher Hinsicht als solcher gemäß § 5. Auch ohne Eintragung darf der Minderkaufmann eine Firma, d. h. einen von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Handelsnamen, nicht führen (a. M. Lehmann-Ring Nr. 7; Düringer-Hachenburg § 17 Ann. 18; Lehmann Lehrb. § 18, 4; Cosack § 16, II). 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 (RG. in RM. 9, 33 u. 153; OLGR. Dresden in LZ. 09, 703) und hat außerdem, falls Eintragung erfolgt ist, diese von Amts wegen zu löschen (§ 142 FGG.; f. 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 (ROpG. 22, 71). Der Versuch von Stern (Der Handelsname des Minderkaufmanns, Frankfurt a. M. 06), derartige Handelsnamen von

Minderkaufleuten durch einen Hinweis darauf zu rechtfertigen, daß jeder Mensch eines § 4. Pseudonyms sich bedienen dürfe, also auch der Minderkaufmann berechtigt sein müsse, für seinen Geschäftsbetrieb ein solches anzunehmen und zu führen, scheitert an der klaren Bestimmung des § 4, der sonst in dieser Beziehung fast gegenstandslos wäre (Wüstendörfer in JHR. 61, 270).

Der Träger der Firma tritt im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auf und gilt daher als Vollkaufmann. Welche Folgen dies hat, darüber s. Erg. 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 Geschäftsübernehmer eingeht, so lange, bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (RG. 15, 33; OLG. Dresden im Sächsl. 7, 434; OLG. Karlsruhe im „Recht“ 04, 256; OLG. Hamburg daselbst 09 Nr. 900). Seine Haftung fällt gegenüber einem Gläubiger weg, der die wahre Sachlage kennt (RG. 15, 33; OLG. Breslau in OLGHR. 6, 26). Unterfagung des Gebrauches seines Namens und öffentliche Bekanntmachung dieser Unterfagung befreien ihn für die Zukunft von seiner Haftung (RG. 15, 36; JZ. 03, 293).

Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Sie können nicht Schutz ihrer Firma, sondern nur ihres bürgerlichen Namens verlangen. Zu dessen Schutze dient § 12 BGB., ferner § 16 UrtB. und endlich auch § 37 HGB., da dieser den Schutz aller Rechte, insbesondere auch des Namenrechts gegen unbefugte Firmierung enthält (§ 37 Anm. 12). Über ihre Etablissementsnamen s. § 17 Anm. 6 ff. Ein Warenzeichen können sie sich schützen lassen, da das WZ. nur einen Geschäftsbetrieb, nicht den Besitz einer Firma voraussetzt.

2. **Die Vorschriften über die Handelsbücher.** Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Handels- Anm. 24. bücher zu führen; die Strafbestimmungen aus §§ 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. Die von ihnen geführten Bücher haben die gleiche Beweiskraft, wie die von Vollkaufleuten geführten. Es entscheidet hier, wie dort, der Grundsatz freier Überzeugung nach ZPO.
3. **Die Vorschriften über die Procura.** Die Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen be- Anm. 25. stellen. Eine dennoch erteilte Procura ist nicht etwa, wie Thoel annimmt, ein schlechthin ungültiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen (s. bes. § 140 BGB.) und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Procura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht hat erteilen wollen. Daher wird man dem wahren Willen der Beteiligten regelmäßig am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer allgemeinen Handlungs- vollmacht nach § 54 annimmt (just. Puchelt Anm. 3 zu Art. 10; Aufseß S. 64). Handlungsbevollmächtigte kann der Minderkaufmann bestellen, auch Handlungsgehilfen haben (Anm. 28).
4. **Vereinigungen zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes sind keine offenen Handels- Anm. 26. gesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften.** Dagegen kann ein Minderkaufmann einen stillen Gesellschafter haben (s. zu § 335). Auch sind AG. und AGaA., auch GmbH. immer Handelsgesellschaften 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. Ihre Rechtsverhältnisse regeln sich nach den §§ 705 ff. BGB. (Betrieb eines Kleinhandelsgewerbes durch Eheleute: OLG. Kolmar in OLGHR. 10, 277), sofern nicht etwa Gesellschafter zulässigerweise die Vorschriften über GH. im innern Verhältnis auf ihre Vereinigung durch den Gesellschaftsvertrag ausgedehnt haben; s. Anm. 29. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften

§ 4. 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 Handelsgesellschaft, also auch kein Kaufmann, weder Vollkaufmann noch Minderkaufmann. Aber 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. Werden Geschäfte für eine Vereinigung von Minderkaufleuten unter deren nicht eingetragener, aber ein Gesellschaftsverhältnis anzeigender „Firma“ (z. B. „& Comp.“), abgeschlossen, so werden alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (und zwar haften sie als Gesamtschuldner, vgl. § 421 BGB.), auch wenn nur ein Teilnehmer, im Rahmen seiner Vollmacht, unter Gebrauch der „Firma“ gehandelt hat, ohne die anderen namentlich zu bezeichnen (RG. 47, 227). — Gibt eine Vereinigung von Minderkaufleuten nach außen allgemein (z. B. durch Versendung von Anzeigen an einen größeren Kundentkreis) kund, daß sie ein Handelsgewerbe in der Weise, die den Anschein eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes erweckt, unter einer Firma betreibt, wie sie einer o. H.G. zukommt, so muß sie sich nach außen hin auch als o. H.G. behandeln lassen. Sie wird deshalb durch die Willenserklärung eines Mitglieds Dritten gegenüber verpflichtet (RG. 19. 12. 02 aus Warneger 3, 206). Ebenso ist auf ihren Rechtsnachfolger der § 25 HGB. anzuwenden, wenn er das Geschäft in der bezeichneten Weise fortführt (OLG. Dresden im Sächsl. 14, 583). — Scheidet ein Mitglied einer solchen Vereinigung aus, so kann er seiner Haftung den Einwand seines Austritts dann nicht mit Erfolg entgegensetzen, wenn er die Fortführung der alten Firma geschehen läßt oder wenn er nach Lage der Sache, insbesondere nach seinem Geschäftsgebahren vor dem Ausscheiden verpflichtet war, Dritte davon in Kenntnis zu setzen (OLG. Dresden in OLGR. 8, 96). — Über den Fall der Eintragung einer solchen Vereinigung ins Handelsregister s. Erl. zu § 5, bes. Anm. 4a.

Anm. 27. 5 Einzelne Vorschriften über Handelsgeschäfte finden dann keine Anwendung, wenn derjenige, 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. Entscheidend für die Eigenschaft als Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist der Zeitpunkt des Strafversprechens, nicht der der Strafverwirkung (RG. in JW. 08, 148²²).
- 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 Schuldanerkenntnis, wenn dieselben von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgegeben werden, entgegen den Vorschriften des BGB. Formfreiheit festsetzt. Wenn ein Minderkaufmann diese Erklärungen abgibt, so gelten die Formvorschriften (RG. 51, 123).

Anm. 28. 6 Alle übrigen Vorschriften des HGB. finden auch auf Minderkaufleute Anwendung. Diese sind, wenn sie auch im System des HGB. eine Ausnahme bilden (Lehmann-Ring § 4 Einl.), im übrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten. Nicht selten aber werden gewisse öffentlich-rechtliche Befugnisse nur den eingetragenen Kaufleuten eingeräumt, z. B. die Fähigkeit, zum Handelsrichter ernannt zu werden (BWB. § 113). Auch privatrechtlich findet sich eine Sonderstellung: das DepotG. findet nur auf eingetragene Kaufleute Anwendung (§ 13 Gef.); s. ferner § 8 AbzG. Für die Regel aber sind, wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, die Minderkaufleute mitgemeint (RG. 7, 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (OG. Wien bei Abler u. Clemens Nr. 122 u. 415). Auch die Vermutungen des § 344 greifen hier Platz. Es

finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten und Handlungsgehilfen, § 4. über das Recht auf Provision nach § 354 (ROHG. 10, 243), das Zurückbehaltungsrecht nach § 369, das Recht der Anweisung nach § 363 auch auf ihre 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 (Erl. zu §§ 22 u. 25). Auch die Vorschriften über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (Erl. zu § 346) finden hier Anwendung; desgleichen die Pflicht zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347; auch die Untersuchungs- und Rügepflicht nach §§ 377 u. 378 trifft den Minderkaufmann. — Indessen ist dabei überall zu berücksichtigen, daß ein Kleinkaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstab zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäfts (ROHG. 2, 443; 13, 439, Kontokorrent). — Über die Behandlung der Minderkaufleute im BörG. f. § 5 Anm. 4 a. E.

7. Außerdem ist zu bemerken, daß die Minderkaufleute es in der Hand haben, die nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften, soweit sie nachgiebigen Rechtes sind, durch Vereinbarung auf sich auszudehnen (Behrend § 36 Anm. 16). Das wird insbesondere wichtig bei gesellschaftlichen Vereinigungen, bei denen die Vertragsschließenden die Möglichkeit haben, die Vorschriften über das Handelsgesellschaftsrecht in dem gedachten Rahmen auf ihre Vereinigungen auszudehnen (Anm. 26). Über die Wirkung eines Vertrages, mit dem die Vertragsschließenden meinten, eine o. HG. zu gründen, wenn ihr Gewerbebetrieb in der Folge nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, f. RG. in LZ. 07, 283. Anm. 29.

Zusatz. Kann jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein? Betreibt jemand ein Gewerbe, das die Vollkaufmannseigenschaft begründet (z. B. als Mitglied einer o. HG. 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; OLG. Dresden in OLG. 16, 77; anders Goldschmidt, Handbuch § 46; OLG. Marienwerder in JHR. 46, 466; Gareis Anm. 12). Er braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns hinsichtlich der Buchführung nur bezüglich des Geschäfts zu erfüllen, welches ihn dazu macht (RGSt. 25, 171; RG. in LZ. 07, 428), wobei er natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch die Ergebnisse seines Kleinbetriebes zu verzeichnen hat (§ 38 Anm. 5a). 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; vgl. § 1 Anm. 23. 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. Ähnlich liegt der Fall, wenn ein Landwirt ein landwirtschaftliches Nebengewerbe betreibt (§ 3 Anm. 3ff.). 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, Buschh. 45, 361; Weinprobierstube mit Weinhandel), dann liegt nur Vollkaufmannseigenschaft vor. — Im übrigen vgl. über Verbindung mehrerer Betriebe Anm. 14 u. 22b; § 1 Anm. 56. Anm. 30.

§ 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.

Lit.: Schirrmeyer in JHR. 49, 36; Uth im „Recht“ 08, 587; May, Der Scheinkaufmann, Dresden 09.

§ 5. Der vorliegende Paragraph gibt der Eintragung der Firma eine weitgehende und eigenartige rechtserzeugende (konstitutive) Wirkung. Sein Inhalt ist von großer Tragweite.

Ann. 1. 1. Der Inhalt der Vorschrift. Ist eine Firma in das Register eingetragen, so kann gegenüber dem, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das betreffende Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei.

Ann. 2. 2. Die Voraussetzungen sind Eintragung und Gewerbebetrieb. Es handelt sich 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, s. Erg. zu § 5 Ann. 3.) Betreibt sie zwar dem Anschein nach ein Gewerbe, ist der Gewerbebetrieb aber nicht rechtsgültig (§ 1 Ann. 20 ff.), 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 Genehmigung, oder wenn ein Blödsinniger ein Gewerbe betreibt. Betreibt aber die eingetragene Person ein rechtsgültiges Gewerbe und ist dies nur ein Minderhandelsgewerbe oder zu einem solchen 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 dies 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 Ann. 9.

Ann. 3. 3. Die sachliche Bedeutung und Wirkung der Vorschrift besteht darin, daß jemand, dessen 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. Allein diese Wirkung tritt niemals von Amts wegen ein, vielmehr nur mit der Berufung auf den Registereintrag. Es ist gleichgültig, wer sich auf den Eintrag beruft. Der Eingetragene selbst kann es tun, ebenso jeder andere, und zwar ist es gleichgültig, ob guter Glaube vorhanden ist oder nicht, selbst Kenntnis der Unrichtigkeit des Eintrags steht einer Berufung auf diesen nicht entgegen. Das Gesetz will durch die Berufung auf den bestehenden Eintrag schlechthin jede Geltendmachung des Mangels der Kaufmannseigenschaft oder des Mangels der Vollkaufmannseigenschaft ausgeschlossen wissen und hat daher mit Absicht die Rechtsvermutung der Richtigkeit des Handelsregisters in § 5 HGB. viel schärfer gefaßt, als z. B. in § 892 BGB. die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs, die ja nur zugunsten gutgläubiger Dritter gilt. Das Wesen der ersteren besteht darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden. 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 (Vierte § 14) bezeichnen; eine andre Bezeichnung ist der Ausdruck „fiktive Kaufleute“.

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

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.; des Kaufmannsgerichts, §§ 1 u. 5 KfmGVG.; Recht des

- Kaufmanns, unter der Firma zu klagten und verklagt zu werden, § 17 Abs. 2 § 5. HGB.; wer eintragen läßt, daß er an einem bestimmten Ort ein Zweiggeschäft betreibt, muß sich nach § 21 ZPO. an diesem Ort verklagen lassen (RG. 50, 429; Sächsl. OLG. 23, 262). Das gilt jedoch nicht 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 Schirmermeister 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). Kommt im Strafverfahren die Kaufmannseigenschaft und insbesondere die Vollkaufmannseigenschaft in Betracht, so muß, gleichviel ob es sich um §§ 1, 2 oder 3 handelt, die materielle Wahrheit erforcht werden (RG. in ZJJ. 06, 263), wobei der Strafrichter auch durch das Ergebnis etwaiger Ermittlungen des Registerrichters (Erl. zu § 8 Anm. 8ff.) nicht gebunden ist. Das gleiche gilt von Steuervorschriften (PrOVBG. in ZJJ. 03, 107). Der zu Unrecht Eingetragene erlangt auch nicht die Fähigkeit zum Handelsrichter (§ 113 HGB.; a. M. Lehmann-Ring Nr. 2; Düringer-Hachenburg Anm. 11) oder zum Weisiger des Kaufmannsgerichts (RfmGG. § 12), das Wahlrecht zu den Handelskammern (a. M. Schirmermeister 42), weil es sich hierbei um öffentliche Befugnisse handelt. Eine Ausnahme stellt das BörG. ein. Dieses verleiht in § 53 Abs. 1 Satz 1 die Fähigkeit zum Abschluß rechtsgültiger Börsentermingeschäfte im allgemeinen den in das Handelsregister eingetragenen Kaufleuten, entzieht sie aber in Satz 2 den Kleingewerbetreibenden auch dann, wenn sie versehentlich in das Handelsregister eingetragen sind; Näheres hierzu vgl. Rießer-Rehm BörG. § 53 Anm. 4.
- 4) Der zu Unrecht Eingetragene gilt als Kaufmann, aber nur für das unter der Firma Anm. 4a. 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). Bei einer o. HGB. gilt die Eintragung auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander (RG. 50, 158 und OLG. Kolmar im „Recht“ 08 Nr. 2810 c). Im übrigen vgl. wegen der Anwendbarkeit des § 5 auf die o. HGB. § 6 und Anm. 17 zu § 105.
- 5) Nur für die Dauer der Eintragung gilt der zu Unrecht Eingetragene als Kaufmann. Anm. 5. Aber der folgergestalt 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 Amts wegen (§ 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 „rechtskräftig 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.
4. Hervorzuheben ist, daß die Eintragung allein, ohne die hinzukommende Bekanntmachung. Anm. 6. die erwähnte Wirkung hat. Indessen ist darum § 15 doch nicht bedeutungslos. Denn wenn auch § 5 die rechtserzeugende Kraft hat, daß der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, so behält doch § 15 daneben die Bedeutung, daß der Dritte die nicht veröffentlichte Eintragung (wie auch bei § 2) sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war (Anm. 12 Erl. zu § 8).
5. Schließlich ist noch wegen der Beweislast hervorzuheben: Wer sich auf die Eintragung Anm. 7. beruft, braucht nicht nachzuweisen, daß der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, obwohl, wie Anm. 2 gezeigt, der Paragraph voraussetzt, daß der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt. Diese Regelung der Beweislast nimmt ihren Ausgangspunkt von dem Grundsatz, daß die Eintragung in das Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit der

§ 5. dort verlautbarten Tatsachen begründet (Erf. zu § 8 Anm. 11 und 16 f.). 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 die als beweispflichtig erachtet werden, welche die weitere Abweichung vom normalen Rechtszustande behauptet und hieraus Rechte für sich herleitet. Im vorliegenden Falle ist also derjenige beweispflichtig, der geltend macht, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibe. (Eine andere Frage ist, ob nicht unter Umständen aus sachlichen Gründen der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, versagt ist; darüber s. Erf. zu § 5 Anm. 3.)

Erf. zu

Erfurs zu § 5.

§ 5.

Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Scheinkaufleute).

Die Lehre von der Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft und von der Geltung als Kaufmann und Vollkaufmann bedarf folgender Ergänzung (Lit. bei § 5).

Anm. 1. 1. **Grundsatz:** Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann. Von diesem Standpunkte gehen auch im letzten Grunde mehrfache Entscheidungen des Reichsgerichts aus (RG. 65, 413; 51, 37 u. 39; 50, 429; 40, 146; 19, 197; voll zustimmend OLG. Breslau in OLG. R. 6, 27; f. a. Erf. zu § 8 Anm. 14; abweichend Ehrenberg in JheringsJ. 47, 336, „trotzdem ihm die Auffassung des RG. durchaus sympathisch ist“; ferner durchaus a. M. Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 9; Lehmann Lehrb. § 15 S. 64; Ritter Komm. § 5 Anm. 4). Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann. Die Aufstellung dieses Grundsatzes, dessen Rechtsfolgen aber nur im einzelnen zu bestimmen sind (Anm. 6), gehört zur Vollständigkeit der Lehre von der Kaufmannseigenschaft. In §§ 1–3 ist gesagt, wer Kaufmann ist, in § 4, wer Minderkaufmann ist. Allein oft tritt jemand, der kein Kaufmann ist, im Rechtsverkehr als Kaufmann auf, oft tritt ein Minderkaufmann als Vollkaufmann auf. Beispiele: Ein Arzt, Inhaber einer Heilanstalt mit vorwiegend ärztlichem Charakter (§ 1 Anm. 9), betreibt seine ärztliche Praxis unter einer kaufmännischen Firma, etwa unter einer Gesellschaftsfirma (& Co.) — er ist nicht Kaufmann, tritt aber als solcher auf. Ein Wauspekulant, 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 oder Architekten 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 treten als solche auf. In allen solchen Fällen muß der, welcher als Kaufmann auftritt, auf dem Boden des Privatrechts (§ 5 Anm. 4) gegenüber demjenigen, der sich auf ein derartiges Auftreten beruft, sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann behandelt wird, und der, welcher als Vollkaufmann auftritt, daß er als Vollkaufmann behandelt wird. Denn jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärung die 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 Recht des früheren HGB. 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 Gesamthaftung unterliegt: RG. 40, 146. In **Erkl. zu** diesem Urteil war allerdings das Auftreten als o. H. gestützt auf die Eintragung, in dieser Hinsicht ist der Grundsatz jetzt entbehrlich (Anm. 2). Aber der Rechtsgedanke ist derselbe: nicht gerade weil es sich um eine Eintragung handelte, sondern weil in der Eintragung die Erklärung erblickt wurde, als o. H. gelten zu wollen, deshalb wurde daraus die gedachte Folgerung gezogen. Von den gleichen Anschauungen gingen die andern, im Eingang angeführten Entscheidungen des RG. aus.

2. Im Grunde genommen ist es nur ein besonders hervorstechender Anwendungsfall dieses Grundsatzes, daß jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist. Darin liegt in schlagender Weise ein Auftreten als Kaufmann und Vollkaufmann. Indessen sind für diesen Fall 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, bestimmt § 2, daß der Inhaber durch Eintragung seiner Firma Kaufmann wird. Von diesem Augenblicke an kann man also nicht mehr sagen, er trete als Kaufmann auf, 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 kein eintragungsfähiges, weil es entweder ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt kein Handelsgewerbe ist, so bewirkt doch die Eintragung, daß mit der Berufung auf sie die Geltendmachung des Mangels der Kaufmanns- bzw. Vollkaufmannseigenschaft ausgeschlossen ist.

Allein diese beiden Rechtsätze umfassen nicht alle hier in Frage kommenden Fälle. Denn sie betreffen nur Fälle, in denen jemand überhaupt ein Gewerbe betreibt.

Wenn aber der, dessen Firma eingetragen ist, überhaupt kein Gewerbe betreibt, so greift weder § 2, noch auch § 5 Platz. Denn inhalts 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 betreibe überhaupt kein Gewerbe, ohne weiteres gegeben ist. Vielmehr greift hier der in Anm. 1 entwickelte Grundsatz ein, angewendet auf den Fall, daß das Auftreten 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 muß insolgedessen sich gefallen lassen, als solcher behandelt zu werden, es sei denn, der Dritte habe gewußt, daß der Eingetragene weder Kaufmann sei, noch als solcher habe gelten wollen. (Vgl. auch über diese rechtserzeugende Kraft der Eintragung **Erkl. zu § 8 Anm. 14.**)

3. Nödiglich ein Anwendungsfall des Grundsatzes zu 1 ist § 15, soweit es sich **Anm. 4.** um die Eintragung der Firma handelt. Nach § 15 gilt die eintragungsbedürftige, aber nicht eingetragene Rechtsveränderung nicht zum Nachteil des gutgläubigen Dritten. Daraus folgt für die Firma und die Kaufmannseigenschaft: wenn jemand ein Handelsgewerbe betrieben hat und dies aufgibt, diese Rechtsveränderung aber nicht eintragen läßt, so gilt er fortgesetzt als Kaufmann, und nur dem, der den wahren Sachverhalt kennt, kann er diesen entgegensetzen (RG. 65, 413; § 15 Anm. 10).
4. Weiteren Anwendungsfällen jenes Grundsatzes werden wir besonders **Anm. 5.** im Gesellschaftsrecht begegnen (vgl. § 123 Anm. 9ff.). Jedenfalls war es hier erforderlich, vorweg den Grundsatz aufzustellen, der unserem Rechtssystem innewohnt und eine Reihe von Erscheinungen erklärt, die sonst unerklärt bleiben würden.
5. Welche Rechtsfolgen das Gelten im Rechtsverkehr hat, kann nur im einzelnen gesagt **Anm. 6.** werden. Es wird dabei entscheidend sein, daß es sich um die Folgen einer dem Privatrecht

- Erl. zu § 5.** angehörnden Parteierklärung handelt; nur infolge seiner Erklärung muß der, welcher im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, es sich gefallen lassen, als Kaufmann behandelt zu werden. Die Folgen werden nicht immer so weit gehen können, wie nach § 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, weil er als solcher im Rechtsverkehr auftritt; ob, wenn die Ehefrau als Handelsfrau auftritt und der Ehemann dies geschehen läßt, dies für die güterrechtliche Wirkung ihrer Geschäfte so beurteilt wird, wie wenn er den Handelsbetrieb seiner Ehefrau genehmigt (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 (s. dort Anm. 6 u. 7).
- Anm. 7.** 6. Auch der Dritte, der mit dem, welcher als Kaufmann auftritt und deshalb als Kaufmann gilt, ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, wird sich in den geeigneten Fällen enthalten lassen müssen, daß er mit jemandem abschließen wollte, der als Kaufmann auftrat, also als solcher gelten wollte (Anm. 4 zu § 369).

§ 6.

§ 6. Die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die 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.

- Anm. 1.** 1. Die Vorschrift des Absatzes 1 dient zur Verdeutlichung. Handelsgesellschaften sind die o. H.G., die einfache Kommanditgesellschaft, die U.G. und die K.GaA., ferner die G.m.b.H. (§ 13 G.m.b.H.G.). Die Genossenschaft ist keine Handelsgesellschaft, sie soll nach dem Gen.G. (§ 17) nur als Kaufmann im Sinne des H.G.B. gelten, soweit das Gen.G. keine abweichenden Vorschriften enthält. Über V.Ba.G. s. § 1 Anm. 59 ff.
- Anm. 2.** 2. Die Vorschrift des Absatzes 2 ordnet an: Wenn eine juristische Person ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens zum Kaufmann erklärt wird, ist sie damit auch zum Vollkaufmann erklärt (Kaufleute kraft Rechtsform, „Formkaufleute“; Schirrmeyer in J.H.R. 49, 45 und § 1 Anm. 31). Ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens sind zum Kaufmann erklärt: die U.G., die G.m.b.H., die Genossenschaft (Anm. 1) und die K.GaA. Letztere auf Grund von § 210 Abs. 2 und § 320 Abs. 3 H.G.B. Die letztere wird also hier vom H.G.B. als Verein, mithin als juristische Person angesehen (vgl. § 21 H.G.B. und die diesem vorangehenden Überschriften). Näheres über die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der K.GaA. s. zu § 320.
- Anm. 3.** 3. Unter Handelsgesellschaften versteht das Gesetz hier nur die inländischen, d. i. die, welche ihren Sitz in Deutschland haben. Ausländische Gesellschaften (beachtenswerte Erläuterungen bei Matomer Anm. 1b) werden hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nach ausländischem Recht, hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft nach inländischem beurteilt (Art. 7 E.G.B.G.B.; § 13 Abs. 3 H.G.B.; R.G. 36, 394; s. auch § 105 Anm. 45). Einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch eine inländische Behörde bedürfen sie nicht; Art. 10 E.G.B.G.B. ist auf sie nicht anwendbar. Hinsichtlich ihres Rechts zum Gewerbebetriebe unterstehen die juristischen Personen den landesgesetzlichen Beschränkungen, die übrigen ausländischen Handelsgesellschaften unterliegen den allgemeinen Bestimmungen der Gew.O. Für Preußen kommt für die jur. Personen § 18 der Pr.Gew.O. 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 E.G.B.G.B.). Demgemäß unterliegen

auch ausländische Gesellschaften etwaigen landesgesetzlichen Beschränkungen. Für § 6. Preußen kommt in dieser Beziehung Art. 7 § 2 AÜBGB. in Betracht. Danach bedürfen auch fremdbundesstaatliche juristische Personen, z. B. eine Dresdner AG., zum Erwerbe von in Preußen belegenen Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mark der Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde, ausländische (nichtdeutsche) ohne Rücksicht auf den Wert (Näheres Stranz-Gerhard Art. 7 Anm. 15 ff.).

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

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

§ 7.

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

1. Der Paragraph betont, daß die Vorschriften des öffentlichen Rechts über die **Befugnis 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. 1.**
2. **Beispiele:** Die GewO. (§§ 16, 29, 31, 33, 43, 44, 55—63) macht den Betrieb gewisser Gewerbe von einer obrigkeitlichen Genehmigung abhängig. Einigen Berufsständen ist der Handelsbetrieb untersagt, den Reichsbeamten (§ 16 RBeamtenG.), den Militärpersonen des Friedensstandes ohne Erlaubnis der Vorgesetzten (§ 43 RMilG.). Hierher gehören auch die Unterfügung des Trödelhandels und anderer Betriebe nach § 35 GewO., die gesetzliche Begrenzung des Geschäftsbetriebs der Hypothekenbanken (§§ 5 ff. HypothG.), der Notenbanken (BankG. §§ 13, 43, 44), der privaten Versicherungsunternehmungen (§§ 1 ff. PrivVnG. u. Könige dazu). Näheres Gareis, Lehrbuch § 14. — Allein laut § 7 sind derartige öffentlich-rechtliche Verbote für die Kaufmannseigenschaft bedeutungslos. Daher ist ein Gastwirt, der nach Entziehung der Genehmigung und mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, Kaufmann. Betreibt er sein Geschäft vollkaufmännisch, so muß er in das Handelsregister eingetragen werden und kann dies auch verlangen (Behrend § 32 Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 1; Düringer-Hachenburg Anm. 1). Der gewerbsmäßige Besteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann. Nur ausnahmsweise ist bei AG., KGaA. und GmbH. der Nachweis polizeilicher Genehmigungsbeteiligung Bedingung der Eintragung (§§ 195 Nr. 6; 320 Abs. 3; § 8 Nr. 4 GmbHG.). Vgl. noch PrivVnG. § 30 für VVaG. und §§ 67 u. 73 Abs. 1 Ziffer 7 über Unterfügung des Geschäftsbetriebs. **Anm. 2.**
- Auch die Anwendung des § 2 wird durch die Verletzung berartiger 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 (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 1). **Anm. 3.**
3. Über die **privatrechtlichen Verbote** (Gesetz oder Vertrag), Handel zu treiben, vgl. § 1 Anm. 22. Über ihre rechtlichen Wirkungen s. an den zuständigen Stellen (vgl. auch Gareis, Lehrbuch § 14). **Anm. 4.**

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8.

§ 8. Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

Lit.: Ehrenberg, Rechtsicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister (JheringsJ. 47, 273 ff.); Th. Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister, 3. Aufl., Berlin 1910; Telgmann, Wirkung der Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung aus demselben, Göttingen 04; Brand, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 06; Lindemann, Die Reichsgesetzgebung über gerichtliche Registerführung, Berlin 06; Schulze-Görlitz, Berichte über Rechtsprechung in Registersachen in DNotVZ. 04, 140; 06, 540; 08, 750; 09, 643; 1910, 826; Rauch, Grenzen der Publizität des Handelsregisters, Berlin 1910 (Festgabe für Güterbod).

Anm. 1. 1. Das Handelsregister ist aus den alten Gilderoollen hervorgegangen (Vierle § 22). Im vorliegenden Abschnitt, der wenig privatrechtliche (die wichtigsten im § 15) und zumeist öffentlich-rechtliche Vorschriften enthält, findet die Einrichtung des Handelsregisters keine erschöpfende Regelung. Andere Bestimmungen des HGB. selbst, vor allem aber das FGG. in Abschnitt 7 („Handelsachen“), der namentlich das Verfahren regelt, greifen ergänzend ein. — In Preußen besteht das Handelsregister aus den zwei Abteilungen A und B. In Abt. A werden die Firmen der Einzelkaufleute, der o. H.G. und der Kommanditgesellschaften, in Abt. B die übrigen Handelsgesellschaften und die in den §§ 33, 36 erwähnten juristischen Personen eingetragen.

Anm. 2. 2. Unser Paragraph sagt nichts weiter, als daß die Gerichte das Handelsregister zu führen haben. Welche Gerichte, ist hier nicht gesagt. Darüber bestimmt § 125 FGG.:

„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. das AG. Berlin-Mitte Registergericht für die AG.-Bezirke Berlin-Mitte, Berlin-Schöneberg, Berlin-Tempelhof, Berlin-Weßling, Charlottenburg, Groß-Lichterfelde, Lichtenberg, Pankow, Rixdorf und Weißensee (Verordnung vom 19. 4. 06).

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

Anm. 3. 3. Die Organe des Handelsstandes (Handelskammern, Älteste der Kaufmannschaft usw.) sind gemäß § 126 FGG. 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. DLR. 9, 368) Beschwerde erheben (s. § 14 Anm. 15). — Für Preußen bringt ferner das AG.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 spätere eingetretene Veränderungen Auskunft zu erteilen.“

Anm. 4. In Konsulargerichtsbezirken wird das Handelsregister von den deutschen Konsulen geführt (KonfGG. v. 7. 4. 00 § 7 Nr. 2; AG. 36, 172). Über die Zulässigkeit der Eintragung einer o. H.G., bestehend aus deutschen und nichtdeutschen Teilhabern, in das Gesellschaftsregister eines Konsulargerichts vgl. die voneinander abweichenden Entscheidungen des AG. 34, 107 (verneinend) und 36, 172 (bejahend). In den Schutzgebieten sind die vom Reichskanzler ermächtigten Beamten Registerrichter (SchutzgebG. v. 25. 7. 00 § 2).

Erfurs zu § 8.**Erl. zu
§ 8.****Allgemeines über die Tätigkeit des Registergerichts und über die Bedeutung der Eintragungen.**

- I. Der Registerrichter hat keine allgemeine Disziplinargewalt** über den Handelsstand zum **Num. 1.** Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften oder gar der handelsrechtlichen Pflichten überhaupt, sondern lediglich die ihm durch das Gesetz verliehenen Einzelbefugnisse (RÖZ. 1, 10). Diese Einzelbefugnisse lassen sich in drei Gruppen zerlegen:
1. Er hat das Handelsregister zu führen (Register-Alte) und zu diesem Zwecke die **Num. 2.** erforderlichen Eintragungen und Löschungen teils auf Antrag, teils von Amts wegen vorzunehmen.
 2. Er hat darüber zu wachen, daß gewisse handelsgesetzliche Vorschriften **Num. 3.** beobachtet werden (Aufsichts-Alte). 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 UG. und RGA. zur Beobachtung einer Reihe von Verpflichtungen anzuhalten (§§ 319, 325 Nr. 9; f. auch § 77 GmbHG.).
 3. Außerdem ist ihm eine Anzahl von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit **Num. 4.** in Handelsfachen zugewiesen (Alte der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Die Handlungen sind aufgezählt in §§ 145, 148 FGG. Erwähnt seien hier als Beispiele die Ernennung und die Berufung von Liquidatoren in den Fällen der §§ 146 Absf. 2, 147, 295 Absf. 2 und 3, 302 Absf. 4 FGG.; die Bezeichnung der Person und des Orts, wo in den Fällen der §§ 157 Absf. 2, 302 Absf. 2 die Bücher und Papiere einer aufgelösten Handelsgesellschaft aufbewahrt werden sollen; die Bestellung der Prüfer für die Gründung oder die Bilanz der UG. und RGA. in den Fällen der §§ 192 Absf. 3, 266 Absf. 2; die Ermächtigung der Aktionäre zur Berufung der Generalversammlung im Falle des § 254 Absf. 3.
- II. Anlangend insbesondere die Eintragungen** (Num. 2), so ist folgendes zu erwähnen: **Num. 5.**
1. Die Eintragungen (hierunter sind die eintragungspflichtigen Löschungen mit inbegriffen) erfolgen in der Regel auf Anmeldung der Antragsberechtigten, und zwar in der Regel nur auf solchen Antrag und nur so, wie sie beantragt sind (RÖ. in RZA. 6, 185). Nur ausnahmsweise erfolgen Eintragungen (und Löschungen) auch von Amts wegen; z. B. im Falle des § 32 (Eintragung der Konkursöffnung), im Falle des § 31 Absf. 2 (Löschung erloschener Firmen), endlich in den sehr wichtigen Fällen der §§ 142 bis 144 FGG. (Löschung jeder unzulässig gewesenen Eintragung, Löschung nichtiger UG. und RGA., Löschung ungültiger Generalversammlungsbeschlüsse). Näheres über diese Fälle an den zuständigen Stellen.
 2. Nur die im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sind statthaft (RÖ. in RÖZ. 29 A 213). **Num. 6.** Und aus jeder Eintragung muß klar sein, als welche der im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sie sich darstellt (RÖ. in DZ. 06, 1264). Die in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse sind im Gesetze selbst fest bestimmt und andere als die im Gesetze zugelassenen Tatsachen und Rechtsverhältnisse nicht eintragungsfähig. Das Register ist nicht dazu bestimmt, ein vollständiges Bild über alle Rechtsverhältnisse der Kaufleute zu geben, vielmehr soll es nur einzelne Rechtsverhältnisse, die einen bestimmten Inhalt haben, kundbar machen. In bezug auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen über die Befugnis zur Vertretung von Firmen z. B. steht das FGG. auf einem streng formalen, ausschließlichen Standpunkte, nach welchem alle andern als die besonders zugelassenen Eintragungen dieser Art grundsätzlich nicht gestattet sind (RÖ. in RZA. 9, 159). Daher können die Parteien nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht (RÖ. a. a. O.; ferner DZ. 05, 316) oder der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils verlangen (OG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 829), am allerwenigsten die Eintragung von Verhältnissen,

**Erkl. zu
§ 8.**

die das Gesetz ausschließt, z. B. der Beschränkung einer Procura. Das Handelsregister ist auch nicht dazu bestimmt, güterrechtliche Eintragungen aufzunehmen; dazu besteht nur das Güterrechtsregister (RG. in JW. 06, 405⁹⁹). Auch die Eintragung von Vormerkungen im Sinne des Grundbuchs ist hier nicht statthaft. Eine gleichwohl erfolgte Eintragung solcher Vormerkungen ist wirkungslos, hat insbesondere nicht von Gesetzes wegen die Wirkung des § 15 (RGF. 6, 140). Dagegen ist die Eintragung einflussweilliger Verfügungen zulässig (§ 16 Anm. 2). Diese ist unter Umständen ein wichtiges Mittel, um vor endgültiger Entscheidung eine vorläufige Regelung von Rechtsverhältnissen bekanntzugeben. — Im übrigen können nur entstandene Rechtsverhältnisse eingetragen werden, nicht Vermerte, daß die Entstehung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse bevorstehe (s. auch RG. 22, 59, wo gesagt ist, das Handelsregister sei nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit bereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen). Es kann daher nicht eingetragen werden, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (LG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 292), wohl aber daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen ist (s. zu § 127). Über die Frage der Zulässigkeit der Anmeldung von Rechtsverhältnissen vor deren tatsächlicher Entstehung s. § 12 Anm. 7. — Hier noch ein Beispiel einer unzulässigen Eintragung: Ein Einzelkaufmann kann nicht eintragen lassen, daß er nicht allein berechtigt sei, seine Firma zu vertreten, denn er kann schon aus allgemeinen Gründen nicht selbst eines Teils seiner Geschäftsfähigkeit mit Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten sich entäußern (RG. in RZM. 9, 159). Das bei außergerichtlichen Affordverhandlungen eines Einzelkaufmanns hiemeilen von der Gläubigerschaft gestellte Verlangen, der Kaufmann solle im Handelsregister eintragen lassen, daß er fortan nur in Gemeinschaft mit einem Vertrauensmanne der Gläubiger berechtigt sei, seine Firma zu vertreten, ist daher in dieser Weise nicht durchführbar. — Etwas trotzdem erfolgte Eintragungen sind unwirksam.

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

a) Von selbst versteht es sich und allgemein angenommen ist, daß er die formelle Geseglichkeit zu prüfen hat. Hierher gehört die Prüfung namentlich:

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

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

γ) der Berechtigung des Anmelbenden zur Anmeldung; seiner Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Legitimation. Hinsichtlich der Legitimation sind einige Fälle geseglich geordnet: Vollmacht und Rechtsnachfolge in § 12 FGG., Ermächtigung der Notare in § 129 FGG. Für die übrigen Fälle greifen die allgemeinen Grundsätze Platz. Über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in ihrer Einwirkung auf die Handelsregisterführung s. Josef in Goldheim 06, 40.

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

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

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

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

Anm. 9. Die Straffenate des RG. nehmen in Übereinstimmung mit einer unter der Herrschaft des alten FGG. ergangenen Zivilentscheidung (RG. 1, 243) an, 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 (RGZt. 18, 180; Goldh. 51, 187). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an.

Zu α). Sicherlich trifft dies nicht zu bei den Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung **Erkl. zu § 8.** zur Begründung der Rechtswirklichkeit gehört (Anm. 13 ff.), so bei der Eintragung **Anm. 9a.** der AG., die ja erst durch die Eintragung entsteht (§ 200). Hier kann das Gericht nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn diesen darf nicht freistehen, mittels der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirklichkeit verleihen will, richtiger: 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 von unrichtigen Eintragungen frei haben will. Dadurch erwächst dem Registergericht allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen. In dieser Weise dürfte § 12 FGG. nicht auszulegen 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 verlangen. Und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es irgend welche Veranlassung hat, den Parteierklärungen nicht ohne weiteres zu glauben (s. auch § 2 Anm. 18).

Zu β). Aber das gleiche gilt auch bei den übrigen Erklärungen, die nur rechts=**Anm. 10.** bekundende (deklaratorische) Kraft haben. Hier war schon für das frühere 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. RG. 3, 121; 37, 61), die Eintragung zu versagen berechtigt und verpflichtet ist; denn es widerspreche dem Charakter einer amtlichen Beurkundung, daß sie offensichtlich eine falsche Tatsache mit ihrer Autorität decke (Schulze-Görlig 6; übereinst. OLG. Kolmar in OLG. 8, 378). Aber man wird darüber hinaus jetzt annehmen müssen, daß der Richter nicht nur dann, wenn er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärungen kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig zu machen. Der Registerrichter ist kein willenloses Werkzeug der Anmelbenden und soll es auch nicht sein. 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. 9a) maßgebend. (RG. in RZM. 6, 185).

Zu α) und β). Hierzu kommt die rechtliche Bedeutung, die den Eintragungen allent=**Anm. 11.** halben beigelegt wird. Nicht nur 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 Gesetzmäßigkeit, der Legalität des Eintrags für sich (RG. 41, 22). Das RG. (in OLG. 9, 248 und 14, 159) geht mit Recht noch einen Schritt weiter und nimmt an, die Eintragung erzeuge die Vermutung, daß ihr Inhalt tatsächlich richtig sei, das Register mit der Wirklichkeit übereinstimme (vgl. Anm. 16). Die Eintragung der Firma hat sogar in vielen Fällen noch stärkere Bedeutung (s. Anm. 13 ff.); so hat sie nach § 5 rechtserzeugende Wirkung insofern, als der, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung im Rahmen der dort dargelegten Bestimmungen 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 Bruch. 41, 71). Das

Erkl. zu § 8. gilt insbesondere auch für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 1 Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Vollhandels-gewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handels-gewerbe betreiben (RG. 22, 59; vgl. hierzu Marcus, Stellung des Registerrichters zur Anmeldung der Firma eines Fondsmaklers, in Goldheim 1910, 165). Diese Eintragung kann der Registerrichter abhängig machen von der Ermittlung der 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 D. (27) macht die Einschränkung, der Registerrichter werde sich im allgemeinen mit den Erklärungen der Parteien begnügen müssen und habe nur nachzuforschen, wenn sich besondere Zweifel und Umstände ergeben. In den bisherigen Aufl. war gesagt, diese Einschränkung trage der großen Tragweite der registerlichen Beurkundungen nicht genügend Rechnung und beachte auch nicht den § 12 FGG., der zur Zeit, als die D. verfaßt wurde, allerdings noch nicht Gesetz war. Indessen erscheint jene Einschränkung als Regel doch richtig. Im regelmäßigen Geschäftsgange nämlich wird eine besondere Nachprüfung der angemeldeten Tatsachen (z. B. durch Einforderung von Unterlagen, durch Ermittlungen nach § 12 FGG., etwa Befragung von Zeugen oder Sachverständigen, oder durch Befragung von Organen des Handelsstandes, s. § 14 Anm. 15) meist entbehrlich sein; zu einer solchen wird der Registerrichter meist nur dann verschreiten, wenn gegen die von den Beteiligten gemachten Angaben erhebliche Bedenken vorliegen; sonst wird er die Erklärungen der Anmeldenden als wahr annehmen. Das richterliche Prüfungsrecht darf nicht überspannt werden und auch bei Eintragungen von rechtserzeugender Bedeutung nicht dazu führen, den Anmeldenden Nachweise aufzuerlegen, die über das unbedingt notwendige und den Umständen nach billigerweise einzuhaltenen Maß hinausgehen (RG. in RGZ. 39 A 122). Dagegen wird man dem Registerrichter unter keinen Umständen zumuten dürfen, daß er angemeldete Tatsachen, deren Unwahrheit ihm bekannt ist, oder gar nicht bestehende Rechtsverhältnisse in das Handelsregister einträgt und so wesentlich zur Täuschung des Publikums mitwirkt. Andererseits liegt aber auch hier die Grenze der richterlichen Prüfungstätigkeit: Ihr Zweck ist, die Eintragung unwahrer Tatsachen oder tatsächlich nicht bestehender Rechtsverhältnisse zu verhüten. Danach liegt es außerhalb der Zuständigkeit des Registerrichters, auch in eine Prüfung in der Richtung einzutreten, ob etwa durch die Eintragung an sich wahrer Tatsachen und bestehender Rechtsverhältnisse die Rechtslage Dritter gefährdet werden kann. Die Möglichkeit einer Anfechtung durch Dritte (z. B. auf Grund des Anfechtungsgesetzes) kann und darf dem Registerrichter nicht als Grund für die Ablehnung einer Eintragung dienen, in derartigen Fällen muß es vielmehr den Beteiligten überlassen bleiben, den Prozeßrichter anzurufen (RG. in RZM. 6, 185; Matower § 12 Nr. VI; Lehmann-Ring § 12 Nr. 7ff.; Düringer-Sachsenburg § 14 Anm. 10; Lehmann Lehrb. § 30 C. 141). Das nämliche gilt, wenn dritte Personen ein privatrechtliches Unterfangungsrecht geltend machen (§ 30 Anm. 6 a. E.). In gleicher Weise hat der Registerrichter zu verfahren, wenn er den Verdacht hat, daß eine zur Eintragung angemeldete Firma dazu bestimmt sein soll, unlauterem Wettbewerb zu dienen oder einen Warenzeichenschuß zu verletzen. Diese Gebiete zu berücksichtigen gehört nicht zu seinen Aufgaben, er kann aus Gründen dieser Art den Eintrag nicht ablehnen, muß es vielmehr dem Beeinträchtigten überlassen, sein Recht im Prozeßwege zu verfolgen (BayObLG. in BayZ. 07, 474 und im „Recht“ 09 Nr. 1395; RG. in RGZ. 33 A 130; vgl. auch § 30 Anm. 1 und § 37 Anm. 26). Dagegen hat der Registerrichter die Eintragung täuschender Zusätze im Sinne von § 18 Abs. 2 abzulehnen; insoweit liegt ihm also eine Prüfungspflicht ob; s. hierüber § 18 Anm. 10ff. — Über die Stellung des Registerrichters zu Beschlüssen der Generalversammlung s. § 273 Anm. 21; über sein Prüfungsrecht bei Änderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH. s. RG. in OLGK. 21, 50; über sein Verhalten beim Austausch streitiger Fragen RG. ebenda 53. — Zu Anm. 7—11 vgl. auch § 29 Anm. 9.

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 in IheringsJ. 47, **Erfl. zu** 274 ff. über die Bedeutung des Registers für Rechtsicherheit und Verkehrssicherheit): **§ 8.**

- a) **Oft hat sie lediglich rechtsbefundende (deklaratorische) 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. H. besteht auch ohne Eintragung (§ 123). Der Vorstand einer UG. wird auch ohne Eintragung gültig bestellt (§ 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 öffentliche Wirkung, 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 (§ 32).
- b) **Oft aber hat die Eintragung auch rechtserzeugende (konstitutive) Bedeutung**. Zwar nicht **Anm. 13.** in dem Sinne, als ob die Eintragung allein die Kraft hätte, das Rechtsverhältnis zu erzeugen, wohl aber in dem Sinne, daß die Eintragung eine der rechtserzeugenden Tatsachen, oft deren letzte, 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 Eintragung der Firma hat insofern rechtserzeugende Kraft, als der, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht in dem bei § 5 dargelegten Umfange als Vollkaufmann gilt; ferner in den Fällen des § 200 (die UG. entsteht erst durch die Eintragung), des § 277 Abs. 3 (die Beschlüsse der Generalversammlung auf Abänderung des Gesellschaftsvertrags erlangen erst durch Eintragung Rechtswirksamkeit), der §§ 11 und 55 GmbHG. In diesen Fällen hat die Eintragung **auch** rechtserzeugende Kraft, wie wir mit Vorbedacht gesagt haben (s. auch Düringer-Hachenburg Vorbem. vor § 8 Anm. 4). 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 Veröffentlichung gefolgt ist (§ 5 Anm. 6; zust. Lehmann-Ring § 5 Nr. 2; Düringer-Hachenburg § 15 Anm. 12). Eine UG. entsteht allerdings durch die Eintragung; aber daß eine Gesellschaft eine UG. ist, kann gegebenenfalls dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung auch bekanntgemacht ist. Vgl. auch § 15 Anm. 5 u. Zus. 2 zu § 277.

Zu dieser Klasse der rechtserzeugenden 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 UG. eingetragen ist, der tatsächlich als solcher gar nicht gewählt ist, so ist er nicht Vorstand. Aber nicht immer ist die unrichtige Eintragung wirkungslos. Vielmehr haben Eintragungen dieser Art die Wirkung, daß der Anmeldende und die Eintragung Veranlassende an dieser Erklärung von dem 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“; RRG. 3, 412; 24, 320; auch RG. 40, 146; 50, 431; OLG. Dresden in OLG. 4, 203; s. auch Erfl. 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 auf-

Erkl. zu § 8. gegeben hat, auf seinen Antrag eingetragen wird. Er gilt dann als Vollkaufmann (Erkl. zu § 5 Anm. 1).

Anm. 15. c) Oft hat die Eintragung noch andere Bedeutung: so in den Fällen der §§ 26 Abs. 2 u. 159 Abs. 2 (Beginn der Verjährung); § 287 (Voraussetzung für die Ausgabe von Aktien bei Erhöhung des Grundkapitals).

Anm. 16. d) In allen Fällen aber hat die Eintragung die Bedeutung einer Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache (vgl. Anm. 8—12, bes. Anm. 11). Im wesentlichen gleicher Meinung sind Lehmann-Ring (§ 15 Nr. 4), die zu Unrecht behaupten, Staub lege der Eintragung volle Beweiskraft bei. Ehrenberg (296), Düringer-Hachenburg (Vorbem. vor § 8 Anm. 4) und Lehmann (Lehrb. § 30 S. 143) wollen (mit RG. 41, 22) der Eintragung höchstens eine Vermutung für ihre Legalität geben. Die 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 UG. 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 berufen; 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. Erkl. zu § 5, insbes. Anm. 7 dort, und Erkl. 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 (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 eine Vermutung 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 Erklärungen. 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. hierzu Düringer-Hachenburg § 15 Anm. 15.

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 wird vom RG. verneint (RGSt. 18, 179; VgltdBl. 51, 187), weil das Register nur die Abgabe der Erklärung, nicht die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweise.

§ 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 § 9. 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.

§ 9 regelt die Öffentlichkeit des Handelsregisters. Er enthält sich zwar des Satzes: *Einleitung.* das Handelsregister ist öffentlich, aber nur deshalb, weil er diesen Satz für überflüssig hält. Er begnügt sich mit der Angabe dreier Wirkungen 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:

1. **Das Recht auf Einsicht.** Es steht jedermann ohne den Nachweis eines Interesses zu *Anm. 1.* und geht somit weiter als § 34 FGB. — Es bezieht sich auf das Handelsregister und die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke. Damit sind gemeint die Anmeldungen zur Eintragung, auch wenn sie zu gerichtlichem Protokoll erklärt sind (RG. 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 den Urkunden, die an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Vorschriften zugestandenen rechtsprechenden Tätigkeit (Erl. zu § 8 Anm. 4) 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 §§ 146 Abs. 2; 147; 295 Abs. 2; 254; ferner auf die Schriftstücke, die im Ordnungsstrafverfahren ergehen, und endlich den sonstigen Schriftenwechsel des Gerichts). — Die Einsicht steht in den Diensträumen offen. Ebenso nur in den Dienststunden. Während der Dienststunden ist aber die Einsicht stets zulässig. Ob dafür Gebühren zu bezahlen sind, richtet sich nach Landesrecht. In Preußen ist dies nicht der Fall (preuß. GGB. § 75 Nr. 3).
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 Vträge 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 PrFGB.). Über den Begriff der eingereichten Schriftstücke s. Anm. 1. Selbstverständlich kann die Abschrift nicht kostenfrei verlangt werden (D. 25; RG. in OLGR. 10, 325). — 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 FGB., 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 können; gegen die Verjagung ist Beschwerde zulässig (RG. in OLGR. 2, 396).
3. **Das Recht auf Bescheinigungen** steht gleichfalls jedem zu ohne den Nachweis eines Interesses. *Anm. 3.* Es können aber nur (ebenso § 162 FGB.) Zeugnisse über das Nichtbestehen von Eintragungen verlangt werden, nicht Zeugnisse über den Inhalt einer Eintragung. Dazu sind die Abschriften da. Aus § 33 GBC.:

„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.“

§ 9. 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 (a. M. Düringer-Sachenburg Anm. 5) auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Denn man hat mit Vorbedacht dem Publikum ein Recht nur auf Negativbescheinigungen 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 (RG. in RZM. 1, 150). Gibt aber ein Registergericht derartige Positivbescheinigungen, und sie sind tatsächlich in allgemeiner Übung, so sind sie selbstredend gültig. Nach § 107 FGG. findet übrigens § 33 GBO. auf die Eintragung in das Schiffsregister entsprechende Anwendung. — Die Dauer der Beweiskraft der Zeugnisse ist nicht ohne weiteres auf die Zeit ihrer Erteilung beschränkt, erstreckt sich vielmehr im Zweifel auch auf die nächste Zeit nach derselben (OLG. Kolmar in OLGK. 8, 313). — Ist das Grundbuchamt zugleich das Registergericht, so genügt statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Register (§ 35 GBO.). Auch außerhalb des Grundbuchverkehrs sind aber die Abteilungen des LG. verpflichtet, Einsicht in das bei demselben Gericht geführte Handelsregister zwecks Prüfung der Legitimation von Parteien zu nehmen (LG. I Berlin in RObI. 1910, 4).

Anm. 4. 4. Zur Auskunftserteilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet (Schulze-Görlitz 9), am allerwenigsten zu einer Auskunft darüber, daß einer beabsichtigten Anmeldung Bedenken nicht entgegenstehen. Dennoch werden solche Anfragen im Interesse des Rechtsverkehrs, zur Vermeidung ungültiger Rechtsakte, häufig gestellt und beantwortet. Die Auskünfte solcher Art dienen einer glatten Geschäftsabwicklung und sind daher sehr zu empfehlen. Sie sind aber unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (RGZ. 11, 29), daher ist Beschwerde gegen sie nicht zulässig (RG. im „Recht“ 00, 175 und 06, 1085).

Aber es können außerhalb des § 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 z. B. die des § 144 GluVersG. in Betracht (RG. in RZM. 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 (RGZ. 16, 27).

§ 10.

§ 10. Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekanntzumachen. 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.

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

1. **Was ist bekanntzumachen?** „Die Eintragung in das Handelsregister.“ Was nicht § 10. eingetragen wird, ist also nicht bekanntzumachen (Ausnahme im § 33 des PrivBlutG.). **Ann. 1.** Also nicht bekanntzumachen sind der Geschäftszweig, wenn er nicht ein Bestandteil der Firma ist, das Geschäftslokal, 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 bekanntzumachen, die den Verkehrsbedürfnissen entsprechen (D. 43). So gestattet die pr. Vf. v. 12. Juni 00 (JMBL. 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 (pr. Allg. Vf. v. 7. Nov. 99 § 12, JMBL. 313). — Die Eintragung aber muß jedenfalls genau bekanntgemacht werden (Ausnahme im § 32; s. unten Ann. 3). Bei Widersprüchen zwischen Eintragung und Veröffentlichung nimmt Behrend (§ 38 Ann. 18) mit Recht an, daß eine gehörige Veröffentlichung überhaupt nicht vorliegt (ebenso Düringer-Hachenburg Ann. 2). Richtige Eintragung bei unrichtiger Bekanntmachung, ebenso unrichtige Eintragung bei richtiger Bekanntmachung sind wirkungslos. Indessen ist auch dies cum grano salis zu verstehen. Es muß ein wirklicher Widerspruch dem Inhalte nach vorliegen, nicht nur eine unerhebliche Ungenauigkeit, die als solche erkennbar ist (zust. Th. Sohn 16). Über die Frage, wie unrichtige und ungenaue Eintragungen wirken, s. § 15 Einleitung.
2. **Wann ist die Eintragung bekanntzumachen?** Ohne Verzug. Die Parteien haben **Ann. 2.** ein Recht auf sofortige Bekanntmachung, 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 **Ann. 3.** vorgeschrieben ist. Beispiele solcher Ausnahme: §§ 162 Abs. 2; 175; vgl. anderseits §§ 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 Bekanntmachungen erfolgen selbstverständlich in deutscher Sprache.
4. **Wo?** Im Deutschen Reichsanzeiger und in mindestens einem anderen Blatte. **Ann. 4.** Die Wahl des Deutschen Reichsanzeigers als notwendiges Zentralorgan für alle Veröffentlichungen in Handelsregisterfachen des Deutschen Reichs war eine alte Forderung des Handelsstandes (Goldschmidt in JHR. 19, 666). Hinsichtlich der anderen Blätter s. § 11.
5. **Wie oft?** Einmal in jeder Zeitung. Da die Zeitungen an verschiedenen Tagen er- **Ann. 5.** scheinen können, war Abs. 2 erforderlich.

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

Zusatz 2. Für Preußen vgl. die Ann. 1 zit. Allg. Vfgn. § 12 der Vf. vom 7. Nov. 99 **Ann. 7.** Iegt 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 erfolgen sollen.

Der vorliegende Paragraph ergänzt den § 10. Dort ist bestimmt, daß die Bekannt- **Einleitung.** 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 **Ann. 1.** darf nicht gewechselt werden, auch wenn das betreffende Blatt seinen Leserkreis verlieren

§ 11. sollte. Für den Fall, daß es eingeht, hat das Gericht ein anderes an dessen Stelle zu setzen. Die Bezeichnung von zwei Blättern (außer dem Reichsanzeiger) ist zweckmäßig, aber nicht erforderlich (s. § 10; a. M. Goldmann zu § 11).

Anm. 2. 2. In die bezeichneten Blätter sind alle Anzeigen einzurücken.

Anm. 3. 3. Die Wahl erfolgt lediglich nach dem Ermessen des Registergerichts; Dienstanweisungen sind ausgeschlossen. Im Entwurf zum FGG. war laut § 128 eine Bestimmung vorgesehen, nach der 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 maßgebend seien (übereinst. Lehmann-Ring zu § 11; auch RG. 58, 430). Auch die an der Veröffentlichung interessierten Kaufleute oder Organe des Handelsstandes (§ 8 Anm. 3) sind nicht befugt, wegen einer ihrer Meinung nach nicht sachgemäßen Auswahl des Blattes gegen die betreffende Entscheidung des Registergerichts Beschwerde nach § 20 FGG. zu führen (vgl. die auf Genossenschaften bezügliche Entsch. des BayObLG. in RM. 7, 37 und dazu Josef im „Recht“ 07, 40).

Anm. 4. 4. Die Rundgabe der Wahl, die Art der Bekanntmachung, welche Blätter gewählt sind, bleibt, 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 lediglich durch Verfügung in den Akten, auch nicht nur 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.

Der preuß. Justizminister hat in der Allg. Vf. v. 4. Dez. 00 (JMWl. 642) den Amtsgerichten verboten, solche Bezeichnungen der Blätter zu veröffentlichen, und sie angewiesen, die Blätter dem Oberlandesgericht mitzuteilen (entsprechend dem § 10 Vf. v. 7. Nov. 99). 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 (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, daß die Verurteilung eines Richters, der entgegen der Allg. Vf. eine besondere Bekanntmachung veranlaßt hatte, zum Ersatz der hierdurch entstandenen Kosten von 9 Mk. 50 Pf. an den Justizfiskus bestätigt hat). Wenn aber ein Blatt im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, wird die Bekanntgabe doch durch das Registergericht erfolgen dürfen (so mit Recht Th. Cohn bei Goldheim 10, 32), weil nach der Allg. Vf. die Anzeigen der Gerichtsschreiber und daher auch die Veröffentlichungen 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 Beteiligten haben die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Anm. 1. § 12 gibt eine allgemeine Vorschrift über die Form der Anmeldung und Zeichnung.

1. Die Vorschrift ist allgemein. Im alten FGG. war sie für mannigfache einzelne Fälle gegeben, doch wurde ihre allgemeine Geltung schließlich angenommen.

- 2. Anmeldung und Zeichnung** können zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts § 12. erfolgen (§ 128 FGG.), natürlich auch zu Protokoll des Registerrichters. Letzteres geht Ann. 2. aus § 12 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 (RG. 58, 94; vgl. aber OLG. Hamburg in DZ. 01, 440); jedoch sollten Gerichte derartigen Beurkundungsgesuchen nicht ohne Grund ausweichen (RG. in JW. 1910, 717³⁰; OLG. Frankfurt in OLG. 14, 328; Josef bei Goldheim 1911, 106). Erfolgt die Anmeldung oder Zeichnung nicht vor dem Gericht, so muß sie in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden. **Öffentlich beglaubigt** ist eine Schrift, wenn deren Unterschrift oder Handzeichen beglaubigt ist. Die Beglaubigung einer Unterschrift kann erfolgen durch Amtsgericht, Notar oder sonstige nach Landesrecht hierfür zuständige Stellen (vgl. Stranz-Gerhard Art. 68⁸; RG. in OLG. 6, 110), die Beglaubigung eines Handzeichens erfolgt ausschließlich durch Amtsgericht oder Notar (§§ 129 Abs. 1 Satz 2 u. 126 Abs. 1 BGB.; § 167 FGG.; über für die Beglaubigung zuständige Stellen in den verschiedenen Bundesstaaten vgl. Jastrow II § 3). Durch Aufnahme zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll wird die Beglaubigung ersetzt (§ 129 Abs. 2 BGB.). Jene kann auch in der Aufnahme eines prozeßgerichtlichen Vergleichs liegen, doch muß dann in diesem der Antrag der Beteiligten auf handelsgerichtliche Verlautbarung enthalten sein, widrigenfalls er doch noch gesondert gestellt werden muß, denn der Prozeßvergleich steht einem Urteil im Sinne des § 16 nicht gleich (RG. in RGZ. 34 A 121). — Wo das Gesetz ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangt, wie im § 2 Abs. 2 GmbHG., ist dies mit öffentlicher Beglaubigung nicht zu verwechseln; in jenen Fällen kann das Landesrecht nicht noch andere Stellen für zuständig erklären (RG. in OLG. 6, 109). — Über die Zuständigkeit der deutschen und der fremden Konsuln und den Gebrauch von Notariatsurkunden im internationalen Verkehr s. Jastrow I 325 ff. — Anmeldung und Zeichnung erfolgen in der Regel gleichzeitig, also auch die Zeichnung regelmäßig vor Vornahme der betreffenden Eintragung in das Handelsregister. Unbedingt erforderlich ist dies aber nicht. Vielmehr kann z. B. auch erst die Eintragung in das Handelsregister stattfinden und die Zeichnung der Firma nachgeholt werden. Nötigenfalls hat dann das Registergericht behufs Erzwingung der Zeichnung nach § 14 zu verfahren (RG. in OLG. 19, 309).
- 3. Die Anmeldung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen**, soweit nicht Sonderbestimmungen entgegenstehen (vgl. z. B. § 280 Ann. 1). Die Vollmacht muß die gleiche Form haben, wie sie für die Anmeldung vorgeschrieben ist (Ann. 2). Auch muß es eine ausdrücklich auf eine solche Anmeldung gerichtete Vollmacht sein, also entweder eine Sondervollmacht oder eine ausdrücklich zur Vertretung bei Anmeldungen der fraglichen Art ermächtigende allgemeine Vollmacht; so ist wohl auch die Bemerkung der früheren Auflagen und anderer Schriftsteller zu verstehen, es müsse eine Spezialvollmacht sein (vgl. dazu UG. I Berlin in RGBl. 03, 87; RG. in RZW. 4, 31; 8, 130; Lehmann-Ring Nr. 4; Rakower Ann. II b 1; Düringer-Hachenburg Ann. 6; Ritter Komm. Ann. 3). Über die Ermächtigung des Notars zum Antrag s. FGG. § 129; f. auch Staub-Hachenburg GmbH. § 7 Ann. 8.
- 4. Die Zeichnung (§§ 29, 53, 108, 148, 195, 296) dagegen kann ihrer Natur nach nur persönlich erfolgen.** Sie hat den Zweck, für die im Handelsverkehr häufig erforderliche Prüfung der Echtheit von Unterschriften eine möglichst sichere Unterlage zu gewähren (RG. 54, 171; RG. in RZW. 9, 244). Demzufolge ist Zeichnung durch einen Bevollmächtigten 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 nur anerkannt

§ 12. ist (RÜ. 54, 168; RÜ. in RZM. 5, 49; SächSÜG. 22, 158; ebenso Kaufmann in ZWZG. 4, 467; Düringer-Hachenburg Anm. 5; Ritter Komm. Anm. 10; f. auch Franz in NotWZ. 04, 65; a. M. RÜ. in RZM. 3, 192). Dies gilt aber nur für die Zeichnung nach § 12, nicht für sonstige Unterschriften. Die Zeichnung muß als solche zur Aufbewahrung bei dem Gericht geleistet sein; es genügt nicht, wenn der Zeichnende oder der beglaubigende Notar nachträglich dem Registergericht anzeigt, eine zu anderen Zwecken geleistete und beglaubigte Unterschrift solle auch als Zeichnung zur Aufbewahrung bei dem Gericht gelten (ÜG. Dresden, Beschluß v. 11. Juni 09 zu Blatt 11102 des Dresdner Handelsregisters). Dagegen schadet es dem Zwecke der „Zeichnung“ nicht, wenn die gezeichnete Unterschrift außer diesem auch noch einem andern Zwecke (z. B. Unterzeichnung der Anmeldung) dient (RÜ. in LZGR. 19, 310).

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-Görlig 117; Goldmann I 49; Düringer-Hachenburg § 14 Anm. 12 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 a. a. O.; a. M. Goldmann I 49, der die im § 169 FGG. vorgeschriebene Form verlangt).

Anm. 5. 5. **Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat,** läßt sich nicht allgemein 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 den Fällen, in denen das FGG. dies beabsichtigt, schreibt es dies ausdrücklich vor (§§ 108, 195; f. auch § 30 PrivVmtG.; anderseits § 234 FGG.). Wo das Gesetz nicht die Mitwirkung aller vorschreibt, genügt es, daß so viele Personen mitwirken, als zur Vertretung nach außen erforderlich sind.

Anm. 6. 6. **Die Rechtsnachfolge eines Beteiligten** ist, soweit tunlich, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Das will sagen: der Registerrichter soll nicht unbedingt verlangen, daß ihm der etwa erforderliche Nachweis einer Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden geführt werde, 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. Th. Sohn 69). Untunlich ist der Nachweis nicht nur dann, wenn er schlechterdings 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 ZPO. „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. RÜSt. 18, 246). Die Zuständigkeit für die Aufnahme kann sich nach Reichs- oder nach Landesrecht richten (Näheres Stranz-Berhard Art. 70²). — Unter der Rechtsnachfolge ist die allgemeine und die Einzel-Rechtsnachfolge gemeint. Bei der ersteren wird hauptsächlich (aber nicht ausschließlich); RÜ. in ZW. 1910, 802²) der Erbschein der §§ 2353 ff. BGB. in Betracht kommen. Die Einzelrechtsnachfolge liegt z. B. im käuflichen Erwerb eines Geschäfts. — Weiteres f. Josef, Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registergericht, bei Goldheim 07, 139.

Zusatz 1. Die Anmeldung ist ein Akt, der weder Bedingungen noch Befristungen § 12. zuläßt (VGH. I Berlin im „Recht“ 01, 101). Daß in das Handelsregister nur entstandene Anm. 7. Rechtsverhältnisse eingetragen werden können, s. Erg. zu § 8 Anm. 6. Bei der Anmeldung duldet es aber bisweilen die Praxis, daß eine in kurzer Zeit eintretende Tatsache oder Veränderung schon vorher angemeldet werde (z. B. es wird im März angemeldet, daß vom 1. April ab dem X. Procura erteilt ist); die Eintragung erfolgt dann nach Ablauf des angegebenen Zeitpunktes. Ganz einwandfrei ist ein derartiges Verfahren nicht, doch ist es unbedenklich, wenn es sich nur um wenige Tage handelt, entspricht auch oft den wohlverstandenen Interessen des Kaufmannstandes (z. B. bei bevorstehenden Reisen). Dagegen ist ein allgemeiner Satz, wie ihn VGH. I Berlin in RGHl. 06, 113 aufgestellt hat, die Anmeldung zukünftiger Tatsachen sei zulässig und es liege diesfalls in dem Ablauf des betreffenden Zeitpunktes ohne Widerruf der Anmeldung deren Aufrechterhaltung, nicht anzuerkennen, auch kann dem Registerrichter nicht zugemutet werden, in solchen Fällen den Zeitablauf zu kontrollieren (Schulze-Görlich in NotWZ. 08, 752). Für die Regel ist daher festzuhalten, daß auch die Anmeldung sich nur auf bereits eingetretene Tatsachen und Veränderungen zu beziehen hat.

Auf die Wirksamkeit der Erklärung ist es ohne Einfluß, wenn zwischen der Abgabe, Anm. 7a. d. h. Vollziehung und Beglaubigung der zur Einreichung bestimmten Urkunde, und dem Eintreffen der Urkunde bei der Behörde der Erklärende stirbt (VGH. Dresden in VGH. 4, 22; § 130 BGB.; a. M. Ritter Komm. Anm. 2).

Zusatz 2. Über die Zeichnung der Firma im Geschäftsverkehr vgl. für die o. HGB. Anm. 8. Anm. 4 zu § 108 und für die VGH. Ergl. zu § 233.

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

Zusatz 4. Ist Widerruf der Anmeldung zulässig? Diese Frage ist zu bejahen, jedoch Anm. 10. ist vom Augenblick der Eintragung an Widerruf ausgeschlossen. Das gleiche gilt von einer Anfechtung wegen eines Willensmangels (Marcus in Goldheim 09, 107).

Zusatz 5. Mehrere Anmeldungen bei demselben Registergericht können in einem Anm. 11. Schriftstück vorgenommen werden, selbst wenn sie sich auf verschiedene Firmen beziehen. So z. B. bei Erteilung einer Procura für mehrere Firmen (VGH. I Berlin in JBHGB. 11, 282). Das Gericht verweist dann aus dem einen Aktstück in das andere.

§ 13.

Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein anderes vorgeschrieben ist, sind die § 13. 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 Privatrecht, Zürich 02; Heymann, Die Zweigniederlassung im Deutschen Handelsrecht,

§ 13. Leipzig 07; Fulda, Französische Filialfirmen in Deutschland, in *UmlB.* 6, 117; *Sobernheim* 161.

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 *UG.* und *KGaA.* 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. auch *Gareis Lehrbuch* § 15; *Cosack* § 14; *RG.* in *RZM.* 9, 23). 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 *Ubf.* 1 *WZG.*, § 9 *Ubf.* 3 *MuStG.*, § 24 *UmlB.*; *RG.* 41, 67 und 82; 44, 361). Das Bestehen der Niederlassung hat materielle und prozessuale Folgen (Beispiele: § 270 *Ubf.* 2 *HGB.*; § 21 *ZPO.*; §§ 29, 31 *HGB.*).

Der Kaufmann kann **mehrere Handelsniederlassungen** haben (vgl. auch § 17 *Anm.* 3). Entweder an demselben Ort: und zwar unter der gleichen Firma, dann bilden sie rechtlich ein Ganzes (die Mehrheit hat also keine rechtliche Bedeutung, *OLG. Dresden* in *ZfR.* 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. Werden an demselben Orte mehrere Niederlassungen betrieben, so ist, wenn für sie die Führung verschiedener Firmen zulässig sein soll, eine gewisse räumliche Trennung erforderlich, sie müssen in ihren wesentlichen Beziehungen von einander unabhängig sein; die bloße Führung besonderer Bücher und Aufstellung getrennter Bilanzen genügt, wenn die verschiedenen Betriebe in denselben Räumen geführt werden, nicht, um sie als verschiedene Handelsniederlassungen erscheinen zu lassen, denn auch in einem einheitlichen Geschäft werden für verschiedene Geschäftszweige häufig Buchführung und Bilanzziehung gesondert gehandhabt; die verschiedenen Abteilungen eines Geschäftes aber sind rechtlich eine Handelsniederlassung, nicht mehrere (*RG.* in *RZM.* 9, 23).

Anm. 4. Mehrere Niederlassungen desselben Kaufmanns, wenn sie auch in mancher Hinsicht eine Einheit bilden (z. B. gehören sie zum einheitlichen Vermögen des Kaufmanns; s. auch § 17 *Anm.* 3) können entweder voneinander getrennte Rechtsbeziehungen haben oder aber im Verhältnis von **Haupt- und Zweigniederlassung** eine Zusammengehörigkeit zeigen, letztere gleichsam als Zubehör der ersteren (*Anm.* 13 u. 16). **Hauptniederlassung** (Muttergeschäft) ist das leitende Hauptgeschäft, 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; s. auch vorige *Anm.*). Die **Zweig-**

niederlassung („Filiale“, „Tochtergeschäft“, „Kommandite“) stempelt der Kaufmann durch § 13. Bezeichnung und Einrichtung zu einem vom Hauptbetriebe abgezweigten, aber ihm untergeordneten Geschäft. Begrifflich ist als Erfordernis der Zweigniederlassung eine räumliche Getrenntheit, die auch an demselben Orte bestehen kann (Anm. 3), geboten und genügend. Doch ist auf diese Zweigniederlassung (von Denzler 31 treffend unechte Zweigniederlassung genannt) im Gesetze 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). Für die AG., die KGaA. und die GmbH. gilt als Zweigniederlassung jede selbständige Handelsniederlassung außerhalb des satzungsmäßigen Sitzes, selbst wenn an diesem Orte eine Handelsniederlassung überhaupt nicht besteht (RG. in RGZ. 39 A 117). Hinsichtlich der o. G. vgl. § 106 Anm. 4.

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 Anm. 5. vielmehr zur Bezeichnung und Eintragung als Zweigniederlassung ist ein Geschäft geeignet, wenn an einem vom Orte und Gerichtsbezirk des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte und Gerichtsbezirke (Anm. 4 u. 7) gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, wenn ferner dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Einrichtung auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbständige Tätigkeit entwidelt (RGZ. 5, 22 u. 23; 14, 12; 18, 18; OLGR. 2, 198; RDSt. 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 Gruch. 33, 223), auch darauf nicht, ob in dem Nebengeschäfte alle Geschäftszeige des Hauptgeschäfts betrieben werden (ebenso Denzler 41; O. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1334; RGZ. 5, 22; RG. in RGBl. 97, 82). Als einzelne Merkmale der Selbständigkeit sind aufzustellen: daß von der Zweigniederlassung aus eigene Geschäfte wie von der Hauptniederlassung — im Gegensatz zu bloßen Vorbereitungs-, Vermittlungs- und Ausführungsgeschäften — abgeschlossen werden (übereinst. Denzler 29); daß die Zweigniederlassung eine äußerlich selbständige Leitung hat; daß sie im inneren Verhältnis zum Hauptgeschäft mit einem gesonderten Geschäftsvermögen ausgestattet ist und für sie eine besondere Buchführung besteht (BayObLG. in Pal. 6, 150). Kurz, es muß überhaupt eine Niederlassung bestehen, d. h. der Kaufmann muß wenigstens einen Mittelpunkt für einen gewissen Kreis seiner geschäftlichen Beziehungen geschaffen haben (RGZ. 18, 18; RDSt. 14, 401 ff.; Sächsl. Justizministerium in Busch 46, 39), und die Betriebseinrichtung muß so sein, daß das Nebengeschäft beim Wegfall der Hauptniederlassung als eigene Handelsniederlassung fortbestehen könnte (RG. in RZ. 5, 57; OLGR. 11, 375 u. 14, 332). 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 eintragungsfähige Zweigniederlassung (RGZ. 18, 17; zust. RG. in OLGR. 2, 198 für die Geschäftsstellen der Firma Kaisers Kaffeegeschäft GmbH.). Keine Zweigniederlassung bildet für die Regel die außerhalb gelegene Stelle, an der eine Gasanstalt (AG.) 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 92); hier ist der Leiter der Geschäftsstelle nur Ausführungsorgan. Desgleichen liegt eine Zweigniederlassung nicht vor, wenn einer der Mitinhaber einer o. 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 Bestellungen dem Hauptgeschäfte zur Ausführung übermittelt, sofern nicht im übrigen die obigen Merkmale

§ 13. des Zweigggeschäfts vorliegen. Zweigniederlassungen sind ferner nicht die Fabrikationsstellen und technischen Bureaus (Volze 22 Nr. 695 b; LZ. Dessau bei Sobernheim 168), Speicher, Empfangnahme- und Aushändigungsstellen, — weil hier überall nur tatsächliche Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden (BayObLZ. im „Recht“ 07, 1148). — Auch die Eisenbahnstationen, weil sie Teile des Hauptunternehmens, Glieder des ganzen Organismus sind, bilden keine Zweigniederlassung (RG. 2, 391; Denzler 60). — Ein Kommissionslager ist eine Handelsniederlassung des Kommissionärs, nicht eine Zweigniederlassung des Kommittenten (RG. in LZ. 07, 586).

Anlangend die Agenturen und Subdirektionen von Versicherungsunternehmungen (§ 1 Anm. 59 ff.), so gelten die vorstehenden Ausführungen auch für die Frage, ob diese Betriebe Zweigniederlassungen der betreffenden Versicherungsunternehmungen sind oder nicht. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß bei Zweigniederlassungen von Versicherungsunternehmungen von dem Erfordernis eines gesonderten Vermögens abgesehen werden kann; näheres hierüber s. Könige PrivVUntG. § 16 Anm. 3 ff., wo auch die einschlagende, vielfach sehr auseinander gehende Rechtsprechung und Literatur eingehend gewürdigt ist. Danach sind in der Regel die Subdirektionen und Hauptagenturen einer Versicherungsgesellschaft Zweigniederlassungen (§ 115 PrivVUntG. und § 45 WVG.), freilich nur, wenn die Leiter der betreffenden Subdirektion oder Hauptagentur Angestellte der Versicherungsgesellschaft sind, nicht, wenn sie selbständige Kaufleute (Versicherungsagenten im Sinne von Handlungsagenten; s. § 84 Anm. 33) sind. Im letzteren Falle liegen Hauptniederlassungen der Agenten vor, nicht Zweigniederlassungen der Versicherungsgesellschaft. Die Bestellung von Unteragenten begründet in der Regel keine Zweigniederlassung, da diesen meist die Fähigkeit fehlt, selbständige Abschlüsse zu machen. Für inländische Niederlassungen ausländischer Versicherungsunternehmungen s. Könige PrivVUntG. § 85 Anm. 7 und Bruck, Unterliegt der Hauptbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsunternehmung dem Registerzwange? in LZ. 1911, 182.

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; LZ. Kassel in LZ. 09, 954; s. auch Anm. 15 und 16). Daraus folgt unter andern, 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 Zweigggeschäfte bilden den einheitlichen Geschäftsbetrieb derselben Person, die hinsichtlich des ganzen Betriebes Kaufmann ist (RG. in RGZ. 27 A 210). Daraus folgt aber nicht, daß Rechtshandlungen der Vertreter von Zweigniederlassungen, die diese namens der Zweigniederlassung vornehmen, als für ein nicht anerkanntes Rechtssubjekt vorgenommen, wirkungslos wären; vielmehr handeln die Vertreter der Zweigniederlassung für den Inhaber der Hauptniederlassung. — Darüber, daß die Zweigniederlassung eine andre Firma führen kann, als die Hauptniederlassung, und daß für sie Rechte im Grundbuche eingetragen werden können, s. § 30 Anm. 8 ff. und unten Anm. 14.

Anm. 6a. 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. Ezl. 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 § 13 Platz greifen soll. Daraus folgt, daß sie im Sinne des § 13 auch an einem andern Orte als am Siege des Hauptgeschäfts bestehen muß. Für den Fall, daß eine (unechte) Zweigniederlassung an einem andern Ort desselben Gerichtsbezirks besteht (Anm. 4), bedarf

- es zwar auch einer Anmeldung und Eintragung einer solchen Zweigniederlassung; allein § 13. das Bestehen einer derartigen Zweigniederlassung ist nur im Hauptregister zu vermerken und es bedarf nicht der Anlegung eines besondern Zweigregisterblattes (R.G. in R.G.Z. 39 A 117). Hier geht das Vorhandensein 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. 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 bestehender Niederlassungen desselben Geschäfts gemacht (D. 28).
6. Die Anmeldungen und Zeichnungen (über ihre Form gilt gleiches, wie zu § 12) sind Anm. 8. auch bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung zu bewirken, aber eine Eintragung dort findet erst statt nach der Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung. Näheres an den einzelnen zuständigen Stellen. Grundsätzlich 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 selbständig zu prüfen, zumal auch seiner Eintragung im gewissen Sinne (vgl. § 15 Abs. 3) selbständige Bedeutung beigelegt ist (Marcus bei Goldheim 06, 224). Sieht er dabei, daß die Eintragung in das Hauptregister mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, oder daß es sich um eine überhaupt nicht eintragungsfähige Tatsache handelt (Erl. zu § 8 Anm. 6), so hat er die Eintragung abzulehnen, die Ablehnung auch, damit beide Register gleichbleiben, dem Gerichte der Hauptniederlassung von Amts wegen mitzuteilen, damit letzteres nötigenfalls von Amts wegen lösche (§ 142 F.G.G.; R.G. in R.Z.V. 3, 20 und in O.R.N. 10, 232). Die Prüfungspflicht des Zweigregistergerichts fällt aber fort, wenn besondere Gesetzesvorschriften entgegenstehen und eine innere Abhängigkeit der Eintragung im Register der Zweigniederlassung von der im Register der Hauptniederlassung vorliegt, insbesondere wenn die Eintragung im Register der Hauptniederlassung rechtserzeugende (konstitutive) Kraft hat. So z. B. legt der § 2 der Eintragung ins Hauptregister formell entscheidende Bedeutung für die Begründung der Kaufmannseigenschaft bei (R.G. in R.Z.V. 4, 159; oben Anm. 6). Ebenso steht die Prüfung des Gesellschaftsvertrags einer A.G. und seiner nachträglichen Änderungen, bezgl. von Beschlüssen über Erhöhung des Grundkapitals, allein dem Registergericht der Hauptniederlassung, nicht aber dem der Zweigniederlassung zu (R.G. in R.Z.V. 6, 198 und 8, 109; vgl. §§ 201, 277, 286, 291).

Der im Abs. 2 unseres Paragraphen erforderliche Nachweis, daß die Eintragung bei Anm. 8a. 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 (zust. R.G. in J.W. 02, 545^o; Denzler 160 und die herrschende Meinung; a. A. 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). § 13 verfügt nicht, daß Register-einträge, die lediglich die Zweigniederlassung betreffen, immer zuerst bei dem Gerichte der Hauptniederlassung einzutragen seien. Solche Einträge können sofort in das Register der Zweigniederlassung erfolgen.

§ 13.**Anm. 9.**

Das HGB. enthält keine Vorschrift, wonach die Errichtung der Zweigniederlassung überhaupt im Hauptregister vermerkt wird; doch ist diese Vorschrift im § 131 HGB. 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). Eine Bekanntmachung dieses „Vermerks“ erfolgt nicht, der überhaupt keine eigentliche Eintragung, sondern lediglich ein Ordnungsvermerk ist. Die Errichtung, Aufhebung und Verlegung der Zweigniederlassung werden also beim Hauptregister nur vermerkt, nicht aber dort angemeldet, eingetragen oder bekannt gemacht.

Anm. 10.

7. Die Vorschriften kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet (Marcuse, Die Eintragung der Filialen ausländischer Firmen im Handelsregister, in RZ. 1911, 36). 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. 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 (zust. 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 unmittelbar entgegenstehen muß (Näheres § 201 Anm. 21). — Da bei einer AG. die Hauptniederlassung sich nach dem Sitz der Gesellschaft bestimmt, so ist jede andere Handelsniederlassung eine Zweigniederlassung und ist es daher begrifflich ausgeschlossen, daß eine ausländische AG. eine inländische Hauptniederlassung haben könnte; jede inländische Handelsniederlassung einer ausländischen AG. ist daher Zweigniederlassung, auch dann, wenn der den Gegenstand des Unternehmens bildende Geschäftsbetrieb ausschließlich im Inlande stattfindet (BayObLG. in RZM. 9, 39; vgl. auch § 182 Anm. 17). — Über die inländische Zweigniederlassung ausländischer Versicherungsunternehmungen s. Könige PrivBlntG. § 85 Anm. 7.

Anm. 11.

Aus der obigen Ausnahmebestimmung folgt ferner, daß für die Zulässigkeit der Firma das ausländische Recht maßgebend ist (Marcuse, Die Zulässigkeit der ausländischen Firma bei Zweigniederlassungen, bei Goldheim 1910, 281). Unter Umständen wird daher ein Einzelkaufmann einen Gesellschaftszusatz führen können, wenn dies auch an sich nach inländischem Recht unzulässig wäre. Denn das ausländische Recht ist für die ausländischen Gesellschaften so lange maßgebend, als nicht inländische Verbotsgesetze entgegenstehen. Das aber kann man bei dem Grundsatz der Firmenwahrheit deshalb nicht sagen, weil er zugunsten der Werte, die in bestehenden Firmen liegen, mannigfach durchbrochen ist (s. Lehmann, Aktienrecht I 123). Weiteres über die Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma s. § 30 Anm. 14. — 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 AG. oder KGaA., so gelten neben den allgemeinen Vorschriften unseres Paragraphen (RZM. 3, 238) noch besondere Vorschriften. Vgl. § 201 Anm. 19ff.

Anm. 12.

Zusatz 1. Über die Firma der Zweigniederlassung s. § 30 Anm. 8ff.

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 Zweiggeschäft, die von diesem eingegangenen Schulden sind Gesellschaftsschulden (Bolz 13 Nr. 497). Die Veräußerung des Geschäfts umfaßt auch das Zweiggeschäft (RG. in JW. 91, 572*), im Zweifel auch eine sonstige Verfügung über das Hauptgeschäft, z. B. Verpachtung, Verpfändung (ebenso Denzler 215, freilich im Widerspruch mit 37). Vgl. hierüber auch zu § 22 (bes. Anm. 4, 13, 23).

Soweit **Grundbucheintragungen** überhaupt auf eine Firma erfolgen können (Anm. 14. (§ 17 Anm. 8ff.)), können sie auch unter der Bezeichnung der Zweigniederlassung erfolgen (ebenso OLG. Dresden in OLG. 9, 351; LG. I Berlin in RGBl. 05, 85). Es ist dem Inhaber des Geschäfts gestattet, in dieser Weise zum Ausdruck zu bringen, daß die Zweigniederlassung mit diesem Vermögensgegenstand als Geschäftsvermögen ausgestattet ist. Z. B. kann die Dresdner Bank, die in Nürnberg eine Zweigniederlassung hat, ein Grundstück oder eine Hypothek erwerben, unter der Bezeichnung: Dresdner Bank, Zweigniederlassung in Nürnberg. (Anders BayObLG. in OLG. 10, 230.) Mit einer solchen Eintragung wird die Zweigniederlassung nicht zu einem selbständigen Rechtssubjekt (Anm. 6) gemacht, das maßgebende Rechtssubjekt ist der Inhaber der Hauptniederlassung. Der Vermerk der Zweigniederlassung bei der Eintragung weist nur formell auf die Zugehörigkeit zur Vermögensmasse 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 RG. 62, 8 ist der Ansicht des OLG. Dresden beigetreten und hat die Eintragung einer von einer Zweigniederlassung einer AG. oder einer juristischen Person erworbenen Hypothek auf die Firma der Zweigniederlassung („Königliche Filialbank Rosenheim“) für zulässig erklärt und sogar für notwendig, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. Zustimmung RG. (früher schwankend) in RGZ. 32 A 199 und Nagelschmidt in DZ. 06, 816. Vgl. auch § 50 Anm. 3 a. E.

Zusatz 3. Die Vertretung der Zweigniederlassung ist — abgesehen von §§ 87, 88 (Anm. 15. PrivVollm.) für inländische Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsunternehmungen — nicht besonders gesetzlich geregelt (vgl. Denzler 299 ff.). Es folgt aus dem in Anm. 4f. Gesagten, daß nicht etwa ein offener Gesellschafter oder ein Vorstandsmitglied oder ein Prokurist Vertreter sein müsse, es kann auch ein Handlungsbevollmächtigter sein (ROHG. 17, 320). Bei Banken ist es sogar neuerdings üblich geworden, Filialdirektoren zu ernennen, die überhaupt nicht in das Handelsregister eingetragen, vielmehr nur mit einer Generalhandlungsvollmacht, meist in Gestalt einer Gesamtvollmacht (§ 54 Anm. 2a), ausgestattet sind; diese haben rechtlich die Stellung von Handlungsbevollmächtigten für die Zweigniederlassung; ihr Dienstverhältnis anlangend, sind sie nicht Vorstandsmitglieder, sondern Handlungsgehilfen (§ 59 Anm. 14). Auch ein besonderer Prokurist für die Zweigniederlassung ist zulässig (§ 50 Abs. 3), desgleichen die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines offenen Gesellschafters auf eine Zweigniederlassung (§ 126 Abs. 3). Auch ein besonderes Vorstandsmitglied? Darüber s. § 235 Anm. 12 und § 201 Anm. 9.

Zusatz 4. In prozeßueller Hinsicht ist zweierlei zu bemerken:

a) Die Frage, ob die Zweigniederlassung unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, kann weder bejaht noch verneint werden. Denn die Frage ist nicht richtig gestellt. Die Zweigniederlassung ist ein als Zubehör im weiteren Sinne eines Hauptgeschäfts zu betrachtendes Geschäft (RG. in JW. 91, 572*; f. auch § 22 Anm. 23). Ein Geschäft ist aber kein Rechtssubjekt, ein Zweiggeschäft ist ebensowenig prozeßfähig wie ein Hauptgeschäft, es kann also weder klagen, noch verklagt werden. Die Frage muß dahin formuliert werden: Kann der Inhaber des Zweiggeschäfts unter der Firma des Zweiggeschäfts klagen und verklagt werden? Hierauf ist zu antworten: Zuvor § 17 Abs. 2 kann jeder Kaufmann unter der Firma des Zweiggeschäfts klagen und verklagt werden, allerdings nur aus den durch den Betrieb des Zweiggeschäfts begründeten Rechtsbeziehungen (zust. Denzler 223; OLG. Kolmar in Glöthz. 34, 366). Das folgt aus der Natur der Sache und der für die ähnliche Frage des Gerichtsstandes gegebenen Vorschrift des § 21 ZPO. Ist übrigens

Anm. 16.

§ 13. hiergegen gefehlt, so liegt kein wesentlicher Mangel, sondern lediglich eine unrichtige Bezeichnung vor, daher ist z. B. nach Erlöschen der Zweigniederlassung Fortführung des Prozesses für bzw. gegen die Hauptniederlassung zulässig (OLG. Kassel in LZ. 09, 954; i. auch Anm. 6).

Anm. 17. Beispiele: Die o. H.G. Michels & Co. in Köln hat einem Berliner Kaufmann unmittelbar einen Posten Ware verkauft. Sie hat in Berlin eine Zweigniederlassung, und diese klagt unter der Firma Michels & Co. in Berlin den Kaufpreis ein. Das ist nicht richtig, kann aber richtig gestellt werden, da hierdurch das klagende Rechtssubjekt sich nicht verändert, sondern nur richtiger bezeichnet wird (Anm. 6). Wollte in gleichem Falle der Berliner Kaufmann einen Anspruch aus dem Kaufgeschäft gegen Michels & Co. bei einem Berliner Gericht geltend machen, so würde er gleichfalls falsch klagen, wenn er die Firma „Michels & Co. in Berlin“ verklagen würde. Allein auch hier ist dieser Fehler zu verbessern, wenn nur der durch § 21 ZPC. nicht begründete Gerichtsstand irgendwie sich begründen läßt (vgl. folgende Anm.).

Anm. 18. b) Einen besonderen allgemeinen Gerichtsstand begründet die Zweigniederlassung nicht, da sie keinen zweiten Geschäftssitz begründet; aber der Gerichtsstand der Verwaltung und der des Erfüllungsorts können am Orte der Zweigniederlassung begründet sein (vgl. §§ 21, 29 ZPC.; RG. 50, 428; MDStG. 17, 319; OLG. Hamburg in JbR. 42, 503); vgl. auch § 15 Anm. 13 a. E.). Übereinst. Denzler 228. Nach §§ 89, 115 Abs. 3 PrivVUntG. gelten für die Zuständigkeit für Klagen gegen die Versicherungsunternehmung eigentümliche Vorschriften; vgl. auch § 48 WVG.; hierüber Könige PrivVUntG. § 9 Anm. 12.

Anm. 19. c) Die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Kaufmanns unterliegt, wenn unter ihrer Firma geklagt wird, der Pflicht der Ausländer zur Sicherheitsleistung (vgl. § 201 Anm. 19). Für Klagen aus dem inländischen Versicherungsgeächäfte gegen die ausländische Unternehmung ist das Gericht der inländischen Niederlassung zuständig (§ 89 PrivVUntG.).

Anm. 20. **Zusatz 5. Musterchutz.** Eine ausländische Firma, die im Inland eine Zweigniederlassung hat, kann nur bei dem für letztere zuständigen Amtsgericht ein Geschmacksmuster gültig anmelden. § 9 Abs. 3 des Musterchutzgef. v. 11. 1. 76 läßt die dort vorgesehene Anmeldung beim AG. Leipzig nur dann zu, wenn der Anmeldende im Inlande überhaupt keine Niederlassung, weder Haupt- noch Zweigniederlassung, hat (RG. in LZ. 09, 771).

§ 14.

§ 14. Wer verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen, ist hierzu von dem Registergerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

§ 14 gibt eine allgemeine Vorschrift über die Erzwingung der Verpflichtungen zur Anmeldung, zur Zeichnung der Unterschrift und zur Einreichung von Schriftstücken.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift ist allgemein.** Sie bezieht sich auf die zahlreichen im HGB. aufgestellten Verpflichtungen zur Anmeldung von Rechtsverhältnissen, zur Zeichnung von Unterschriften und zur Einreichung von Schriftstücken. Wir werden diesen Verpflichtungen im einzelnen an den zuständigen Stellen begegnen. Z. B. handelt es sich um die Anmeldung der Firma des Kaufmanns oder der o. H.G., des Erlöschens der Firma; ferner um die Verpflichtung zur Zeichnung seitens derer, welche die Firma (Einzelfirma, Gesellschaftsfirma oder Liquidationsfirma) nach außen gegenüber Dritten zu vertreten haben (nur diese Personen haben die Pflicht zur Zeichnung, eine Zeichnung anderer Bevollmächtigter zum Handelsregister findet nicht statt); endlich um die Verpflichtung zur Einreichung z. B. in den Fällen der §§ 33 Abs. 2, 195 Abs. 2; 207 Abs. 4; 273 Abs. 1. Auch der Fall des § 2 mag in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden; s. dort Anm. 18. — Eine bedauerliche Lücke ist es, daß eine Eintragung

nie von Amts wegen erfolgen darf, abgesehen von § 67 Abs. 3 PrivAmtG. (die Eintragung der Unterjagung des Gewerbebetriebs erfolgt auf Anzeige der Aufsichtsbehörde). Aber unter gewissen Voraussetzungen findet die Löschung einer unzulässigen Eintragung von Amts wegen statt, selbst in Fällen, in denen eine Erzwingung durch Ordnungsstrafen unzulässig wäre. Näheres s. §§ 141 bis 144 FGG. So ist z. B. das Ordnungsstrafverfahren zur Löschung einer fälschlichen Standesbezeichnung („Bankier“) nicht gegeben, dagegen die Löschung von Amts wegen (RG. in RGZ. 63, 102; s. auch § 37 Anm. 8).

2. Die Strafe ist eine Geldstrafe bis zu 300 Mk. Eine Freiheitsstrafe ist nicht zulässig, Anm. 2. auch nicht Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe. Aber die Geldstrafe kann wiederholt bis zur Erzwingung der Leistung verhängt werden (§ 133 FGG.).

Zusatz. Das Ordnungsstrafverfahren (vgl. Th. Cohn 88 ff.; Marcus in ZBlFG. 8, 683; 10, 727).

1. Regelt im FGG. (§§ 132 bis 140), ist der **rechtliche Charakter** des Ordnungsstrafverfahrens der eines Administrativverfahrens eigener Art (RG. in RZM. 6, 195 nennt es ein amtliches Verfahren im Dienste der Erzwingung öffentlich-rechtlicher Pflichten; ähnlich RG. in RZM. 10, 35), auf das weder das StGB., noch die Prozeßgesetze Anwendung finden (s. für das frühere Recht RG. 2, 223). Es ist zwar ein Offizialverfahren, aber nicht lediglich ein solches. Es ist insofern auch ein Parteiverfahren, als die Personen, die ein Recht auf die betreffende Eintragung, Zeichnung oder Einreichung haben, beschwerdeberechtigt sind (Anm. 4). — Das Strafverfahren hat sich nur gegen die physischen Personen zu richten, denen die gesetzliche Verpflichtung obliegt (vgl. § 319 StGB.; OLGR. 7, 346; u. 12, 411; a. M. Düringer-Hachenburg Anm. 1), also nicht gegen eine AG., nicht gegen eine Gewerkschaft, nicht gegen den „Vorstand“, sondern gegen die sämtlichen Vorstandsmitglieder usw. (RG. in OLGR. 4, 463). Es kann sich auch immer nur gegen die Personen richten, die verpflichtet sind, die Anmeldung usw. vorzunehmen, nicht gegen etwaige Bevollmächtigte derselben, und zwar gilt dies auch dann, wenn die Anmeldepflichtigen sich im Auslande befinden, da eine Verpflichtung des Bevollmächtigten, und sei er auch ein General- oder allgemeiner Handlungsbevollmächtigter, gegenüber dem Registergericht nicht besteht (BayObLG. in RZM. 9, 39).

2. Das Verfahren im einzelnen (§§ 132 bis 138, 140 FGG.).

- a) Sobald das Registergericht von einem das Einschreiten rechtfertigenden Sachverhalt glaubhafte Kenntnis erhält, hat es dem Beteiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist (diese Fristsetzung ist ein wesentliches Erfordernis; RG. in RZM. 10, 36) seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Die Androhung der Ordnungsstrafe ist dabei wesentlich (RG. in RGZ. 37 A 179). Die Auflage kann in geeigneten Fällen auch eine wahlweise sein, z. B. kann sie, wenn ein Kaufmann für dasselbe Geschäft zu Unrecht zwei an sich ihm zustehende Firmen führt, dahin gehen, daß er die Führung einer dieser beiden Firmen zu unterlassen habe (ebenda). — Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig (§ 132 FGG.). Ebenso ist, wenn das Registergericht einen Beteiligten ohne Einleitung des förmlichen Ordnungsstrafverfahrens zur Erfüllung seiner Anmeldepflicht auffordert, hiergegen Beschwerde nicht zulässig (RG. in RGZ. 37 A 188). — Die Kenntnis muß glaubhaft sein. Wann dies der Fall ist, unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts; es kann auch auf eine bloße Anzeige eines Dritten einschreiten, wenn es ihr Glauben schenkt. Ist es einmal mit Ermittlungen vorgegangen, so muß es dies in erschöpfender Weise tun; es ist gemäß § 12 FGG. verpflichtet, über alle erheblichen Tatsachen und etwaigen Widersprüche weitere Ermittlungen zu veranstalten (RG. in RGZ. 27 A 60). Das Gericht kann umgekehrt, wenn die zu erlassende Verfügung von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängt, die Verfügung aussetzen, bis das Verhältnis

§ 14. durch Rechtsstreit entschieden ist (§ 127 FGG.); dies aber nicht auf unbefehinigte Widerspruch hin (RG. I Berlin im „Recht“ 00, 152).

Will das Gericht auf einen von einem Dritten gestellten Antrag zum Einschreiten nicht eingehen, so hat es ihn zu bescheiden (und in Preußen den eine Eintragung ablehnenden Bescheid auch zu begründen; § 4 Allg. Vf. vom 7. 11. 99 und RG. in RZ. 27 A 58). Gegen diese Verfügung steht dem Antragsteller die Beschwerde dann zu, wenn durch sie sein Recht beeinträchtigt ist (zust. Th. Cohn 90). Das folgt unseres Erachtens aus § 20 FGG. Die Verfügung der Beschwerde in § 132 FGG. bezieht sich nur auf die Einschreitungsverfügung, nicht auf die Ablehnung des Einschreitens. Unter dem beeinträchtigten Recht ist nicht etwa ein bloßes rechtliches Interesse zu verstehen (D. zu FGG. 39); es muß die Beeinträchtigung eines wirklichen Rechts vorliegen (zust. RG. in RZ. 28 A 40 u. 37 A 199; vgl. § 37 Anm. 9). Wenn also z. B. einer von zwei offenen Gesellschaftern seiner Verpflichtung zur Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 143 HGB. genügt und bei dem Registergericht beantragt hat, der andere solle gemäß § 14 zur Erfüllung seiner Anmeldepflicht angehalten werden, so kann, wenn der Registerrichter dieses Einschreiten ablehnt, der Antragsteller sich beschweren. — über das Beschwerdenerfahren s. Anm. 9ff., über die Mitwirkung der Organe des Handelsstandes Anm. 15. — Hat auf eingelegte Beschwerde das LG. dem Registergericht die Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens aufgegeben, so ist gegen diesen Beschluß eine weitere Beschwerde nicht gegeben (RG. in RZ. 9, 250).

Anm. 5. b) Wird innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Pflicht genügt, noch Einspruch erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen, und so fort, bis der gesetzlichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben ist (§ 133 FGG.). Die Straffestsetzung erfolgt wegen der Säumnis des Beteiligten, ohne Rücksicht, ob er sachlich im Recht ist. Die sofortige Beschwerde gegen die Straffestsetzung kann also darauf, daß das Verlangen des Richters, z. B. zur Firmenanmeldung, sachlich ungerechtfertigt gewesen sei, nicht gestützt werden (§ 139 Abs. 2 FGG.; OLGR. 4, 464 und 5, 275), wohl aber darauf, daß ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe (RG. in RZ. 26 A 76), doch muß der Beteiligte zugleich seine Verpflichtung zu der verlangten Handlung anerkennen. Da es lediglich auf die Säumnis ankommt, ist es unerheblich, ob der Straffestsetzungs-Beschluß erst zugestellt wird, nachdem schon vorher der Beteiligte der Verfügung genügt, z. B. angemeldet hat (RG. a. a. O.; a. M. Marcus in Holdheim 13, 171, der die Aufhebung der Strafe dem Richter gestattet, weil die Straffestsetzung erst mit der Zustellung gemäß §§ 16, 22 FGG. wirksam werde). — Wird der Einspruch zurückgenommen, so ist die Sache so anzusehen, als wäre er überhaupt nicht eingelegt gewesen; ein Widerruf der Rücknahme ist bedeutungslos (OLGR. 5, 275).

Anm. 6. c) Wird rechtzeitig Einspruch von dem Beteiligten (dem mit der Ordnungsstrafe Bedrohten) erhoben, so sind zwei Fälle möglich. Entweder das Gericht erachtet den Einspruch für begründet, dann nimmt es seine Verfügung zurück; hiergegen steht allgemein jedem Antragsteller, dessen Recht dadurch beeinträchtigt ist, die Beschwerde zu (§ 20; oben Anm. 5; RG. in OLGR. 7, 344), aber ohne weitere Beschwerde (RZ. 2, 127). Oder aber das Gericht hält den Einspruch nicht für begründet, dann laßt es den Beteiligten zur Erörterung der Sache zu einem Termin. Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Der Gang des Verfahrens untersteht nicht den Grundsätzen der ZPC., abgesehen von den Vorschriften in §§ 14, 15 FGG. Wenn der Geladene nicht erscheint, so kann das Gericht einen neuen Termin ansetzen, es kann aber auch nach Lage der Sache entscheiden (§ 134 FGG.). Wird auf Grund dessen, was der Termin beigetragen hat, der Einspruch für begründet erachtet, so hat das Gericht die erlassene Verfügung aufzuheben (wogegen dem Antragsteller das Recht der Beschwerde wiederum zusteht, hier aber mit weiterer Beschwerde; RZ. 2, 173); andernfalls hat es den Einspruch zu verwerfen und zugleich die angedrohte Strafe festzusetzen, sowie eine erneute Verfügung nach

§ 132 (f. oben Anm. 4) zu erlassen (RG. in OLGR. 8, 376). Das Gericht kann aber **§ 14.** auch, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen.

Über Beistände und Bevollmächtigte, die zulässig sind, vgl. § 13 FGG. Ob die ergehenden Beschlüsse dem Bevollmächtigten (Rechtsanwalt) oder dem Beteiligten zuzustellen sind, darüber herrscht Streit; Marcus verteidigt das erstere (DZ. 03, 494), Josef das letztere (Recht 04, 101).

- d) Gegen den Beschluß, durch den die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 139 FGG.).
- e) Falsche Bezeichnung des Einspruchs als Beschwerde oder umgekehrt schadet nicht, wenn **Anm. 8.** nur die sonstigen Voraussetzungen des Rechtsmittels gewahrt sind (RG. in OLGR. 7, 346 und in RZM. 4, 105).
- f) Das Beschwerdeverfahren (§§ 20—30, 139 FGG. Vgl. Marcus in ZBlFG. 7, 189; Josef **Anm. 9.** daselbst 9, 485; 11, 597; derselbe bei Goldheim 1911, 12).
 - a) Frist. Die einfache Beschwerde, die innerhalb des hier in Rede stehenden Verfahrens den aus § 20 und § 126 FGG. hierzu Berechtigten zusteht (Fälle vgl. Anm. 3, 5, 15), ist an eine Frist nicht gebunden. Dagegen ist die sofortige Beschwerde, die gegen den Beschluß gegeben ist, durch den die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird (Anm. 5, 6), binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen; sie nützt bei mehreren zur Anmeldung der gleichen Tatsache Verpflichteten, z. B. mehreren Vorstandsmitgliedern, nur dem Beschwerdeführer (OLGR. 4, 100).
 - ß) Die Form. Die Beschwerde erfolgt in beiden Fällen durch Einreichung einer Beschwerdechrift an das Gericht, über das man sich beschwert, oder an das Beschwerdegericht, oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines dieser Gerichte.
 - γ) Auf neue Tatsachen und Beweise kann die Beschwerde in beiden Fällen gestützt **Anm. 11.** werden. Über die Beschwerde entscheidet das Landgericht, Zivilkammer, und, wenn bei ihm eine Kammer für Handelsfachen gebildet ist, diese. Im letzteren Falle gibt eine Entscheidung durch die Zivilkammer Grund zu weiterer Beschwerde, weil ein Verstoß gegen § 551 Ziff. 4 ZPO vorliegt, das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war (RG. 48, 27 in Bestätigung von RG. in OLGR. 1, 286; a. M. OLGR. Stuttgart ebenda 57). — Die Beschwerde gegen die Straffestsetzung des Registergerichts kann nicht auf Gründe gestützt werden, für deren Geltendmachung der Einspruch gegeben ist (Anm. 4 ff.; BayObLG. in DZ. 1911, 478).
 - δ) Aufschiebende Wirkung hat die Beschwerde nur dann, wenn sie gegen eine Verfügung gerichtet ist, durch die eine Strafe festgesetzt wird. Stets aber kann das Gericht, dessen Verfügung angefochten wird, oder das Beschwerdegericht anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Verfügung auszusetzen ist.
 - ε) Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (Reichs- oder Landesgesetzes) beruht. Hierbei finden die Vorschriften der §§ 550, 551, 561, 563 ZPO. (über die Revision) entsprechende Anwendung. Zuständig für die weitere Beschwerde ist das Oberlandesgericht, Zivilsenat; in Preußen (gemäß § 199 FGG.) lediglich das Kammergericht (Art. 7 Preuß. FGG.), in Bayern das Oberste Landesgericht (vgl. Jastrow Anm. 5 zu § 199 FGG.). Will dieses jedoch bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht vorzulegen. Alsdann entscheidet das Reichsgericht (§ 28 FGG.). Die weitere Beschwerde kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers der ersten Instanz, des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts (eine private schriftliche Eingabe erhält mittels Hinzufügung einer Eingangs- und Schlußformel von der Hand des Gerichtsschreibers nicht den Charakter der erforderlichen „Erklärung

- § 14.** zum Protokoll des Gerichtsschreibers“, RG. in RGZ. 22 A 202) oder durch eine bei einem dieser Gerichte einzureichende Beschwerdeschrift eingelegt werden. In letzterem Fall muß sie durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, es sei denn, daß sie von einer Behörde oder von einem Notar eingelegt wird, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat (§ 29 FGG.). — Die Frist richtet sich nach der Beschwerdefrist. Soweit also eine Anfechtung einer Entscheidung erfolgt, welche auf sofortige Beschwerde ergangen ist, findet die sofortige weitere Beschwerde statt.
- Anm. 13a.** c) Die Kosten einer begründeten Beschwerde fallen nur, soweit die gerichtlichen in Frage kommen, der Staatskasse zur Last; nicht aber die außergerichtlichen einschließlich etwaiger Anwaltskosten, da eine dahingehende gesetzliche Bestimmung fehlt (RG. Hamburg bei Goldheim 10, 93 und 139).
- Anm. 14.** g) Kann das Gericht auch seine eigene Verfügung aufheben, insbesondere nachdem Beschwerde erhoben ist? Im allgemeinen ist dies zu bejahen. Eine Ausnahme machen jedoch die Verfügungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, und die Entscheidungen, die der weiteren Beschwerde unterliegen (§§ 18 u. 29 FGG.).
- Anm. 15.** h) Die Organe des Handelsstandes (vgl. § 8 Anm. 3) sind
- a) verpflichtet, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen (durch Auskünfte, Gutachten usw.).
 - b) berechtigt, Anträge zu diesem Zweck (aber auch nur zu diesem Zwecke, ohne daß eine ausdehnende Auslegung zulässig wäre, z. B. nicht behufs Unterlagung des Gebrauchs einer zu Unrecht geführten Firma: RG. in RM. 8, 196; vgl. § 37 Anm. 9) bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Sie sind hierbei als Behörden anzusehen und brauchen daher ihre weitere Beschwerde nicht vom Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen (Anm. 13). — Hinsichtlich des Beschwerderechts, das den Organen des Handelsstandes in § 126 FGG. eingeräumt ist, muß folgendes beachtet werden. Es ist gegenüber der Regel des § 20 FGG. dahin erweitert, daß es von einer Beeinträchtigung ihres Rechts unabhängig ist. Dagegen ist es nach anderer Richtung hin eingeschränkt. Nach der klaren Vorschrift des § 126 FGG. steht ihnen nur gegen solche Verfügungen, durch die über einen von ihnen gestellten Antrag entschieden wird, die Beschwerde zu — eine Bestimmung, die mit Recht vom RG. stets dahin ausgelegt wird, daß ihnen unter der gleichen Voraussetzung auch die weitere Beschwerde zusteht, gleichviel ob ihr Antrag in den beiden ersten Instanzen, oder auch erst auf Beschwerde in zweiter Instanz zurückgewiesen worden ist (RG. in RM. 4, 207; Rausnig Anm. 6 u. 11 zu § 126 FGG.). Sie können sich also nicht beschweren über Verfügungen, die auf Antrag eines anderen ergangen sind. Freilich sind sie gemäß § 126 FGG. jederzeit in der Lage, durch ihren Antrag die Einleitung eines neuen Ordnungsstrafverfahrens zu veranlassen. Vgl. hierzu Josef, Kommentar zum FGG. und in ZBlFG. 9, 487.
- Anm. 16.** i) Die unter h dargelegten Pflichten und Rechte gelten nicht entsprechend für Organe des Handwerkerstandes. Insbesondere haben Handwerkskammern kein entsprechendes Antrags- oder Beschwerderecht (RG. in RM. 7, 195). Aber unter Umständen ist doch ein Beschwerderecht für sie gegeben, nämlich wenn von ihnen zu wahrende Rechte verletzt sind, z. B. bei Verletzung der Bestimmungen über den Titel eines Handwerksmeisters (RG. a. a. C.).
- Anm. 17.** k) über das Ordnungsstrafverfahren im Falle § 37 Abs. 1 FGG. s. dort Anm. 8; ebenso über das Verfahren zwecks Löschung einer wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässigen Eintragung. Zu dem letzteren Verfahren (§ 142 FGG.) verhält sich das erstere (§ 140 FGG.) nur als ein ersatzweises, es hat nur Platz zu greifen, wo Abhilfe gegen den rechtswidrigen Zustand nicht anderweitig möglich ist (Marcus in ZBlFG. 8, 685).

- 1) Infolge des Aufsichtsrechtes über die privaten Versicherungsunternehmungen § 14. ergibt sich ein eigentümliches Verhältnis der Aufsichtsbehörde zum Register=~~Ann.~~ 18. gericht: hierüber Könige PrivWUntG. § 30 Ann. 3.

§ 15.

Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetr.
tragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegen-
heiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei
denn, daß sie diesem bekannt war.

Ist die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein
Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch
kennen mußte.

Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen
Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Be-
kanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.

Lit.: Telgmann, Wirkung der Eintragung in das Handelsregister und der Ver-
öffentlichung aus demselben, Göttingen 03; Weiler, Zur Publizität des Handelsregisters
in LZ. 07, 890.

Der vorliegende Paragraph stellt einen wichtigen Grundsatz auf. Er bestimmt, welche ~~Einleitung-~~
Rechtsfolgen es für den Rechtsverkehr hat, wenn eine einzutragende Tatsache nicht
eingetragen und bekanntgemacht ist, und welche Rechtsfolgen es hat, wenn eine
solche Tatsache eingetragen und bekannt gemacht ist. Im ersten Fall braucht der
Dritte sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß sie ihm bekannt war. Im
zweiten muß er es, es sei denn, daß er sie weder kannte, noch kennen mußte.

Dieser allgemeine Grundsatz ist an die Stelle einer Reihe von Einzelbestimmungen des
alten HGB. getreten, die im Endziele auf dasselbe hinausliefen. Über Widersprüche zwischen
Eintragung und Veröffentlichung s. § 10 Ann. 1. Zweifelhaft kann sein, wie unrichtige
oder ungenaue Eintragungen wirken. OLG. Stuttgart in OLGZ. 19, 293 nimmt an,
daß eine Firma solche schlecht hin nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn der Ein-
tragungsantrag sachgemäß erfolgt war. Allein mit Recht weist demgegenüber Schulze-
Görlitz in DNotWZ. 09, 644 u. 1910, 826 darauf hin, daß mit Rücksicht auf die an § 15
sich knüpfende Vermutung von dem Antragsteller gefordert werden muß, daß er die Richtigkeit
der geschehenen Eintragung nachprüft, und daß ein Unterlassen dieser Nachprüfung ihm als
Verschulden (Mangel der kaufmännischen Sorgfalt) angerechnet werden muß — wenigstens
unter normalen Verhältnissen. Es wird daher bei unrichtigen oder ungenauen Eintragungen
stets nach der Lage des einzelnen Falles untersucht werden müssen, ob derjenige, der die
Unrichtigkeit geltend macht, nicht trotzdem den Eintrag gegen sich gelten lassen muß, weil er
bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt für unverzügliche Beseitigung der Unrichtigkeit hätte
Sorge tragen müssen.

1. (Abf. 1.) Die nicht erfolgte Eintragung und Bekanntmachung einer einzutragenden Tat=~~Ann.~~ 1-
sache kann von dem Eintragungspflichtigen einem Dritten nicht entgegengesetzt werden,
es sei denn, daß sie diesem bekannt war.
- a) Die bloße Nichteintragung genügt, gleichgültig, ob sie auf Versehen des An-
meldungspflichtigen oder des Registergerichts beruht, da es sich hier lediglich um die Sicher-
heit des Verkehrs, nicht um die Strafe für irgendwelche Säumnis handelt (RGZ. 23,
283; Cosack § 9 C. 36). Einzutragende Tatsachen sind auch die Veränderung und
die Endigung eines Rechtsverhältnisses; für diese Tatsachen hat die Vorschrift
die erheblicste Bedeutung. Allerdings hat die nicht erfolgte Eintragung auf den Bestand
des Rechtsverhältnisses an sich keinen Einfluß. Eine Prokura, die widerrufen ist,

§ 15. besteht nicht mehr, auch wenn der Widerruf noch nicht eingetragen ist; ebenso ist eine o. H.G., die aufgelöst ist, aufgelöst, auch wenn die Auflösung noch nicht eingetragen ist. Die betreffenden Beteiligten selbst also, in deren Angelegenheiten sie sich ereignet haben, müssen die eingetretenen Veränderungen als solche gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht eingetragen waren (i. auch Anm. 14).

Anm. 2. b) Aber dem Dritten kann der Eintragungspflichtige, d. h. diejenige Person, in deren Angelegenheiten sich die Tatsache ereignet hat, eine Tatsache, wenn sie einzutragen, aber nicht eingetragen und bekanntgemacht war, nicht entgegenhalten, außer wenn diesem Dritten bewiesen wird, daß er die einzutragende Tatsache **gekannt hat**. Nur von dem Verhältnis des Eintragungspflichtigen zum Dritten ist hier die Rede (vgl. § 15 Abs. 1 u. 2). Der Gegenbeweis, der Dritte habe die Tatsache kennen müssen, genügt nicht. — Auch der Gegenbeweis ist nicht zuzulassen, daß der andere Teil der Eintragung, wie sie bestand, gar nicht vertraut hat, weil er die Eintragung überhaupt nicht kannte. Z. B. kann demjenigen, der mit einer o. H.G. abgeschlossen hat, und wegen der hierdurch für die o. H.G. entstehenden Verbindlichkeit einen damals schon tatsächlich ausgeschiedenen, aber im Register noch nicht gelöschten Gesellschafter in Anspruch nimmt, nicht eingewendet werden, er habe die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft überhaupt nicht gekannt, gar nicht gewußt, wer eingetragen und wer ausgeschieden war, so daß es für sein Verhalten gleichgültig gewesen sei, ob die Rechtsveränderung eingetragen war oder nicht (RG. 19, 147; 40, 146; in JW. 00, 253ⁿ). Die Zulassung eines solchen Gegenbeweises wäre eine Verkennung des hier aufgestellten Grundsatzes. Dagegen ist nicht erforderlich, daß in dem fraglichen Falle der Dritte gerade gewußt hat, daß der betreffende Gesellschafter ausgeschieden ist, es genügt vielmehr der Nachweis, daß er gewußt hat, daß ein Anderer Alleininhaber der Firma war (RG. 70, 273), oder daß ihm eine lediglich aus anderen Personen bestehende o. H.G. gegenüberstand. Nach dem in Rede stehenden Grundsatz gilt die Rechtsveränderung für den Rechtsverkehr nicht, wenn sie nicht eingetragen und dem Dritten nicht bekannt ist. Sie kann sonst niemandem entgegengehalten werden, auch nicht dem, der sich um die Rechtsveränderung nicht gekümmert hat und für dessen Verhalten das Gegenteil der Rechtsveränderung nicht bestimmend gewesen ist; nur dem kann die nicht eingetragene Rechtsveränderung entgegengehalten werden, der die tatsächliche Rechtsveränderung gekannt und deshalb mit ihr in Wirklichkeit gerechnet hat.

Anm. 3. Ja sogar der Gegenbeweis ist unzulässig, daß im gegebenen Falle die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten von Bedeutung überhaupt nicht sein konnte (zust. Ehrenberg 325; Düringer-Hachenburg Anm. 4). Wenn z. B. durch die Scheu werdenden Pferde einer o. H.G. ein Schaden angerichtet wird, so kann der Beschädigte auch einen bereits ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen, wenn dessen Austritt noch nicht eingetragen und veröffentlicht war. Die D. (31) nimmt zwar das Gegenteil an, aber mit Unrecht. Sie nimmt das Gegenteil an, weil es an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des Gesellschafters fehle. Allein, wie gesagt, auf diesen Zusammenhang kommt es nicht an, also kommt es auch darauf nicht an, ob im einzelnen Falle die Möglichkeit eines Zusammenhanges fehlt. Würde man letzteren Umstand für erheblich halten, dann gäbe es keinen Halt mehr; dann müßte auch der Gegenbeweis zugelassen werden, daß im gegebenen Fall ein Zusammenhang gefehlt hat (ebenso Cosack § 9 Z. 36; Maferow Anm. IIIb 1; Lehmann-Ring Nr. 8; Düringer-Hachenburg Anm. 4; für die D. Dernburg I § 98ⁿ). — Über die Unanwendbarkeit des § 15 Abs. 1 u. 2 im Falle des § 25 f. Anm. 16.

Anm. 4. c) **Hinsichtlich der Veränderung und Beendigung von Rechtsverhältnissen** ist zu beachten, daß der hier (Anm. 2) aufgestellte Grundsatz auch dann gilt, wenn die ursprüngliche Tatsache nicht eingetragen (aber einzutragen, s. Anm. 6) war (ebenso Ritter Komm. Anm. 6; a. M. Ehrenberg 325). Betreibt jemand ein reines Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2

und erteilt einem Dritten Prokura, ohne sie eintragen zu lassen, so gilt der § 15. Widerruf der Prokura nur dann allgemein, wenn er eingetragen wird, sonst nur gegenüber dem den Widerruf kennenden Dritten. Besteht eine nicht eingetragene o. H. und wird sie durch Übertragung des Geschäfts an einen von ihren Gesellschaftern aufgelöst, so gilt sie nach außen gleichwohl als o. H., soweit nicht der Dritte die wahre Sachlage kennt; der aus dem Geschäfte Ausgeschiedene haftet jedem Dritten, der jene Auflösungstatsache nicht kannte, für die späteren Schulden des Geschäftsübernehmers. Es bleibt, um diesen Rechtsfolgen ein Ziel zu setzen, in solchen Fällen nichts übrig, als die ursprüngliche Tatsache nachträglich eintragen zu lassen und alsdann die Veränderung oder die Endigung eintragen zu lassen, also z. B. eine bereits aufgelöste o. H. und in unmittelbarem Anschluß daran auch ihre Auflösung eintragen zu lassen (s. auch § 105 Anm. 6 u. § 143 Anm. 1; R.D.H. 23, 227; R.G. 15, 33 u. in J.W. 89, 516¹⁰; Folge 9 Nr. 109; R.G. in J.H.R. 42, 508 u. in R.W. 01, 100; Wiener in Buschf. 38, 1; Behrend § 39⁶⁵; Fahn 120; Goldmann I 59; dagegen Wulff in J.H.R. 42, 1 mit nicht überzeugenden Gründen, die in der 5. Auflage bekämpft sind). Weiteres Anm. 12.

- d) Der in Anm. 1, 2 aufgestellte Grundsatz gilt auch (vgl. Erl. zu § 8 Anm. 13) für Anm. 5. die rechtserzeugenden Eintragungen (Eintragung einer H., eines Kaufmanns nach § 2; dies die herrschende Meinung, Ehrenberg 308). In diesem Falle ist die Eintragung ein Akt, ohne den das Rechtsverhältnis nicht rechtswirksam wird. Insofern ist sie rechtserzeugend. Aber außerdem hat die Eintragung in Verbindung mit der Veröffentlichung auch in diesem Falle die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung des Verhältnisses. Erst auf Grund dieser Akte können jene Rechtsverhältnisse jedem Dritten entgegengehalten werden.
- e) Dagegen gilt der Grundsatz nicht für Minderkaufleute, Kleingefellschaften, Anm. 6. überhaupt die durch § 4 getroffenen Verhältnisse. Denn Voraussetzung für § 15 ist ausdrücklich Text und Sinn eine „einzutragende“ Tatsache. Wenn freilich Kleingefellschafter nach „außen hin“ unter einer auf eine o. H. deutenden Firma (z. B. B. & Co.) ihr Geschäft betrieben haben, so sind sie gutgläubigen Dritten gegenüber zu Gesellschaftern im Sinne der Bestimmungen über die Haftung bei o. H. geworden und der obige Grundsatz mit seinen Folgen greift wieder Platz (R.G. in R.W. 03, 60; OLG. Karlsruhe im „Recht“ 04, 256; vgl. hierzu Erl. zu § 5 Anm. 1 u. § 4 Anm. 23).
2. (Abs. 2.) Die erfolgte Eintragung und Bekanntmachung wirkt gegen jeden Dritten, Anm. 7. es sei denn, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte. Nach dem Sprachgebrauche des BGB., der auch für das HGB. maßgebend ist, wird durch die Worte „es sei denn“ die Beweislast dem Dritten auferlegt (Pland I 48). Er muß den doppelten Nachweis führen, erstens, daß er die Kenntnis nicht besessen, und zweitens, daß ihn infoweit kein Verschulden trifft, vielmehr daran besondere, ihm nicht zuzurechnende Gründe schuld sind — ein Beweis, der meist sehr schwer zu erbringen sein wird. — Auch die Vorschrift in Abs. 2, obgleich sie nach dem Wortlaut eine weitere Fassung hat, betrifft wegen des inneren Zusammenhangs, in welchem sie zu Abs. 1 steht, das Verhältnis des Dritten zum Eintragungspflichtigen, nicht das Verhältnis zu jeder beliebigen Person, nicht das Verhältnis zweier Dritter untereinander (vgl. Anm. 2 u. 14; ebenso Makower Anm. III d 2; a. M. Ehrenberg 304, nach dessen Annahme ein Dritter die eingetragene und bekanntgemachte Tatsache von jeder beliebigen Person sich entgegensetzen lassen muß). Wegen dieses inneren Zusammenhangs ist daher im übrigen auf die Erl. zu Abs. 1 zu verweisen.

3. Die Anwendungsfälle dieses Paragraphen.

Anm. 8.

Am wichtigsten für die Anwendung der hier aufgestellten Grundsätze sind: Das Erlöschen der Firma, der Widerruf einer Prokura, der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis, die Auflösung der Gesellschaft (s. Zus. 1 zu § 143), das Erlöschen des Amtes des Liquidators usw.