

Das
Recht der Handlungsgehilfen
und
Handlungslehrlinge

auf Grund des Handelsgesetzbuches, der Reichs-Gewerbeordnung,
der Reichs-Versicherungsgesetze, des bürgerlichen Rechts und des
Gesetzes über die Kaufmannsgerichte

dargestellt für

Juristen und Kaufleute

von

Rechtsanwalt Hugo Horowitz,

Syndikus des Kaufmännischen Hilfsvereins zu Berlin.

Zweite, vollständig neu bearbeitete Auflage.



Berlin 1905.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.

Vorwort.

Das gesamte öffentliche wie private Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, wie es sich vom 1. Januar 1898 ab gestaltet, für Juristen und Kaufleute möglichst erschöpfend zur Darstellung zu bringen, ist die Aufgabe des vorliegenden Buches. Möge sein Studium dartun, daß diese Aufgabe einigermaßen erfüllt ist. An dieser Stelle sei es mir noch gestattet, den Ältesten der Berliner Kaufmannschaft meinen herzlichsten Dank dafür auszusprechen, daß sie mir ihre Akten zur Verfügung gestellt und es mir dadurch ermöglicht haben, die zahlreichen interessanten Gutachten dieser bedeutungsvollen Körperschaft, insbesondere über die einschlägigen Handelsgebräuche, zu verwerten.

Berlin, den 25. Oktober 1897.

Der Verfasser.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Seit dem Erscheinen der ersten Auflage hat eine außerordentliche Umwälzung der einschlägigen Gesetzgebung stattgefunden. Es sei nur an das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, an die erst kürzlich erfolgte Verabschiedung des Gesetzes über die Kaufmannsgerichte, an die Änderungen des Handelsgesetzbuches, der Zivilprozeßordnung, des Lohnbeschlagnahmegesetzes und des Reichs-Krankenversicherungsgesetzes erinnert! Infolgedessen mußte die vorliegende Auflage nicht nur eine verbesserte und vermehrte,

sondern eine zum Teil völlig neu bearbeitete werden. Erst aus dem neuen Recht entsprungene Streitfragen, wie z. B. die, ob Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch zulässig ist (§. 83), ob der entlassene Handlungsgehilfe zur Wahrung seiner Rechte sich ausdrücklich zur Verfügung stellen muß (§. 130), haben eingehende, kritische Berücksichtigung gefunden. Neue Erörterungen, wie z. B. die über Gewohnheitsrecht und Handelsgebräuche (§. 11—13) über das Recht des Handlungsgehilfen auf Arbeit (§. 100), sind hinzugekommen. Selbstverständlich ist, daß Literatur und Rechtsprechung bis in die allerletzte Zeit verwertet und zitiert worden sind. Mit bestem Danke begrüße ich es, daß mir auch für die vorliegende Auflage die Original-Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft zur Verfügung gestellt worden sind, so daß es mir möglich war, auch diejenigen Gutachten zu verwerten, welche in der vortrefflichen Sammlung von Dove und Upt nicht enthalten bzw. erst nach dem Erscheinen dieser Sammlung erstattet worden sind.

B e r l i n , den 1. November 1904.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Einleitung	9
Erster Teil. Das private und gewerbliche Recht der Handlungs- gehilfen und Handlungslehrlinge	11
Erstes Buch. Die Rechtsquellen und ihre zeitliche Anwendbarkeit	11
§ 2. Die Rechtsquellen. Gesetze, Usancen	11
§ 3. Einfluß des jetzigen Handelsgesetzbuches auf die zur Zeit seines Inkrafttretens bereits bestehenden Dienst- verhältnisse der Handlungsgehilfen und Handlungs- lehrlinge	14
Zweites Buch. Das Recht der Handlungsgehilfen	17
Kapitel 1. Wer ist Handlungsgehilfe? Wer kann und darf es sein? Wer kann und wer darf Handlungsgehilfen haben	17
Abchnitt 1. Wer ist Handlungsgehilfe?	17
§ 4. Der allgemeine Begriff und Kreis der Handlungs- gehilfen	17
§§ 5—7. Spezialisierung des Begriffs und Kreises der Handlungsgehilfen	17
§ 5. Erfordernis der Tätigkeit in einem Handelsgewerbe	17
§ 6. Erfordernis der Anstellung und des Entgelts	23
§ 7. Erfordernis der Leistung kaufmännischer Dienste	26
§ 8. Künstliche Handlungsgehilfen	32
Abchnitt 2	33
§ 9. Wer kann und wer darf Handlungsgehilfe sein? Wer kann und darf Handlungsgehilfen haben?	33
Kapitel 2. Das Rechtsverhältnis zwischen Prinzipal und Hand- lungsgehilfen	35
Abchnitt 1. Der Anstellungsvertrag und seine Kontrahenten	35
§ 10. Der Anstellungsvertrag	35
§ 11. Die Kontrahenten des Anstellungsvertrages	38
Abchnitt 2. Die Pflichten des Handlungsgehilfen	41
§ 12. Die Pflicht zur Dienstleistung	41

	Seite
§ 13. Verpflichtung, nur für den Prinzipal kaufmännisch tätig zu sein. Pflicht der Konkurrenz-Enthaltung . . .	54
§ 14. Verpflichtungen des persönlichen Verhaltens . . .	61
Abchnitt 3. Die Pflichten des Prinzipals	66
§§ 15—20. Die Pflicht zur Leistung einer Vergütung . . .	66
§ 15. Im allgemeinen. Höhe und Gegenstand der Vergütung. Gratifikationen	66
§ 16. Die Pflicht zur Leistung einer Vergütung. Fortsetzung. Wodurch, für welche Zeit, wann und wo ist die Vergütung zu leisten?	70
§ 17. Die Pflicht zur Leistung der Vergütung. Fortsetzung. Quittung und Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehilfen	78
§ 18. Die Pflicht zur Leistung einer Vergütung. Fortsetzung. Verjährung des Vergütungs-Anspruches. Seine Geltendmachung im Konkurse des Prinzipals. Zulässigkeit seiner Beschlagnahme und sonstiger Verfügung über ihn, insbesondere der Aufrechnung	80
§ 19. Die Pflicht zur Leistung einer Vergütung. Fortsetzung. Der Anspruch des Handlungsgehilfen auf Provision	85
§ 20. Die Pflicht zur Leistung einer Vergütung. Schluß. Der Anspruch des Handlungsgehilfen auf Lantieme	92
§ 21. Verpflichtung zur Tragung der Dienstpensen, insbesondere der Reispensen	96
§ 22. Verpflichtung zur Beschaffung ordnungsmäßiger Beschäftigung. Recht des Gehilfen auf Arbeit	100
§ 23. Verpflichtungen gegen die Persönlichkeit des Handlungsgehilfen	101
§ 24. Verpflichtung zur Ausstellung eines Zeugnisses. Auskunfts-Erteilung	104
Abchnitt 4.	109
§ 25. Die besonderen Pflichten und Rechte der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, insbesondere der Handlungsreisenden	109
Abchnitt 5. Beendigung des Dienstverhältnisses	114
§ 26. Die Gründe der Beendigung des Dienstverhältnisses	114
§ 27. Die befristete Kündigung insbesondere	119
§ 28. Die unbefristete Kündigung insbesondere. Allgemeines	128
§ 29. Die unbefristete Kündigung insbesondere. Fortsetzung. Begriff des wichtigen Grundes zur Kündigung	131
§ 30. Die unbefristete Kündigung insbesondere. Fortsetzung. Die einzelnen wichtigen Gründe gegen den Handlungsgehilfen	134
§ 31. Die unbefristete Kündigung insbesondere. Schluß. Die einzelnen wichtigen Gründe gegen den Prinzipal	144
Abchnitt 6	146
§ 32. Pflichten des Gehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Konkurrenzklause!	146

Inhaltsverzeichnis.

7

	Seite
Drittes Buch. Das Recht der Handlungslehrlinge	158
§ 33. Altes und neues Recht. Begriff des Handlungslehrlings. Öffentliche rechtliche Erfordernisse für Prinzipal und Lehrling. Anstellungsvertrag	158
§ 34. Rechte und Pflichten des Lehrlings	161
§ 35. Dauer und Beendigung des Lehrverhältnisses	168
Viertes Buch. Der Prozeß zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen bzw. Handlungslehrling	171
§ 36. Die Kaufmannsgerichte	171
§ 37. Einzelne besonders wichtige Prozeßfragen	177
Zweiter Teil. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge und die Reichsversicherungsgeetze	183
§ 38. Übersicht	183
§ 39. Die Krankenversicherung der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge	183
§ 40. Invalviditäts- und Altersversicherung der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge	187
Abdruck der Paragraphen 59—83, 88, 91 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs	189
Sachregister	197

Verzeichnis der Abkürzungen.

- AG. = Amtsgericht.
ANR. = Preussisches Allgemeines Landrecht.
Altst. = Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft.
Ansch. u. Wölb. = Anschütz und Wölberndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen GB.
Bl. f. R. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, herausgegeben von Perl und Breschner.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen von A. Bolze.
Busch = Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts.
CPO. = Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.
Denkschr. = Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches und des Einführungsgesetzes dazu.
Dove u. Apt. = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr von Heinrich Dove und Max Apt.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub.
E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichts.
Fulb. = Fulb, Das Recht der Handlungsgehilfen. Hannover 1897.
GemO. = Reichs-Gewerbeordnung.
G. Z. = Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
HGB. = Handelsgesetzbuch. Das alte wird nach Artikeln, das jetzige nach Paragraphen zitiert.
JW. = Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltsvereins.
KG. = Kammergericht Berlin.
Kom. = Protokolle der Reichstagskommission zur Beratung des neuen GB.
LG. = Landgericht.
OL. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von B. Mugdan und R. Falk, Leipzig. Weitz & Co.
R. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs.
StGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
StPO. = Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich.
Die allbekanntesten Lehrbücher und Kommentare sind mit den bloßen Namen ihrer Verfasser zitiert, und zwar stets nach den letzten Auflagen.
-

§ 1.

Einleitung.

Die vornehmste Quelle für das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge bildet der sechste Abschnitt des Handelsgesetzbuches (§§ 59—83 desselben), welcher die Überschrift „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“ trägt.

Die vornehmste, aber nicht die ausschließliche. Denn das Handelsgesetzbuch behandelt nur die Rechtsbeziehungen der Gehilfen und Lehrlinge zu ihrem Prinzipal, und auch diese nicht erschöpfend. So enthält z. B. das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes Sonderbestimmungen über die Verpflichtung der Angestellten zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen. So trifft das Reichs-Krankenversicherungsgesetz Anordnungen über Streitigkeiten zwischen Prinzipal und Angestellten hinsichtlich der Anrechnung und Berechnung der Versicherungsbeiträge, und für den Fall des Konkurses des Prinzipals die Konkursordnung Normen über den Antritt, die Fortsetzung und die Beendigung des Dienstverhältnisses. Vor allem aber bilden die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstmiete-Vertrag, und soweit sie sonst das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge betreffen, z. B. hinsichtlich der Verjährung des Gehaltsanspruches, eine wichtige Ergänzung des Handelsgesetzbuches.

Auch außerhalb ihres Rechtsverhältnisses zum Prinzipal ist ihnen die Fürsorge der Gesetzgebung in weitem Maße zuteil geworden. Vor allem der sozialpolitischen. Schon das sog. Lohnbeschlagnahme-Gesetz hat ihr Gehalt in den meisten Fällen so gut wie unpfändbar gemacht, und durch die deutsche Zivilprozessordnung ist dieser Schutz noch erhöht worden. Andererseits hat die Kon-

kursordnung ihrem Gehaltsanspruch gegenüber anderen Konkursgläubigern des Prinzipals ein wirkungsvolles Vorrecht gewährt. Die Reichsgesetze, betreffend die Krankenversicherung und die Alters- und Invaliditäts-Versicherung sind auf sie anwendbar, die Reichs-Gewerbeordnung, welche ihnen mit der einen Hand mannigfache Lasten polizeilicher Kontrolle aufladet, spendet ihnen mit der anderen die bedeut samen Wohltaten der Sonntagsruhe und der Fortbildungsschulen, und vor allem hat das Reichsgesetz betreffend Kaufmannsgerichte den langjährigen Wunsch ihres Standes nach eigenen Sondergerichten vollständig verwirklicht.

Das Handelsgesetzbuch enthält also zwar ein ausschließlich für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge geltendes Sonderrecht, aber nicht das ausschließliche Recht derselben. Jedoch als ihr Standesbrief begleitet es ihre Rechtsbeziehungen auch über seine Grenzen hinaus. Denn alle jene Gesetze, aus denen sich das gesamte Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge mosaikartig zusammensetzt, haben das Gemeinsame, daß sie unter Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen diejenigen Personen verstehen, welche das Handelsgesetzbuch darunter versteht.

Erster Teil.

Das private und gewerbliche Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Erstes Buch.

Die Rechtsquellen und ihre zeitliche Anwendbarkeit.

§ 2. Die Rechtsquellen. Gesetze, Pfancen.

A. Das **Gewerberecht** der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge wird durch die **Reichsgewerbeordnung** bestimmt.

B. Ihr **privates Recht** wird durch das **Handelsgesetzbuch**, die **Verkehrssitten** und das **allgemeine bürgerliche Recht** bestimmt.

1. Der sechste Abschnitt des **HGB.** mit der Überschrift „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge“ behandelt ausschließlich das Recht dieser Personen und ist die eigentliche *setes materiae* dieses Rechtes.

2. Art. 1 des alten **HGB.** verordnete, daß, soweit letzteres keine Bestimmungen enthielt, zunächst die „Handelsgebräuche“ zur Anwendung kommen sollten. Unter diesen verstand man das sog. **Handelsgewohnheitsrecht** (R. 6 Seite 368 ff.). Das neue **HGB.** und das Einführungsgesetz zu letzterem schweigen sich absichtlich darüber aus, ob und eventuell inwieweit das Handelsgewohnheitsrecht gelten soll, indem sie die Lösung dieser Frage der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen wollen (Denkschr. zum **HGB.** S. 3). Diese bedauernswerte Zurückhaltung des Gesetzgebers hat, wie vorauszusehen war, zu einem Knäuel von Streitfragen geführt (vgl. z. B. Staub S. 6 ff. Anm. 17 ff. zur Allgem. Einl.). Wir teilen die Ansicht von Goldmann und Lilienthal (Das **HGB.** nach der Regalordnung des **RR.** S. 5), daß die Geltung vom Gewohnheitsrecht nach der Reichsverfassung ausgeschlossen ist und eine gewohnheitliche Übung nur im Wege der Gesetzgebung selber

Rechtsquelle werden kann. Denn sonst könnte, analog der ehemaligen Rezeption des römischen Rechts, z. B. der Code Napoléon in der Rheinprovinz im Wege des sog. Gewohnheitsrechts wieder eingeführt werden und das BGB., mindestens dessen Dispositiv-Vorschriften, also seinen bei weitem größten Teil, wieder aufheben.

Wir halten aber den ganzen Streit über die Gültigkeit und den eventuellen Umfang der Gültigkeit vom Gewohnheitsrecht für durchaus unfruchtbar, und zwar wegen der unbestrittenen Rechtswirksamkeit der *Handels sitten* (*Usancen*). Die übliche Unterscheidung, daß letztere lediglich in dem Bewußtsein der Sittlichkeit oder des Anstandes geübt werden, das Gewohnheitsrecht aber in dem Bewußtsein des Rechts, ist eine Kunstblüte der Studierstube. Dem Bewußtsein der Ausübenden ist eine derartige Unterscheidung fremd. Auch harret das wissenschaftliche Thermometer, welches den Grad anzuzeigen vermag, bei welchem die flüchtige Anstandssitte zur Rechtsitte erstarrt, noch der Erfindung. Die in der Literatur zitierten Fälle sog. Gewohnheitsrechtes, z. B. das frühere nicht kodifizierte Kontokorrentrecht, lassen sich zwanglos als Handelsgebräuche im Sinne der Verkehrsitten erklären. Insbesondere im Gebiete des Rechts der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge ist uns niemals, weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung, eine Übung bekannt geworden, die den Anspruch auf Gewohnheitsrecht machen darf.

Die Verkehrsitten des Handels, *Handelsgebräuche* (*Usancen*), waren nach Art. 279 des alten *StGB.* für den gesamten Handelsverkehr ausdrücklich sanktioniert. § 346 des neuen *StGB.* beschränkt im Gegensatz hierzu ihre Wirksamkeit allerdings nur auf den Verkehr unter Kaufleuten. Obwohl die Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge zu letzteren nicht gehören, gelten die Verkehrsitten doch auch für deren Recht unverändert fort. Denn nach Art. 2 Abs. 1 des *EinfGes.* zum jetzigen *StGB.* kommen in Handelsfachen — und zu diesen gehören auch die Sachen der kaufmännischen Angestellten — die Vorschriften des *StGB.* insoweit zur Anwendung, als nicht im *StGB.* oder in dem *EinfGes.* zu demselben ein anderes bestimmt ist. Nun sind aber im *StGB.* die Verkehrsitten, also auch diejenigen des Handelsverkehrs, sanktioniert in § 157:

„Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte es erfordern.“

und in § 242:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte es erfordern.“

Diese Vorschriften, von denen der § 157 cit. auch auf einseitige Rechtsgeschäfte, z. B. Kündigungen, entsprechende Anwendung findet (s. Blanck Anm. zu § 157 cit.) ergreifen die gesamten handels- und gewerberechtl. Beziehungen der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Das bekannteste praktische Beispiel für die Anwendung des § 157 cit. ist die — außerordentlich häufige — Vereinbarung einer vierwöchentlichen Kündigungsfrist. Bei wörtlicher Auslegung wäre eine solche gemäß § 67 Abs. 1 und 4 HGB. nichtig. Weil jedoch die Verkehrssitte mit einer vierwöchentlichen Kündigungsfrist eine einmonatige meint, so hat mit Rücksicht auf diese Sitte nach Treu und Glauben eine letztere als vereinbart zu gelten.

Da die für das Recht der Handlungsgehilfen in Betracht kommenden Verkehrssitten ihre Rechtswirklichkeit aus dem HGB. ableiten, so gelten sie wie letzteres nur *sub jure* (s. Art. 2 cit.), d. h. nur insoweit das HGB. keine Vorschriften enthält. Sie können sich also rechtswirksam nur neben dem HGB., nicht gegen dasselbe, auch nicht gegen dessen Dispositiv-Vorschriften bilden. (Anderes offenbar Staub § 21 Allg. Einl. zum HGB.) Es würde demzufolge z. B. rechtsunwirksam sein ein Handelsgebrauch, wonach in einer bestimmten Branche der Handlungsgehilfe auch ohne Einwilligung des Prinzipals in dessen Handelszweige für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen darf (vgl. § 60 Abs. 1 HGB.), oder mangels Vereinbarung die Kündigungsfrist einen Monat oder mehr als sechs Wochen beträgt (vgl. § 67 Abs. 1 HGB.). Dagegen würde ein Handelsgebrauch rechtsgültig sein, nach welchem z. B. eine militärische Übung oder eine Geschlechtskrankheit als unverschuldetes Unglück im Sinne des § 63 Abs. 1 HGB., oder nach dem z. B. eine vierwöchige Kündigung als eine einmonatige (siehe oben) zu erachten ist.

In einigen Fällen stellt das HGB. den **Ortsgebrauch**, d. h. die Handelsverkehrssitte eines bestimmten handlungsgewerblichen Bezirkes, allem, selbst dem HGB. selber, voran. Nämlich nach § 59 HGB. hat der Handlungsgehilfe mangels entsprechender Vereinbarung die dem Ortsgebrauche entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauche entsprechende Vergütung zu beanspruchen. Es würde also z. B. ein örtlicher Handelsgebrauch rechtsgültig sein, nach welchem die Provision des als Verkäufer angestellten Handlungsgehilfen nicht erst nach dem Eingang der Zahlung, sondern schon nach dem Abschluß des Geschäfts fällig wäre, oder nach welchem die Abrechnung über die Provision vierteljährlich oder jährlich erfolgt (vgl. § 88 Abs. 1—4 und 65 HGB.). — Diese örtlichen Handelsgebräuche können sich auch gegen das HGB.,

ja sogar gegen dessen zwingende Vorschriften gültig bilden. Sie sind selbstverständlich nur dispositiver Natur und können daher durch Vereinbarung aufgehoben werden.

3. In dritter Stelle, d. h. hinter dem HGB. und hinter den Handelsgebräuchen, gilt das BGB.; insbesondere kommen von letzterem die den Dienstvertrag behandelnden §§ 611—630 in Betracht. Das BGB. gilt hinter den Handelsgebräuchen, weil letztere (s. vorstehend unter 2) ihre Gültigkeit aus den Vorschriften des BGB. herleiten, demnach sich auch gegen dasselbe bilden können. Natürlich nur gegen Dispositiv-Vorschriften des letzteren. Ein Handelsgebrauch z. B., wonach dem Handlungsgehilfen nach erfolgter Kündigung keine oder keine angemessene Zeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung gewährt zu werden braucht (vgl. § 629 BGB.), würde rechtsungültig sein. Dagegen könnte ein Handelsgebrauch, welcher diese Zeit innerhalb des Rahmens der Angemessenheit, z. B. auf ein tägliches Minimum von zwei Stunden bemißt, sich rechtswirksam bilden.

4. Es gelten also nach obigen Ausführungen für das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge in n a c h s t e h e n d e r R e i h e n f o l g e und derart, daß jede vorstehende Rechtsquelle die nachfolgenden ausschließt:

1. Die zwingenden Vorschriften des HGB.
2. Die örtlichen Handelsverkehrsitten über Ort und Umfang der Dienstleistungen sowie über die Vergütung.
3. Die dispositiven Vorschriften des HGB.
4. Die zwingenden Vorschriften des BGB.
5. Die Handelsverkehrsitten (Handelsgebräuche, Usancen), soweit sie nicht unter die der Nr. 2 fallen.
6. Die Dispositiv-Vorschriften des BGB. Danach könnte also eine örtliche Handelsverkehrsitte der Nr. 2, selbst wenn sie gegen eine zwingende Vorschrift des BGB. (Nr. 4) verstößt, sich rechtswirksam bilden und auch im Wege der Vereinbarung gegen eine solche zwingende Vorschrift rechtswirksam abgeändert werden.

§ 3. Einfluß des jetzigen Handelsgesetzbuches auf die zur Zeit seines Inkrafttretens bereits bestehenden Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Nachdem jetzt der sechste Abschnitt des HGB., welcher das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge besonders behandelt, fast sieben Jahre, das übrige HGB., das BGB. und die sonstigen neuen Nebengesetze fast fünf Jahre in Kraft sind,

hat das Thema der Überschrift nicht mehr die praktische Bedeutung wie zur Zeit des Erscheinens der ersten Auflage dieses Buches. In-
dem wir daher betreffs der Einzelheiten, Kasuistik und theoretischen
Ausführungen auf letztere verweisen, geben wir im folgenden nur
die Haupt-Grundsätze wieder:

Gesetzliche Bestimmungen über das wichtige Thema
der Überschrift fehlen. Es kommen also die allgemeinen Rechts-
sätze über die sog. zeitliche Wirkung der Gesetze zur Anwendung.

A. Oberster Grundsatz ist, daß rechtsgültig erworbene An-
sprüche durch neue Gesetze nicht berührt werden. Die zur Zeit
des Inkrafttretens des Abschn. 6 des jetzigen
HGB., also die am 1. Januar 1898 bereits entstandenen
Rechte bleiben daher bestehen, selbst wenn sie nach den
Bestimmungen des jetzigen Gesetzes nicht entstanden wären.

B. Schwieriger gestaltet sich das vorliegende Thema, wenn
es sich um Rechte handelt, die nach dem 1. Januar
1898, also erst unter der Herrschaft des neuen Ge-
setzes zur Entstehung kommen.

Es ist ein Gebot der Rechtssicherheit, daß Rechtsverhält-
nisse in ihren Wirkungen nach denjenigen Ge-
setzen bestimmt werden, welche zur Zeit der Begrün-
dung des Rechtsverhältnisses, d. h. des Vertrags-
schlusses, nicht zur Zeit des Inkrafttretens der einzelnen Wirkung
gelten. Diese Ansicht ist mit Recht die herrschende.

Auch aus der bloßen Fortsetzung des Rechtsver-
hältnisses unter der Herrschaft der neuen Gesetzgebung läßt
sich nicht folgern, daß die Parteien sich derselben unterwerfen
wollten.¹⁾ Nach unserer Ansicht freilich gilt dies nur in dem Falle,
wo eine feste Vertragsdauer, die über die Lebenszeit des alten Ge-
setzes hinausgeht, vereinbart worden ist, z. B. ein Dienstvertrag
vom 1. Januar 1896 auf 5 Jahre. Dagegen gilt jener Satz als-
dann nicht, wenn der Vertrag ohne feste Dauer geschlossen ist, viel-
mehr einer Kündigung unterliegt. Denn kündigen die Parteien in
solchem Falle nicht, so muß angenommen werden, daß sie lieber die
ihnen ungünstigen Änderungen des neuen Gesetzes ertragen, als
das Vertragsverhältnis lösen wollen. Einer diesbezüglich aus-
drücklichen Willenserklärung bedarf es nicht.²⁾

¹⁾ OTr. v. 9. 2. 64 in Str. N. 53 S. 122 und v. 29. Nov. 64 in Str.
N. 55 S. 323, auch abgedr. bei Busch 5 S. 249 und S. 27; anders OTr.
v. 30. Juni 68 bei Busch 14 S. 403—405 und Stadtger. Berlin v. 29. Nov.
68 bei Busch 3 S. 83/4.

²⁾ Anders OTr. in Str. N. 53 S. 122 und offenbar auch in 55 S. 323,
s. vorige Anm., dagegen ebenso Staub Suppl. Anm. 3 zu Art. 1 Abs. 2 GG.
zum neuen HGB., vgl. Art. 171 GG. zum BGB.

I. Die oben aufgestellte Ansicht, daß die zur Zeit der Begründung der Rechtsverhältnisse geltenden Gesetze deren Wirkungen rechtlich bestimmen, gilt sowohl von den Rechtswirkungen, die aus Handlungen der Beteiligten, als auch von denen, die ohne solche Handlung infolge des bloßen Fortbestandes des Rechtsverhältnisses entstehen.

II. Zwei Ausnahmen sind von dem oben aufgestellten Prinzip zu machen:

1. Die öffentlich rechtlichen, d. h. polizeilichen Vorschriften des neuen StGB. finden vom 1. Januar 1898 ab auch auf die alsdann schon begründeten Dienstverhältnisse Anwendung. Es sind dies lediglich die Vorschriften der §§ 62, 76 Abs. 2—4 und Abs. 1, insoweit letzterer auf § 62 Bezug nimmt, ferner der §§ 81 und 82 des neuen StGB.

Nicht zu verwechseln mit den öffentlich rechtlichen sind die sog. zwingenden Gesetzesnormen, d. h. nicht polizeiliche, sondern rein privatrechtliche Bestimmungen, die aber durch Vereinbarung nicht abgeändert werden können, z. B. die Vorschrift, daß die Zahlung des Gehalts nicht später als am Schlusse des Monats erfolgen dürfe (§ 64 StGB.).

Denn diese sog. zwingenden Vorschriften regeln die beteiligten Interessen nur soweit sie privater, nicht dagegen soweit sie öffentlicher Natur, also eigentliche Staats-Interessen sind. Eine Expropriation von Rechten im Privatinteresse ist aber ausgeschlossen, sofern sie das Gesetz nicht ausdrücklich ausspricht, und das ist bei dem neuen StGB. nicht der Fall. Deshalb findet eine Anwendung der zwingenden Vorschriften des neuen StGB. auf die am 1. Januar 1898 bereits bestehenden Rechtsverhältnisse nicht statt.¹⁾

2. Die zweite Ausnahme betrifft das Institut der Verjährung.

Ist die Verjährungsfrist nach dem neuen StGB. kürzer als nach dem bisherigen Recht, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des neuen StGB. an gerechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist früher als die im

¹⁾ Entgegengesetzter Ansicht, Staub Suppl. Nr. 3 a. E. zu Art. 1 Abs. 2 St. zum neuen StGB.; Steiner (Die Konkurrenzkl. nach dem neuen StGB., Stuttgart, Südb. Verlagsanst. 1898) S. 12, 34/5. — Dagegen ist das R. unserer Ansicht beigetreten, z. B. in E. 42 S. 102, JW. 1898 S. 665 ff., Nr. 28 und 1900 S. 638, ebenso Lehmann in O. J. 48 S. 12 ff. und S. 387.

neuen §GB. bestimmte kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der längeren Frist vollendet.¹⁾

Zweites Buch.

Das Recht der Handlungsgehilfen.

Kapitel 1.

Wer ist Handlungsgehilfe? Wer kann und wer darf es sein?

Wer kann und wer darf Handlungsgehilfen haben?

Abschnitt 1: Wer ist Handlungsgehilfe?

§ 4. Der allgemeine Begriff und Kreis der Handlungsgehilfen.

Auf die Frage „Wer ist Handlungsgehilfe?“ erteilt der § 59 §GB. die zutreffende, von der heutigen Wissenschaft und Rechtsprechung übereinstimmend ausgebildete Antwort: „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.“

Die Auflösung dieser Erklärung in ihre einzelnen Bestandteile wird eine richtige Vorstellung von dem Begriffe und dem Kreise der Handlungsgehilfen geben, namentlich auch von der Abgrenzung gegen andersartige, insbesondere gewerbliche Gehilfen des Kaufmanns (s. unten S. 30—32). Vorweg sei bemerkt, daß die Bezeichnung „S a n d l u n g s d i e n e r“, welche noch der Art. 57 des früheren §GB. mit den „Handlungslehrlingen“ zusammen als die beiden Arten der „Handlungsgehilfen“ bezeichnete, fortgefallen ist. In der Praxis hatte sie sich nie eingebürgert und das neue Gesetz kennt mit Recht nur „Handlungsgehilfen“ und „Handlungslehrlinge“. Nicht jeder, der mit seinen Diensten einem anderen hilft, ist deswegen dessen Diener. Gegen die Anschauung der Zeit sind gesetzliche Etikettes ohnmächtig.

§§ 5—7 Spezialisierung des Begriffes und Kreises der Handlungsgehilfen.

§ 5. Erfordernis der Tätigkeit in einem Handelsgewerbe

Handlungsgehilfe ist nur, wer in einem Handelsgewerbe angestellt ist.

¹⁾ Diese Sätze sind der entsprechend wörtliche Inhalt des Art. 169 des GG zum §GB.

A. **In einem Gewerbe.** Letzterer ist eine private Erwerbstätigkeit, welche auf dem Gebiete des Handels, der Industrie oder eines vom Gesetz ausdrücklich als Gewerbe bezeichneten Berufes im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit der Absicht der Gewinnerzielung und der dauernden Fortsetzung ausgeübt wird.

Nicht Handlungsgehilfen sind daher die kaufmännischen Gehilfen der staatlichen Beamten, z. B. die Bureauvorsteher der Notare und Gerichtsvollzieher, ebenso nicht die Angestellten der beamtenartigen öffentlichen Funktionen¹⁾ wie der Rechtsanwälte, Konkursverwalter, vereideten Bücherrevisoren.

Die kaufmännischen Angestellten, z. B. Buchhalter, Verkäufer, Korrespondenten der staatlichen Behörden sind Handlungsgehilfen, wenn das betreffende staatliche Unternehmen selber ein Handelsgewerbe ist.²⁾ Denn in diesem Falle sind alle Tatbestandsmerkmale des § 59 HGB. erfüllt. Außerdem sind jene Personen als Angestellte einer öffentlichen Behörde auch öffentliche Beamte. Kollidieren beide Eigenschaften, so gehen die zwingenden Vorschriften des HGB., z. B. §§ 64 und 67 desselben, vor, während die dispositiven Vorschriften des HGB., z. B. §§ 63 Abs. 1, 66, 72, etwa abweichenden Normen des Beamten-Rechtes nachgeben müssen; denn letzteren hat sich der Angestellte durch die Anstellung unterworfen, sie mithin vereinbart. — Eine Behörde betreibt ein Handelsgewerbe, wenn sie eins der in § 1 HGB. aufgeführten Gewerbe (s. unten zu B) betreibt, oder wenn sie ihr Unternehmen ins Handelsregister hat eintragen lassen (vgl. § 36 HGB.). Handlungsgehilfen sind also z. B. die Verkäufer der königlich Preussischen Porzellan-Manufaktur, die Börsen-Vertreter der Preussischen Seehandlung, die Buchhalter und Korrespondenten des Bayerischen Hofbräuhauses, der Strassburger Tabaks-Manufaktur, der Reichsdruckerei, der städtischen Schlachthäuser, Elektrizitäts-Werke und Gasanstalten, die Billett-Verkäufer der Staats-Eisenbahnen. Dagegen sind die deutschen Postverwaltungen kraft der positiven Vorschrift des § 452 HGB. nicht Kaufleute, ihre Angestellten also nicht Handlungsgehilfen. Nicht Handlungsgehilfen sind die kaufmännischen Angestellten, z. B. Buchhalter, Stenographen, der Landwirte, Küntler und Ge-

¹⁾ Die kaufmännischen Angestellten der Kursmakler sind Handlungsgehilfen, da die Kursmakler trotz ihrer amtlichen Ernennung und Tätigkeit nicht aufhören Privathandelsmakler zu sein (Staub Anm. 5 zu § 93 HGB.).

²⁾ Ebenso Laband in D.F.Z. Jahrg 3 S. 394, anders Staub Anm. 11 zu § 36 HGB., teilweise anders Lehmann u. Ring Note 1 zu § 59 HGB.

Lehrten, da die Erwerbstätigkeit dieser Personen weder auf dem Gebiete der Industrie noch des Handels liegt, noch vom Gesetz als Gewerbe ausdrücklich gekennzeichnet wird. Nicht Handlungsgehilfen sind ferner solche Personen, welche von Handlungsgehilfen zu deren Unterstützung für deren eigene Rechnung engagiert sind (O. Z. 37 S. 533), z. B. die von dem nicht selbständigen Generalagenten einer gewöhnlichen Versicherungsgesellschaft auf eigene Kosten angestellten Buchhalter; denn die Tätigkeit der Handlungsgehilfen selber ist kein Gewerbe, weil sie nicht im eigenen Namen ausgeübt wird. Nicht Handlungsgehilfen sind auch die kaufmännischen Angestellten einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, da deren Zweck nicht ist, ihren Mitgliedern Gewinn zuzuführen, sondern lediglich einen etwaigen Schaden zu ersetzen. Nicht Handlungsgehilfen sind weiter die kaufmännischen Angestellten, z. B. Buchhalter, Kassierer der Wohlthätigkeitsbazare, eines kurzen Ausstellungsunternehmens, und anderer nur als vorübergehend geplante Veranstaltungen; denn hier fehlt von vornherein die Absicht der dauernden Fortsetzung des Betriebes. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß derartige Veranstaltungen nicht von einem Kaufmann zu einem kaufmännischen Zwecke unternommen werden (§§ 344 Abs. 1, 343 HGB.), wie z. B. kurze Ausverkäufe und Auktionen.

B. Der Gehilfe muß in einem Handelsgewerbe angestellt sein:

Was ist ein Handelsgewerbe?

1. § 1 Abs. 2 HGB. bestimmt diesbezüglich folgendes:

„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 Schleppschiff-fahrtzunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
 7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
 8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
 9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.“

Nach Nr. 1 betreiben auch die kleinen Handwerker, welche selber Stoffe liefern, wie z. B. alle Schuhmacher und fast alle Schneider, ein Handelsgewerbe, sind also Kaufleute. Trotzdem werden ihre Angestellten fast nie Handlungsgehilfen, sondern nur Gewerbegehilfen (Gesellen) sein, weil dieselben wohl stets zur gewerblich technischen Hilfe und kaum jemals zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt sein werden.

Nach Nr. 2 ist der Betrieb aller Handwerker, die nicht selber Stoffe liefern, vom Kreis des Handelsgewerbes ausgeschlossen, z. B. der Betrieb eines Flickschneiders. Andererseits betreibt demgemäß eine große, über den Betrieb eines Handwerks hinausgehende Kleider-Reparatur-Anstalt ein Handelsgewerbe, und ihre kaufmännischen Angestellten, wie Buchhalter, Korrespondenten, Kassierer, sind Handlungsgehilfen.

Für den Begriff der in § 1 HGB. normierten Handelsgewerbe ist die Eintragung der Firma nicht Voraussetzung, ebenso wenig — bis auf die Fälle unter Nr. 2 und 9 — eine den Umfang des Handwerks überschreitende Größe des Betriebes. Jedoch können nach § 4 Abs. 1 HGB. die Inhaber von Kleingewerben (sog. *Minderkaufleute*) keine Prokuristen bestellen.

2. § 2 HGB. bestimmt folgendes:

„Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 (HGB.) 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.“

Danach stellen z. B. jetzt die kaufmännisch betriebenen Hotel-, Restaurations- und Grundstücks-Geschäfte ein Handelsgewerbe dar, falls ihre Firma im Handelsregister eingetragen ist, und es sind

dann die kaufmännischen Angestellten dieser Unternehmungen Handlungsgehilfen. Wird die Firma erst während ihrer Anstellungszeit eingetragen, so sind sie bis zur Eintragung lediglich Gewerbegehilfen und unterstehen bis dahin der Gewerbe-Ordnung. Die Vorschrift des Art. 275 des alten HGB., wonach der Betrieb von Immobilien-Geschäften niemals ein Handelsgeschäft begründen konnte, ist in das neue HGB. nicht aufgenommen und damit beseitigt.

3. Nach § 3 HGB. sind die mit dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft verbundenen Nebengewerbe, wie z. B. das einer Brennerei, einer Molkerei, einer Dampf säge-Anstalt, einer großen Mühle, des Verkaufs von selbstgezüchtetem Vieh, in allen Fällen nur dann Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer den Betrieb kaufmännisch führt und seine Firma ins Handelsregister eintragen läßt; zu dieser Eintragung kann er jedoch — im Unterschiede zu den Betriebs-Inhabern des § 2 HGB. (s. oben zu 2) — nicht gezwungen werden.

Nach alledem ist Handelsgewerbe,¹⁾ abgesehen von dem Gewerbe der allgemein bekannten Kaufmannskategorien, u. a. das Gewerbe der Agenten, Annoncenbureau-Besitzer, Apotheker, Bäcker, Dampfwaschanstalten, Fabrikanten (soweit sie nicht selbstproduzierte Stoffe verarbeiten), Fleischer, Friseur (wenn sie Haarartikel, Öl, Seifen und anderes verkaufen), Fuhrwerks-Unternehmer, Gastwirte, Handelsgärtner (sofern sie ihre Ware nicht selber produzieren, sondern von anderen einkaufen), Handwerker (wenn sie nicht nur fremdes Material bearbeiten, sondern auch eigenes hierzu angeschafftes Material nach Verarbeitung verkaufen), Hausierer, Höfer, Hoteliers (welche nicht nur Zimmer vermieten, sondern auch Genußgegenstände verkaufen), Hypothekemakler, Kommissionäre, Konditoren (anders Gutacht. d. Berl. Aktef. an den Vorstand der Berliner Pfefferkühler- und Konditoren-Znning vom 15. Mai 1896), Lotterie-Kollekteure, Privatmakler, Patentanwälte (nicht als Verfasser von Patentschriften, aber als Vermittler von Patentveräußerungsgeschäften), Photographen, Reinigungs-Anstalten, Schneider, Versicherungsgesellschaften gegen Prämie (nicht auf Gegenseitigkeit), Zeitungsverleger.

Nicht Handelsgewerbe dagegen ist u. a. das Gewerbe der Ärzte und ärztlichen Heilanstalten, Auktionskommissare (außer wenn sie ihre Tätigkeit vorzugsweise für Kaufleute ausüben), Auskunftsbureau, Badeanstalten, Bautischler, Bauunternehmer, Berg-

¹⁾ Dieser und der nachfolgenden Aufstellung ist die entsprechende bei Staub Anm. 79 und 80 zu § 1 HGB. zugrunde gelegt.