

Kommentar
zum
Allgemeinen Deutschen
Handelsgesetzbuch

Von
Hermann Staub.

~~~~~  
==== **Ausgabe für Österreich** ====

bearbeitet von  
**Dr. Oskar Pisko.**

~~~~~  
Zweite Auflage der österreichischen Ausgabe.
~~~~~

**Erfter Band.**



**Wien, 1908.**

**Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.**

**I., Rohlmart 20.**

---

Das Recht der Uebersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

---

## Vorrede zur ersten 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 angestrenkten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des HGB. nicht verloren sein möchte.

Berlin, im Jänner 1893.

Staub.

---

## Vorrede zur ersten Auflage der Ausgabe für Oesterreich.

---

Eine Pause von mehreren Jahrzehnten war verstrichen, als mit dem fast gleichzeitigen Erscheinen der Systeme von v. Canstein und Pollitzer und der von Pitreich besorgten Neuauflage von Blaschkes Erläuterungen zum HGB. den österreichischen Juristen wieder eine zusammenhängende Darstellung des Handelsrechtes gebracht wurde. Daß durch diese Werke das Bedürfnis des österreichischen Juristenstandes nach einem umfangreichen Kommentar zum HGB. nicht vollständig befriedigt wurde, zeigt die große Verbreitung, welche Staubs Kommentar bald nach dem Erscheinen der ersten Auflage allseits in Oesterreich gefunden hat.

Die Handhabung dieses Werkes, in der Praxis zu erleichtern, ist der Zweck der vorliegenden Arbeit. Er sollte durch Heranziehung des österreichischen Zivilrechtes, insbesondere des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, der Prozeßgesetze und der Gewerbeordnung sowie der österreichischen Judikatur und Literatur erreicht werden. Nur dort, wo die Heranziehung neuen Rechtsstoffes Änderungen notwendig machte, wurden am Originale, als welches Staubs 5. Auflage und teilweise auch die das neue deutsche HGB. darstellende 6. Auflage diente, solche vorgenommen. In allen anderen Fällen wurden Staubs Darstellungen in die vorliegende österreichische Ausgabe unverändert hinübergenommen, und zwar auch dann, wenn eine von Staub ausgesprochene Rechtsansicht mit der konstanten Praxis österreichischer Gerichte im Widerspruche steht; es wurde in diesen Fällen lediglich die Divergenz hervorgehoben. Dort, wo ich einen Gesetzestext neu zu bearbeiten hatte, der dem Staubschen Kommentar nicht zu Grunde lag, wie z. B. die das Aktienrecht regelnden Artikel des HGB., suchte ich die von Staub an anderen Stellen entwickelten Rechtsgrundsätze nach Möglichkeit weiter fortzubilden; ich hoffte hierdurch eine Störung des einheitlichen Charakters des Werkes zu vermeiden. Die Grenzen der mir zugewiesenen Arbeit glaubte ich nicht über

## Vorrede zur ersten 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 angestrenkten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des HGB. nicht verloren sein möchte.

Berlin, im Jänner 1893.

Staub.

---

## Vorrede zur ersten Auflage der Ausgabe für Oesterreich.

---

Eine Pause von mehreren Jahrzehnten war verstrichen, als mit dem fast gleichzeitigen Erscheinen der Systeme von v. Canstein und Pollitzer und der von Pitreich besorgten Neuausgabe von Blaschkes Erläuterungen zum HGB. den österreichischen Juristen wieder eine zusammenhängende Darstellung des Handelsrechtes gebracht wurde. Daß durch diese Werke das Bedürfnis des österreichischen Juristenstandes nach einem umfangreichen Kommentar zum HGB. nicht vollständig befriedigt wurde, zeigt die große Verbreitung, welche Staubs Kommentar bald nach dem Erscheinen der ersten Auflage allseits in Oesterreich gefunden hat.

Die Handhabung dieses Werkes, in der Praxis zu erleichtern, ist der Zweck der vorliegenden Arbeit. Er sollte durch Heranziehung des österreichischen Zivilrechtes, insbesondere des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, der Prozeßgesetze und der Gewerbeordnung sowie der österreichischen Judikatur und Literatur erreicht werden. Nur dort, wo die Heranziehung neuen Rechtsstoffes Änderungen notwendig machte, wurden am Originale, als welches Staubs 5. Auflage und teilweise auch die das neue deutsche HGB. darstellende 6. Auflage diente, solche vorgenommen. In allen anderen Fällen wurden Staubs Darstellungen in die vorliegende österreichische Ausgabe unverändert hinübergenommen, und zwar auch dann, wenn eine von Staub ausgesprochene Rechtsansicht mit der konstanten Praxis österreichischer Gerichte im Widerspruche steht; es wurde in diesen Fällen lediglich die Divergenz hervorgehoben. Dort, wo ich einen Gesetzestext neu zu bearbeiten hatte, der dem Staubschen Kommentar nicht zu Grunde lag, wie z. B. die das Aktienrecht regelnden Artikel des HGB., suchte ich die von Staub an anderen Stellen entwickelten Rechtsgrundsätze nach Möglichkeit weiter fortzubilden; ich hoffte hierdurch eine Störung des einheitlichen Charakters des Werkes zu vermeiden. Die Grenzen der mir zugewiesenen Arbeit glaubte ich nicht über

Gebühr zu überschreiten, wenn ich einzelne Bestimmungen des ABGB., auf die bei der Erläuterung des Textes des HGB. Bezug genommen wurde, etwas ausführlicher erörterte, insbesondere unter Bewertung der Ergebnisse, welche in letzter Zeit wertvolle Monographien über einzelne Fragen unseres Zivilrechtes in Verbindung mit dem gerade in der jüngsten Zeit eingehend betriebenen Studium der Quellen unseres einheimischen Rechtes zu Tage gefördert haben. Die Judikatur, soweit dieselbe die Entscheidung grundsätzlicher Fragen zum Gegenstande hat, suchte ich möglichst vollständig zu berücksichtigen. Auch die Heranziehung einzelner Erkenntnisse der Gewerbegerichte, die die Entscheidungen handelsrechtlicher Fragen und solcher Fragen des Dienstvertrages zum Gegenstande haben, die in den Bestimmungen des ABGB. ihre Beantwortung finden, glaubte ich rechtfertigen zu können.

Meine Literaturangaben dienen hauptsächlich zum Belege für die in diesem Werke vertretenen Ansichten und die dort erwähnten Gegenmeinungen. Nur in dem durch diesen Zweck gebotenen Umfange habe ich Staub's Literaturangaben durch Anführung der Werke österreichischer Schriftsteller und Arbeiten, die österreichisches Recht zum Gegenstande haben oder besonders berücksichtigen, ergänzt. Für die von mir nicht beabsichtigte Vollständigkeit der Literaturangaben, auf die ich schon deshalb verzichten mußte, um den Umfang des Werkes nicht allzusehr zu vergrößern, suchte ich durch Verweisungen auf in anderen allgemein zugänglichen und allgemein benützten Werken enthaltene Literaturnachweise einen teilweisen Ersatz zu schaffen. Leider konnte ich nur die in deutscher Sprache erschienene Literatur berücksichtigen, wodurch mir sicherlich viel wertvolles Material entgangen ist. Daß mir auch von jenem Teile der Literatur, den ich berücksichtigen wollte und sollte, manches entgangen ist, muß ich im voraus zugeben; die fast unüberwindliche Schwierigkeit in der Auffindung und Beschaffung literarischer Hilfsmittel, gegen die ich während des größten Teiles meiner Arbeitszeit anzukämpfen hatte, wird vielleicht manche Unterlassung in diesem Punkte entschuldbar erscheinen lassen.

Herr Justizrat Dr. Staub hat die Revision der fertig gestellten Korrekturbogen besorgt; manche in letztem Augenblick erfolgte Berücksichtigung der neuesten Judikatur und Literatur des Deutschen Reiches ist seiner freundlichen Anregung zu danken.

Für die Überlassung seines Werkes zur vorliegenden Bearbeitung sei Herrn Justizrat Dr. Staub auch an dieser Stelle der wärmste Dank ausgesprochen.

Schwechat, im März 1904.

Dr. Pisko.

## Vorrede zur zweiten Auflage der Ausgabe für Österreich.

Kurze Zeit nach dem vollständigen Erscheinen der ersten Auflage der vorliegenden Bearbeitung ist dem rastlos schaffenden Schöpfer des Originalwerkes die Feder entsunken. Der emsigen, aufopferungsvollen Arbeit dreier deutscher Gelehrten ist es zu danken, daß Wissenschaft und Praxis im Deutschen Reiche auch für die Zukunft die Früchte der zehnjährigen Arbeit genießen können, die der verewigte Meister an die Erläuterung des deutschen HGB. gewendet hat. Die von Könige, Stranz und Pinner besorgte achte Auflage des Staub'schen Kommentars zum Handelsgesetzbuch weist die großen bekannten Vorzüge der Staub'schen Kommentierungsmethode auch in den verschiedenen inhaltlichen Abweichungen und zahlreichen Ergänzungen auf, die durch Änderung in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nötig geworden sind. Die vorliegende Auflage konnte sich an diese Ausgabe nicht in der gleichen Weise inhaltlich anlehnen wie die erste Auflage dieser Bearbeitung an die früheren von Staub selbst besorgten Ausgaben seines Kommentars. Die achte Auflage von Staub's Kommentar war indes nicht ohne Einfluß auf die vorliegende Arbeit, sie gab den Anstoß zur Behandlung einer Reihe von Fragen, die in der vorigen Auflage unerörtert geblieben sind und bei deren Behandlung ich vielfach zu einem inhaltlich gleichen Ergebnisse kommen mußte wie die oben genannten geschätzten Herausgeber. In den Fällen, in denen ich auf Grund eines gleichen Quellenmaterials eine andere Ansicht vertreten zu müssen glaubte, habe ich auf eine abweichende, in der achten Auflage von Staub's Kommentar vertretene Meinung hingewiesen. Hierbei sei zum Verständnis des oft wiederkehrenden Zitates „Staub's“ — wenn durch dieses die Quelle für eine der achten Auflage entnommene Ansicht mitgeteilt oder auf eine abweichende Meinung hingewiesen wurde — bemerkt, daß Justizrat Dr. Stranz das erste Buch, Justizrat Pinner das zweite Buch (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft), Reichsgerichtsrat Könige das dritte Buch (Handelsgeschäfte) bearbeitet hat. Einigen von den genannten Autoren vorgenommenen Änderungen in der Verteilung des Stoffes zwischen Text und Anmerkungen, habe ich mich angeschlossen. Durch diese Änderungen erscheint die Übersichtlichkeit der Darstellung gefördert.

Ergänzungen und Abweichungen gegenüber der vorigen Auflage erscheinen einmal durch einige Änderungen in der Gesetzgebung veranlaßt. In Betracht kommt hier hauptsächlich: die letzte Gewerbenovelle, das Terminhandelsgesetz, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung und das Scheckgesetz.

Auf die Bestimmungen dieser Gesetze wird an den zuständigen Stellen überall hingewiesen. Der Erläuterung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Terminhandelsgesetzes ist ein „Exkurs“ gewidmet.

Die österreichische Judikatur, die in Handelsfachen in den letzten fünf Jahren ziemlich reichhaltig erfließen ist, habe ich getrachtet, vollständig zu verwerten. Das Gleiche gilt von der Judikatur des Deutschen Reichsgerichtes, soweit sie den Text des heute noch in Österreich geltenden HGB. zum Gegenstande hatte. Die zum neuen deutschen HGB. erflissenen reichsgerichtlichen Entscheidungen wurden jedoch nur dann verwertet, wenn es unzweifelhaft war, daß materiell keine Änderung in der gesetzlichen Regelung der entschiedenen Frage eingetreten war. Ähnliche Grundsätze wurden auch bei der Verwertung der in Seufferts Archiv mitgeteilten Entscheidungen der deutschen Oberlandesgerichte beobachtet. Allerdings wurden hier nur jene Entscheidungen herangezogen, die Rechtsätze von erheblicher und allgemeinerer Bedeutung zum Ausdruck bringen.

In der Literaturbenützung habe ich an dem in der ersten Auflage beobachteten Grundsatz festgehalten. Zu Mandas Handelsrecht, das so zahlreiche, wertvolle Anregungen, Aufklärungen und Belehrungen bietet, ist überall eingehend Stellung genommen. Die neuere handelsrechtliche Literatur des Deutschen Reiches konnte nur in geringem Umfange verwertet werden; sie behandelt ja naturgemäß vorwiegend den geänderten Text des deutschen HGB. Aus diesem Grunde wurden auch vielfach von den Gesamtdarstellungen des deutschen Handelsrechtes in erster Linie die älteren Auflagen herangezogen, die noch die Darstellung des heute in Österreich geltenden HGB. zum Gegenstande haben.

An dem in der ersten Auflage durchgeführten Prinzipie, an Staubs Ansichten überall dort festzuhalten, wo nicht die Heranziehung neuen Rechtsstoffes eine Änderung notwendig gemacht hat, kann nicht mehr unbedingt festgehalten werden; dies hieße auf die Verwertung der Fortschritte verzichten, die die Rechtswissenschaft seit dem Erscheinen der letzten von Staub selbst besorgten Auflage — also während eines Zeitraumes von nahezu zehn Jahren — gemacht hat. Dies wäre gewiß nicht im Sinne Staubs gelegen, der niemals gegenüber überzeugenden Argumenten der Wissenschaft und Rechtsprechung ein starres Festhalten an einer einmal ausgesprochenen Ansicht bekundet hat. Trotzdem hiernach meine bescheidenen Ausführungen einen weiteren Umfang erreichen als in der vorigen Auflage, glaube ich doch, daß auch in dieser der Charakter des Werkes erhalten bleibt.

Wien, im November 1908.

Dr. Fisko.

## Erklärung der Abkürzungen.

- AdCl.** = Sammlung der Entscheidungen zum HGB., von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens, fortgesetzt von Dr. Josef Friedlaender.
- A. Adler** = Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes. 1894.
- Altfeld** = 2. Aufl. von Anshütz und Bölderndorff, Kommentar zum HGB. besorgt von Philipp Altfeld. (Nur bis Art 65 gediehen, wird nicht fortgesetzt.)
- Amtl.S.** = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe. (Fortsetzung der Rowatschen Sammlung.)
- Amtl.S.** (wenn das Wort „Gewerbegericht“ vorsteht) = Sammlung von Entscheidungen der k. k. Gewerbegerichte, herausgegeben vom k. k. Justizministerium.
- Anshütz und Bölderndorff** = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB., von Dr. August Anshütz und Dr. D. Freih. von Bölderndorff. 1874.
- AReg.** = Aktienregulativ.
- Behrend** = Lehrbuch des Handelsrechtes. 1. Band. 1868—1896.
- Blaschke-Pitreich** = Blaschkes Erläuterungen des HGB. Neu bearbeitet von Dr. A. Pitreich. 1896.
- Bolze** = Die Praxis des Reichsgerichtes in Zivilsachen von A. Bolze. (Eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichtes.)
- Budwinski** = Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes.
- Burchard** = Das Recht der Speibition von Dr. Johannes Leopold Burchard. Stuttgart 1894.
- Busch, Archiv** = Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. Deutschen Handels- und Wechselrechtes.
- Canstein** = Dr. R. v. Cansteins Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes. Berlin 1895.
- Cosack** = Lehrbuch des Handelsrechtes von Konrad Cosack. 3. Aufl. 1895. 6., auf Grund des neuen deutschen HGB. umgearbeitete Aufl. 1903. (Die Citate beziehen sich im Zweifel auf die 3. Aufl.)
- DHGB.** = Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
- Denkschrift** = Entwurf eines HGB. nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift. Berlin. Karl Heymanns Verlag. 1897.
- DJZ.** = Deutsche Juristenzeitung.
- Dnieftzjanskij** = Das Wesen des Werklieferungsvertrages nach österreichischem Rechte. 1898.
- Ehrlisch** = Die stillschweigende Willenserklärung, von Dr. E. Ehrlisch. 1893.
- Eisenbetr.Rgl.** = Eisenbahnbetriebsreglement vom 10. Dezember 1892, RGBl. Nr. 207.
- Endemann** = Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.
- Enquete** = Stenographische Protokolle über die Enquete betreffend die Reform des börsemäßigen Terminhandels, 3 Bände.
- Effer** = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Robert Effer II. 5. Aufl. 1891.
- Förtsch** = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB. von E. S. Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet von R. Förtsch, Reichsgerichtsrat.
- Frandel** = Die Bestimmungen des österreichischen Rechtes gegen unehrbares Wettbewerbs. 1884.
- Frankl** = Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte. 1891.
- Gareis-Fuchsberger** = Das Allgem. Deutsche HGB. Herausgegeben von Dr. Karl Gareis und Otto Fuchsberger. 1891.
- GH.** = Gerichtshalle.
- GU.** = Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes. Begonnen und herausgegeben von J. Unger und J. Glaser, J. v. Walter, fortgesetzt von L. Pfaff, v. Schey, Krupsky.
- GUWZ.** = Die neue Folge der obigen Sammlung (Jahrgang 1900 ff.).
- GmbHG.** = Das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906, RGBl. 58
- Goldschmidt, Handbuch** = Handbuch des Handelsrechtes von Dr. L. Goldschmidt. 2. Aufl. Erster Band 1874. Zweiter Band 1883 (unvollständig).
- Goldschmidt, System** = System des Handelsrechtes. Im Grundriß von L. Goldschmidt.
- Gorski** = Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. 1888.
- GZ.** = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
- GZ.** = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt usw.

- Sahn** = Kommentar zum Allgem. Deutschen G. B. von Dr. Friedrich v. Sahn. (Erster Band, 3. Aufl. 1879. Zweiter Band, 2. Aufl. 1883.) Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gebieken und soweit berücksichtigt. Sie erscheint nicht weiter.
- Sasenhyl** = Das österreichische Obligationenrecht.
- Seifinger** = Österr. Gewererecht, von Dr. Alois Seifinger. Band I—III. 1895. Nachtrag 1897. (in diesem Bande konnte nur die erste Auflage berücksichtigt werden).
- Sergenbahn** = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Th. Sergenbahn. 1891.
- Soldheim** = Wochenschrift, später Monatschrift für Aktienrecht und Bankwesen, seit 1897 Monatschrift für Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. Paul Soldheim.
- Sorten, JurN.** = Die Jurisdiktionsnorm und ihr Einführungsgesetz. Ein Kommentar v. Dr. S. Sorten.
- Sorten, ZPD., auch Sorten, Zivlpr.** = Österreichische Zivilprozessordnung, erläutert von Dr. Heinrich Sorten.
- JUSTIZBL.** = Justizministerial-Verordnungsblatt.
- JB.** = Juristische Blätter.
- JurBtrjtshr.** = Juristische Vierteljahresschrift (Prag).
- JW. oder JW.** = Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltsvereines. Berlin W. Moesers Verlag.
- Kaß,** Strafrechtliche Bestimmungen = Die strafrechtlichen Bestimmungen des G. B. Mit Kommentar und Anmerkungen von Dr. Edwin Kaß. 1885.
- Kayser** = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterung von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.
- Kehpner** = Allgem. Deutsches G. B. Erläutert und herausgegeben von Hugo Kehpner. 1870.
- KaffhE.** = Entscheidungen des Obersten Gerichts als Kassationshofes.
- Klein, Vorlesungen** = Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses. 1900.
- Kleinwächter** = Zur Frage der Reform des österr. Aktienrechtes, von Hofrat Dr. Freih. Kleinwächter (Gzernewitz 1899, Separatabdruck aus JB. 1899).
- Krausz-Ehrenzweig** = System des allgem. österreichischen Privatrechtes von Dr. Josef Krausz, aus dessen Nachlasse herausgegeben und redigiert von Dr. L. Pfaff, 4. Aufl. Besorgt von Dr. Armin Ehrenzweig.
- Kulisch** = System des österreichischen Gewerrechtes. 1. Band 1905.
- Landauer** = Das österr. Aktienrecht, systematisch dargestellt. 1900.
- Lehmann, I, II** = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Karl Lehmann.
- Lehmann, Lehrb., auch Lehmann, HN.** = Lehrbuch des Handelsrechtes von Karl Lehmann.
- Lehmann-Ring** = Komm. zum G. B. für das Deutsche Reich.
- Leipziger Z.** = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
- Link** = Die Rechtsprechung des k. k. Obersten Gerichtshofes, von Dr. Emil Link. Wien.
- Löwenfeld** = Das Recht der Aktiengesellschaften. 1879.
- M.** = Entwurf eines G. B. für die preussischen Staaten. Zweiter Teil. Motive. Berlin 1859.
- Matower** = Das Allgem. Deutsche G. B. Mit Kommentar herausgegeben von S. Matower. (Die Zitate beziehen sich in Zweifel auf die 11. Auflage.)
- Mat.** = Die Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen, herausgegeben vom Justizministerium.
- Mataja** = Grundriß des Gewerrechtes und der Arbeiterversicherung 1899.
- M. Mayer** = Das sogenannte Publizitätsprinzip im österreichischen Handelsrechte, B. 3. 32.
- F. Mayer** = Mäkler und Agenten nach österreichischem Rechte, von Dr. Felix Mayer. 1899. (Sep. Abdr. aus der GZ.)
- Mat. zum AktGes.** von 1884 = Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen. (Berlin, Carl Heymanns Verlag. 1883.)
- Remethy, Formulare** = Die Formulare des Verfahrens außer Streitfachen. In praktischer Anwendung und mit Materialien ausgestattet (2. Auflage).
- Reutkamp** = Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften m. b. S. von Ernst Reutkamp.
- Reumann** = Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen vom 1. August 1895.
- Reumann, Komm. zur E. D.** = Kommentar zur Exekutionsordnung.
- Rotznagel** = Das österreichische Aktienregulativ, von Dr. Walter Rotznagel in GZ. 50, S. 111—164.
- Rotz.** = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit.
- Rowat** = Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen. Wien, Manz.
- Obertribunal** = Entscheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.
- O. G. S.** = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes.
- Oßner** = Die Ur-Entwürfe und die Beratungsprotokolle des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von Dr. Julius Oßner. 2 Bände. 1899.
- P.** = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgem. Deutschen G. B. Herausgegeben von J. Euz. 9 Telle. 1858—1863.

- Perl und Wreschner = *Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichtes*. Herausgegeben von den Rechtsanwältin Perl und Wreschner. Berlin, Verlag von Siemenroth und Trotschel (früher Siemenrot und Worms).
- PersStG. = Personalsteuergesetz vom 25. Oktober 1896, RGBl. 220.
- Peterfen und Pechmann = *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884*. Erläutert durch Dr. Julius Peterfen und Wilhelm Freih. von Pechmann. 1890.
- Pfaff-Hofmann = *Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*.
- Pfersche = *Das gewerbliche Arbeitsverhältnis nach österreichischem Rechte 1892*.
- Pinner = *Das deutsche Aktienrecht* von Albert Pinner.
- R. Pollak, Konkursrecht = *Das Konkursrecht*, von Dr. Rudolf Pollak. 1897.
- R. Pollak, Zivilpr. = *System des österr. Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes*.
- R. Pollak, Zwangsverwaltung = *Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen*, von Dr. Rudolf Pollak. 1899. (Sep. Abdr. aus der Juristischen Vierteljahresschrift.)
- Pollitzer = *Das österreichische Handelsrecht*.
- Pollitzer, Immobilienverkehr = *Das Verhalten des Allgem. Deutschen GGB. zum Immobilienverkehr*. 1885.
- Puchelt oder Puchelt-Förtsch = *Kommentar zum Allgem. Deutschen GGB.*, von E. S. Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet vom Reichsgerichtsrat Förtsch. 1894 (siehe Förtsch).
- Randa = *Das österreichische Handelsrecht mit Einschluß des Genossenschaftsrechtes* (2 Bände).
- Randa, Besitz = *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, von Dr. Anton Randa.
- Randa, Eigentum = *Das Eigentumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Wertpapiere des Handelsrechtes*.
- Rehm = *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung usw. nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht*.
- Reisch und Kreibitz = *Bilanz und Steuer*. Grundriß der kaufmännischen Buchführung unter besonderer Würdigung ihrer wirtschaftlichen und juristischen Bedeutung, von Dr. Richard Reisch und Dr. Josef Klemens Kreibitz. 1. Band (2. Aufl. 1907) 2. Band 1900.
- Renaud = *Das Recht der Aktiengesellschaften*, von Achilles Renaud. 1. Aufl. 1863. 2. Aufl. 1875. (Die 3tate beziehen sich im Zweifel auf die 1. Aufl.)
- RG. = *Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen*. Zeit & Komp.
- RG. in Strafsachen = *Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen*. Zeit & Komp.
- Ring = *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884*. Erläutert von Viktor Ring. 2. Aufl.
- ROHG. = *Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes*.
- RZ. = *Österreichische Richterzeitung*.
- Sarl = *Über den Umfang der derogatorischen Wirkung des GGB. gegenüber dem allgemeinen Zivilrechte* von Dr. Ignaz Sarl, im Zentralblatt für die juristische Praxis 1891. S. 128—146.
- Schauer = *Ausgaben der Zivilprozessordnung, Exekutionsordnung, der Gerichtsorganisations-Gesetze samt Geschäftsordnung*, von Dr. Hugo Schauer.
- Schulze-Görlitz = *Die Führung des Handels- und Musterregisters*. 1893.
- Seuff A. = *Seufferts Archiv*.
- Simon, Bilanzen = *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften*, von Dr. Hermann Zeit Simon. 2. Aufl. 1898.
- Siedl = *Das österreichische Zivilprozessrecht*, von Dr. Artur Siedl. 1. Band 1900.
- Sig. = *Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des I. f. Obersten Gerichts- als Kassationshofes, veröffentlicht im Auftrage des I. f. Obersten Gerichts- als Kassationshofes*, von der Redaktion der Österreichischen Gerichtszeitung.
- Staub, 8. Aufl. = *Staub's Kommentar zum GGB.*, 8. Aufl., bearbeitet von Rönige, Strang, Pinner.
- Steg. = *Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichtes zu Leipzig*. Berlin, J. Guttentag.
- Str. Arch. = *Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals*. Berlin, J. Guttentag.
- Ehöl = *Das Handelsrecht*, von Dr. Heinrich Ehöl. 6. Aufl.
- Elsch = *Der Einfluß der Zivilprozessgesetze auf das materielle Recht*, 2. Aufl. 1901.
- Wälderndorff = *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884*. Erläutert von Dr. Otto Freih. v. Wälderndorff.
- Weishut = *Der Effektenumsatz und die Börsengeschäfte, sowie deren Besteuerung* (1898).
- Willenbücher = *Das Allgem. Deutsche GGB. mit Ausschluß des Seerechtes*. Für die Praxis erläutert von Willenbücher. 1891.
- WJ. = *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Hofrat Professor Dr. E. S. Grünhut (auch genannt Wiener Zeitschrift).
- ZBl. = *Zentralblatt für die juristische Praxis*. Herausgegeben von Dr. Leo Geller.

# Inhalt des ersten Bandes.

|                                             | Seite |
|---------------------------------------------|-------|
| Vorbemerkung . . . . .                      | 1     |
| Allgemeine Bestimmungen. Art. 1—3 . . . . . | 3     |

## Erstes Buch. Vom Handelsstande.

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Erster Titel. Von Kaufleuten. Art. 4—11 . . . . .                                      | 15  |
| Zweiter Titel. Von dem Handelsregister. Art. 12—14 . . . . .                           | 56  |
| Dritter Titel. Von den Handelsfirmen. Art. 15—27 . . . . .                             | 70  |
| Vierter Titel. Von den Handelsbüchern. Art. 28—40 . . . . .                            | 128 |
| Fünfter Titel. Von den Procuristen und Handlungsbevollmächtigten. Art. 41—56 . . . . . | 163 |
| Sechster Titel. Von den Handlungsgehilfen. Art. 57—65 . . . . .                        | 208 |
| Siebenter Titel. Von den Handlungsrätern oder Senjalen. Art. 66—84 c . . . . .         | 261 |
| Erster Zusatz zum ersten Buche. Von den Privathandelsmäklern . . . . .                 | 282 |
| Zweiter Zusatz zum ersten Buche. Von den Agenten . . . . .                             | 295 |

## Zweites Buch. Von den Handelsgesellschaften.

### Erster Titel. Von der offenen Handelsgesellschaft.

|                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Erster Abschnitt. Von der Errichtung der Gesellschaft. Art. 85—89 . . . . .                                                            | 306 |
| Zweiter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander. Art. 90—109 . . . . .                                    | 324 |
| Dritter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu dritten Personen. Art. 110—122 . . . . .                               | 361 |
| Vierter Abschnitt. Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben. Art. 123—132 . . . . . | 405 |
| Fünfter Abschnitt. Von der Liquidation der Gesellschaft. Art. 133—145 . . . . .                                                        | 442 |
| Sechster Abschnitt. Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter. Art. 146—149 . . . . .                                     | 475 |

### Zweiter Titel. Von der Kommanditgesellschaft.

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Erster Abschnitt. Von der Kommanditgesellschaft im allgemeinen. Art. 150—172 . . . . .           | 483 |
| Zweiter Abschnitt. Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere. Art. 173—206 . . . . . | 524 |

**Dritter Titel. Von der Aktiengesellschaft.**

|                                                                                | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Erster Abschnitt. Allgemeine Grundsätze. Art. 207—215 . . . . .                | 572   |
| Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnis der Aktionäre. Art. 216—226 . . . . .      | 680   |
| Dritter Abschnitt. Rechte und Pflichten des Vorstandes. Art. 227—241 . . . . . | 765   |
| Vierter Abschnitt. Auflösung der Gesellschaft. Art. 242—248 . . . . .          | 846   |
| Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen. Art. 249 . . . . .                      | 905   |
| Zusatz zum zweiten Buche. Aktienrechtliche Strafbestimmungen . . . . .         | 906   |

**Drittes Buch. Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.**

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Erster Titel. Von der stillen Gesellschaft. Art. 250—265 . . . . .                                                       | 907 |
| Zweiter Titel. Von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Art. 266—270 . . . . . | 944 |

---

## Zusätze und Berichtigungen zum ersten Bande.

---

- §. 9, Zeile 20 von oben: richtig „fortgesetzte“ statt „festgesetzte“.
  - §. 12, in § 11c), zweiter Absatz, haben die Worte von: „dagegen ist das handelsrechtliche“ bis zum Schlusse dieses Absatzes zu entfallen.
  - §. 13, vierte Zeile des zweiten Absatzes der Erläuterung zu Art. 3: richtig „auch“ statt „erst“.
  - §. 19, vierte Zeile des § 3: richtig „eigener“ statt „einer“.
  - §. 45, drittlezte Zeile des § 6: richtig „Unternehmens“ statt „Unternehmers“.
  - §. 63, Zeile 22 von unten: richtig „§ 4 zu Art. 115“ statt „§ 9 zu Art. 115“.
  - §. 66, siebente Zeile des § 12: richtig „Eintragung“ statt „Einbringung“.
  - §. 72, drittlezte Zeile des § 5: richtig „Handelsgeschäften“ statt „Handelsgesellschaften“.
  - §. 74, dritte Zeile in § 1: richtig „Handelsgeschäften“ statt „Handelsgesellschaften“.
  - §. 77, Zeile 8 von unten des § 5: richtig „für alle“ statt „von allen“.
  - §. 408, der lit. b des § 4 ist hinzuzufügen: „Der Zwangsausgleich ist unzulässig, wenn eine der in § 208 R.D., lit. b—d und f angeführten Tatsachen auch nur in der Person eines Gesellschafters eintritt. Das Erfordernis der gehörigen Buchführung (§ 208 R.D., lit. f) kann aber nur auf das gesellschaftliche Geschäft, und das Erfordernis des § 208, lit. a, nur auf die Gesellschaftsfirma bezogen werden (vergl. Frankl, S. 67, 68).“
  - §. 417, Zeile 13 im zweiten Absätze der Einleitung: richtig „Prainz-Ehrenzweig § 129“ statt „Ehrenzweig § 129“.
  - §. 643, vierte Zeile des § 4: richtig „GZ.“ (Goldschmidts B.) statt „GB.“.
-

## Vorbemerkung.

### Zur Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches.

1. Am 18. Dez. 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundestage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Nürnberger Kommission“ stellte in jahrelanger Arbeit (1857 bis 1861) den Entwurf eines Handelsgesetzbuches fertig und der Bundestag empfahl denselben den deutschen Staaten zur freiwilligen Annahme, eine eigene Gesetzgebungsgewalt ging ihm ab. Diese Empfehlung fiel auf fruchtbarem Boden, indem die allermeisten Staaten den Entwurf unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten einführten. In Preußen geschah dies 1861. Damit war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zu Stande gekommen. Nur Luxemburg, Schaumburg-Lippe und das Preussische Jahdegebiet haben das HGB. als Landesgesetz nicht eingeführt.

Es erfolgte sodann die Erhebung des HGB. zum Bundes- und Reichsgesetz: 1. für den Norddeutschen Bund durch Bundesgesetz vom 5. Juni 1869; für das Deutsche Reich außer Bayern durch Reichsgesetz vom 16. Apr. 1871, für Bayern durch Reichsgesetz vom 22. Apr. 1871, für die Reichsländer durch Reichsgesetz vom 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung vom 22. März 1891.

2. In Oesterreich ist das HGB. (mit Ausschluß des Seerechtes) als „Allgemeines Handelsgesetzbuch“ durch das „Gesetz vom 17. Dezember 1862, RGBl. Nr. 1 für 1863, zur Einführung eines Handelsgesetzbuches“ eingeführt worden. Auch in den österreichisch-ungarischen Konsulargerichtsbezirken gilt das HGB. (§ 16 der V. vom 31. März 1855, RGBl. Nr. 58, Abt. I. 1864; vergl. Strifower, Oesterreichisches Staatswörterbuch, 2. Aufl. (Art. Konsulargerichtsbarkeit), III, S. 93 ff., und zwar nicht bloß für österreichische, sondern auch für ungarische Staatsangehörige und Schutzgenossen (Gesetze vom 31. Aug. 1891, RGBl. Nr. 136, und ungar. Gesetzartikel XXXI, 1891; Strifower a. a. D.; Ulbrich, Staatsrecht, S. 250).

Das V. Buch des HGB., „Vom Seehandel“, wurde in Oesterreich nicht publiziert, obwohl das Seerecht von der österreichischen Theorie als zum Handelsrechte gehörend gerechnet wurde (Pfaff-Hofmann, S. 92).

Als Privatrechtsnormen gelten in Oesterreich: I. Für Dalmatien: das editto politico di navigazione vom 25. Apr. 1774 (neu aufgelegt im Jahre 1804, abgedruckt in den von den Seebehörden in Triest und Fiume herausgegebenen „Sammlungen der Gesetze und Verordnungen, betreffend den See- und Hafendienst“, II, S. 39 f. bis 2191, III, S. 687 ff. und in dem Handbuche „Das Oesterr. Recht“, II, S. 1095 ff.) und das II. vom Seerechte handelnde Buch des codice di commercio, eingeführt

von Napoleon durch das Kais. Dekr. vom 15. Apr. 1811 (publiziert im *osservatore Triestino* 1811, Nr. 44—50); § 2, GG. zum HGB. hat bloß das erste Buch des codice di commercio außer Wirksamkeit gesetzt. II. Für Triest und das Küstenland wurde durch die Hofdekrete vom 20. Sept. 1814, JGS. Nr. 1106, und 4. Mai 1816, JGS. Nr. 1240 (I, 7 d) der von Napoleon eingeführte codice di commercio aufgehoben und das editto politico di navigazione wieder eingeführt. Jedoch gilt in Triest und im Küstenlande das II. Buch des codice di commercio als Gewohnheitsrecht *AbtCl.* 1489, 1737, 1941, *GU.* 1212). Wo der codice di commercio verfaßt, gilt ebenfalls als Gewohnheitsrecht die *ordonnance pour le marine* aus dem Jahre 1681.<sup>1)</sup>

In letzter Linie ist auch für das Seerecht das *ABGB.* maßgebend (*GU.* 1212). Eine kurze systematische Darstellung des österr. Privatseerechtes findet sich bei Schredenthal a. a. O., S. 76 ff. über die verschiedenen Versuche einer Kodifikation des österr. Privatseerechtes siehe Reßlig, *Das Privatseerecht in Österreich-Ungarn* (Erster Jahresbericht über die neue Wiener Handelsakademie 1906) S. 27 ff.

Das HGB. ist in Österreich nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben. Schon das Einführungsgezet zu demselben hat einige Bestimmungen des HGB. teils abgeändert, teils ergänzt (siehe hierüber an zuständiger Stelle). Das Einführungsgezet selbst hat im Laufe der Zeiten einige Veränderungen erfahren; so haben die §§ 7 und 9 durch die KaisB. vom 11. Juli 1898, *RGBl.* Nr. 124, eine neue Fassung erhalten, die Bestimmungen der §§ 38 ff. über die Handelsgerichtsbarkeit sind teils durch die Jurisdiktionsnorm, teils durch das Gewerbegerichtsgezet abgeändert worden. An die Stelle des 7. Titels zum I. Buche des HGB. ist das Gezet vom 4. Apr. 1875, *RGBl.* Nr. 68, getreten u. a. m.

3. Die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Handelsrechtes mit dem Deutschen Reiche besteht derzeit nicht mehr. Dortselbst ist jetzt das HGB. vom 10. Mai 1897 in Kraft. Dasselbe ist in vier Bücher geteilt und enthält 905 Paragraphen; das IV. Buch, enthaltend die §§ 474 bis 905, regelt den „Seehandel“.

<sup>1)</sup> Die im Texte mitgeteilte Übersicht der Quellen des österreichischen Privatseerechtes ist der Abhandlung R. Pollaks „Die Beweisführung gegen Frachtführer und Schiffer“ (*Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß* 32, S. 258) entnommen. Vgl. auch Schredenthal, *Das österreichische öffentliche und Privatseerecht* (1906) S. 4 und R. Pollak, *GZ.* 1906 Nr. 41 (*Anzeige der im Texte erwähnten Abhandlung von Reßlig*).

# Allgemeine Bestimmungen.

## Artikel 1.

In Handelsfachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermanglung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

Der erste Artikel des Gesetzbuches trifft Bestimmungen über die **Rechtsnormen für Handelsfachen**, indem er die für dieselben maßgebenden **Rechtsquellen** und die Rangordnung derselben bezeichnet. Einleitung.

Die Erläuterung dieses Artikels hat sich zuzuwenden: einmal dem Begriffe der Handelsfachen, sodann den einzelnen Rechtsquellen.

1. Der Begriff der Handelsfachen. Er ist vom Gesetze mit Absicht nicht definiert (§. 5058 ff.). Die Wissenschaft aber kann einer Definition nicht entraten. Sie wird gewöhnlich dahin gegeben: daß unter Handelsfache die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs (Behrend, § 15) oder jene Rechtsverhältnisse, die sich auf Kaufleute und Handelsunternehmungen beziehen (Kanda, I, S. 3), oder die durch den Handel begründeten Rechtsverhältnisse des Privatrechtes zu verstehen sind (Makower). Sie ist aber in diesen Fassungen nicht korrekt, in der letzteren nicht, weil auch öffentlich-rechtliche Verhältnisse in Frage kommen (z. B. Handelsmakler; Gründungsbestimmungen bei Aktienvereinen), in allen erwähnten Fassungen nicht, weil schon die Frage, ob ein dem Handel angehöriges Sachverhältnis geeignet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen, den Normen des Handelsrechtes unterstellt ist. Richtig definiert ist die Handelsfache: jeder dem Handel angehörende Tatbestand, sofern seine rechtliche Erheblichkeit in Betracht kommt.<sup>1)</sup> § 1.

Den naheliegenden Einwurf der Unbestimmtheit würde man gegen diese Begriffsbestimmung mit Unrecht erheben; sie ist in demselben Maße bestimmt und unbestimmt, in welchem es der Begriff Handel ist, der einen notwendigen Bestandteil der Begriffsbestimmung bildet. Der Handel aber ist nach der zutreffenden Definition Goldschmidts (Handbuch, § 40): „diejenige Erwerbstätigkeit, welche sich der Besorgung des Güter- und Warenumlaufer widmet, somit die wirtschaftlichen produzierenden und konsumierenden Privatunternehmungen durch Vermittlung ihrer Leistungen verknüpft“. Dem Handel wesentlich ist die Erwerbs- oder Gewinnabsicht,

<sup>1)</sup> Ähnlich Hahn § 2: „die dem Handel angehörenden rechtlichen Tatbestände“. Was bedeutet aber ein rechtlicher Tatbestand? Zu enge Canstein § 1: „Tatbestände, die der Handel erzeugt und das Handelsrecht besondere Normen aufstellt“. Es gibt Handelsfachen, für welche weder das HGB. noch das Handelsgewohnheitsrecht Normen enthält, z. B. die Verlagsgeschäfte.

genannt Spekulation, doch ist dies das Kriterium jeder Erwerbstätigkeit; die Gewinnerzielung durch Vermittlung scheidet den Handel von allen anderen Erwerbstätigkeiten (Goldschmidt ebd.). Daß die Gewerbmäßigkeit dem Handel nicht wesentlich ist, steht jetzt fest (Behrend a. a. O.; Endemann, Handbuch, § 1 a. E.; Goldschmidt, § 40, Note 18).

Ist hienach Handelssache jeder dem Handel angehörende Tatbestand, so gehören dazu sicherlich alle diejenigen Tatbestände, welche das HGB. regelt, weil aus dieser Regelung evident hervorgeht, daß der Gesetzgeber sie als Handelssache betrachtet; nicht aber ist umgekehrt ein Tatbestand keine Handelssache, weil das HGB. ihn nicht regelt. Vielmehr ist auch jeder andere Tatbestand Handelssache, der das Erfordernis der Zugehörigkeit zum Handel aufweist. So kann z. B. die Miete von beweglichen Sachen, der Verwahrungsvertrag Handelssache sein (Leihbibliotheken, Bankdepotitalverkehr). Auch mag zur Verdeutlichung noch hervorgehoben werden, daß der Begriff Handelssache viel weiter ist als der der Handelsgeschäfte. Z. B. sind die amtlichen Geschäfte der Handelsmakler nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 272, Nr. 4) keine Handelsgeschäfte, wohl aber nach den obigen Handelsfachen, ebenso die Forderungen des Prinzipals gegen seinen Kommiss aus einer Unterschlagung (RDStG. 6, S. 197).

Was hienach im Einzelfalle als Handelssache zu betrachten ist, hat der Richter von Fall zu Fall zu entscheiden. Das Gesetz hat nicht bloß die Definition, sondern auch jede Exemplifikation mit Absicht vermieden. Manche Gesetze haben gewisse Rechtsstreitigkeiten für Handelsfachen erklärt. Hierin liegt, insoweit jene Angelegenheiten nicht schon ihrer Natur nach Handelsfachen sind, eine Erweiterung dieses Begriffes, sofern das betreffende Gesetz nicht bloß die Kompetenz regelt, sondern das betreffende Rechtsverhältnis wirklich als Handelssache erklärt, wie z. B. § 39 EG. zum HGB. (Schreiber, Lohnvertrag, S. 18).

Eine selbständige, bloß prozessuale und mit diesem Artikel in keiner Beziehung stehende Bedeutung haben endlich diejenigen Vorschriften anderer Gesetze, welche Rechtsstreitigkeiten der Handelsgerichtsbarkeit zuweisen, ohne die denselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse als Handelsfachen zu erklären (z. B. § 51, Z. 3, 4 und 5 ZN., § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, Art. XXIII und XXV des EG. zur ZPO.).

- § 2. 2. Die einzelnen Rechtsquellen nach ihrer Rangordnung.<sup>2)</sup> Dabei ist vorweg zu bemerken, daß diese Rangordnung nur da Platz greift, wo überhaupt das einheimische Recht in Frage kommt. Ist nach Lage des Falles ausländisches Recht maßgebend, so ist das ausländische Wohnheitsrecht auch im Widerspruch mit dem HGB. anzuwenden (RDStG. 7, S. 7).

Anlangend aber das einheimische Recht, so gilt folgende Rangordnung:

- § 3. a) In erster Linie kommt das Handelsgesetzbuch zur Anwendung, und zwar nicht bloß seine ausdrücklichen Vorschriften, sondern auch alle diejenigen Rechtsätze, die durch Auslegung gewonnen werden, denn mit dem Gesetze sind alle logischen Konsequenzen zum Gesetze erhoben — und endlich auch diejenigen, die sich durch analoge

<sup>2)</sup> Eine andere Rangordnung für das HGB. und das örtliche Wohnheitsrecht gilt im osmanischen Reiche bei Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit über österreichische Untertanen und Schutzgenossen (§ 8 der KaiS. vom 29. Jän. 1855, RStBl. Nr. 23, und § 14 der B. vom 31. März 1855, RStBl. Nr. 58).

Anwendung des Gesetzes ergeben — denn das HGB. ist zwar ein Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehrs, aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Konsequenz und daher nicht bloß strikter Auslegung fähig (Goldschmidt, Handbuch, S. 370 ff.; Behrend, § 17, Anm. 4; RDHG. 11, S. 417; Randa, I, S. 24).

- b) In zweiter Linie kommen die Handelsgebräuche zur Anwendung. Obwohl § 4. der Begriff der Handelsgebräuche bei den Beratungen über diesen Artikel nicht zur Klarheit durchgedrungen ist, so herrscht doch jetzt in der Praxis und Wissenschaft darüber Einigkeit, daß unter den Handelsgebräuchen in diesem Artikel die Rechtsätze des Gewohnheitsrechtes<sup>3)</sup> zu verstehen sind (für die Praxis vergl. RDHG. 6, S. 370; 8, S. 256; 16, S. 215; RG. 23, S. 100; für die Wissenschaft, Hahn, § 12; Allfeld, S. 12; Goldschmidt, Handbuch, I, §§ 35, 36; Laband in GZ. 17, S. 446 ff.; Randa, S. 27; Behrend, § 18, Anm. 1). Die Handelsgebräuche in diesem Sinne stellen ein vom Handelsgesetzbuche anerkanntes subsidiäres objektives Recht dar. Aus diesem ihren Wesen ergibt sich die Lösung der entstehenden Streitfragen.
- a) Ihre Geltung beruht auf der Anerkennung durch das HGB. Deshalb § 5. gelten sie auch da, wo das bürgerliche Recht das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ausschließt. Da nun weder das HGB. noch das ABGB. Vorschriften über die Geltungsbestimmungen eines Gewohnheitsrechtes enthalten, so kommen diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche sich nach allgemeinen Erwägungen aus dem Begriffe des Gewohnheitsrechtes ergeben (§ 7 ABGB.), so daß, wie Goldschmidt, § 36 sagt, „die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechtes maßgebend ist, welche überall dem verständigen Ermessen des Richters den freiesten Spielraum läßt“. (Vergl. auch Hahn, § 12, sowie Pfaff-Hofmann, S. 220 ff.) Über diese Erfordernisse vergl. Goldschmidt a. a. O.; Behrend, § 18; Allfeld, S. 14; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 165 ff. Im allgemeinen ist die in der faktischen Übung zum Ausdruck gelangte allgemeine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtsatzes erforderlich, also nicht die Überzeugung allein ohne die entsprechende Übung (RDHG. 9, S. 23; RG. 20, S. 304), aber auch nicht die Übung ohne die erkennbare opinio necessitatis, und beides — Überzeugung und Übung — müssen allgemein sein, das heißt nicht gerade ausnahmslos, aber nicht bloß vereinzelt oder durch zahlreiche entgegengesetzte Erscheinungen paralytisch.<sup>4)</sup>
- ß) Die Handelsgebräuche sind subsidiäres Recht. Sie stehen daher dem § 6. HGB. nach, und zwar in seinem ganzen Umfange (vergl. z. B. RG. 30, S. 79: ein die Auslegungsregel des Art. 278 außer Kraft setzendes Gewohnheitsrecht kann sich nicht bilden), also insbesondere auch, soweit dispositive Vorschriften desselben in Frage stehen (RDHG. 11, S. 243, vergl. auch Volze 8, Nr. 2). Soweit dieser Umfang reicht, sind einmal die zur Zeit der Emanation des Gesetz-

<sup>3)</sup> Beispiele eines Handelsgewohnheitsrechtes siehe in Abt. 1737; Amtl. 364.

<sup>4)</sup> Auch territoriale Allgemeinheit wird nicht erfordert, auch Ortsgebräuche sollen vielmehr gelten (B. 13; Allfeld S. 15). Vergl. auch § 16 der B. vom 31. März 1855, RGBl. Nr. 58.

buches bestehenden Handelsgebräuche aufgehoben (Str. Arch. 60, S. 244), und es kann sich ferner insoweit kein neues entgegenstehendes Gewohnheitsrecht bilden (nicht contra, sondern nur praeter legem). (Kanda, I, S. 2 f.; RG. 23, S. 100; Wolze 8, Nr. 2; vergl. RG. in Strafsachen 17, S. 301.) Andererseits kommen die Handelsgebräuche in allen den Fragen zur Anwendung, für welche aus dem HGB., sei es direkt oder durch Auslegung oder durch Analogie nichts zu entnehmen ist. Sie sind nicht etwa subsidiär in dem Sinne, daß alle diejenigen Materien, welche das HGB. regelt, dem Gewohnheitsrechte verschlossen wären. Es können daher z. B. die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäftes, über welches das HGB. Rechtsregeln aufstellt, ohne es zu definieren, aus dem Handelsgewohnheitsrechte entnommen werden. (ROHG. 11, S. 408, Fall der kaufmännischen Bürgschaft.)

- § 7. γ) Die Handelsgebräuche sind endlich objektives Recht. Sie unterliegen daher den allgemeinen Regeln für die Anwendung objektiven Rechtes. Darum muß der Richter einen ihm bekannten Handelsgebrauch anwenden, auch wenn die Parteien sich nicht auf ihn beziehen (a. M. Abt. 1. 842), und darf umgekehrt einen Handelsgebrauch nicht um deshalb als vorhanden annehmen, weil die Parteien über sein Vorhandensein einig sind. Zwar kann er der Partei, welche sich auf ihn beruft, den Beweis auferlegen, doch ist er an keine Erkenntnisquelle gebunden (§ 271 ZPO.). Übrigens sind mit Rücksicht auf § 182 ZPO. auch bloße Handelsgebräuche von Amts wegen zu berücksichtigen (Siedl, S. 13).

Eine wichtige Erkenntnisquelle für das Handelsgewohnheitsrecht, allerdings auch für die Handelsgebräuche, bilden die nach § 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1868, RGBl. Nr. 85, von den Handelskammern auszustellenden Gutachten und Zeugnisse, deren Bedeutung der Richter selbstverständlich nach freiem Ermessen zu würdigen hat (Blaschke=Bitreich, S. 21). Die unrichtige Anwendung eines Handelsgewohnheitsrechtes bildet den Revisionsgrund des § 503, Z. 4 ZPO.; vergl. unten bei § 9, P. 3.

Daß Handelsgebräuche objektives Recht sind, ist auch das, was sie von den Usancen, faktischen Handelsgebräuchen, der Geschäfts- und Handelsitte unterscheidet, deren Art. 279 Erwähnung tut und welche nur als Mittel zur Auslegung von Willenserklärungen in Betracht kommen.

- § 8. Zwischen den Handelsgebräuchen im Sinne des Art. 1 und den Usancen im Sinne des Art. 279, den eigentlichen und uneigentlichen Handelsgebräuchen ergeben sich hieraus folgende einzelne Unterschiede:<sup>5)</sup>

Erstens. Dem eigentlichen Handelsgebrauche ist die Partei unterworfen wie jeder objektiven Rechtsnorm, ohne besonderen Unterwerfungswillen (ROHG. 7, S. 11; RG. 14, S. 111, 114); die Handelsitte dagegen kann gegen sie nur angewendet

<sup>5)</sup> Der Unterschied zwischen eigentlichen und uneigentlichen Handelsgebräuchen entspricht der auf dem Gebiete des allgemeinen österreichischen Zivilrechtes üblichen Unterscheidung zwischen „Gewohnheitsrecht“ und „gemeinen Gewohnheiten“. Nur die Rechtsgültigkeit des ersteren, nicht die Berücksichtigung der letzteren ist durch § 10 ABGB. ausgeschlossen. (Paff-Hofmann S. 249; vergl. § 2 zu Art. 279.)

werden, wenn sie sich ihr unterworfen hat, ihr Inhalt gilt, weil er gewollt ist (RDHG. 6, S. 78; 11, S. 243). Gehört dazu auch nicht gerade eine ausdrückliche Erklärung, auch nicht gerade notwendig die Bekanntheit mit der betreffenden Handelsitte (RDHG. 13, S. 370), so muß doch, da ihre bindende Kraft lediglich auf dem Unterwerfungswillen der Partei beruht, dieser erweislich sein (vergl. Regelsberger bei Endemann II, S. 392). Randa I, S. 31, lehrt unter Hinweis auf §§ 872 ff. ABGB., daß Unkenntnis der Handelsitte dann außer Betracht bleibt, wenn die andere Partei mit Grund annehmen konnte, daß dem Kontrahenten der betreffende Gebrauch bekannt sei; dies widerspricht aber dem auch von Randa anerkannten Grundsatz der herrschenden Lehre, daß die Handelsitte nur auf Grund der Unterwerfung der Parteien gilt. Beispiele: Regelmäßige Börsebesucher unterwerfen sich durch den Geschäftsabschluß an der Börse den Börsenufancen (unten § 10). Bei dem in Kenntnis eines bestimmten Handelsgebrauches geschlossenen Frachtvertrage gilt der betreffende Handelsgebrauch dem Vertrage zu Grunde gelegt (AbtCl. 1535). Die Kontrahenten eines Frachtvertrages unterwerfen sich bei Abschluß desselben stillschweigend der Binnenschiffahrtsordnung, die ein Privatverein, bestehend aus Vertretern der betreffenden wirtschaftlichen Gruppe, für die betreffende Wasserstraße aufgestellt hat (AbtCl. 2086).

**Zweitens.** Sind die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit gegeben, so geht die Handelsitte wie jede Parteidisposition den dispositiven Vorschriften des Gesetzes vor, während die eigentlichen Handelsgebräuche, als nur subsidiäre objektive Rechtsnormen, den dispositiven Vorschriften des geschriebenen Gesetzes nachstehen (vergl. § 6).<sup>6)</sup> So kann sich z. B. ein eigentlicher Handelsgebrauch dahin, daß der Beamte einer Aktiengesellschaft eine über den Umfang des Art. 234 HGB. hinausgehende Vollmacht habe, oder daß der Handelsmakler vermutete Vollmacht zur Geldempfangnahme hat, nicht bilden, weil dies der wenn auch dispositiven Vorschrift des Art. 67, Abs. 2 widersprechen würde, wohl aber kann sich eine Handelsitte dieses Inhaltes bilden (RDHG. 11, S. 243). Ein anderes Beispiel dieser Art siehe in AbtCl. 1657.

**Drittens.** Im Prozesse sind eigentliche Handelsgebräuche als Rechtsatzungen, uneigentliche Handelsgebräuche als Erfahrungssätze anzusehen (R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung, S. 5; Zivilprozeß, S. 405). Schon daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Ufancen von Amts wegen (Pollak a. a. O., S. 10) und die Zulässigkeit des Vorbringens von Ufancen in zweiter Instanz, weil Erfahrungssätze keine Tatsachen sind und auf letztere allein sich das Neuerungsverbot bezieht (Pollak, S. 15). Dagegen kann Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung, S. 15, Zivilprozeß, S. 532) nicht beigeplichtet werden, wenn er den Revisionsgrund des § 503, Z. 4, auch auf die Anwendung unrichtig festgestellter Ufancen beziehen will. Uneigentliche Handelsgebräuche sind eben weder Tatsachen noch Rechtsätze. So wenig daher das nur von

<sup>6)</sup> Auch die Börsenufancen sind nur soweit rechtswirksam, als sie nicht zwingenden Bestimmungen entgegenstehen (vergl. Enquete III. S. 542).

ersteren handelnde Nothenverbot auf sie bezogen werden kann, so wenig kann der von Rechtsätzen sprechende Revisionsgrund des § 503, Z. 4 ZPO. auf sie angewendet werden.<sup>7)</sup>

## § 10.

Wohl das wichtigste Beispiel für diese Lehre sind die **Börsen-usancen**. Sie sind nicht Handelsgewohnheitsrecht, sondern Handels-sitte (RdHG. 8, S. 257; Gorzki, Enquete II, S. 520), was schon daraus hervorgeht, daß sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthalten. Sie sind bindend, weil von jedem, der an der Börse Geschäfte macht, vernünftigerweise angenommen werden muß, er handle unter den Bedingungen, unter welchen sich alle Geschäfte dafelbst erledigen (vergl. RdHG. ebb.).

Cosack, S. 364, und 6. Aufl. § 73, II, leugnet, daß die Usancen Verkehrs-sitte oder Gewohnheitsrecht seien, sie seien vielmehr gesetztes autonomes Recht. (Ähnlich Pfaff-Hofmann, S. 266 ff.) Cosack meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil eine Regel, die im Jahre 1896 in unangefochtener Übung stand, vom 1. Jänner 1897 ab außer Kraft treten und einer anderen Regel weichen soll. Es kann nun nicht bestritten werden, daß die Börsenorgane oft in dieser Weise verfahren. Das so Festgesetzte ist allerdings kein Gewohnheitsrecht, Gewohnheitsrecht ist nur das, was infolge Bewußtseins rechtlicher Notwendigkeit geübt wird, und daß es auch solche Börsenusancen gibt, die sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan bilden und dann erst durch dieses fixiert werden, wird nicht bestritten werden können. Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosack beschreibt, so sind ihre Festsetzungen zunächst allerdings kein Gewohnheitsrecht, aber sie stellen überhaupt kein Recht dar. Es ist jedenfalls nicht notwendig, hier eine neue Rechtsquelle anzunehmen, deren Existenzmöglichkeit, wenn sie nicht überhaupt nach dem Rechte des ABGB. zu leugnen (vergl. allerdings Pfaff-Hofmann a. a. D.), so doch jedenfalls in höchstem Grade zweifelhaft ist. Denn die betreffenden Rechtsgestaltungen lassen sich in anderer Weise genügend erklären, und zwar wie folgt: Eine solche Festsetzung ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen

<sup>7)</sup> Den Ausführungen des Textes über das Verhältnis von Handelsgewohnheitsrecht und Handelsusancen wurde die herrschende Lehre zu Grunde gelegt. Gegen die Richtigkeit und praktische Brauchbarkeit bestehen freilich mannigfache Bedenken. Die herrschende Lehre sieht in der Bestimmung des Art. 1, soweit dieselbe dem künftigen Gewohnheitsrecht derogatorische Wirkung gegenüber dem §GB. abspricht, eine bindende Rechtsnorm. Ist man der Ansicht, daß derartige Bestimmungen, wie z. B. auch die Bestimmung des § 10 ABGB., weil sie unmögliches aussprechen, wirkungslos seien (vergl. hierüber statt alle Eisele, Unverbindlicher Geleßensinhalt, Arch. für ziv. Praxis 69 S. 282 ff.), so ist man nicht genötigt, die bindende Kraft der Bestimmungen des §GB. widersprechenden Usancen auf einen Unterwerfungswillen der Parteien zurückzuführen, mit dessen Feststellung in der Praxis nicht Ernst gemacht wird und auch nicht gemacht werden kann (vgl. Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, Jherings Jahrbuch 38, S. 379 ff.). Die Zurückführung von Rechtswirkungen auf eine „stillschweigende Willenserklärung“ läuft auch hier — wie in den meisten anderen Fällen, in denen mit diesem Konstruktionsbehelf operiert wird — auf eine bloße Fiktion hinaus (vergl. Ehrlich S. 286 ff.). Die von der herrschenden Lehre aufgestellten Begriffsmerkmale für das Handelsgewohnheitsrecht und die Handelsusancen geben der Praxis kaum eine Handhabe im konkreten Falle festzustellen, ob ein bestimmter Handelsgebrauch (im weiteren Sinne) als Handelsgewohnheitsrecht oder als Handelsusance anzusehen ist (vergl. Pfersche, Das Problem des Gewohnheitsrechtes S. 14).

Erkennen die Einhaltung dieser Börsebedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten entspricht, daß es daher für wünschenswert erachtet wird, wenn die Geschäfte an der Börse möglichst allgemein unter Zugrundelegung derselben geschlossen werden. Ein solcher Ausspruch des leitenden Organes der Börse hat zur Folge, daß er in gewisser Weise respektiert wird, zwar nicht wie gesetztes Recht, aber es muß nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, nachdem eine solche Bekanntmachung erlassen ist, von jedem Börsebesucher, 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 Publikation des Börseorganes nicht eine singuläre Art von gesetztem Recht, vielmehr wird ihr Inhalt zur Auslegung der Rechtsgeschäfte verwendet, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Im Laufe der Zeit entwickelt sich dann aus der Verkehrssitte eine Rechtsitte. Aus der Anschauung, daß es dem kaufmännischen Anstande ziemt, die von den Börseorganen publizierten Bedingungen gegen sich gelten zu lassen, wenn man das Gegenteil nicht erklärt hat, entwickelt sich nach und nach durch die festgesetzte Übung die Anschauung, daß man jene Bedingungen als *lex contractus* gegen sich gelten lassen müsse (vergl. Blaschke-Pitreich, S. 275), weil sie von der Börseleitung ordnungsmäßig publiziert sind. Auch wenn diese letztere Anschauung sich gebildet hat, ist der Inhalt der ohne vorherige Übung vom Börseorgan publizierten Bedingungen nicht Gewohnheitsrecht geworden. Zum Gewohnheitsrechte ist bloß der Satz geworden, daß die publizierten Börseusancen dem einzelnen Börsegeschäfte als *lex contractus* zu Grunde zu legen sind. Es liegt hier ein ähnlicher Rechtsfaz vor wie derjenige, der besagt, daß jeder, der mit öffentlichen Anstalten (Transport-, Versicherungsanstalten usw.) kontrahiert, sich den ordentlich kundgemachten Reglements derselben unterwirft (vergl. die Bemerkungen bei Art. 279, § 4). Die Anschauung, daß die Börseusancen auch dort, wo deren verbindliche Wirkung ohne Rücksicht auf die faktische Übung in letzter Linie auf die Tatsache der Publikation zurückzuführen ist, als *lex contractus* anzusehen sind, erklärt die Möglichkeit, daß die Usancen Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthalten können, führt aber ebenfalls zu dem Ergebnisse, daß sie keinen Bestimmungen des zwingenden Rechtes widersprechen dürfen.

Die Publikation von Börsebedingungen hat hienach entweder eine deklarative oder eine konstitutive Bedeutung. Erstere dann, wenn durch die Publikation festgestellt wird, was als Verkehrssitte tatsächlich geübt wird, letztere dann, wenn die Börseleitung durch die Publikation ihren Wunsch kundgibt, was als Verkehrssitte geübt werden soll.

Für das österreichische Recht könnte die Anschauung, daß die publizierten Börseusancen objektives, autonomes Recht bilden, in der Bestimmung des § 3 BörsG. eine scheinbare Stütze finden. Derselbst heißt es: „Die Börseleitung erläßt die Normen zur Regelung des Börseverkehrs innerhalb der gesetzlichen Grenzen, bestimmt insbesondere die Börsezeit, besorgt die ökonomischen Angelegenheiten §10a.

der Börse . . .“ Aus dem Gesetzeserte, zumal aus den Worten: „insbesondere die Börsezeit“, geht aber schon mit Deutlichkeit hervor, daß an dieser Stelle nicht an materiellrechtliche Bestimmungen, die ja den wesentlichen Inhalt der Börseusancen bilden, sondern an administrative Vorschriften gedacht wurde. So wird auch in den Motiven zur Regierungsvorlage des Börsegesetzes (Beilage 90 zu den stenogr. Prot. der VIII. Session) bei § 4 Reg. Vorl. (fast wörtlich gleichlautend mit § 3 des Gesetzes) ausgeführt: „Der Börseleitung wird die Erlassung von Normen zur Regelung des Börseverkehrs zur Pflicht gemacht. Damit ist nicht eine legislative Tätigkeit, sondern die Einhaltung der Verkehrsordnung im Börseverkehre gemeint . . .“ Die Motive jagen weiter, es sollen durch § 3 BörseG. den Börsen jene Funktionen zugewiesen werden, welche sie früher auf Grund des § 68 des Gesetzes vom 11. Juli 1854, RGBl. Nr. 200, ausgeübt haben. Diese Gesetzesstelle lautete: „Die Börsenkammer regelt auch die Börseangelegenheiten aus eigener Amtswirkksamkeit, insoweit dies ohne Beirung dieses Gesetzes und der vorgeschriebenen Geschäftsordnung möglich ist.“ Daß es sich auch hier bloß um Bestimmungen administrativer Natur handelte, geht aus den vorangehenden §§ 66 und 67 mit Deutlichkeit hervor. (Ebenso Geller, Zur Reform der landwirtschaftlichen Börsen, ZBl. 1903, S. 518.) Die oberwähnten Motive führen als Beispiele jener Vorschriften, deren Erlassung sie im § 3 der Börseleitung zuweisen wollen, unter anderem an: „Die Vorschriften über Annahme oder Nichtannahme von gewissen Arten von Effekten, z. B. Stücken von größerem oder kleinerem Betrage, von Stücken, die unbeschrieben, makuliert oder defekt sind.“ Diese Beispiele gehen strenge genommen freilich über den Kreis jener Vorschriften hinaus, die „die Einhaltung der Verkehrsordnung im Börseverkehre betreffen“. Immerhin sind diese beispielsweise angeführten Vorschriften keine solchen, die einen erheblichen Einfluß auf den materiellrechtlichen Inhalt des Geschäftes ausüben.<sup>8)</sup> Daher können diese Beispiele nicht zur Widerlegung der eben ausgesprochenen Ansicht herangezogen werden, sie bieten uns im Gegenteil ein weiteres Erkennungszeichen für den dem Texte des Gesetzes entsprechenden Willen des Gesetzgebers, der Börseleitung ein Recht zur autonomen Festsetzung derartiger materiellrechtlicher Dispositivbestimmungen nicht einzuräumen, wie sie die Börseusancen in der Statuierung der abstrakten Schadenersatzberechnung zu Gunsten des Verkäufers, der Festsetzung des Inhaltes der Mängelanzeige, der Auflage der Verpflichtung zur Protesterhebung, der Bestimmung über die Girierbarkeit der Schlußscheine u. dgl. enthalten. Derartige Bestimmungen können daher nicht als autonomes Recht, sondern bloß als vertragsmäßige Vereinbarungen im Rahmen der Zulässigkeit solcher gültig sein. Im einzelnen Falle mag allerdings angesichts des nicht klaren Gesetzeswortes die Entscheidung der Frage recht schwierig sein, welche Bestimmung der

<sup>8)</sup> Heller (Getreideterminhandel S. 86) teilt zutreffend die Börseusancen nach ihrem Inhalt in solche, die die Technik des Verkehrs, und in solche, die die rechtliche Seite des Verkehrs regeln. Nur die ersteren fallen in den Bereich der den Börseleitungen durch § 2 BörseG. gewährten autonomen Rechtssetzung.

Usancen bloß als Vertragsvereinbarung und welche als autonome Rechtssetzung anzusehen ist.<sup>9)</sup>

§ 8 des Terminhandelsgesetzes schreibt für landwirtschaftliche Börsen Genehmigung der zuständigen Ministerien für die „von der Börseleitung zur Regelung der Geschäftsbedingungen und der Abwicklung der Börsegeschäfte zu erlassenden Vorschriften“, sowie eine bestimmte Art der Publikation dieser Vorschriften vor. § 9 dieses Gesetzes berechtigt unter bestimmten Voraussetzungen die zuständigen Ministerien die erteilte Genehmigung mit der Wirkung zurückzuziehen, daß diese Vorschriften in einem bestimmten Zeitpunkte außer Kraft treten. Den angeführten Bestimmungen liegt offenbar die Ansicht des Gesetzgebers zu Grunde, daß die von der Börseleitung kodifizierten Börseusancen objektives autonomes Recht schaffen. Die Ansicht ist, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, eine irri- ge (vgl. Keller a. a. O., S. 519). Auch die staatlich genehmigten Börseusancen gelten nur als *lex contractus*, sie sind trotz der staatlichen Genehmigung unwirksam, sofern sie dem zwingenden Rechte widersprechen.

Die §§ 8, 9 des Terminhandelsgesetzes, können nicht etwa als eine authentische Interpretation des Börsegesetzes in der Richtung angesehen werden, daß sie das auf Grund des § 3 BörseG. behauptete Recht der Börseleitung zur autonomen Rechtssetzung anerkennen und nur einschränken; sie bringen lediglich eine unrichtige, für den Ausleger nicht verbindliche Rechtsansicht zum Ausdruck. Der positive Inhalt der angeführten Bestimmungen erschöpft sich darin, daß Usancen einer landwirtschaftlichen Börse, die nicht von den zuständigen Ministerien genehmigt sind, nicht auf die vorgeschriebene Art kundgemacht sind, oder deren Genehmigung zurückgezogen ist, niemand verbinden.

Zu unterscheiden von den kodifizierten Usancen (Bedingungen) sind die auf Grund des § 2 BörseG. erlassenen Börsenstatute. Denselben kommt, soweit sie die im § 2 erwähnten Punkte regeln, der Charakter von objektiven Rechtsnormen zu (Pfaß-Hofmann, S. 269).

Die Frage, ob durch Börseusancen jemand gezwungen werden könne, vor dem Börsenschiedsgerichte Recht zu nehmen, ist für das österreichische Recht gegenstandslos, da die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Börsenschiedsgerichtes im Gesetze genau geregelt sind. (§ 6 BörseG., Art. XIV des EG. zur ZPO.) Auch die frühere Streitfrage (vergl. Kornfeld, JBl. 1884, Nr. 13), ob die Parteien mit der Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht sich auch den statutarischen Bestimmungen über das Verfahren vor demselben unterwerfen, ist heute gegenstandslos, da Art. XVII des EG. zur ZPO. ausdrücklich bestimmt, daß das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten, sofern nicht die Art. XVIII bis XXV des Gesetzes hierüber eine Bestimmung treffen, durch das Börsenstatut geregelt wird. In Ansehung eines außerhalb der Börse geschlossenen Geschäftes kann

<sup>9)</sup> Die Usancen für den Handel in Effekten und Waren an der Wiener Börse und die Usancen der Wiener Börse für landwirtschaftliche Produkte sind in der 2. Abteilung des XI. Bandes der Manz'schen Gesetzausgabe abgedruckt.

in der Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht allein noch keine Unterwerfung unter die Börsenancanen erblickt werden.

## § 11.

- c) In letzter Linie kommt in Handelsfachen zur Anwendung das allgemeine bürgerliche Recht<sup>10)</sup>, also erst dann, wenn weder das HGB. noch das Handelsgewohnheitsrecht Abweichendes bestimmen (R.D.H.G. 19, S. 304). Das alsdann zur Anwendung kommende bürgerliche Recht wird gebildet durch alle in Osterreich geltenden nicht handelsrechtlichen Rechtsnormen, mögen sie auf geschriebenem oder auf Gewohnheitsrechte beruhen (Sahn, § 15). Auch die Prozeßgesetze gehören dazu. Überall ist es gleichgültig, ob die Norm des bürgerlichen Rechtes die neuere Vorschrift ist oder die ältere (vergl. R.D.H.G. 3, S. 2). Es wäre denn, daß das spätere nicht handelsrechtliche Gesetz ausdrücklich handelsrechtliche Bestimmungen aufhebt, wie z. B. das Ratengesetz (vergl. § 10), oder stillschweigend derogiert, indem es zu erkennen gibt, daß es auch für Handelsfachen gelten wolle (Carl, S. 145). So sind durch Art. I der EG. zur Z.P.D., Z.N. und E.D. alle Bestimmungen des HGB. prozeßrechtlichen Inhaltes aufgehoben worden, sofern sie nicht durch die genannten Gesetze ausdrücklich in Kraft belassen wurden.

Die Subsidiarität hat hier die gleiche Bedeutung wie beim Gewohnheitsrechte (vergl. § 6). Insbesondere ist die Frage nach den Erfordernissen eines Rechtsgeschäftes, für welches das HGB. Rechtsregeln gibt, ohne es zu definieren, mangels eines Handelsgewohnheitsrechtes aus dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Nach § 1294 ABGB. ist daher der Begriff der „bösliehen Handlungsweise“ in Art. 396 und 427 HGB. zu bestimmen (AblCl. 297, vergl. auch AblCl. 391); nach § 1324 ABGB. bestimmt sich der frachtrechtliche Begriff der „groben Fahrlässigkeit“ in Art. 41 und 44 des Berner Übereinkommens (D.H.G., S. 1901, Nr. 9). Nach § 1207 ABGB. ist zu entscheiden, wann eine Gesellschaft, deren Eingehung zwar ein Handelsgeschäft ist, die aber unter keine der im HGB. genannten Gesellschaftsformen fällt, durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird (AblCl. 425). Die Bestimmungen der §§ 1402, 1403, 1406 und 1397 sind für die Haftung des Assignanten oder Indossanten bei einer kaufmännischen Anweisung maßgebend (AblCl. 474). Nach dem bürgerlichen Rechte sind die Fragen nach den Folgen der gesetz- oder vertragswidrigen Beschaffenheit einer Ware zu entscheiden (R.D.H.G. 7, S. 7). Dagegen ist das handelsrechtliche Lieferungs-geschäft, sofern es unter Art. 338 HGB. fällt, angesichts der klaren Bestimmung dieses Artikels in allen Punkten als Kauf anzusehen, während nach bürgerlichem Rechte, wie Dniestrzanski, § 4, Note 3 im Widerspruche zur herrschenden Meinung nachgewiesen hat, der Werklieferungsvertrag in manchen Punkten den Regeln über den Lohnvertrag, in manchen Punkten denen über den Kauf folgt (vergl. § 1 zu Art. 338).

Als lehrreiches Beispiel, wie Handelsrecht und bürgerliches Recht bei einem einzelnen Rechtsverhältnis durcheinandergehen, führt Cosack (S. 3) den Fall an, daß der Käufer einer im Handelsverkehre gekauften Ware den Preis mindern will. Ob hier ein Kauf und nicht z. B. Werkverdingung vorliegt, bestimmt das bürgerliche Recht; ob die Ware als

<sup>10)</sup> Carl, über den Umfang der derogatorischen Wirkung des HGB. gegenüber dem Zivilrechte, Z.B. 1891 S. 129—146.

mangelhaft anzusehen ist, das Handelsrecht (Art. 335); ob Preis-minderung überhaupt statthaft, das Zivilrecht; in welcher Form und Frist, das Handelsrecht uff.

### Artikel 2.

An den Bestimmungen der Deutschen Wechselordnung wird durch dieses Gesetzbuch nichts geändert.

„Wo das HGB. der Wechselordnung erwähnt, ist darunter die in Osterreich verkündete allgemeine Wechselordnung zu verstehen“ (§ 5, Abs. 2 GG. zum HGB.).

Wenn auch nicht jedes Wechselgeschäft notwendig Handelsfache ist (ROHG. 9, S. 238, Anm.), so kann ein Wechselgeschäft doch Handelsfache sein. Für diesen Fall wird im vorliegenden Artikel zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt, daß die Wechselordnung als *lex specialis* zu betrachten ist und als solche erst dann zur Anwendung gelangt, wenn das Wechselgeschäft ein Handelsgeschäft ist.

Die Wechselordnung greift aber nur Platz auf den Formalkontrakt, welcher durch die Wechselzeichnung zu stande kommt. Davon gesondert sind die sonstigen Beziehungen zwischen Wechselnehmer und Wechselgeber, die, wenn Handelsfache vorliegt, nach den Normen des Handelsrechtes zu beurteilen sind.

Beispiel: Diskontiert ein Kaufmann einen Wechsel, so richtet sich der Diskontsatz und die Frage nach der Einbeziehung der entstehenden Verbindlichkeiten in dem Kontokorrentverkehr nach dem HGB., die Existenz und der Umfang der wechselrechtlichen Haftung aus der geleisteten Wechselunterschrift nach der WD.

### Artikel 3.

Wo dieses Gesetzbuch von dem Handelsgerichte spricht, tritt in Ermanglung eines besonderen Handelsgerichtes das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle.

Die Streitfachen, die der Handelsgerichtsbarkeit, die entweder eine Einzel- § 1. oder Kollegialgerichtsbarkeit ist, zugewiesen sind, werden in §§ 51 und 52 FN. aufgezählt. Dazu kommt noch § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, § 96 des PatG., Art. XXIII und XXV des GG. zur ZPD., § 3, Scheckgesetz, § 42, Abs. 2 des GmbHG. Streitigkeiten aus allen anderen Sachen gehören vor die allgemeine Gerichtsbarkeit. Wo ein Gewerbegericht örtlich zuständig ist, gehört eine große Anzahl von Streitigkeiten, die durch die FN. der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen waren, nunmehr nach dem GewGG. vor die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes. (Vergl. Siegmund Grünberg, GZ. 1901, Nr. 33—35.)

Was die außerstreitige Gerichtsbarkeit in Handelsfachen<sup>11)</sup> betrifft, so § 2. besteht ebensowenig wie über die Abgrenzung derselben von der streitigen Gerichtsbarkeit eine allgemeine Bestimmung darüber, welche Gerichte zur Ausübung derselben zuständig sind (die dalmatinische FN. enthielt in § 85 eine solche Bestimmung). Keinesfalls können die zahlreichen Bestimmungen des HGB., z. B. Art. 145, Abs. 2, 195, Abs. 2, 310, 323 u. a. m., die eine bestimmte Angelegenheit entweder allgemein oder in erster Linie den „Handelsgerichten“

<sup>11)</sup> Vergl. Pisko, Die außerstreitige Gerichtsbarkeit in Handelsfachen, GZ. 1900 Nr. 37 und 38; Ott, Geschichte und Grundlage des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens S. 103, 121, 194.

zuweisen, als Entscheidungsquelle für die Zuständigkeitsfrage herangezogen werden. Handelsgerichte im Sinne des HGB. existieren in Oesterreich nicht und haben auch nach der früheren zur Zeit der Einführung des HGB. geltenden FN. nicht existiert; insbesondere sind die selbständigen Handelsgerichte in Wien, Prag und Triest trotz des gleichen Klanges des Wortes nicht als solche aufzufassen. (Vergl. Rehkner in GZ., Bd. XXV.) Dieselben nehmen in jurisdiktioneller Hinsicht keine andere Stellung ein als die Handelskammern der Kreis- und Landesgerichte und sind nicht für alle Handelsfachen zuständig (vergl. oben § 1). So bestimmt denn auch § 43 EG. zum HGB.: „Im übrigen werden die Vorschriften der Ziviljurisdiktionnormen, namentlich auch, insofern sie die Gerichte bezeichnen, welche zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit überhaupt oder in einzelnen Fällen zuständig sind, durch die Bestimmungen des HGB. nicht berührt.“ Hierzu kommt noch folgende Erwägung: Erachtet man zum Begriffe des Handelsgerichtes im Sinne des HGB. das Moment der Beteiligung des Laienrichters an der Rechtsprechung für wesentlich, so hat dieser Begriff für die außerstreitige Gerichtsbarkeit gar keine Bedeutung, da bei Ausübung derselben eine Mitwirkung des Laienelementes weder jetzt stattfindet, noch nach früherem Rechte stattgefunden hat. Sieht man aber von diesem Momente ab, so kann das Wort Handelsgericht im HGB. immer nur das besondere Gericht bezeichnen, dem die Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen ist, also das Kaufalgericht im Gegenfaze zum allgemeinen Gerichte, nicht aber im Sinne unserer Terminologie die Kollegialgerichte im Gegenfaze zu den Einzelgerichten, denen bei uns ebenfalls entweder allein oder neben der allgemeinen Gerichtsbarkeit die Ausübung der besonderen Kaufalgerichtsbarkeit in Handelsfachen übertragen ist.

Es muß daher statt des in Art. 3 HGB. ausgesprochenen Satzes für das österreichische Recht der Satz aufgestellt werden: „Wo das HGB. vom Handelsgerichte spricht, ist dasjenige Gericht zuständig, welches nach den bestehenden Kompetenzvorschriften zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in der betreffenden Handelsfache berufen ist.“

Die ausführliche Begründung der hier vertretenen, scheinbar selbstverständlichen Ansicht schien deshalb notwendig, weil in zahlreichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, insbesondere solchen, die anlässlich des Art. 310 HGB. erlassen sind (siehe dortselbst), die Annahme, daß das Handelsgericht, bezw. der Handelskammer des Kreis- oder Landesgerichtes zuständig sei, sichtlich nur damit begründet wurde, daß das HGB. an der betreffenden Stelle den Ausdruck „Handelsgericht“ gebraucht. Vergl. auch die Entsch. Abt. I. 1825, wo die zweite Instanz die Kompetenz des Handelsgerichtes zur Erlassung des Verwahrungsauftrages nach Art. 323 HGB. ausdrücklich auf die erwähnte irrige Argumentation stützte.

Gesetzlich ist die Zuständigkeitsfrage in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelsfachen bloß geregelt: bezüglich der Führung der Handels- und Genossenschaftsregister (Art. VIII EG. zur FN.), der Amortisierung (§ 115 FN.) und der Aufnahme der Seeverklärung (§§ 52 und 49 FN.). Vergl. die im XI. Bande (1. Abt.) der Manz'schen Gesetzesausgabe nach § 42, EG. zum HGB. mitgeteilten Vorschriften.

In allen übrigen Fällen fehlt uns jede Norm für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage und wir sind bei Lösung derselben auf die Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie in weitgehendstem Maße angewiesen. Letztere führt uns bei Berücksichtigung, daß die außerstreitige Gerichtsbarkeit grundsätzlich allgemeine und nicht Kaufalgerichtsbarkeit, grundsätzlich Einzel- und nicht Kollegial-

gerichtsbarkeit ist, sowie daß in außerstreitigen Sachen im allgemeinen die örtliche Zuständigkeit sich nach dem Gerichtsstande dessen richtet, der das Gericht anruft oder in dessen Interesse es tätig ist, zu der Aufstellung des Satzes, daß zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handels- sachen — wenn die Zuständigkeit sich weder unmittelbar aus dem Gesetze, noch aus anderen Momenten ermitteln läßt — dasjenige allgemeine Bezirksgericht zuständig ist, in dessen Sprengel derjenige, der vom Gerichte eine Amtshandlung begehrt, seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat. An zuständiger Stelle soll gezeigt werden, wie dieser allgemeine Grundsatz Anwendung findet oder wo von demselben eine Abweichung Platz greift (siehe bei Art. 133, 146, 310, 323, 348, 407).

## Erstes Buch.

# Vom Handelsstande.

## Erster Titel.

### Von Kaufleuten.

#### Artikel 4.

Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Der Artikel handelt vom **Begriffe des Kaufmannes**. Nach seinem Wortlaute<sup>1)</sup> will das Gesetz die Definition nicht für das Rechtsleben überhaupt, sondern nur im Sinne „dieses Gesetzbuches“ geben. Pollitzer, S. 45; Canstein I, S. 390. Sonst überall ist selbständig zu prüfen, ob die Anwendung dieses Begriffes als den Verhältnissen entsprechend erscheint. So haben die Bestimmungen der GewD. über Handelsgewerbe den Begriff des Kaufmannes im wirtschaftlich-historischen Sinne und nicht im juristischen Sinne des HGB. im Auge (Heilinger I, S. 66, Note 14, Kulisch, S. 167, Komorzynski, Handel, S. 8). Dagegen sind für den Begriff des Handelsmannes im Sinne des § 486, Abs. 2 StG. die Bestimmungen des jeweils geltenden Handelsrechtes maßgebend (RHG. Nr. 912, Finger, Strafrecht II, S. 252), ebenso für den Begriff des Kaufmannes im Sinne des § 246 RD. (R. Pollat, Konkursrecht, S. 130, Raferer, Materialien zur RD., S. 280). Einen ausdrücklichen Hinweis auf den Kaufmannsbegriff des Art. 4 HGB. enthält § 14 des WuchG. Dort, wo Gesetze ihre Anwendbarkeit auf registrierte Kaufleute beschränken, wie z. B. § 6 AnsG., kann selbstredend nur der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff in Betracht kommen.

Ob jemand Kaufmann im Sinne des § 51, Z. 1 ZN. ist, muß nach den Bestimmungen des in Osterreich geltenden HGB. beurteilt werden. Daher ist der vom OGH. nach mannigfachen Schwankungen der Judikatur ausgesprochene

<sup>1)</sup> über die Bedeutung der Worte „ist anzusehen“ vergl. Blaschke-Pitreich § 12.

gerichtsbarkeit ist, sowie daß in außerstreitigen Sachen im allgemeinen die örtliche Zuständigkeit sich nach dem Gerichtsstande dessen richtet, der das Gericht anruft oder in dessen Interesse es tätig ist, zu der Aufstellung des Satzes, daß zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handels- sachen — wenn die Zuständigkeit sich weder unmittelbar aus dem Gesetze, noch aus anderen Momenten ermitteln läßt — dasjenige allgemeine Bezirksgericht zuständig ist, in dessen Sprengel derjenige, der vom Gerichte eine Amtshandlung begehrt, seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat. An zuständiger Stelle soll gezeigt werden, wie dieser allgemeine Grundsatz Anwendung findet oder wo von demselben eine Abweichung Platz greift (siehe bei Art. 133, 146, 310, 323, 348, 407).

## Erstes Buch.

# Vom Handelsstande.

## Erster Titel.

### Von Kaufleuten.

#### Artikel 4.

Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Der Artikel handelt vom **Begriffe des Kaufmannes**. Nach seinem Wortlaute<sup>1)</sup> will das Gesetz die Definition nicht für das Rechtsleben überhaupt, sondern nur im Sinne „dieses Gesetzbuches“ geben. Pollitzer, S. 45; Canstein I, S. 390. Sonst überall ist selbständig zu prüfen, ob die Anwendung dieses Begriffes als den Verhältnissen entsprechend erscheint. So haben die Bestimmungen der GewD. über Handelsgewerbe den Begriff des Kaufmannes im wirtschaftlich-historischen Sinne und nicht im juristischen Sinne des HGB. im Auge (Heilinger I, S. 66, Note 14, Kulisch, S. 167, Komorzynski, Handel, S. 8). Dagegen sind für den Begriff des Handelsmannes im Sinne des § 486, Abs. 2 StG. die Bestimmungen des jeweils geltenden Handelsrechtes maßgebend (RHG. Nr. 912, Finger, Strafrecht II, S. 252), ebenso für den Begriff des Kaufmannes im Sinne des § 246 RD. (R. Pollat, Konkursrecht, S. 130, Raferer, Materialien zur RD., S. 280). Einen ausdrücklichen Hinweis auf den Kaufmannsbegriff des Art. 4 HGB. enthält § 14 des WuchG. Dort, wo Gesetze ihre Anwendbarkeit auf registrierte Kaufleute beschränken, wie z. B. § 6 AnsG., kann selbstredend nur der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff in Betracht kommen.

Ob jemand Kaufmann im Sinne des § 51, Z. 1 ZN. ist, muß nach den Bestimmungen des in Oesterreich geltenden HGB. beurteilt werden. Daher ist der vom OGH. nach mannigfachen Schwankungen der Judikatur ausgesprochene

<sup>1)</sup> über die Bedeutung der Worte „ist anzusehen“ vergl. Blaschke-Pitreich § 12.

Rechtsatz, daß die Handelsgerichtsbarkeit auch auf Kaufleute Anwendung findet, die in ein ausländisches, nach seinen Einrichtungen dem inländischen Handelsregister im wesentlichen gleichartiges Handelsregister eingetragen sind (ZB. Nr. 172, Amtl. S. 840) nur mit der Einschränkung richtig, daß der Beklagte auch unter Zugrundelegung der Vorschriften des in Österreich geltenden HGB. als Kaufmann anzusehen ist; nicht die Tatsache, daß eine Person ins Handelsregister eingetragen ist, sondern die Tatsache, daß ein Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, bildet die Voraussetzung der handelsgerichtlichen Kompetenz nach § 51, Z. 1 ZN. (B. Mayer, S. 468). Bestritten ist der Begriff des „Handelsgewerbes“ in § 88, Abs. 2 ZN., wo der Faktorengerichtsstand auf Personen, „welche ein Handelsgewerbe betreiben“ eingeschränkt wird. Nach unserer Ansicht<sup>2)</sup> findet § 88, Abs. 2 auch auf Personen Anwendung, die zwar kein Handelsgewerbe im Sinne der GewD., wohl aber ein solches im Sinne des HGB. betreiben (Spediteure, Buchdrucker, Frachtführer usw.). Der Wortlaut des Gesetzes bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß nur das Handelsgewerbe im Sinne der GewD. gemeint sei, da das HGB. an verschiedenen Stellen doch auch diesen Ausdruck gebraucht (so auch Horsten, S. 290, Neumann, S. 1224, Wehli, Kompetenzrechtliche Streitfragen, ZBl. 1906, S. 220, und die Praxis der Gerichte, a. M. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 305, dortselbst auch weitere Mitteilungen über Literatur und Spruchpraxis).

§ 1. 1. Nach der in diesem Artikel gegebenen Definition wird die Kaufmannsqualität bedingt durch den gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften. Daraus ergeben sich folgende Begriffsmerkmale:

a) Der Betrieb von Handelsgeschäften. Es betreibt die Handelsgeschäfte derjenige, in dessen Namen<sup>3)</sup> dieselben abgeschlossen werden (Goldschmidt, Handbuch, § 43, Nr. 2; vergl. Kulisch, S. 113), derjenige, welcher die Rechte und Verpflichtungen aus den Geschäften überkommt, der Herr des Geschäftes im juristischen Sinne. An sich kann man zwar Handelsgeschäfte auch im Namen eines anderen betreiben (vergl. Art. 41, 42, 47). Die Definition wäre daher allerdings präziser gewesen, wenn sie vom Betreiben der Handelsgeschäfte im eigenen Namen gesprochen hätte (Thöl, § 38, Anm. 1), aber es ist zweifellos, daß dies gemeint ist.

In diesem Sinne betreibt das Handelsgewerbe nicht bloß derjenige, der die Handelsgeschäfte durch eigene Tätigkeit abschließt, nicht bloß der, der sie durch andere hierzu beauftragte Personen abschließt, sondern schon der, der zuläßt, daß ein anderer in seinem Namen Handelsgeschäfte abschließt (RDSG. 21, S. 305; RG. 12, S. 10; 19, S. 197; vergl. auch RG. 15, S. 36, ferner Abt. 1843, 2008, OGH. vom 27. März 1903, RZ. 1904, 4). Auch im letzteren Falle gilt der-

<sup>2)</sup> Eine eingehende Begründung dieser Ansicht wurde in der vorigen Auflage dieses Werkes (Zusatz zu Art. 4) versucht.

<sup>3)</sup> Weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma, nicht der Träger des die Firma bildenden bürgerlichen Namens derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Schulze, der Müllers Geschäft mit Firma erworben hat, ist derjenige, in dessen Namen (genauer würde man sagen: in dessen Handelsnamen) die Geschäfte geschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt. Bei der offenen Handelsgesellschaft werden die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter geschlossen, weil die Firma der Handelsname aller Gesellschafter ist (Goldschmidt, Handbuch S. 469; Allfeld S. 37 Anm. 48).

jenige, in dessen Namen das Gewerbe betrieben wird, als Kontrahent der solchergestalt abgeschlossenen Geschäfte und haftet daher ex contractu (vergl. § 7, Abs. 2 zu Art. 129).

Es ist dabei nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch für Rechnung dessen gehen, in dessen Namen sie abgeschlossen werden (Thöl, § 38; RG. vom 24. Juni 1896 im Sächsischen Archiv, Bd. 6, S. 586), umgekehrt ist derjenige nicht Kaufmann, für dessen Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, wenn dies nicht in seinem Namen geschieht (Randa, I, S. 65).

Demgemäß ist nicht Kaufmann der Prokurist, der Handlungsgehilfe, der Liquidator einer ihm fremden Handelsgesellschaft (AblCl. 567), der Vorstand einer Aktiengesellschaft (Canstein I, S. 190; Bolze 9, Nr. 230), der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Aktionär als solcher, das Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der stille Gesellschafter, der Bevormundete, wenn der Vormund das Gewerbe zwar im Interesse des Mündels, aber im eigenen Namen betreibt; wohl aber ist Kaufmann der Vormund in letzterem Falle, das persönlich haftende Mitglied einer stillen oder einfachen Kommanditgesellschaft, der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, dieser jedoch bloß in Bezug auf seine Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann“ (Thöl, § 38; ebenso Hahn, § 5; Randa I, S. 67; vergl. auch AblCl. 591, AblCl. 1597; anders Buchelt, Anm. 10, Allfeld, S. 41 und unsere 1. und 2. Aufl., desgleichen Makower; Canstein I, S. 182, GZ. XX, S. 84 ff.). Die Judikatur betrachtet den Gesellschafter einer registrierten offenen Handelsgesellschaft als einen Kaufmann, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist: bei Anwendung der §§ 5, 6, AnfG. (AblCl. 1927, 1935; vergl. dazu Steinbach, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884, 3. Aufl., S. 72, N. 18), bei Anwendung des § 191 RD. (AblCl. 1974, 1977) und bei Anwendung der Kompetenzvorschrift des § 51, Z. 1 JN. (AblCl. 2147, DGH. 27. Nov. 1902, GZ. 1903, 16, 25. Juni 1902, Links 7026). Kaufmann ist nach unserer Ansicht nicht der Komplementar einer AG., noch weniger der Kommanditist einer solchen. Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist (entgegen unserer Annahme in der 1. bis 5. Auflage) kein Kaufmann. Zwar wird das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben (Art. 150). Aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der das Handelsgewerbe so betreibt, daß er seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist aber riskiert er nur ein bestimmtes Kapital, auf dessen Zahlung er zwar mit seinem ganzen Vermögen haftet, das doch aber nur ein begrenztes Einsetzen seiner juristischen Persönlichkeit involviert. Die allgemeine Anschauung erblickt in der Kommanditistenbeteiligung nicht mehr als eine Kapitalbeteiligung bei einer Handelsgesellschaft, keine Unternehmerschaft eines Handelsgeschäftes. Dadurch ändert sich eigentlich auch die Definition des Kaufmannes dahin, es ist derjenige, der ein Handelsgewerbe so betreibt, daß er für die entstehenden Verpflichtungen unbeschränkt haftet (ebenso Canstein I, S. 182, GZ. XX, S. 84 ff., Randa I, S. 66).

Bei nicht eingetragenen Firmen ist derjenige jedenfalls als der Gewerbetreibende zu betrachten, auf dessen Namen mit seinem Willen

das Gewerbe der Gewerbebehörde angemeldet ist (vergl. Mataja, S. 16). Bei Verpachtung eines Handelsgewerbes ist der Pächter als Kaufmann anzusehen (AbtCl. 1773, DGH. 24. Sept. 1902, RotZ. 1903, 16, 16. März 1904, JBl. 1904, 13; vergl. Kulisch, S. 115).

- § 2. b) **Gewerbsmäßiger Betrieb.** Gewerbe ist eine Tätigkeit, die in der Absicht unternommen wird, sie zu einer dauernden Gewinnquelle zu machen. Diese Absicht ist das einzig Entscheidende.<sup>4)</sup> Liegt sie erkennbar vor, so ist jedes, auch das erste auf Grund derselben abgeschlossene Geschäft als gewerbsmäßig anzusehen (Goldschmidt, Handbuch, S. 458, Anm. 15, Kulisch, S. 110, 111, Randa I, S. 67; vergl. auch RaffhE. Slg. 3273), z. B. auch die Anschaffung der Ware, deren Veräußerung in jener Absicht bezweckt wird (RG. in Strafsachen 27, S. 227; vergl. auch AbtCl. 1739, wo ganz richtig in der Häufigkeit der abgeschlossenen Geschäfte kein Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erblickt wird, aber statt eines auf den gewerbsmäßigen Abschluß von Handelsgeschäften eingerichteten Betriebes „ein nach den Vorschriften der Gewerbeordnung eingerichteter Betrieb“ verlangt wird). Gewerbsmäßigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als eigennützigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder wie beim gewerbetreibenden Staat (vergl. unten § 6) der öffentlichen Wohlfahrt (Canstein I, S. 188), und endlich auch dann, wenn jene Absicht nicht bei jedem einzelnen Geschäft unmittelbar obwaltet, wenn z. B. auch ein Geschäft unentgeltlich gemacht wird (RG. 33, S. 105; vergl. RHG. im JBl. 1898, Nr. 1452) oder gar mit Verlust, um Kunden zu gewinnen, oder wenn die Absicht nicht von Erfolg gekrönt wird (Kulisch a. a. O.). Doch muß wirklicher Gewinn und nicht bloß Deckung der Selbstkosten beabsichtigt sein (Mataja, S. 6). Genossenschaften, die statutengemäß Handelsgeschäfte nach § 272, Z. 2 betreiben, sind nur dann Kaufleute, wenn sie ihren Gewerbebetrieb nicht auf ihre Mitglieder beschränken (AbtCl. 959); jedoch erlangen auch bei Beschränkung der Kreditgewährung auf Mitglieder die Genossenschaften dann die Kaufmannseigenschaft, wenn sie in einer auf Gewinn gerichteten Absicht auch von Nichtmitgliedern Spareinlagen und Anlehen aufnehmen (DGH. vom 26. Apr. 1905, JBl. 1905, 29, Randa I, S. 86). Das Gleiche gilt von den Sparkassen (AbtCl. 388 und 1396). Auch würde als Kaufmann zu betrachten sein, wer eine Handelsunternehmung lediglich aus wohlthätigen Zwecken betreibt und allen Gewinn für solche Zwecke abgibt. Denn immerhin will er doch Gewinn erzielen; werden dagegen die Waren nur an Arme und zu ermäßigten, einen Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben, so liegt Kaufmannsqualität nicht vor (GZ. 6, S. 560). Die dauernde Einnahmequelle ist der Gegensatz zu einem bloß gelegentlichen Betriebe (RDHG. 14, S. 118). So wird z. B. derjenige, dem ein im Betriebe befindliches Geschäft als Erbe zufällt, etwa der Fiskus, dadurch nicht zum Kaufmann, wenn er das Geschäft lediglich zu dem Zwecke und so lange fortführen läßt,

<sup>4)</sup> Anders formuliert diesen Satz Mataja S. 5: „Gingegen genügt, wenn eine Beschäftigung ihrer objektiven Beschaffenheit nach zu den gewerbsmäßigen zählt, die erste wirkliche Ausführungshandlung, um einen gewerbsmäßigen Betrieb als vorhanden anzunehmen.“ Vergl. die zutreffende Begriffsbestimmung der „Gewerbsmäßigkeit“ für das Strafrecht bei Finger I. S. 289 und die im Texte erwähnte E. des RHG. Slg. 3273.

bis die Nachlassschulden gedeckt sind. Eine Frau wird dadurch, daß sie jahrelang Spekulationsgeschäfte an der Börse durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat, nicht Handelsfrau (Bolze, § 1, Nr. 712; RG. vom 9. Nov. 1893 in JW. 1894, S. 19; vergl. hierzu unten § 10). Ein gewisser Umfang des Gewerbebetriebes gehört zur Kaufmannsqualität regelmäßig nicht, hat vielmehr regelmäßig nur für den Unterschied von Vollkaufmann und Minderkaufmann Bedeutung. (Näheres zu Art. 10.) Auch gehört es nicht zur Gewerbsmäßigkeit, daß der auf den Abschluß einer Reihe von Handelsgeschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber manifestiert. Das Gegenteil nimmt zwar das RG. an (Urteil vom 9. Nov. 1893 in JW. 1894, S. 19; auch Cosack, S. 31 und 39). Allein auch für das Gebiet des Strafrechtes wird dieses Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht aufgestellt (vergl. Lishausen, Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuch, Anm. 2 zu § 260 Str. GB.), vergl. auch unten § 12, wo die Manifestation gegenüber dem Publikum auch als selbständiges Erfordernis der Kaufmannsqualität abgelehnt wird.

Ob im Einzelfalle gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und tatsächlicher Beurteilung der konkreten Sachlage (RdStG. 14, S. 117). Dieselbe muß derjenige dartun und beweisen, der aus der Gewerbsmäßigkeit rechtliche Konsequenzen zu seinen Gunsten herleiten will.

- c) **Rechtsgültig muß der Betrieb sein.** Wenn auch, wie im § 6 gezeigt § 3. werden wird, jede rechtsfähige Person Kaufmann sein kann, so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbständig Handelsgeschäfte zu betreiben, das heißt zum Gewerbebetriebe gehörige Rechtsakte in einer Person und ohne fremde Mitwirkung vorzunehmen. Ein Handelsgewerbe kann selbständig betreiben, wer selbständig handlungsfähig ist, das heißt wer fähig ist, sich durch eigene Handlungen zu verpflichten. Wem diese Fähigkeit in vollem Umfange mangelt oder nur in beschränkter Weise zusteht, der bedarf zum gültigen Handelsgewerbebetriebe der Genehmigung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen Person. Führt aber jemand ein Geschäft ohne die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gewerbebetriebes, z. B. ein Minderjähriger ohne Genehmigung des Vormundes, so ist dies kein Handelsgewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes; er wird dadurch nicht Kaufmann, seine Geschäfte sind nicht Handelsgeschäfte, und er kann insbesondere auch nicht wegen unterlassener Buchführung bestraft werden (RG. in Strafsachen 26, S. 94).

Über die Fähigkeit der Frauen und insbesondere der Ehefrauen, Handelsgeschäfte zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, siehe die Bemerkungen bei Art. 6.

Zur Rechtsgültigkeit des Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte um ihrer selbst willen nicht ungültig sind. Der Gewerbebetrieb des Wucherers fällt zwar äußerlich unter Art. 272, Z. 2 HGB., aber seine Geschäfte sind wegen § 8 WuchG. nichtig, sein Gewerbebetrieb ist daher kein gewerbsmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften, er selbst nicht Kaufmann, wenn er es nicht aus anderen Gründen ist. Das Gleiche gilt von Personen, welche ungültige Spekulationsgeschäfte (Differenzgeschäfte) gewerbsmäßig machen (vgl. Kulisch, S. 109). Dagegen reicht die bloße Ansehnlichkeit, der Umstand, daß der Gewerbebetrieb

ganz oder zum Teile auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmannsqualität zu verneinen (vergl. Bolze 18, Nr. 253). Desgleichen reicht dazu die mangelnde Befugnis zum Gewerbebetriebe nicht aus (unten § 7).

- § 4. d) **Handelsgeschäfte** müssen betrieben werden. Hierin liegt der Schwerpunkt der Definition. Nicht jeder Gewerbetreibende ist Kaufmann. Der Begriff des Kaufmannes geht Hand in Hand mit der Begrenzung des Kreises der Handelsgeschäfte. Über diese verhalten sich Art. 271 ff. Dort wird noch einmal auf die Kaufmannsqualität und den Kreis der Kaufleute zurückzukommen sein.<sup>5)</sup> Zu bemerken ist hierbei, daß es Handelsgeschäfte auf Seite des Gewerbetreibenden sein müssen. Sonst würde ein Schriftsteller Kaufmann sein, weil er gewerbsmäßig Verlagsverträge schließt, der Landwirt Kaufmann, weil er gewerbsmäßig an Getreidehändler verkauft. Und zwar müssen es Grundhandelsgeschäfte nach Art. 271 und 272 sein, denn die akzessorischen Handelsgeschäfte des Art. 273 setzen ja voraus, daß ein Kaufmann sie abschließt. Daß aber, wie Goldschmidt (in GZ. 36, S. 320) annimmt, Handelsgeschäfte auf beiden Seiten vorliegen müssen, ist im Gesetze nicht begründet. Betreibt der Kaufmann Handelsgeschäfte und Nichthandelsgeschäfte, so ist er Kaufmann, auf die Nichthandelsgeschäfte finden eventuell die Art. 273 und 274 Anwendung, wenn nicht Art. 275 entgegensteht (Bolze 18, Nr. 253). Dagegen kann ein Gutbesitzer, der in seiner Eigenschaft als (protokollierter) Spezereihändler Kaufmann ist, aus einem im Betriebe seiner Gutverwaltung als Frachtführer geschlossenen Frachtgeschäfte vor dem Handelsgerichte belangt werden (AblCl. 1494; vergl. Canstein I, S. 182: „Die Kaufmannseigenschaft durchdringt die Persönlichkeit“).

- § 5. 2. **Wo diese vier Erfordernisse zusammentreffen, ist Kaufmannsqualität vorhanden, und zwar:**

a) **Soweit sie vorhanden sind.** Betreibt eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Kaufmann, mit Bezug auf das andere Nichtkaufmann sein (vergl. RDHG. 11, S. 343; Kohlenhandel neben Bergwerksbetrieb). Doch trifft dies nur zu, wenn wirklich mehrere Gewerbe getrennt betrieben werden, nicht wenn ein technischer Betrieb die Grundlage für den Abschluß von Handelsgeschäften bildet, wie dies beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist (vergl. RDHG. 11, S. 386).

- § 6. b) **Solange jene Erfordernisse vorhanden sind.** Eine rechtliche Vermutung derart, daß jemand, der Kaufmann gewesen ist, es auch verbleibt, besteht nicht, weshalb derjenige, der die Kaufmannsqualität behauptet, zu beweisen hat, daß der Betreffende zur fraglichen Zeit gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betrieb (RDHG. 17, S. 169; RG. 13, S. 152).

Die Kaufmannsqualität hört auf, nicht, wie Buchelt (Art. 4 a. E.) annimmt, beim Wegfall aller gesetzlichen Voraussetzungen, sondern schon beim Wegfall einer derselben, insbesondere wenn der gewerbsmäßige Betrieb aufhört. Dazu ist aber erforderlich, daß nicht bloß zeitweilig keine Handelsgeschäfte abgeschlossen werden, sondern daß der Betrieb definitiv eingestellt ist (RDHG. 8, S. 47). Dies ist beim Eintritt des Konkurses jedenfalls dann der Fall, wenn die Verwaltung

<sup>5)</sup> In den §§ 26 und 27 zu Art. 272 geben wir ein alphabetisches Verzeichnis der Kaufleute und Nichtkaufleute.

der Masse die Einstellung des Geschäftsbetriebes beschlossen hat und der Gemeinschuldner auch sonst nicht Handelsgeschäfte betreibt (RG. 13, S. 152). Ob durch die Fortführung des Geschäftes durch den Masseverwalter die Kaufmannsqualität des Gemeinschuldners erhalten bleibt, hat das RG. a. a. O. unentschieden gelassen. Die Frage ist gegen die herrschende Ansicht (Cosack, § 77, R. 21; Jäger, Die RD., § 6, Anm. 26; Staub, Anm. 25 zu § 1) dann zu bejahen, wenn die Fortführung des Geschäftes nicht bloß dem Zwecke der Liquidation dient, sondern bezweckt, dem Gemeinschuldner für den Fall der Beendigung des Konkurses ohne Ausschüttung des Vermögens (Zwangsausgleich) das Geschäft in seiner produktiven Seite zu erhalten. Auch läßt sich der allgemein zugegebene Satz, daß mit der Konkursöffnung das Firmenrecht nicht unbedingt erlischt (§ 1 zu Art. 25) nicht anders als mit der Fortdauer der Kaufmannseigenschaft des Kreditars begründen. Auch verliert der Kaufmann diese seine Eigenschaft nicht dadurch, daß sein Handelsgewerbe in Zwangsverwaltung gezogen wird. Denn die Zwangsverwaltung bezweckt im Gegensatz zum Konkurse nicht die Realisierung des vorhandenen Vermögens, sondern die Weiterführung des in Exekution gezogenen Unternehmens durch einen für den Verpflichteten hinsichtlich der Verwaltung dieses Unternehmens aufgestellten öffentlich-rechtlichen Vertreter (R. Pollak, Zwangsverwaltung passim). Die Mitglieder einer in Liquidation getretenen offenen Handelsgesellschaft sind nicht notwendig Kaufleute, ebensowenig wie die Liquidationsgesellschaft selbst; es kommt darauf an, ob das Handelsgewerbe während des Auseinanderetzungsverfahrens noch fortbetrieben wird. Daß die Liquidationsgesellschaft ohne Rücksicht hierauf dem Firmenrechte und den Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs unterliegt, beruht auf der besonderen Vorschrift des Art. 139 und des § 192 RD. (Näheres bei § 1 zu Art. 144.)

### 3. Es ist unzulässig, irgend welches andere Erfordernis für die Kaufmannsqualität aufzustellen. § 7.

- a) Das HGB. stellt kein subjektives Erfordernis für die Kaufmannsqualität auf. Daraus folgt, daß jedes Rechtssubjekt Kaufmann sein kann, das juristisch in der Lage ist, Handelsgeschäfte zu betreiben. Mit anderen Worten, jede rechtsfähige, nicht bloß jede handlungsfähige oder gar bloß jede verpflichtungsfähige Person kann Kaufmann sein, da ja derjenige das Handelsgewerbe betreibt, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden (vergl. oben § 1), also auch Kinder, Wahnsinnige, Unmündige, unter väterlicher Gewalt befindliche, endlich auch juristische Personen (AbtCl. 1726), welche alsdann, wie wohl zu beachten ist, nicht als Handelsgesellschaften, sondern als Einzelkaufleute zu betrachten sind (Kanda I, S. 132, AbtCl. 2004; DLG. Dresden in Busch, Archiv 47, S. 59)<sup>6)</sup>, insbesondere auch die Körperschaften

<sup>6)</sup> Juristische Personen zum Zwecke des Geschäftsbetriebes (die nicht unter dem Begriff der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und der Gesellschaften mit beschränkter Haftung fallen) können sich nur mit staatlicher Genehmigung bilden (VerG. v. 26. Nov. 1852) hiedurch ist es möglich, daß sich auch andere als die in der Gesetzgebung anerkannten handelsrechtlichen Vereinigungen bilden, bei denen eine persönliche Haftung der Mitglieder ausgeschlossen ist. (Vergl. Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 236 der Beilagen zu dem stenogr. Prot. des Herrenhauses 17. Session S. 50, ferner Sachan, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GZ. 56, S. 444 ff.).

öffentlichen Rechtes, wie religiöse Korporationen (eine religiöse Brüdergemeinde in GZ. 7, S. 500; ein Bierbrauerei betreibender geistlicher Orden in AbtCl. 1413), die Gemeinden als Unternehmer von Ziegeleien (AbtCl. 1900), von Hüttenwerken, Brauereien, Gasanstalten (Sohow 12, S. 17). Hinsichtlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bestimmt der § 13 GenG. ausdrücklich, daß auf sie die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des HGB. Anwendung finden, wenn deren Unternehmen ganz oder teilweise Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat. (Hierüber Stroß, Genossenschaftsrecht, S. 114, Note 2.)

## § 8.

Bezüglich des Staates bestimmt § 8 GG. zum HGB.: „Inwiefern Unternehmungen des Staates in das Handelsregister einzutragen und daher den Bestimmungen des HGB. über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura zu unterziehen seien, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen.“ Aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, daß auch der Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, grundsätzlich als Kaufmann anzusehen ist (vergl. Österr. Rechtslexikon, S. 1102). Für das frühere deutsche Recht war dies nicht allgemein anerkannt (vergl. aber jetzt § 36 d. HGB.). Bei theoretisch richtiger Fassung des § 8 GG. müßte es statt „daher“ heißen „und“; denn nach dem HGB. ist die Anwendbarkeit der bloß für den Wollkaufmann geltenden Bestimmungen an die Firmenregistrierungspflicht und nicht an die Tatsache der faktischen Registrierung geknüpft (vergl. 2. Zusatz zu Art. 10). Nur kraft positiver Gesetzesvorschrift sind diese Wirkungen hier an die Tatsache der Registrierung geknüpft. Ist die Handelsunternehmung des Fiskus nicht ins Handelsregister eingetragen, so nimmt der Fiskus in Bezug auf dieselbe die Stellung eines Minderkaufmannes ein. Es zessiert sohin in diesem Falle nicht bloß die Verpflichtung zur kaufmännischen Buchführung, sondern es fehlt den in dieser Unternehmung geführten Büchern auch die volle handelsrechtliche Beweiskraft kaufmännischer Bücher. Letztere Konsequenz wurde bei Redaktion der in Rede stehenden Gesetzesstelle nicht übersehen (Stenogr. Prot. über die Sitzungen des Abgeordnetenhauses aus dem Jahre 1862, S. 3898 ff.). Die von den staatlichen Unternehmungen geführten Aufschreibungen werden ohnehin oft den Charakter öffentlicher Urkunden besitzen. Übersehen wurde aber anscheinend, daß durch die in Rede stehende Bestimmung auch den Handelsbüchern dritter Kontrahenten gegen den handeltreibenden nicht eingetragenen Staat Beweiskraft nur im Rahmen des § 20 GG. zum HGB. zukommt; übrigens ist diese Beschränkung für das heutige Recht so gut wie von gar keiner praktischen Bedeutung (vergl. Einleitung zu Art. 34).

In allen übrigen Beziehungen finden auf den Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, mag die betreffende Unternehmung in das Handelsregister eingetragen sein oder nicht, die für Kaufleute geltenden Bestimmungen Anwendung.

Bezüglich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit wird das Eisenbahnärar in der Praxis als ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann angesehen (Novak IV, 630, AbtCl. 1908, 2029, DGS. vom 4. Sept. 1906, ZBl. 1906, 403, 4. Dez. 1906, GS. 1906, 15). Der Praxis ist beizustimmen, insofern sie die Kaufmannseigenschaft

des Eisenbahnfiskus anerkennt, die Anwendung der Bestimmungen über die Kaufalgerichtbarkeit auf den ins Handelsregister nicht eingetragenen Eisenbahnfiskus läßt sich jedoch gesetzlich nicht begründen. § 51, Z. 1 RN. verlangt die tatsächliche Registrierung des Beklagten, nicht dessen Vollkaufmannseigenschaft (vergl. R. Pollak, Zivilpr., S. 265, N. 3).

Bezüglich des Postbetriebes ist die Kaufmannseigenschaft des Staates bestritten von Pollizer, S. 551, zugegeben von Canstein II, S. 275, und zwar unter zutreffender Berufung auf Art. 421. Wie aus den parlamentarischen Beratungen zu § 8 GG. (vergl. Stenogr. Prot. a. a. D.) hervorgeht, wurde die Kaufmannseigenschaft des Postfiskus vorausgesetzt und bloß die Anwendung der Bestimmungen über Firma, Procura und Handelsbücher stand unter Beratung. Im § 452 d. HGB. ist allerdings die Kaufmannseigenschaft des Postfiskus ausdrücklich verneint, aber die Denkschrift (S. 217) hebt hervor, daß sich aus Art. 421, Abs. 1 die gegenteilige Folgerung ziehen lasse.

Die Beamten des Staates sind aber keine Handlungsgehilfen, auch wenn sie kaufmännische Dienste leisten. Das Handlungsgehilfenverhältnis ist lediglich eine Abart des zivilrechtlichen Dienstvertrages. Das öffentliche Beamtenverhältnis ist aber, wie Laband (Staatsrecht I, S. 383) und Steinbach (Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation) ausführen, wesentlich verschieden von dem privatrechtlichen Dienstverhältnis (vergl. auch Canstein I, S. 317). Allerdings kann auch der Staat privatrechtliche Dienstverträge schließen und demgemäß auch Handlungsgehilfen in seinem Betriebe anstellen (Laband I, S. 385). Stellt er aber jemanden als Staatsbeamten an, so ist er Staatsbeamter auch dann, wenn seine Dienste kaufmännischer Natur sind. Das hat, wie Laband zugibt, früher gegolten, wird aber nicht, wie Laband (in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 3, S. 394) annimmt, jetzt dadurch anders, daß jetzt einzelne Vorschriften über den Dienstvertrag und insbesondere über den Handlungsgehilfenvertrag zwingender Natur sind. Denn zwingend, das heißt durch Vertrag unänderlich, sind sie nur für diejenigen Personen, welche Handlungsgehilfen sind. Dies aber, die Frage, ob sie Handlungsgehilfen sind, ist die Vorfrage, welche eben bei wirklichen Staatsbeamten zu verneinen ist (vergl. Art. 57, § 1).

Das hier Gesagte gilt auch für die Beamten der Kommunalverbände. Diese sind Staats-, bezw. mittelbare Staatsbeamte.

- b) Zur Begründung der Kaufmannsqualität ist weder die Erfüllung irgend § 9. welcher Formalität, z. B. die Eintragung in das Handelsregister (RdHGB. 3, S. 413), noch die Beobachtung der einschlägigen polizeilichen oder steuergesetzlichen Gebote (vergl. zu Art. 11) erforderlich, noch endlich ist es erheblich, daß die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetriebe überhaupt entgegenstehen. Ein Gastwirt, der nach Entziehung der Konzession und mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, ist Kaufmann (Cosack, S. 40; Canstein I, S. 190; Blaschke-Pitreich, S. 33; Abt. 631); der gewerbmäßige Hersteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann; ein Angehöriger des Soldatenstandes oder Beamter, der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwider Handel treiben würde, wäre Kaufmann (Randa II, S. 71).

- § 10. c) Die Kaufmannseigenschaft ist auch nicht daran geknüpft, daß der gewerbsmäßige Betrieb der Handelsgeschäfte **den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf bildet** (AbtGl. 1833). Der Gewerbebetrieb braucht nicht die „Grundlage der sozialen Existenz“ zu sein (Allfeld, S. 30). Auch der Künstler, der Beamte, der Soldat, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.
- § 11. d) Auch daß der Betrieb der Handelsgeschäfte **von Grund aus auf freiem Entschlusse beruht** und nicht vielmehr Gesetze oder Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend mitwirken, ist nicht Erfordernis der Kaufmannsqualität. Deshalb ist der Apotheker Kaufmann, obgleich er hinsichtlich der Waren und ihrer Preise gesetzlichem Zwange unterliegt (Johow und Künzel 3, S. 10; AbtGl. 1160, 1870, 2026, 2170; Pollizer, S. 47); ferner ein geistliches Stift, welches Bierbrauerei betreibt, gleichgültig, ob der Betrieb auf Grund eines Gewerbebescheines oder auf Grund der Landesverfassung stattfindet (AbtGl. 1413). Ebenso die Lotteriekollektoren (RDStG. 33, S. 213). Ein Restaurateur, der in eigenem Namen für eigene Rechnung Speisen und geistige Getränke verabreicht, büßt seine Kaufmannsqualität dadurch nicht ein, daß er vertragsmäßig verpflichtet ist, von einer bestimmten Firma Weine zu beziehen und sie zu festgestellten Preisen abzugeben, auch ein festes Gehalt als teilweisen Ersatz seiner Dienste und Speisen von jener Firma bezieht (Bolze 9, Nr. 232).
- § 12. e) Das RDStG. hat wiederholt, zuletzt und besonders in der Entsch. 22, S. 303 den Grundsatz ausgesprochen, daß als Kaufmann nur derjenige zu betrachten sei, **der beim Betriebe der Handelsgeschäfte dem Publikum gegenüber aufträte**, weshalb derjenige, der bei einem Bankier in Wertpapieren spekuliere, kein Kaufmann sei (ebenso LG. Mannheim in GZ. 37, S. 525; Buchelt-Förtsch, Anm. 9; Allfeld, S. 31, Anm. 16). Dieser Grundsatz ist nicht zu billigen. Darin würde die unzulässige Aufstellung eines weiteren Erfordernisses neben den im vorliegenden Artikel aufgestellten liegen. Der Privatmann, der als Kommittent des Bankiers Wertpapiere anschafft, um sie wieder zu veräußern, schließt dadurch absolute Handelsgeschäfte ab (Art. 271, Nr. 1). Nur wird freilich in einem solchen Falle, also z. B. wenn Ärzte, Richter, Anwälte, Ehefrauen in Wertpapieren spekulieren, selbst bei größerer Häufigkeit der Geschäfte das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit fehlen. Es wird vielmehr das Ganze mehr oder weniger den Charakter der Gelegenheit an sich tragen und deshalb Kaufmannsqualität nicht vorliegen (vergl. z. B. Bolze 2, Nr. 712, wo entschieden ist, daß eine Frau deshalb noch nicht Handelsfrau wird, weil sie jahrelang Börsenspekulationsgeschäfte durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat; vergl. hierzu oben § 2). Wo aber im gegebenen Falle das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit vorliegen sollte, muß auch die Konsequenz unerbittlich gezogen werden, daß auch solche Personen Kaufleute sind. Die französische Jurisprudenz ist vor dieser Konsequenz nicht zurückgeschreckt (Behrend, § 24, Anm. 5); Thöl (I, § 38, Nr. V) nennt solche Personen heimliche Kaufleute. Vergl. oben § 2, wo dargelegt ist, wie das Reichsgericht das Requisite der Willensmanifestation gegenüber dem Publikum als dem Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit immanent betrachtet, jedoch auch dies mit Unrecht. — Unseren Standpunkt scheint zu teilen RG. bei Bolze 18, Nr. 253.

## Artikel 5.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht.

Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.

Der Artikel bezweckt die **Ausdehnung der, für Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf die Handelsgesellschaften und die öffentlichen Banken.** Die <sup>Ein-</sup>Geschäfte der Handelsgesellschaften werden jedoch dadurch nicht samt und sonders zu Handelsgesellschaften erklärt, vielmehr gilt auch hier die durch Art. 275 gezogene Schranke.

1. (Abs. 1.) **Die Handelsgesellschaften.** Diese sollen — das ist die Bedeutung § 1.

dieses Absatzes — den Kaufleuten gleich zu achten sein, gleichviel, ob ihnen die Wissenschaft juristische Persönlichkeit beimißt oder nicht, und damit nicht aus der Verfassung der juristischen Persönlichkeit durch die Wissenschaft etwas Gegenteiliges gefolgert werden könnte. Handelsgesellschaften sind die im II. Buche (nicht auch die im III. Buche) behandelten Gesellschaften, nicht auch die Genossenschaften, welche nach dem Genossenschaftsgesetze (§ 13), wenn sie Handelsgeschäfte betreiben, nur als Kaufleute gelten sollen, soweit das Genossenschaftsgesetz keine abweichenden Bestimmungen trifft (Buchelt, Anm. 2; Alföld, S. 40, Anm. 3). Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, sind keine Handelsgesellschaften (anders § 210, Abs. 2 b. HGB.), auf sie finden nicht die Bestimmungen des II. Buches, sondern das Vereinsgesetz vom 26. Nov. 1852 Anwendung (vergl. § 6 zu Art. 207). Der Betrieb eines Handelsgewerbes ist auch ein begriffliches Erfordernis für das Bestehen der im II. Buche geregelten Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 173 in Verbindung mit Art. 150). Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens als Handelsgesellschaften (§ 61, Abs. 3 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

2. (Abs. 2.) **Die öffentlichen Banken.** Diese beschäftigen sich vornehmlich mit § 2.

anderer Tätigkeit als mit Handel, z. B. mit der Annahme von Depositen im Prozesse, für Mündel usw. Der dadurch entstehende Zweifel an ihrer Kaufmannsqualität, soweit sie Handel treiben, soll beseitigt werden. Doch darf man aus dieser Hervorhebung per argumentum e contrario anderen öffentlichen handeltreibenden Anstalten die Kaufmannsqualität nicht absprechen. Dies ist bei der Beratung dieses Absatzes ausdrücklich betont worden (§. 1260) und ebenso vom RKG., als es den Staatsfiskus in Bezug auf den Betrieb einer Eisenbahn als Kaufmann erklärte (3, S. 405; 12, S. 314).

Das Wort **Verordnung** ist hier nicht im technischen Sinne (im Gegensatz § 3.

zu Gesetz) zu nehmen, so daß in Art. 5 eine Anerkennung der Gültigkeit sämtlicher für Banken bestehender Verordnungen erblickt werden könnte (so Blaschke-Pitreich, S. 16). Verordnung ist hier gleichbedeutend mit Spezialnorm und solchen ist hier derogierende Kraft gegenüber dem HGB. eingeräumt (Vahn I, S. 93). Was aber zur Gültigkeit dieser Spezialnormen notwendig ist, damit sie objektives Recht erzeugen, ist nicht in Art. 5 entschieden, sondern dafür sind die

allgemeinen Grundsätze des Staatsrechtes maßgebend. über die Frage, ob die Statuten derartiger öffentlicher Anstalten als autonomes, objektives Recht oder bloß als kontraktliche Festsetzungen anzusehen sind, vergl. Stubenrauch, S. 46; Pfaff-Hofmann, S. 263 und auch die Bemerkung bei Krainz-Chrenzweig, § 290, Nr. 5 a. E. Die Praxis steht auf dem Boden der letzteren Ansicht (vergl. dazu AbtCl. 2189). Jedenfalls sind solche Statuten dann objektives Recht, wenn sie als integrierende Bestandteile eines Gesetzes publiziert sind, wie dies z. B. bei den Statuten der österreichisch-ungarischen Bank und der Bodenkreditanstalt der Fall ist (vergl. Stubenrauch und Pfaff-Hofmann a. a. O.).

- § 4. **Zusatz.** Eine Ausnahme von den Bestimmungen dieses Artikels bildet § 91, Abs. 2 der Statuten der **österreichisch-ungarischen Bank**, nach welchem die österreichisch-ungarische Bank nicht verpflichtet ist, ihre Firma oder die Firma ihrer Haupt- und Zweigniederlassungen handelsgerichtlich protokollieren zu lassen. Früher war die Eintragungspflicht der österreichischen Nationalbank Gegenstand wissenschaftlichen Streites (vergl. Stubenrauch, GZ. 1863, Nr. 138).

### Artikel 6.

Eine Frau, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.

Dieselbe kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen.

Es macht hiebei keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.

Ein-  
leitung.

Der Artikel bestimmt die Gleichstellung der weiblichen mit den männlichen Personen hinsichtlich der Voraussetzungen der Kaufmannsqualität und der kaufmännischen Rechte und Pflichten. Betroffen sind davon alle weiblichen Personen, seien sie ledig, verheiratet, geschieden oder Witwen, nur daß für die Ehefrauen in Art. 7 und 8 noch weitere Vorschriften gegeben sind.

Um die Gleichstellung durchzuführen, ist angeordnet:

- § 1. 1. (In Abs. 1) im allgemeinen, daß grundsätzlich in Bezug auf die Rechte und Pflichten, das heißt also in Bezug auf alle Rechtsverhältnisse die handeltreibende Frau dem handeltreibenden Manne gleichstehen soll. Sie soll selbstverständlich nicht besser gestellt sein als der Mann, so daß die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt usw. auch auf sie Anwendung finden, aber die durch das weibliche Geschlecht begründeten Schranken sollen für den Handelsbetrieb nicht gelten. Dies nicht nur für den Bereich des HGB., sondern hinsichtlich aller Gesetze, welche privatrechtliche oder prozessuale Bestimmungen über die Kaufleute enthalten. Alle Rechtsätze, die für den Kaufmann aufgestellt sind, sei es im HGB. oder anderwärts, finden hienach, soweit sie sich auf den Handelsbetrieb beziehen, auch auf die Rechtsverhältnisse der Handelsfrau Anwendung. Das ist die Bedeutung dieses Satzes nach der Absicht des Gesetzgebers (§. 16) und nach richtiger Auslegung seiner Worte (vergl. v. Hahn, Behrend, § 34, Anm. 9). Dabei sind die Worte „in dem Handelsbetriebe“ (es heißt nicht: in ihrem Handelsbetriebe) in dem vollen, aus den Vorschriften des HGB. sich ergebenden Umfange zu verstehen, insbesondere gelten auch für die Handelsfrau die Bestimmungen der Art. 272, letzter Absatz, 273 und

- die Vermutung des Art. 274. Auch bezieht sich die Vorschrift auf den ganzen Handelsbetrieb, der auch zu Nicht-Handelsgeschäften, wie z. B. zur Veräußerung von Grundstücken führen kann (in dieser Beziehung anders Abs. 2). Alles dies aber gilt nur für die Frau, insofern sie gewerbmäßig Handel treibt, ein Begriff, der im § 1, zu Art. 4 auseinandergesetzt ist. Der Artikel findet daher keine Anwendung auf die Beteiligung einer weiblichen Person als stille Gesellschafterin; hinsichtlich ihrer diesbezüglichen Einlagen könnte sie sich, wenn sie sonst nicht Handelsfrau ist, auf die eben bestehenden Rechtswohlthaten der Frauen berufen (dagegen Fuchelt, Anm. 5); anders jedoch bei der Beteiligung als Kommanditistin (Sahn, § 10; vergl. bei uns § 7 zu Art. 150).
2. (Abs. 2.) Im besondern ist zur Vermeidung von Zweifeln über die Tragweite der Gleichstellung beider Geschlechter noch angeordnet, daß die partikularrechtlichen Rechtswohlthaten der Frauen für die Handelsfrauen nicht gelten. Gedacht ist dabei vorzugsweise an das S. C. Vellejanum, die Authentica si qua mulier und die entsprechenden Nachbildungen der Landesgesetze, an die Geschlechtsvormundschaft, wo sie besteht, sowie an die aus dem ehelichen Güterrechte sich ergebenden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit (z. B. §§ 98, 320, 389, II, 1 ABG.). Das österreichische Recht kennt keine für Frauen geltende Rechtswohlthaten dieser Art (vergl. § 1349 ABGB.). Deshalb ist die in Abs. 2 dieses Artikels enthaltene Bestimmung in Oesterreich von keiner praktischen Bedeutung.
3. Abs. 3 ist nur eine Bestätigung des im § 1 zu Art. 4 entwickelten Begriffes § 3. des Betreibens der Handelsgeschäfte.

### Artikel 7.

Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein.

Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt.

Die Ehefrau eines Kaufmannes, welche ihrem Ehemanne nur Beihilfe in dem Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau.

Der Artikel knüpft für die verheiratete Frau die Kaufmannsqualität an das Erfordernis des ehemännlichen Konsenses.<sup>7)</sup> Durch die Aufstellung dieses Ein-  
leistung.

<sup>7)</sup> § 2, Abs. 3 GewD. bestimmt: „Das Geschlecht begründet in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe keinen Unterschied.“ Das Verhältnis dieser Gesetzesstelle zu Art. 7 HGB. ist in der Literatur bestritten. Seilinger (S. 68 und GH. 1896, Nr. 23) und Kulisch S. 213 erachten den Art. 7 durch § 2, Abs. 3 als die lex posterior derogiert. Dieser Ansicht kann nicht beigegeben werden. Ob § 2 GewD., der bereits in der Fassung des Gesetzes vom Jahre 1859 enthalten war und in das an die Stelle des I., II., III., IV. und VI. Hauptstückes tretende Gesetz vom 15. März 1883, RGVl. Nr. 39, unverändert aufgenommen wurde, gegenüber Art. 7 HGB. als lex prior oder posterior anzusehen ist, erscheint vollkommen gleichgültig, da für das Verhältnis von handelsrechtlichen zu nichthandelsrechtlichen Normen die in Art. 1 festgesetzte Rangordnung und nur dann der Grundsatz der Priorität maßgebend ist, wenn die spätere nichthandelsrechtliche Norm die frühere handelsrechtliche zweifellos aufheben wollte (vergl. § 11 zu Art. 1 und GH. 1896 Nr. 29). Eine derartige ausdrückliche oder stillschweigende Aufhebung ist aber hier nicht erfolgt (Wien, GH. 1895, Nr. 52). Uns scheinen aber die beiden in Rede stehenden Gesetzesstellen gar nicht im Widerspruche miteinander zu stehen. Freilich nicht deshalb, weil Art. 7 nur eine Folge der Ehe und nicht des Geschlechtes regelt (wie Wien a. a. O. behauptet, hingegen mit Recht Kulisch S. 207.); Art. 7 setzt allerdings eine Folge des Geschlechtes fest, indem er nur die verheiratete Frau und nicht den

besonderen Erfordernisses stellt sich die Vorschrift als Ausnahme von Art. 6 dar. Der Konsens ist ein absolutes Erfordernis (Abs. 1), jedoch an keine Form gebunden (Abs. 2). In Abs. 3 ist noch zur Verdeutlichung hervorgehoben, daß eine nur hilfeleistende Frau keine Handelsfrau ist. Über die Voraussetzung des Begriffes „Chefrau“ entscheiden die für die Eheschließung und Ehescheidung maßgebenden Gesetze. Die getrennte Ehe gilt selbstverständlich nicht, ebensowenig die für nichtig erklärte. Der Scheidung von Tisch und Bett kommt nach der Anschauung der österreichischen Gesetzgebung nicht die gleiche Wirkung wie der Trennung zu; denn in der Regierungsvorlage zum GG. zum HGB. war die im § 6 ausgesprochene gerichtliche Konsenssupplierung (vergl. unten § 2) ausdrücklich nur für den Fall vorgesehen, daß die Ehegatten von Tisch und Bett geschieden waren, und die gegenwärtige Fassung erhielt § 6 erst über Antrag des Ausschusses, damit „auch im Falle der ehelichen Gemeinschaft der Wille des Mannes durch den Richter suppliert werden könne“ (Stenogr. Prot. [1862] S. 3892). Es kann auch nicht eingewendet werden, daß die Scheidung von Tisch und Bett die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten löse, da das Erfordernis des ehemännlichen Konsenses nicht bloß in Hinsicht auf die gefährdeten Vermögensrechte des Mannes aufgestellt ist (Randa I, S. 71).

- § 1. 1. (Abs. 1.) Der Konsens ist ein absolutes Erfordernis.<sup>3)</sup> Von der Erwägung ausgehend, daß die Kaufmannsqualität neben weitgehenden Rechten auch große Gefahren und Verantwortlichkeiten mit sich bringt, oft auch unmittelbar für den Ehemann (vergl. Art. 8), ist dem letzteren, als dem Wächter der häuslichen Wohlfahrt, das Recht gegeben, durch die Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung darüber zu bestimmen, ob seine Ehefrau die Rechte und Pflichten des Kaufmannes übernehmen soll.
- a) Der ehemännliche Konsens muß unter allen Umständen vorhanden sein, sonst ist die Ehefrau keine Handelsfrau im Sinne des Art. 6. Auf die Gestaltung des in Frage kommenden ehelichen Güterrechtes kommt es dabei nicht an: auch wenn der Ehemann keine Rechte am Vermögen der Frau haben sollte, ist sein Konsens erforderlich. Doch wird er im Regelfalle vorausgesetzt und bedarf daher in Regelfalle keines besonderen Nachweises (HGB. Nürnberg in GZ. 20, S. 613)

verheirateten Mann trifft, und insofern steht er mit § 2, Abs. 3 GewD., der auch im Falle der Verehelichung dem Geschlechte keinen Einfluß auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe einräumt, in scheinbarem Widerspruche. Dieser Widerspruch ist aber nur ein scheinbarer, da die beiden Gesetzesstellen zwar den gleichen Gegenstand, aber von verschiedenen Gesichtspunkten aus regeln. Während nämlich von der Zustimmung des Ehemannes im Sinne des Art. 7 HGB. die Qualität der Ehefrau als Handelsfrau, somit die Anwendung der an die Eigenschaft eines Kaufmannes im Sinne des HGB. geknüpften Bestimmungen abhängt, hat § 2 GewD. nur die Voraussetzungen im Auge, von denen ein nach der GewD. befugter Gewerbebetrieb abhängig ist, und die Wirkungen die nach der GewD. bei Ausübung eines befugten Gewerbebetriebes eintreten. Der gewerbmäßige Betrieb von Handelsgeschäften seitens der Ehefrau, der hierzu die Zustimmung ihres Mannes fehlt, ist also nach der GewD. ein befugter Betrieb; nach der GewD. kann gegen sie nicht eingeschritten werden; die Bestimmungen derselben finden auf sie Anwendung, auch die Bestimmungen privatrechtlicher Natur z. B. die Vorschriften über das gewerbliche Hilfspersonale. Dagegen erlangt sie nicht die Eigenschaft einer Handelsfrau und die an dieselbe geknüpften Bestimmungen des HGB. finden keine Anwendung. Ihre Bücher beweisen nicht als Handelsbücher, ihre Angestellten sind keine Handlungsgehilfen usw. Gegen die Formulierung, daß § 2 GewD. nur die öffentlichrechtliche Seite Art. 7 HGB. bloß die privatrechtliche Seite des Gewerbebetriebes regeln (so Freund, GG. 1896, Nr. 24 und die vorige Auflage dieses Wertes) hat Kulisch S. 209 mit Recht Stellung genommen.

<sup>3)</sup> Der ehemännliche Konsens ist aber nicht immer ausreichend, um eine verheiratete Frau zur Handelsfrau zu machen. Ist sie z. B. bevormundet, so greifen außerdem dieselben Beschränkungen Platz wie beim Manne (vergl. § 6 zu Art. 4).

und muß vor Registrierung der Firma der Handelsfrau dem Registerrichter nicht nachgewiesen werden (Ullmann, WZ., 4. Bd., Note 50; a. M. Randa I, S. 73, dort weitere Literatur). Bedingungen und Befristungen, die dem Konsens beigefügt, sind wirksam, weil der Konsens immer und solange vorhanden ist, als der Mann den Handelsbetrieb der Frau duldet. Ist der Konsens nicht vorhanden, so hat die Ehefrau nicht Kaufmannsqualität, wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Es gelten z. B. in Ansehung ihrer nicht die Art. 272, Abs. 2, 273, 274, auch nicht Art. 28 und deshalb auch nicht die Strafbestimmung wegen unterlassener Buchführung (vergl. RG. in Strafsachen 26, S. 94). Dagegen berührt dies nicht den Begriff der Gewerbemäßigkeit, wie er zur Annahme eines Handelsgeschäftes im Sinne von Art. 272 gehört (Buchelt-Förtsch, Anm. 3a), und selbstverständlich können solche Ehefrauen auch absolute Handelsgeschäfte abschließen. Inwieweit sie sich, ohne Handelsfrauen zu sein, durch Handelsgeschäfte verpflichten können, richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln: die Eigenschaft des Geschäftes als Handelsgeschäft hat hierauf keinen Einfluß; da aber nach dem ABGB. die Verpflichtungsfähigkeit der Handelsfrau eine uneingeschränkte ist, so wird sie auch durch Handelsgeschäfte, gleichgültig ob sie dieselben mit oder ohne Einwilligung ihres Mannes abschließt, vollgültig verpflichtet, und insofern ist es richtig, zu sagen, daß die Frau die mangelnde Einwilligung zum Handelsbetriebe im allgemeinen Dritten nicht entgegensetzen kann (Krainz-Ehrenzweig, § 434, Note 7). Wenn aber die Bedingung für die Entstehung der gegen die Frau geltend gemachten Verpflichtung in deren Eigenschaft als Handelsfrau besteht, z. B. wenn deren Haftung als öffentliche Gesellschafterin in Anspruch genommen wird, dann ist bei Abgang des ehemännlichen Konsenses die Voraussetzung für die geltend gemachte Verpflichtung eben nicht gegeben, und es kann das Fehlen des Konsenses auch von der Frau selbst eingewendet werden (dagegen Abl. 1521). Die besondere Haftung aus Art. 8, Abs. 2 zessiert natürlich bei Mangel des ehemännlichen Konsenses.

- b) Der Konsens kann nach dem § 6., auch wenn willkürlich verweigert, § 2. nicht ergänzt werden durch Klage und Richterspruch. In den Beratungen ist diese Frage zwar bejaht, eine Feststellung im Gesetze aber ist unterblieben und die Entscheidung der Frage den Landesgesetzen überlassen (§. 17).

Das österreichische Recht hat eine Ergänzung durch Richterspruch zugelassen. § 6 GG. zum HGB. bestimmt hierüber:

„Die Bestimmungen des Art. 7 HGB., daß eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein könne, kommt mit der Maßgabe zur Anwendung, daß auf Ansuchen der Ehefrau die mangelnde Einwilligung des Ehemannes durch den Auspruch des Richters ersetzt werden kann, wenn aus der amtlich zu pflegenden Verhandlung sich ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden.“<sup>9)</sup>

<sup>9)</sup> Ein bei den bezüglichen Beratungen im Abgeordnetenhaus gestellter Antrag auf Aufnahme einer Bestimmung, daß die in Art. 7 geforderte Einwilligung vom Gesetze aus als erteilt anzusehen sei, durch die Art. 7 faktisch aufgehoben worden wäre, wurde abgelehnt (Polliger S. 55, Note 6).

- α) Die richterliche Konsenssupplierung gilt nicht nur für den Fall der Scheidung von Tisch und Bett und der Abwesenheit des Ehegatten, sondern auch bei dem Bestande der ehelichen Gemeinschaft (siehe oben § 1) und bei ausdrücklicher Verweigerung des Konsenses seitens des Ehemannes (Polliger S. 53; Blaschke-Pitreich S. 16).
- β) Der Richter darf die begehrte Konsenssupplierung nur erteilen, wenn er findet, daß die Rechte des Mannes nicht gefährdet sind. Unter den Rechten des Mannes sind aber nicht nur die Vermögensrechte gemeint. Um eine solche einschränkende Auslegung zu vermeiden, wurde über Antrag des Abgeordneten Herbst im § 6 der Regierungsvorlage das nach den Worten „Rechte des Mannes“ enthaltene Zitat des Art. 8 HGB. gestrichen (Stenogr. Prot. [1862] S. 3896). Der Richter wird also auch auf gewisse persönliche Rechte des Mannes Rücksicht nehmen müssen, z. B. wenn die Frau infolge ihres Handelsbetriebes nach einem anderen Orte ziehen müßte oder wenn der Eintritt der Frau in eine Handelsgesellschaft eine Gefahr der Verletzung der ehelichen Treue mit sich bringen würde (Polliger S. 53; Blaschke-Pitreich S. 16; Anders, Familienrecht S. 102).
- γ) Die richterliche Konsenssupplierung ist nicht mittels Klage, sondern mittels Gesuch im Wege des officiosen Verfahrens zu erlangen. Dies erhellt aus den Worten „ämtlich zu pflegende Verhandlung“. Durch eine derartige Redewendung wird nach dem Sprachgebrauche der österreichischen Gesetzgebung immer die Anwendbarkeit des officiosen Verfahrens angedeutet (Remethy, GZ. 1899, Nr. 49). Auf das Verfahren finden daher die Bestimmungen des Kaisf. vom 9. Aug. 1854 Anwendung (Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 97). Rintelen (Die einstweilige Verfügung S. 19) will unter dem Gesichtspunkte des § 381, Z. 2 eine einstweilige Verfügung zulassen, durch die der Gattin eines den Konsens zum Handelsbetriebe verweigernden oder widerrufenden Ehemannes für die Dauer des außerstreitigen Verfahrens im Sinne des § 6 EinfG. die Befugnis zum Betriebe eines Handelsgewerbes erteilt wird, wenn nebst der Wahrscheinlichkeit, daß die Rechte des Mannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind, auch die Glaubhaftmachung vorliegt, daß mit dem Abwarten der rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens für die Frau ein unwiderbringlicher Schaden verbunden wäre. Der Ansicht<sup>10)</sup> kann nicht beigestimmt werden; die Entscheidung der Frage, ob jemand in einem bestimmten Zeitpunkte Kaufmann ist, kann nicht von einem zukünftigen Ereignisse, der im officiosen Verfahren zu erlassenden Entscheidung, abhängig sein. § 382, Z. 8 EO. (Bewilligung eines abgeordneten Wohnortes) kann nicht herangezogen werden; denn dort handelt es sich um einen tatsächlichen Zustand, dessen Herbeiführung im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet wird, hier aber um ein auf die Dauer be-

<sup>10)</sup> Das von Rintelen als Beleg angeführte Erkenntnis (RG. 35, S. 32) entscheidet, daß während des Ehetrennungsprozesses der Richter im Wege einer einstweiligen Verfügung der Ehefrau den Handelsbetrieb gestatten kann; die Gründe dieser Entscheidung, deren Richtigkeit für das damals geltende deutsche Recht dahin gestellt bleiben mag, treffen auf den im Texte erörterten Fall nicht vollkommen zu.

rechnetes Rechtsverhältnis, die Kaufmannseigenschaft der Ehefrau. Wie sollte es mit den in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen, deren Gültigkeit und Wirksamkeit von der Kaufmannseigenschaft abhängig ist, gehalten werden, wenn der zuständige Richter rechtskräftig die Konsenssupplierung abgelehnt hat.

- δ) über die Zuständigkeit enthält § 6 E.G. keine Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 2 zu Art. 3) wird zur Erteilung der Konsenssupplierung jenes (allgemeine) Bezirksgericht zuständig sein, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren gemeinschaftlichen Wohnsitz haben, und wenn die Ehegatten getrennt leben, das Bezirksgericht des Wohnortes der um richterliche Konsenssupplierung ansuchenden Ehegattin (Kanda I, S. 72; Pisko, G.S. 1900, Nr. 37). Die handelsgerichtliche Zuständigkeit ist schon deshalb ausgeschlossen, weil hier keine Handelsfache, sondern eine rein familienrechtliche Angelegenheit zur richterlichen Entscheidung gelangt (Pollitzer S. 56; Pisko a. a. D.).
- c) Von der Einwilligung oder der richterlichen Ergänzung derselben kann § 3. auch nicht abgesehen werden, wenn der Mann die Frau böstlich verlassen hat oder durch sonstige Abwesenheit oder durch Verhaftung oder durch Geisteskrankheit verhindert ist an der Erklärung des Konsenses (hier weicht Behrend ab, desgleichen Buchelt-Förttsch, Anm. 3; auch Hahn § 4). Denn die Einwilligung ist vom E.G. und die richterliche Ergänzung derselben vom E.G. absolut und ohne jede Einschränkung erfordert, ohne daß auf Schwierigkeiten bei der Erklärung oder Unmöglichkeit der Erklärung Rücksicht genommen ist (zuft. Cosack S. 48; Allfeld S. 47). Anders liegt der Fall, wenn der Mann bevormundet ist oder in väterlicher Gewalt steht und zur wirksamen Erklärung des Konsenses die Mitwirkung des Vormundes oder des Vormundschaftsgerichtes notwendig ist. Denn hier liegt ein wirklicher ehemannlicher Konsens vor.
- d) Ohne die Einwilligung kann die Ehefrau nicht Handelsfrau „sein“. § 4. Sie kann es nicht werden, wenn sie es nicht war; sie kann es auch nicht bleiben, wenn sie es vor ihrer Verheiratung war, und hört auf es zu sein, wenn sie es als Ehefrau war und der Ehemann seinen Konsens zurückzieht (R.G. 35, S. 32; Anders S. 102; Ullmann, W.Z. 4. Bd., S. 141; Kanda I, S. 72). Das letztere steht ihm ebenso willkürlich zu wie die Erteilung (P. 181), auch dann, wenn er ihn seiner Ehefrau durch Heiratsvertrag erteilt oder gar auf den Widerruf verzichtet hat (R.G. 27, S. 4). Gegen grundlosen Widerruf steht der Frau nur das Rechtsmittel des § 6 E.G. zu (vergl. oben § 2). Doch muß die Zurückziehung in offenkundiger Weise geschehen, um Wirkung gegen Dritte zu erlangen (vergl. § 5). Auch kann der Ehemann durch seinen Widerruf nur bewirken, daß der Handelsbetrieb der Frau aufhört, aber sich nicht ohne ihr Einverständnis an die Stelle der Frau setzen und das Geschäft und die Firma an sich reißen (R.G. 27, S. 4). Der mangelnde oder entzogene Konsens bewirkt auch, daß die Frau eine Firma nicht oder nicht mehr führen darf, ihre Firma also nicht eingetragen werden kann, beziehungsweise gelöscht werden muß. Die Löschung gemäß Art. 26 zu beantragen, ist der Ehemann wohl befugt (vergl. § 1 zu Art. 26).

- § 5. 2. (Abf. 2.) Der Konsens ist an keine Form gebunden, er kann sogar stillschweigend erfolgen (R.D.S. 2, S. 97; 21, S. 216), dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Mann es weiß, daß seine Ehefrau Handel treibt, und er dagegen keinen Einspruch erhebt. Über diesen stillschweigenden Konsens verhält sich Abf. 2. Seine Voraussetzungen sind:
- a) Daß der Ehemann von dem Handelsbetrieb der Ehefrau weiß. Wissen müssen genügt nicht (ebenso Behrend; Buchelt-Förtsch, Anm. 7; Allfeld S. 50).
- § 6. b) Das zweite Erfordernis des stillschweigenden Konsenses ist, daß er keinen Einspruch erhoben hat. Als gültiger Einspruch ist aber nur ein gegen den Handelsbetrieb gerichteter offenkundiger zu betrachten. Ein nur der Frau gegenüber erklärter ist ebensowenig wirksam, wie ein bei einem bestimmten Handelsgeschäfte dem Gegenkontrahenten gegenüber erklärter, eine Willenserklärung der letzteren Art ist nicht einmal den Personen gegenüber wirksam, denen sie kundgetan ist (Behrend, § 35, Anm. 6; Pollitzer S. 56). Als offenkundiger Einspruch ist in den Beratungen (§. 830) die Schließung des Geschäftes genannt worden, Publikationen in den Zeitungen, Veranlassung der Firmenlöschung, Versendung von Zirkularen werden ebenfalls genügen. Eintragung in das Handelsregister ist nicht gerade vorgeschrieben. Doch dürfte Art. 25, Abf. 2 und 3 analog anzuwenden sein (Allfeld S. 50), und daraus folgt, daß, wenn die Firma eingetragen ist, auch der Einspruch handelsgerichtlich eingetragen, beziehungsweise die Firma gelöscht werden muß, wenn jeder Dritte den Einspruch gegen sich gelten lassen soll.
- § 7. 3. (Abf. 3.) Die hier zur Verdeutlichung hinzugefügte Bemerkung des Gesetzgebers folgt ebenso wie die Bemerkung in Abf. 3 zu Art. 6 schon aus dem Begriffe des Handelstreibens. Die bloß hilfeleistende Ehefrau ist uxor mercatoris, nicht femina mercatrix (vergl. § 1 zu Art. 4).
- Zusatz: Nach § 5, Z. 1 BörS. sind Personen weiblichen Geschlechtes vom Besuche einer Börse ausgeschlossen. Zum Besuche einer landwirtschaftlichen Börse sind jedoch Personen weiblichen Geschlechtes unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen (§ 6 Terminhandelsgesetz).

### Artikel 8.

Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäfte gültig verpflichten, ohne daß es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemannes bedarf.

Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

Ein-  
leitung.

Der Artikel beschäftigt sich mit der Gültigkeit und der Tragweite der von einer verheirateten Handelsfrau eingegangenen Verbindlichkeiten.

- § 1. 1. (Abf. 1.) Die Gültigkeit der Verpflichtungen versteht sich für das österreichische Recht von selbst. Nur mit Rücksicht auf die im 2. Absätze dieses

Artikels normierte besondere Tragweite dieser Verpflichtungen muß das Anwendungsgebiet des 1. Absatzes des Art. 8 festgestellt werden. Er bezieht sich nicht nur auf die Handelsgeschäfte, welche ihr Gewerbe mit sich bringt, sondern auf alle Handelsgeschäfte, so z. B. wenn eine Pugwarenhandlerin sich Wertpapiere kauft (§. 887 ff.; Behrend § 35, Anm. 22). Demgemäß kann die Ehefrau auch ihrem ursprünglichen Handelsgewerbe ein neues zulegen und es wird dieser neue Handelsbetrieb durch den ersten Konsens gedeckt (ebenso Willenbücher, Anm. 1; anders Buchelt-Fürttsch Anm. 3; Allfeld S. 55, Anm. 5). Doch gilt es nicht nur für Handelsgeschäfte. Eine extensive Ausdehnung der Vorschrift auf solche Nichthandelsgeschäfte, welche mit dem Handelsbetriebe eng zusammenhängen, z. B. auf Weiterveräußerungen im Handwerksbetriebe (vergl. Allfeld S. 54), oder auf die Ladenmietung ist notwendig. Über die Frage, ob Handelsgeschäfte unter Ehegatten trotz des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, auch wenn es sich um Kauf-, Tausch-, Darlehens- oder Lieferungsverträge handelt, der notariellen Form bedürfen, vergl. § 5 zu Art. 317.

Daß unter Umständen das einzelne Geschäft der Handelsfrau einen anderen als den ehemännlichen Konsens zu seiner Gültigkeit erfordert, folgt aus dem in Note 2 zu Art. 7 Gesagten.

2. (Abs. 2.) **Die Tragweite der Verpflichtungen:** für die Handelsschulden haftet § 2. ihr ganzes Vermögen. Für die Handelsschulden, das heißt für Schulden aus dem Betriebe des Handelsgewerbes, nicht nur für Schulden aus Handelsgeschäften (vergl. R. Adler, Arch. f. bürgerl. Recht 3, S. 21). Es haftet das ganze Vermögen. Also auch das unbewegliche. Insbesondere stehen Rechte des Mannes an dem Vermögen, Verwaltung und Nießbrauch, dem Zugriffe der Handelsgläubiger nicht entgegen, wenn sie auch im übrigen nicht berührt werden; ja bei bestehender Gütergemeinschaft haftet sogar die gemeinschaftliche Masse (Hahn, § 4; Allfeld S. 56). In seiner Anwendung auf das österreichische Zivilrecht führt Abs. 2 des § 3. Art. 8 zu folgenden Ergebnissen.

- I. **Wenn keine Gütergemeinschaft besteht,** so werden durch die Tatsache, daß die Ehefrau mit Einwilligung des Ehemannes oder Supplirung derselben durch den Richter ein Handelsgewerbe betreibt, die Rechte des Ehemannes an dem Vermögen der Frau zwar nicht berührt, aber sie können von dem Ehemanne den Handelsgläubigern seiner Frau gegenüber nicht geltend gemacht werden (Blaschke-Pitreich S. 19). Daraus folgt, daß eine Forderung aus den Ehepacten von dem Ehemanne im Konkurse der Handelsfrau zwar angemeldet werden kann und dort klassifiziert werden muß, daß aber dasjenige, was auf diese Forderung aus der Konkursmasse der Ehefrau dem Manne zufällt, zu Gunsten der Handelsgläubiger verwendet werden muß (Ullmann, WZ., 4. Bd., S. 145). Die grundbücherliche Eintragung der Rechte des Ehemannes hat auf die Anwendung des Abs. 2 des Art. 8 keinen Einfluß (Ullmann a. a. D.).

Im einzelnen ist noch folgendes hinzuzufügen:

1. **Das Heiratsgut** einer Handelsfrau (soweit es aus deren Vermögen, § 4. nicht etwa dem ihrer Eltern stammt) haftet den Handelsgläubigern, gleichgültig ob der Ehemann nach dem ABGB. als Fruchtnießer (§ 1228) oder als Eigentümer des Heiratsgutes (§ 1227) anzusehen ist (Anders, Familienrecht, S. 156, Note 11; Ullmann a. a. D. S. 145). Denn gerade deshalb, um auch die nach den verschiedenen Landesrechten als Eigentumsrechte aufgefaßten Rechte des Ehemannes an den Dotalsachen

zu treffen, wurden in Art. 8 die Worte „oder die sonstigen an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte“ aufgenommen (Prot. S. 891; Blaschke-Bitreich S. 19).

- § 5. 2. Die *praesumptio Muciana* des § 1237 ABGB. ist durch Art. 8 nicht berührt, da diese Vermutung dem Ehemanne kein Recht am Vermögen seiner Frau verschafft, sondern nur die Geltendmachung eines bestehenden Rechtes erleichtert (Ullmann a. a. O. S. 144).
- § 6. 3. Dagegen ist der Mann einer Handelsfrau, der deren Vermögen verwaltet, den Handelsgläubigern gegenüber nicht von der Rechnungslegung befreit, da das aus dem gesetzlichen Verwaltungsrechte herrührende *lucrum* gemäß Art. 8 den Handelsgläubigern gehört (Ullmann a. a. O. S. 143; Anders a. a. O. S. 156, Note 13, ähnlich Randa I, S. 72, Nr. 126).
- § 7. 4. Das Recht aus einem Erbvertrage und das *Adiuvilitätsrecht* (§ 1255 ABGB.) können mit den Rechten der Handelsgläubiger überhaupt nicht konkurrieren, da sich diese Rechte bloß auf den freivererblichen aktiven Nachlaß beziehen (Ullmann S. 132; Anders S. 156). Hat aber der Mann gemäß § 1256 ABGB. durch grundbücherliche Einverleibung des *Adiuvilitätsrechtes* ein nach dem ABGB. unentziehbares Recht der Anwartschaft auf ein unbewegliches Gut erlangt, so kann er dieses Recht den Handelsgläubigern seiner Frau gegenüber nicht geltend machen (Ullmann und Anders a. a. O.).
- § 8. 5. Durch einen Vertrag über eine *Gütergemeinschaft auf den Todesfall* können Rechte des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau begründet werden. Diese Rechte können nicht zum Nachtheile der Handelsgläubiger geltend gemacht werden (ausführliche Begründung und Beispiele bei Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 278; vergl. § 6 zu §§ 16, 17 EinfG.). Hat die Ehefrau mit den Wirkungen des § 1236 ABGB. eine ihr früher allein gehörende *Diegenenschaft* der Gütergemeinschaft gewidmet, so kann der Ehemann das ihm hieraus nach dem ABGB. erwachsene Recht gegenüber den Handelsgläubigern nicht geltend machen (Anders S. 157, Note 18; Randa I, S. 72, Nr. 126).
- § 9. II. Soweit Gütergemeinschaft besteht, haftet das gemeinschaftliche Vermögen. Hierbei ist jedoch nach österreichischem Rechte zwischen Gütergemeinschaft auf den Todesfall und Gütergemeinschaft unter Lebenden zu unterscheiden:
1. Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall (§ 1234 ABGB.) will ein wirkliches gemeinschaftliches Vermögen nicht schaffen (Krainz-Ehrenzweig § 446, Note 3). Jeder Ehegatte bleibt sowohl innerhalb als außerhalb des Konkurses Subjekt der von ihm kontrahierten Schulden (Anders S. 143; vergl. Dfner II, S. 143). Auf eine solche bloß bedungene Gütergemeinschaft, sei sie eine allgemeine oder partikuläre, ist Art. 8 nicht anwendbar, der nur an eine materielle Gütergemeinschaft denkt (Ullmann S. 147; Anders S. 157, Note 16; Kafka Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 278, dagegen R. Adler, WZ. 34, S. 492). Auch in § 1235 ABGB. ist keine Haftung gegenüber den Gläubigern ausgesprochen, sondern nur das Verhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen geregelt.

2. Die Gütergemeinschaft unter Lebenden kann entweder eine allgemeine oder partikuläre sein.

- a) Eine allgemeine Gütergemeinschaft begründet schon nach bürgerlichem Rechte eine solidarische Haftung beider Ehegatten für die von einem derselben kontrahierten Schulden (Anders §. 146; Krainz-Ehrenzweig § 436, Note 22; vergl. auch R. Adler, Gesellschaftsrecht, S. 8, dagegen Gl. 16.065, 15.042). Für diesen Fall enthält also Art. 8 keine Abweichung vom allgemeinen Zivilrechte.
- b) Ist die Gütergemeinschaft eine bloß partikuläre, so kann sie sich entweder bloß auf das künftige Vermögen, oder bloß auf das erworbene (entgeltlich und unentgeltlich erworbene) Vermögen, oder bloß auf das entgeltlich erworbene Vermögen (also entsprechend dem deutschrechtlichen Begriffe der Errungenschaftsgemeinschaft) beziehen, nicht aber auf einzelne Objekte; denn dann läge bloß eine Sachgemeinschaft, keine Gütergemeinschaft, kein Ehepakt vor (Anders §. 141; vergl. Behrend S. 182).

Bei einer partikulären Gütergemeinschaft greift nach bürgerlichem Rechte eine Gemeinschaftlichkeit der Schulden nicht Platz. Für die Schulden eines jeden Ehegatten haftet sein Sondergut und seine Quote am Gesamtgute (Krainz-Ehrenzweig § 436; Anders §. 146). Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch nach bürgerlichem Rechte bei partikulärer Gütergemeinschaft das Gesamtgut für von einem Ehegatten kontrahierte Schulden haften kann; wann dies aber der Fall ist, richtet sich nicht nach § 1235 ABGB., der bloß das Verhältnis zwischen den Ehegatten regelt, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Gesellschaftsverträge (siehe z. B. § 1201 ABGB.; vergl. Ullmann S. 116, und dagegen Anders §. 146). Den Handelsgläubigern der Ehefrau haftet aber stets das Gesamtgut. Liegen aber die Voraussetzungen vor, daß das Gesamtgut auch den anderen Gläubigern nach dem ABGB. haftet, so müssen mit den letzteren die Handelsgläubiger konkurrieren (Blaschke-Pitreich S. 19; Sponner GZ. 1896, S. 276).

Die Gültigkeit der Ehepakte ist von der Beobachtung der im § 10. § 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, vorgeschriebenen notariellen Form abhängig. Sind die Ehepakte mangels Beobachtung dieser Form nichtig, so sind jene Vermögensbestandteile des Vermögens der Ehefrau, die durch die ungültigen Ehepakte in das Vermögen des Ehemannes hätten übergehen sollen, dem Zugriffe der Handelsgläubiger und der gemeinen Gläubiger der Ehefrau in gleicher Weise zugänglich, während bei Gültigkeit der Ehepakte diese Vermögensbestandteile eine bloß zur Befriedigung der Handelsgläubiger verwendbare Masse gebildet hätten. In dieser Hinsicht kann also die erwähnte Formvorschrift zu einer empfindlichen Schädigung der Handelsgläubiger führen (Ullmann S. 148). Z. B. können die Handelsgläubiger die Haftung des Gesamtgutes nach Art. 8 nur dann in Anspruch nehmen, wenn über die vereinbarte Gütergemeinschaft ein Notariatsakt errichtet wurde.

Die Geltendmachung der den Handelsgläubigern nach Art. 8 zustehenden Rechte erfolgt im Konkurse der Handelsfrau in der Weise, daß der Masseverwalter das gesamte Vermögen der Ehefrau (Sondergut und Gesamtgut) dem Konkurse zuführt und aus jenen Vermögensteilen, auf welche sich den gemeinen Gläubigern gegenüber wirksame

Rechte des Ehemannes aus der Ehe oder den Ehepakten beziehen, eine Spezialmasse bildet, welche allein den Handelsgläubigern für ihren Ausfall, den sie bei der Generalmasse erlitten haben, haftet (Ullmann S. 143; R. Pollak S. 296). Forderungen des Ehemannes aus den Ehepakten, beziehungsweise aus den durch die Ehe begründeten Rechten können im Konkurse zwar geltend gemacht werden, was aber hieraus dem Manne aus dem Vermögen der Frau zufällt, bildet eine vorerst zur Befriedigung der Handelsgläubiger dienende Spezialmasse (vergl. oben § 3).

### § 12.

Außerhalb des Konkurses kann auf Grund eines gegen die Frau erwirkten Exekutionstitels die Zwangsvollstreckung nur in deren Vermögen erfolgen (§ 7 C.D.). Will der Handelsgläubiger auch auf Vermögensstücke greifen, die durch Ehepakte oder durch die Ehe aus dem Vermögen der Frau in das des Mannes übergegangen sind, so bedarf es einer besonderen Klage gegen den Ehemann (Pollitzer S. 57).<sup>11)</sup> Die gegen den Ehemann anzustreitende Klage ähnelt der nach § 35 AnstG., mit welcher Anfechtungsansprüche außerhalb des Konkurses geltend gemacht werden. Mit beiden Klagen wird die Haftung eines Dritten hinsichtlich eines Vermögensobjektes in Anspruch genommen, das auf Grund eines an sich gültigen und nur gegen den Kläger (sohin relativ) unwirksamen Rechtsgeschäftes oder Rechtsverhältnisses aus dem Vermögen des Schuldners in das des Beklagten übergegangen ist. Wird bei partikulärer Gütergemeinschaft die Haftung des gemeinschaftlichen Gutes in Anspruch genommen, so kann die Klage gegen beide Ehegatten zugleich angestrengt werden, das Klagebegehren ist aber gegen den Ehemann nur auf Verurteilung, soweit das gemeinschaftliche Vermögen reicht, zu richten (vergl. Trautz-Ehrenzweig § 436, Note 21). Bei allgemeiner Gütergemeinschaft tritt ohnehin — wie bereits erwähnt — solidarische Haftung beider Ehegatten für die Schulden eines von ihnen schon nach bürgerlichem Rechte ein.

### § 13.

Gegen die Aufhebung der Gütergemeinschaft steht einem Dritten kein Einspruchsrecht zu (vergl. III. 4183, 16.065); auch können von den zur Zeit der Auflösung der Gütergemeinschaft bereits bestehenden Handelsgläubigern die ehemals gemeinschaftlichen Objekte nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden, da Art. 8 kein dingliches Recht gewährt, sondern eine bestehende Gütergemeinschaft voraussetzt. Es kann aber unter Umständen der Dissolutionsvertrag nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes angefochten werden (so R. Pollak S. 295, Note 25).

## §§ 16 und 17 C.G. zum HGB.

§ 16. Die der Ehefrau eines Kaufmannes, dessen Firma in dem Handelsregister eingetragen ist, durch die Ehepakte eingeräumten Vermögensrechte sind — um den Handelsgläubigern gegenüber wirksam zu sein — gleichfalls Gegenstand der Eintragung in das Handelsregister, die Ehepakte mögen schon vor oder erst nach der Eintragung der Firma geschlossen worden sein.

Diese Rechte sind den gedachten Gläubigern gegenüber erst von dem Tage wirksam, an welchem die Eintragung der Ehepakte in das Handels-

<sup>11)</sup> Anders jetzt nach § 741 b. ZPD.

register bei demjenigen Handelsgerichte stattgefunden hat, in dessen Bezirk die Handelsniederlassung ihren Sitz hat.

Die Wirksamkeit dieser Eintragung gegen dritte Personen tritt ein, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben von dieser Eintragung Kenntnis erlangt haben oder nicht.

Im Falle eines Konkurses stehen die erwähnten Rechte der Ehefrau den schon vor dem Tage der Eintragung begründeten Forderungen der Handelsgläubiger des Ehemannes in Ansehung des gesamten Vermögens deselben nach.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen finden auch auf jede Änderung der Ehepakts Anwendung, dieselbe mag einverständlich oder auf Grund eines richterlichen Ausspruches erfolgt sein.

Was hier vorgeschrieben ist, gilt auch bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter einer in das Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaft.

**§ 17.** Über den Inhalt, sowie über die Änderung der Ehepakts, muß eine notariell oder gerichtlich beglaubigte Urkunde oder ein rechtskräftiges Erkenntnis beigebracht sein. Die bezüglichlichen Urkunden sind in beglaubigter Abschrift bei dem Handelsgerichte aufzubewahren.

In das Handelsregister ist nur das Datum der Ehepakts oder der Änderungen, der Name, Vorname, Stand, Wohnort der Ehegatten und der Tag der Eintragung anzumerken.

Auf diese Angaben hat sich auch der Inhalt der Veröffentlichung zu beschränken.

Die Ehefrau ist berechtigt, die Eintragung der Ehepakts zu verlangen und zu diesem Zwecke, sofern dieselben noch nicht notariell oder gerichtlich beglaubigt wären, den Mann hiezu zu verhalten.

Während Art. 8 HGB. Bestimmungen über das Verhältnis der Handelsgläubiger einer Frau zu deren Ehemann trifft, regelt § 16 EG. die rechtlichen Beziehungen der Handelsgläubiger eines Kaufmannes zu dessen Ehegattin, indem § 16 den Grundsatz aufstellt, daß die der Ehefrau eines registrierten Kaufmannes aus den Ehepakts zustehenden Rechte gegenüber den Handelsgläubigern ihres Mannes ohne vorherige Eintragung der Ehepakts ins Handelsregister nicht wirksam sind. **§ 1.**

1. **Wessen Gläubiger werden durch § 16 EG. gegen Ansprüche der Ehefrau geschützt?** Nur die Gläubiger eines Kaufmannes, dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist, oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft, nicht die Rechte der Gläubiger eines stillen Gesellschafters, Kommanditisten, Minderkaufmannes, Teilhabers einer Kleinhandelsgefellschaft, daher werden die Rechte der Ehefrau eines solchen Kaufmannes durch den Gewerbebetrieb ihres Ehegatten überhaupt nicht berührt. Es genügt auch nicht, daß der Kaufmann oder die offene Handelsgesellschaft, der er als Gesellschafter angehört, gemäß § 7 zur Firmenregistrierung verpflichtet ist; die Anwendung der §§ 16 und 17 EG. setzt die tatsächliche Eintragung der Firma voraus (vergl. Zusatz 2 zu Art 10). **§ 2.**

- § 3. 2. **Gegen welche Ansprüche der Ehegattin werden die Handelsgläubiger geschützt?** Nur gegen Ansprüche aus Ehepакten, nicht auch gegen Ansprüche aus Rechten, die der Ehefrau unmittelbar aus der Ehe gegen den Ehemann zustehen. In dieser Hinsicht ist der Schutz der Handelsgläubiger nach § 16 C.G. weit geringer als der nach Art. 8 H.G.B. Andererseits bezieht sich § 16 C.G. auf alle Rechte, die der Ehefrau aus den Ehepакten zustehen, auch wenn sich diese Rechte auf das eigene Vermögen der Ehefrau beziehen, während Art. 8 nur von Rechten spricht, die dem Ehemanne an dem Vermögen der Ehefrau zustehen (Ullmann S. 129).
- § 4. 3. **Der den Handelsgläubigern gewährte Schutz besteht darin, daß gegenüber denselben die der Frau aus den Ehepакten zustehenden Rechte nur bei Eintragung der Ehepакte oder der nachträglichen Änderungen derselben ins Handelsregister und erst von dem Zeitpunkt der Eintragung an wirksam sind; hiebei ist es ganz gleichgültig, ob die Ehepакte vor oder nach der Registrierung der Firma abgeschlossen wurden.**
- § 5. 4. **Unter welchen Voraussetzungen verleiht die Registrierung der Ehepакte denselben Wirksamkeit gegen die Handelsgläubiger?**
- a) Die Registrierung muß bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung erfolgen. Sie wirkt dann auch für etwaige Zweigniederlassungen, und zwar von dem Tage an, der als Tag der Eintragung angegeben ist; auf den Tag der Kundmachung kommt es nicht an (vergl. Stenogr. Prot. [1862] S. 3903; Ullmann S. 127).
  - b) Der Inhalt der Eintragung und der demselben gleiche Inhalt der Veröffentlichung ist in § 17, Abs. 2 bestimmt.
  - c) Selbstverständlich müssen die Ehepакte, um überhaupt von Wirksamkeit zu sein, in der für ihre Gültigkeit vorgeschriebenen Form abgefaßt sein. Da diese Form nach § 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871 in der Errichtung eines Notariatsaktes besteht, so ist die Bestimmung des § 17, Abs. 1 und 4, daß die Ehegattin berechtigt ist, vom Ehemanne die Ausstellung einer notariellen Urkunde über die Ehepакte zu verlangen, gegenstandslos. Über die Form der Anmeldung vergl. § 1, lit. e zu Art. 12.
  - d) Keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Ehepакte gegen die Handelsgläubiger bildet die Tatsache, daß dieselben von der Eintragung Kenntnis erlangt haben. Die Wirksamkeit der Eintragung tritt auch gegen diejenigen ein, welche sich hinsichtlich derselben in schuldloser Unkenntnis befinden (§ 16, Abs. 3).
- § 6. 5. **Die Folgen der unterlassenen oder verspäteten Registrierung bestehen darin, daß die Ehepакte gegenüber allen oder gegenüber denjenigen Handelsgläubigern unwirksam sind, deren Forderungen am Tage der Registrierung bereits bestanden haben. Ob die aus den Ehepакten der Frau zustehenden Rechte grundbücherlich eingetragen sind, ist belanglos, sofern nicht Dritte im Vertrauen auf das öffentliche Buch weitere Rechte erworben haben (Anders S. 156; Ullmann S. 156; AbtCl. 957, 1797 [erste Instanz]; dagegen Canstein I, S. 198). Gewisse Rechte aus den Ehepакten können mit den Handelsgläubigern des anderen Ehegatten überhaupt nicht kollidieren; hieher gehört das Recht aus einem Erbvertrage und das Advitalitätsrecht (vergl. § 7 zu Art. 8). Widerlage und Morgengabe sind Schenkungen (Krainz-Ehrenzweig § 444), kommen daher im Konkurse ohnehin erst in der fünften Klasse nach Befriedigung der gewöhnlich in der dritten und vierten Klasse rangierenden Handelsgläubiger zum Zuge (Ullmann**

§. 132). In Ansehung dieser Ehepakte ist also § 16 *EG.* nur praktisch, wenn ausnahmsweise die Forderungen der Handelsgläubiger auch aus Schenkungen herrühren (vergl. über diese Möglichkeit *R. Pollak* §. 186, und § 8 zu Art. 273). Dagegen tritt bei unterlassener Registrierung gegenüber den Handelsgläubigern Anwirksamkeit der Heiratsgutsforderung der Ehefrau ein, auch wenn das Heiratsgut aus dem eigenen Vermögen der Frau stammt (vergl. oben § 2; *Ullmann* Note 79; *AdCl.* 1797). Der *DGH.* (*GU.* 1824) hat unter Hinweis auf §§ 16 und 17 *EG.* den Anspruch der Ehegattin gegen die Konkursmasse ihres Gatten auf Rückstellung eines als Heiratsgut ohne Aufnahme eines Notariatsaktes gegebenen Barbetrages abgewiesen; der entgegengesetzten Entscheidung der unteren Instanz, die in dem Anspruche der Ehegattin bloß eine *condictio sine causa* und keinen Anspruch aus einem Ehepakte erblickte, ist zuzustimmen. Dagegen bleibt der Anspruch auf den Genuß des Heiratsgutes, soweit er gemäß § 1260 *ABGB.* überhaupt gegen die Konkursmasse des Ehemannes erhoben werden kann, auch gegenüber den Handelsgläubigern wirksam, da er nicht auf den Ehepакten, sondern auf dem Gesetze beruht (*Ullmann* §. 135).<sup>12)</sup>

Eine besondere, z. B. eine bloß das gegenwärtige Vermögen betreffende Gütergemeinschaft auf den Todesfall kann mit den Rechten der Handelsgläubiger des Ehemannes dadurch in Kollision geraten, weil die im Konkurse wirksam werdende Gütergemeinschaft auf den Todesfall auch einen Anspruch des nicht im Konkurse befindlichen Ehegatten gegen die Konkursmasse erzeugen kann, nämlich dann, wenn die im Vermögen des in Konkurs geratenen Ehegatten befindlichen, unter die Gütergemeinschaft fallenden Aktiven seine der Gütergemeinschaft zu unterziehenden Passiven übersteigen, während bei der Ehegattin das Gegenteil stattfindet; auf Grund des Vertrages über die Gütergemeinschaft auf den Todesfall entsteht ein Anspruch der Ehegattin gegen die Konkursmasse des Ehemannes, der allen Konkursgläubigern, daher auch den Handelsgläubigern, deren Forderung vor Registrierung der Ehepakte entstanden waren, zum Nachtheile gereicht<sup>13)</sup> (so mit eingehender Begründung *Raffa* §. 275; a. *M. Anders* §. 157; *Ullmann* §. 132 und unsere vorige Auflage).

Ist das Recht „zur Gemeinschaft“ gemäß § 1236 *ABGB.* in das öffentliche Buch eingetragen, so kann in dem Falle, als früher die Frau Alleinbesitzerin der Liegenschaft war, § 16 *EG.* überhaupt nicht praktisch

<sup>12)</sup> Die Bestimmung des § 49 *RD.*, daß die vor Eröffnung des Konkurses abgegebene Bestätigung des Ehemannes, das Heiratsgut empfangen zu haben, um zu Gunsten der Frau gegen die Konkursmasse einen Beweis zu machen, zur Zeit der Empfangnahme des Heiratsgutes oder spätestens ein Jahr vor Konkursöffnung erfolgt sein muß, ist auch im kaufmännischen Konkurse anwendbar (*R. Pollak*, *Konkursrecht* §. 108; *Krainz-Ehrenzweig* § 438, Note 31, und vollkommen überzeugend *Schimm*, *JBl.* 1895, Nr. 21 und 22; dagegen *GU.* 15.246, 8331, *AdCl.* 660). *Tilsch* §. 283 erklärt den § 49 *RD.* als eine Beweisvorschrift durch die *RPD.* für aufgehoben; hingegen bemerkt *Randa* I, §. 114, daß § 49 *RD.* keine Beweisregel sondern eine materielrechtliche durch Art. VII, §. 3, *EG.* zur *RPD.* aufrrecht erhaltene Vorschrift enthalte (ebenso *Schauer*, N. 3 zu Art. VII *EG.* zur *RPD.*).

<sup>13)</sup> *Raffa* führt folgendes Beispiel an: Zwischen A und seiner Gattin B besteht Gütergemeinschaft bezüglich des gegenwärtigen Vermögens für den Todesfall. Über A wird Konkurs eröffnet. Die Gemeinschaftsaktiven des A betragen 5000 K, seine Gemeinschaftspassiven 3000 K. Die Gemeinschaftsaktiven der B betragen 2000 K, ihre Gemeinschaftspassiven 3000 K. Der B steht gegen die Konkursmasse des A ein Anspruch auf 1500 K zu. Dann ist der Überschuß zwischen den gesamten Gemeinschaftsaktiven (7000 K) und den gesamten Gemeinschaftspassiven (6000 K) geteilt.

werden; es kann vielmehr die Konkursmasse des Ehemannes wie im Falle des Todes den Anspruch auf Teilung gemäß § 1262 ABGB. geltend machen und erhält die dem Ehegatten vorbehaltenen Hälfte ins freie Eigentum, die aber dann gleichmäßig zur Befriedigung der Handelsgläubiger und der gemeinen Gläubiger verwendet wird. § 16 EG. kommt nur dann zur Anwendung, wenn früher der Mann Alleineigentümer der der Gemeinschaft gewidmeten Liegenschaft war, indem die Frau den Teilungsanspruch als ein aus den Ehepacten entspringendes Recht gegen die Konkursmasse des Ehemannes nur nach Maßgabe des § 16 EG. geltend machen kann (Anders S. 157; Ullmann S. 135). Was die Gütergemeinschaft unter Lebenden anbelangt, so kann die Frau auf Grund derselben keinen Anspruch auf Herausgabe von Vermögensbestandteilen gegen die Konkursmasse des Ehemannes, zum Nachteile der Handelsgläubiger stellen (Ullmann S. 157; Anders S. 132).

- § 7. 6. Ansprüche aus den Ehepacten kann die Frau zwar im Konkurse des Ehemannes geltend machen; sie müssen auch klassifiziert werden; was jedoch der Ehefrau hieraus zufällt, erhalten die Handelsgläubiger des Ehemannes zur Deckung ihres Ausfalles. Diesbezüglich bestimmt § 50 RD.: „Inwiefern die der Ehefrau eines Kaufmannes aus den Ehepacten zustehenden Ansprüche, um gegen die Handelsgläubiger des Ehemannes wirksam zu sein, der Eintragung in das Handelsregister bedürfen, wird durch das Handelsrecht bestimmt.

Die Ehegattin eines Kaufmannes, deren Ehepacten in dem Handelsregister eingetragen sind (§ 16 EG. zum HGB.), hat den dieser Eintragung vorangehenden Handelsgläubigern jenen Mehrbetrag, welcher ihnen aus der Konkursmasse ihres Ehegatten zur Bezahlung ihrer Forderung ohne Rücksicht auf die Ehepacte zugekommen wäre, aus der ihr auf Grund der Ehepacte zukommenden Bezahlung zu ersetzen“ (vergl. R. Pollak S. 186).

- § 8. 7. Zur Eintragung der Ehepacte besteht gegenüber dem Registerrichter keine Verpflichtung (vergl. § 3 zu Art. 12), wohl aber steht der Ehefrau ein Recht gegen den Ehemann auf Eintragung der Ehepacte zu (§ 17, Abs. 4), und die Geltendmachung dieses Rechtes ist von der Zustimmung der Mitgesellschafter des Ehemannes unabhängig (AblCl. 1434).

### Artikel 9.

Eine Handelsfrau kann in Handelsfachen selbständig vor Gericht auftreten; es macht keinen Unterschied, ob sie unverheiratet oder verheiratet ist.

- § 1. 1. Die Bedeutung der Vorschrift geht nicht so weit, wie ihr Wortlaut annehmen läßt. Denn in Wahrheit kann eine Handelsfrau nicht durchweg selbständig vor Gericht auftreten, sie unterliegt nur keinen anderen Beschränkungen als männliche Personen. Ist sie aber z. B. minderjährig oder bevormundet, so unterliegt auch ihre persona standi in judicio den hiedurch bedingten Beschränkungen.
- § 2. 2. Die Handelshefrau insbesondere ist wie jede andere Person so weit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann (§ 1 ZPO.). Da nun die Rechte des Ehemannes an ihrem Vermögen die Kraft ihrer Verpflichtungen nicht einschränken, so bewirken sie auch keine Minderung an ihrer Prozeßfähigkeit in Bezug auf die durch ihren Handelsbetrieb entstandenen Rechtsverhältnisse (Art. 8, Abs. 2). Auch die Ehefrau, die

gewerbsmäßig ohne Einwilligung ihres Mannes Handelsgeschäfte betreibt, ist nach bürgerlichem Rechte, ohne daß die Qualität der Geschäfte als Handelsgeschäfte von Einfluß wäre, verpflichtungsfähig (vergl. § 1 zu Art. 7), daher auch prozeßfähig (Stedl S. 15). Nur finden auf sie jene Vorschriften der Prozeßgesetze keine Anwendung, die die Kaufmannsqualität voraussetzen (z. B. die Bestimmungen über die handelsgerichtliche Kompetenz).

3. Die Postulationsfähigkeit der Handelsfrau ist durch diesen Artikel nicht § 3. erweitert. Daher ist auch die Handelsfrau in Handelsstreitigkeiten, soweit nicht die Ausnahme des § 449 ZPO. Platz greift, nicht als Prozeßbevollmächtigte zuzulassen.

### Artikel 10.

Die Bestimmungen, welche dieses Gesetz über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura enthält, finden auf Höcker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, im Falle es erforderlich erscheint, diese Klassen genauer festzustellen.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen.

Der Artikel trifft einschränkende Bestimmungen für einzelne Arten von Kaufleuten und statuiert so den Begriff der **Minderkaufleute** (welcher Ausdruck vorzuziehen ist der gleichfalls üblichen Bezeichnung Kaufleute minderen Rechtes, da es sich auch um mindere Pflichten handelt). Einleitung.

Art. 10 ist für das österreichische Recht seinem vollen Inhalte nach durch § 7 GG. zum HGB. ersetzt worden. Derselbe lautet in der durch die Kaiserl. vom 11. Juli 1898, RGBl. Nr. 124, festgestellten Fassung:

Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura haben, mit Ausschluß der Hausierer, auf alle Kaufleute Anwendung zu finden, welche von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe an einjähriger staatlicher Erwerbsteuer in Orten mit einer Bevölkerung von mehr als 100.000 Einwohnern wenigstens 60 fl., in Orten mit einer Bevölkerung von mehr als 10.000 und nicht über 100.000 Einwohnern wenigstens 40 fl., und in Orten mit einer Bevölkerung von nicht über 10.000 Einwohnern wenigstens 25 fl. zu entrichten haben oder deren Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange das erwähnte Steuermaß begründen würde, falls sie von deren Entrichtung nicht befreit wären.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

§ 1. I. Die Sonderbestimmungen über Minderkaufleute. Sie bestehen darin, daß für einen näher bestimmten Kreis von Kaufleuten die Geltung einer Reihe von handelsrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen ist.

§ 2. 1. Der Kreis der Minderkaufleute. Derselbe ist in Art. 10 HGB. enger gezogen als es der Anschauung des Volkes entspricht. Nach der Anschauung des Volkes, die sich nicht selten auch in den Entscheidungen der Gerichte wieder spiegelt, gilt als Minderkaufmann jeder, dessen Gewerbebetrieb einen geringen Umfang hat. § 7 EG. kommt den Anschauungen des Volkes insofern näher, als bis auf einen einzigen Fall nicht die Gattung des Betriebes, sondern die Höhe der Steuerleistung entscheidet. Dieselbe steht naturgemäß mit dem Umfange des Betriebes im Zusammenhange, und so ist letzterer allerdings mittelbar für die Vollkaufmannsqualität entscheidend. Der Maßstab, den das Gesetz hier anlegt, ist eben ein abstrakter und kein konkreter. Daher kommt es, daß in einzelnen Fällen trotz der geforderten Höhe der Steuerleistung der Umfang des Gewerbebetriebes ein so geringer ist, daß die im Verkehre bestehende Anschauung sich dagegen wehrt, den Unternehmer als Kaufmann anzuerkennen (vergl. Zusatz 1). — Da das hervortretendste Merkmal der Vollkaufmannseigenschaft in der Pflicht, beziehungsweise dem Rechte zur Firmenregistrierung besteht, so pflegt in der Ausdrucksweise des kaufmännischen Verkehrs und der Judikatur, wenn die Anwendbarkeit der den Vollkaufleuten vorbehaltenen Bestimmungen in Frage steht, zwischen **protokollierten** und **nichtprotokollierten** Kaufleuten unterschieden zu werden. Diese Ausdrucksweise ist ungenau und irreführend; denn die Anwendbarkeit der im § 7 EG. den Vollkaufleuten vorbehaltenen Bestimmungen ist nicht von der Tatsache der Firmenregistrierung, sondern lediglich von den in dieser Gesetzesstelle angegebenen Voraussetzungen abhängig. Das Vorhandensein der letzteren hat daher der Prozeßrichter, wenn die Vollkaufmannsqualität für die Entscheidung erheblich ist, selbständig zu prüfen, ohne an die enklächlich der Firmeneintragung vom Registerrichter vorgenommenen Feststellungen gebunden zu sein. Wichtig hat daher der Kassationshof in der (bei Manz IV, Note 46 zu § 486 StG.) mitgeteilten Entscheidung vom 5. Juli 1879 ausgesprochen, daß die Buchführungspflicht schon dann, wenn der Geschäftsbetrieb ein bestimmtes Steuermaß begründet, und nicht erst mit der faktischen Firmenregistrierung beginnt. In manchen Fällen wird allerdings vom Gesetze nicht die Vollkaufmannsqualität, sondern ausdrücklich die Firmenregistrierung gefordert; letztere ist dann allerdings notwendig, aber auch genügend (vergl. Zusatz 2).

Minderkaufleute sind nun nach dem Gesetze:

§ 3. a) **Hausierer**; dieselben sind niemals Vollkaufleute, mag ihr Betrieb noch so umfangreich sein. Die in der Literatur zu Art. 10 HGB. bestehende Streitfrage, ob die Worte „von geringerem Gewerbebetriebe“ sich auch auf die Hausierer beziehen, ist durch die Fassung des § 7 EG. gegenstandslos geworden. Dagegen ist den in Art. 10 HGB. neben den Hausierern erwähnten Hölern und Trödlern nicht

unbedingt die Eigenschaft eines Vollkaufmannes verjagt (Canstein I, S. 191).

Höker sind Handelsleute, welche auf Straßen, Plätzen oder § 4.  
in Hausgewölbten ihre Waren feilbieten (hocken); Trödler diejenigen, welche alte Kleider, Möbel, Geräte zusammenkaufen und weiterverkaufen, nicht auch die Antiquare, die eine geschäftlich höhere Stellung einnehmen; Hausierer sind diejenigen, die mit ihren Waren von Haus zu Haus oder von Ort zu Ort ohne bestimmte Verkaufsstätte umherziehen (vergl. Gesetz vom 4. September 1852, RGBl. Nr. 252, Nr. 1, und § 60 GewD.). Das Umherziehen mit Proben gehört nicht hieher (RG. in Strafsachen 20, S. 207). Das Umherziehen muß ferner so beschaffen sein, daß sie ihre Waren (z. B. auch Federvieh) in Körben, Kästen, Wagen oder ähnlichen Behältnissen bei sich führen (RG. in Strafsachen 20, S. 307). Der mit Pferden, Rindvieh oder Schweinen umherziehende Viehhändler ist also nicht Hausierer (RG. ebd.), ebensowenig der Krämer, welcher seine Ware auf Märkten auslegt (RG. in Strafsachen 20, S. 168).

- b) **Alle anderen Personen, die von ihrem kaufmännischen Betriebe § 5.  
nicht das im § 7 GG. geforderte Maß an Steuern zu entrichten haben oder zu entrichten hätten, wenn sie nicht von der Entrichtung der Steuer befreit wären, sind Minderkaufleute.<sup>14)</sup> Betreibt jemand mehrere Erwerbsunternehmungen, so muß sich der das Mindestmaß des § 7 GG. erreichende Steuerfuß auf jene Unternehmung beziehen, deren Betrieb im Abschluß von Handelsgeschäften besteht (Remethy, Formularien, S. 233). Über die Feststellung des auf die einzelnen Unternehmungen fallenden Steuerfußes vergl. unten § 2. Für die Beantwortung der Frage, ob die im § 7 für die Vollkaufmannsqualität geforderten Voraussetzungen vorliegen, ist grundsätzlich derjenige Zeitpunkt maßgebend, der für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses, für welches die Eigenschaft eines Vollkaufmannes erheblich ist, überhaupt maßgebend ist; die für die zeitliche Herrschaft der Gesetze geltenden Grundsätze werden hier analog angewendet werden können. Nur dann, wenn die Firma eines Kaufmannes gemäß § 7 GG. ins Handelsregister bereits eingetragen ist, bleibt er Vollkaufmann, auch wenn später die Voraussetzungen des § 7 für die Vollkaufmannsqualität durch Verringerung des Umfanges des Betriebes oder Änderung in der Bevölkerungsziffer des Betriebsortes sich ändern sollten. Das Gleiche gilt von denjenigen, deren Firma vor dem 1. August 1898 auf Grund der damals maßgebenden Höhe der Steuerleistung bereits im Handelsregister eingetragen war. Die bezüglichen Bestimmungen enthält § 9 GG. zum HGB., der**

<sup>14)</sup> Die öffentlichen Lagerhäuser genießen, unabhängig von der Höhe der Steuerleistung, die Vollkaufmannsqualität (§ 50, Abf. 2 Lagerhausgesetz; Adler, Lagerhausrecht S. 60), was jedoch kaum von praktischer Bedeutung ist. Ebenso finden auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung ohne Rücksicht auf die Höhe der Erwerbsteuer die Bestimmungen des HGB. Anwendung (§ 61, Abf. 3 der Gesetze über Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Durch diese Bestimmung sollte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Vollkaufmannseigenschaft verliehen werden (vergl. Motive bei Sterly S. 73). Dagegen ist hinsichtlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, deren Unternehmen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht und auf die gemäß § 13 GenG. die für Kaufleute geltenden Bestimmungen des HGB. Anwendung finden, nach dem Maße der Steuerleistung zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten zu unterscheiden (Stroß, Genossenschaftsrecht S. 115, Randa I, S. 93).

in der durch die KaisB. vom 11. Juli 1898 festgestellten Fassung lautet: „Ist die Firma eines Kaufmannes in das Handelsregister eingetragen, so haben nachträgliche Änderungen in dem von ihm zu entrichtenden Erwerbsteuerbetrage oder die infolge der Zunahme der Bevölkerungsziffer des Betriebsortes eingetretene Einreihung des letzteren in eine andere Ortsklasse (§ 7) auf die Anwendung der in dem vorhergehenden Paragraphen erwähnten Bestimmungen des HGB. keinen Einfluß.“

Auf Kaufleute, deren Firma bei Beginn der Wirksamkeit der KaisB. vom 11. Juli 1898, RGBl. Nr. 124 (1. August 1898), im Handelsregister schon eingetragen war, ist die Änderung des gesetzlichen Steuersatzes ohne Einfluß.

## § 6.

2. Die für Minderkaufleute ausgeschlossenen Vorschriften. Es sind dies Vorschriften über Firmen, Handelsbücher, Procura und Handelsgesellschaften. Alle übrigen Vorschriften des HGB. finden auch auf die Minderkaufleute Anwendung, sie sind im übrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten derselben. Wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, sind überall die Minderkaufleute mitgemeint (RDHG. 7, S. 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (AblG. 122 und 415), vorbehaltlich des Art. 273, Abs. 3; es finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten, über die Formfreiheit der Verträge, über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (RDHG. 9, S. 81), über das Recht auf Provision nach Art. 290 (RDHG. 10, S. 243), die Art. 306 und 313 auch auf sie Anwendung, wobei jedoch immer zu berücksichtigen ist, daß ein Klein Kaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstabe zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäftes (RDHG. 2, S. 443; 13, S. 439, Kontokorrent; RG. 17, S. 99, Passivübernahme. Gleiches gilt bei Anwendung der Art. 278, 279, 282, 347 und 356; vergl. Allfeld, S. 61). Betreibt jemand ein Gewerbe, welches die Vollkaufmannsqualität begründet, und ein solches, welches die Minderkaufmannsqualität zur Folge hat, so war nach früherem deutschen Rechte die Frage strittig, ob er Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sei. Diese Frage ist nach österreichischem Rechte nach ganz anderen Gesichtspunkten zu entscheiden. Nach § 7 EG. sind alle Kaufleute Vollkaufleute, welche „von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe“ das festgesetzte Maß an Steuern zu entrichten haben. Betreibt also jemand mehrere kaufmännische<sup>15)</sup> Erwerbunternehmungen, die nicht Bestandteile eines einheitlichen Handelsgeschäftes bilden, z. B. ein Sägewerk und eine Ziegelei, so kommt es darauf an, ob diese Unternehmungen abge sondert besteuert werden oder ob für dieselben ein einheitlicher Steuersatz besteht. Die abge sonderte Besteuerung findet dann statt, wenn die verschiedenen Unternehmungen in räumlich getrennten Betriebsstätten betrieben werden; werden sie in derselben Betriebsstätte betrieben, so ist der Steuersatz in der Regel ein einheitlicher. Die Erwerbsteuerkommission kann aber und muß über Begehren des Unternehmers eine Aufteilung des Steuersatzes auf die einzelnen Gattungen des Betriebes vornehmen (§ 37, Abs. 5 PersStG.). Besteht also für mehrere nicht in Zusammenhang stehende Erwerbs-

<sup>15)</sup> Im § 2 zu diesem Artikel wurde der Fall erwähnt, daß nur eine der mehreren Unternehmungen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht.

unternehmungen ein besonderer Steuerfuß, so kann der Gewerbetreibende sehr wohl in Bezug auf die höher besteuerte Unternehmung Vollkaufmann, in Bezug auf die anderen Minderkaufmann sein (dagegen Canstein I, S. 193). Ist auf diese Weise jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich, so braucht er die Verpflichtung zur Buchführung nur in Ansehung jener Unternehmung zu erfüllen, die ihn zum Vollkaufmann macht; nur in Ansehung jener obliegt ihm die Verpflichtung zur Firmenregistrierung. (Wohl zu unterscheiden hievon ist der Fall, wenn die beiden Geschäfte zueinander im Verhältnisse von Haupt- und Zweigniederlassung stehen; hierüber § 3 zu Art. 21.)

Auch die Bestellung eines Prokuristen nur für das die Vollkaufmannsqualität begründende Geschäft muß für zulässig erachtet werden, ist aber wegen der unbeschränkten Vertretungsmacht des Prokuristen ohne praktische Bedeutung (vergl. § 3 zu Art. 43). Anders steht es allerdings mit jenen Vorschriften, die ihrem Wortlaute nach nicht die Vollkaufmannsqualität, sondern die Tatsache der Firmenregistrierung verlangen (vergl. Zusatz 2). So ist die handelsgerichtliche Kompetenz gegen einen registrierten Kaufmann begründet auch dann, wenn das Klagegeschäft im Betriebe eines anderen, nicht die Vollkaufmannsqualität begründenden Unternehmers geschlossen wurde (vergl. AblCl. 1494, dagegen AblCl. 743; vergl. auch Oll. 1133).

Die eximierten Vorschriften sind:

- a) Die Vorschriften über Firmen. Minderkaufleute sind hienach weder § 7. berechtigt noch verpflichtet, ihre Firmen eintragen zu lassen, haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu nehmen. Daß Minderkaufleute auch zur Registrierung ihrer Firma nicht berechtigt seien, wurde in den Entscheidungen bei AblCl. 1138, 1228, 1621, ZBl. 1906, 1 anerkannt. Dagegen wurde in AblCl. 1845 ausgesprochen, daß Kaufleute, bei denen die Voraussetzungen des § 7 EG. nicht zutreffen, wohl zur Eintragung ihrer Firma nicht verpflichtet, jedoch berechtigt seien. Diese Entscheidung steht einmal mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes, das unterschiedslos „die Bestimmungen des HGB. über die Firmen“ auf Minderkaufleute für unanwendbar erklärt, in Widerspruch. Die Richtigkeit der anderen Judikate wird aber auch durch die Entstehungsgeschichte des § 7 EG. bestätigt: § 6 der Regierungsvorlage (entsprechend § 7 des Gesetzes) enthielt die Bestimmung, daß gewisse Gruppen von Kaufleuten zwar nicht die Pflicht, aber das Recht zur Firmenprotokollierung haben sollen. Diese Bestimmung wurde jedoch über Antrag des Ausschusses gestrichen, und zwar mit der Begründung, daß dort, wo keine Verpflichtung zur Firmenprotokollierung bestehe, auch kein Recht hiezu anerkannt werden könne (Stenogr. Prot. [1862] S. 3885). Die Firma ist für Minderkaufleute nicht der Name, unter welchem sie im Handel Geschäfte betreiben (Art. 15). Wenn dennoch ein Minderkaufmann eine Firma führt, die sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so hat das Handelsgericht nach Art. 26 dagegen einzuschreiten (AblCl. 1138; Hahn § 3). Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die in Rede stehenden Vorschriften keine Anwendung finden, dürfen sich keiner Gesellschafts-firma bedienen (vergl. § 49, Z. 5 GewD.). Werden aber bloß die

vollständigen Namen sämtlicher Gesellschafter durch das Wörtchen „und“ verbunden, so liegt hierin weder ein nach Handelsrecht noch nach § 49, Z. 5 GewD. unzulässiger Firmengebrauch vor, weil der Gebrauch einer sich mit dem bürgerlichen Namen deckenden Firma jedem gestattet ist und das Bindewort „und“ nicht als ein ein Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz angesehen werden kann (Frankl S. 6). Unzulässige, nicht eingetragene Firmenführungen sind in lebhafter Übung. Für die hiedurch geschaffenen Rechtsverhältnisse kommen die allgemeinen Rechtsregeln zur Anwendung, die sich freilich mit den für eingetragene Firmen gegebenen Gesetzesvorschriften meist decken werden. So gilt insbesondere für die unter nicht eintragungsfähiger Firma abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dasselbe, wie wenn sonst im Rechtsverkehre jemand unter fremdem Namen Rechtsgeschäfte abschließt: die Geschäfte sind, zumal im Handelsverkehre nicht ungültig, wenn nur die Identität des Kontrahenten feststeht (vergl. RDSG. 22, S. 71). Gleiches gilt für die in Art. 25, Abs. 2 und 3 geregelten Verhältnisse, nur daß die hier vorgeesehenen formellen Vorschriften als solche außer Anwendung bleiben und an ihre Stelle eine freie richterliche Würdigung aller erheblichen Umstände tritt (RG. 12, S. 10). So haftet z. B. der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma für die Verbindlichkeiten, welche sein mit seiner Zustimmung die Firma fortführender Geschäftsübernehmer eingeht, solange, bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (RG. 15, S. 33). Vergl. § 2 zu Art. 25. Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Über ihren Etablissementnamen siehe § 7 zu Art. 15.

- § 8. b) Die Vorschriften über die Procura. Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen bestellen. Eine dennoch erteilte Procura ist nicht etwa, wie Thöl annimmt, ein schlechthin ungültiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Procura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht erteilen wollte. Daher wird man dem wahren Willen der Beteiligten am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer generellen Handlungsvollmacht nach Art. 47 annimmt (zust. Buchelt, Anm. 3; Allfeld S. 64).
- § 9. c) Die Vorschriften über die Handlungsbücher. Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Bücher zu führen. Daß sie hierzu berechtigt sind, ist selbstverständlich, da hier kein Privileg in Frage steht. Über die Beweisraft der Bücher der Minderkaufleute und die der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute disponieren die §§ 19 und 20 GG. zum HGB. (näheres hierüber siehe bei §§ 3 und 4 zu Art. 34).
- § 10. d) Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes dieser Art sind keine Handelsgesellschaften, also keine offenen Handelsgesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften (Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien), wohl aber können sie stille Gesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften sein, da diese im III. Buche des HGB. abgehandelten Gesellschaften zu den Handelsgesellschaften nicht gehören (vergl. RG. 9, S. 80). § 7 GG. in seiner früheren Fassung gab dem Zweifel Raum, ob es auf die Steuerleistung des gesellschaftlichen Unternehmens oder des einzelnen Gesellschafters an-

komme, es daher den Minderkaufleuten überhaupt nicht möglich sei, Handelsgesellschaften zu gründen (vergl. Blaschke-Pitreich S. 19). Durch die Neuredaktion des § 7 E.G., der zufolge der zweite Absatz des § 2 wörtlich mit dem zweiten Absätze des Art. 10 HGB. übereinstimmt, scheint dieser Zweifel gelöst. Ob eine Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma als eine offene Handelsgesellschaft im Sinne der Art. 85 ff. HGB. anzusehen ist, hängt lediglich davon ab, ob auf das gemeinschaftlich betriebene Handelsgewerbe die Bestimmungen des § 7, Abs. 1 E.G. Anwendung finden, das heißt ob von dem gesellschaftlichen Unternehmen das im § 7 geforderte Maß der Steuern zu entrichten ist (vergl. die in der 3. Sitzung der XIV. Session des Herrenhauses gehaltene Rede Pitreichs; stenogr. Prot. S. 38). Zu betonen ist, daß die Vereinigung zum Betriebe des Hausierergewerbes niemals, ohne Rücksicht auf den Umfang und die Steuerpflicht des gemeinschaftlichen Unternehmens, eine Handelsgesellschaft bilden kann. Um dies hervorzuheben, wurde bei den Beratungen über die Abänderung des § 7 E.G. in dritter Lesung über Antrag Grünhuts (siehe stenogr. Prot. a. a. O.) für § 7, Abs. 2 folgende Fassung beschloffen: „Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes . . . oder zum Betriebe eines Hausierergewerbes gelten nicht als Handelsgesellschaften.“ Der Wortlaut, den § 7 dann durch die KaisB. vom 11. Juli 1898 erhalten hat, läßt in dieser Richtung auch keinen Zweifel zu. Vereinigungen von Minderkaufleuten unterfallen daher den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (R.D.H.G. 2, S. 423), in Oesterreich das 27. Hauptstück des zweiten Teiles des ABGB. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf sie keine Anwendung finden. Soweit die zu solchen Gewerben vereinigten Personen Handelsgeschäfte betreiben, finden die handelsrechtlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte auf sie Anwendung, da diese von der Anwendung nicht ausgeschlossen sind. So kann schon der Vereinigungsvertrag als Handelsgeschäft der Formfreiheit nach Art. 317 unterfallen, auf ihre gemeinsam geschlossenen Handelsgeschäfte findet ferner Art. 280 Anwendung (vergl. Behrend § 36, Anm. 16), und es ist ferner die analoge Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Vorschriften über Gelegenheitsgesellschaften, soweit sie ihrer Tendenz nach maßgebend sein können, keineswegs ausgeschlossen (R.D.H.G. 2, S. 425; R.G. 9, S. 81), was z. B. für den Art. 269, Abs. 2 gilt, so daß aus ihren Handelsgeschäften Solidarberechtigung und Solidarverpflichtung entsteht (R.G. 9, S. 80).

Ferner sind ihnen, wie schon erwähnt, die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nicht unzugänglich. Mit Recht macht Behrend ebenda weiter die praktisch bedeutame Bemerkung, daß, sofern dispositiv Vorschriften in Frage sind, es den Soziern unbenommen bleibt, die Vorschriften des HGB. als für sie maßgebend zu vereinbaren, welche Vereinbarung jedoch in der Annahme einer gemeinschaftlichen Firma allein nicht liegt.

**Erster Zusatz zu Art. 10.** Es wurde gezeigt, daß für die Frage, ob jemand, dessen Kaufmannsqualität im Sinne des Art. 4 HGB. feststeht, auch Vollkaufmann ist, ausschließlich § 7 E.G. zum HGB. maßgebend ist. Die Er-

Ein-  
leitung.

örterung der Begriffe „Wirte“, „Schiffer“, „Fuhrleute“ kann daher an dieser Stelle unterbleiben. Das Gleiche könnte auch hinsichtlich des Begriffes „des handwerksmäßigen Betriebes“ der Fall sein. Mit Rücksicht darauf aber, daß der „handwerksmäßige Betrieb“ auch an anderen Stellen des HGB. von Bedeutung ist (Art. 272, Z. 1 und 5, Art. 273, Abs. 2), und mit Rücksicht darauf, daß eine weitverbreitete Praxis der Gerichte dem Momente des handwerksmäßigen Betriebes auch für die Kaufmannseigenschaft eine Bedeutung beilegt, empfiehlt es sich, bereits hier eine Erörterung I. des Begriffes des handwerksmäßigen Betriebes und II. der Folgen, welche das Gesetz und die Judikatur an diese Betriebsart knüpfen, folgen zu lassen.

- § 1. I. Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker anzusehen oder wie das Gesetz sagt, wann ist dessen Betrieb ein solcher, der über den Umfang des Handwerkes nicht hinausgeht? Wann liegt Handwerk vor? Die Antwort ist: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb seines unerheblichen Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert (Canstein I, S. 140, vergl. §§ 2 und 4 d. HGB.). Es ist jedoch der Ton darauf zu legen, daß der Umfang so beschaffen sein muß, daß der Betrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert, nicht daß er eine kaufmännische Einrichtung hat (Kanda I, S. 53; vergl. OGH. vom 5. Februar 1907, ZBl. 1907, 103). Nur wird der letztere Umstand auch hier meist den Rückschluß darauf zulassen, daß die kaufmännische Einrichtung erforderlich ist, nur entscheidend ist er nicht.

Dabei bedarf der Begriff Umfang des Betriebes unserer Ansicht nach keiner Erläuterung. Es ist darunter der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen (so auch Blaschke-Pitreich S. 278: es entscheidet nicht die Qualität des Betriebes, sondern die Ausdehnung desselben). Es steht nichts entgegen, den Ausdruck „kaufmännische Organisation“ durch „fabrikmäßige Organisation“ zu ersetzen (auf der Konferenz wurde der Ausdruck „fabrikmäßig“ aus sprachlichen Gründen abgelehnt [Prot. S. 530 ff.; Blaschke-Pitreich S. 278]). Nur muß man sich hüten, den Begriff des fabrikmäßigen Betriebes im Sinne des § 1, Abs. 5 der GewD. aufzufassen. Die unterschiedliche Behandlung, die die GewD. dem handwerksmäßigen und fabrikmäßigen (in ihrem Sinne) Betriebe zukommen läßt, beruht auf ganz anderen Gründen als die an den handwerksmäßigen Betrieb geknüpften Sonderbestimmungen des HGB. Dort ist es tatsächlich neben dem Umfange des Betriebes auch die Qualität desselben, insbesondere die Methode der Herstellung der Produkte, welche den Unterschied zwischen handwerksmäßigem und fabrikmäßigem Betriebe begründet. Der bekannte ME. vom 18. Juli 1883, Z. 22.037 (abgedruckt bei Manz I, Note 6 zu § 1), welcher die Merkmale des fabrikmäßigen Betriebes im Sinne der GewD. aufzählt und hierbei neben dem Umfange des Betriebes auch auf dessen Qualität Gewicht legt, kann daher zur Abgrenzung des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne des HGB. nur in geringem Maße verwertet werden (vergl. den folgenden Absatz).

- § 2. Andere Kriterien, als der eine kaufmännische Organisation erfordernde erhebliche Umfang des Betriebes, dürfen nicht aufgestellt werden. So sagt das Reichsgericht (bei Bolze 6, Nr. 346) mit Recht, daß ein Betrieb der hier in Rede stehenden Art erst dann ein mehr als handwerksmäßiger wird, „wenn nach dem Umfange des Geschäftes Großbetrieb anzunehmen ist“, und hat daraus den richtigen Schluß gezogen, daß der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, nicht geeignet ist,

den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen. Andererseits ist es nicht zutreffend, wenn entschieden wurde, daß an erster Stelle die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (die Art der Benützung der gewerblichen Hilfsmittel, Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität oder die Zahl des beschäftigten Hilfspersonals, der Grad der Ausnützung der Arbeitsteilung, die Beschaffenheit der der Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten usw. maßgebend sei (Rechtssprechung des RG. in Strafsachen 5, S. 489). Hierin liegt Wahres mit Falschem vermengt, der entscheidende Gesichtspunkt ist jedenfalls nicht betont. Entscheidend ist überall, ob der Umfang des Gewerbebetriebes so erheblich ist, daß er eine kaufmännische, beziehungsweise fabrikmäßige Organisation erfordert. Die hier aufgezählten Momente werden durch ihr Vorhandensein wohl meist einen Rückschluß auf das Vorhandensein eines solchen Umfangs gestatten. Aber entscheidend sind nicht diese Momente, sondern lediglich der Umfang. Hat der Inhaber eine Be- oder Verarbeitungsgewerbes bei geringem Umfange eine streng durchgeführte Arbeitsteilung eintreten lassen, oder läßt er auf Vorrat arbeiten, und es hält sich gleichwohl der Betrieb im ganzen in geringem Umfange, so sind die Grenzen der Handwerksmäßigkeit nicht überschritten. Auch die Art der Arbeitsmittel (Maschinen oder Werkzeuge) entscheidet nicht. Hier könnte das Wort „Handwerk“ irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das erzeugte Produkt im wesentlichen „der Hände Wert“, allenfalls mit Zuhilfenahme von Werkzeugen (Handwerkzeug) hergestellt sein muß. 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 aufhörten, Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe so wenig umfangreich ist, daß es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann. Unzutreffend ist es ferner, daß das Vorwiegen der persönlichen Arbeitskraft, das Mitarbeiten des Meisters entscheiden soll (RG. in Strafsachen 24, S. 357; Oberstes VG. München in GZ. 34, S. 561). Denn selbst auch diese Momente können fehlen bei geringem Umfange des Gewerbebetriebes. Unrichtig ist es endlich, wenn auf den geschäftlichen Umsatz kein Gewicht gelegt wird (Kammergericht bei Johow und Rünzel 9, S. 11; RG. in Strafsachen 24, S. 80 und 357). Der geschäftliche Umsatz deckt sich allerdings nicht immer mit dem Geschäftsumfange, da trotz geringen Umsatzes der Umfang des Geschäftes infolge großer Produktion usw. ein erheblicher sein kann, aber ein Gewerbebetrieb mit erheblichem geschäftlichen Umsatz hat einen erheblichen Umfang und hört auf, ein handwerksmäßiger zu sein. Daß trotz erheblichen Umfanges der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, sondern sich fortzuschleppert in Einrichtungen, die man als handwerksmäßige bezeichnen muß, ist dabei nicht erheblich; es ist nur erforderlich, daß zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die kaufmännische Organisation gehört. Die ordnungswidrige Art der Geschäftsführung entscheidet nicht, im Gegenteil sollen solche Personen gerade durch die Unterordnung unter das Handelsrecht gezwungen werden, in allen den Fällen, wo der Umfang des Gewerbebetriebes die kaufmännische Organisation erfordert, dieselbe auch einzurichten.

Es ist daher der hier entwickelte Begriff des Handwerkes nicht identisch mit dem Begriffe des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne des § 1, lit. b GewD. Nach der GewD. sind als handwerksmäßige Gewerbe

jene anzusehen, „bei denen es sich um Fertigkeiten handelt, welche die Ausbildung im Gewerbe durch Erlernung und längere Verwendung in demselben erfordern“. Es kann daher sehr wohl im Sinne des HGB. ein handwerksmäßiger Betrieb nach dem Umfange desselben vorliegen, ohne daß ein im Sinne der GewD. als handwerksmäßig anzusehendes Gewerbe vorliegt. Andererseits fallen unter den Begriff des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne der GewD. eine Menge von Beschäftigungen, die überhaupt nicht in dem Abschlusse von Handelsgeschäften bestehen, daher für das Handelsrecht vollkommen bedeutungslos sind, z. B. das Friseurgewerbe.

Schließlich mag noch betont werden, daß es hier, wie auch sonst, nur darauf ankommt, welche Art der Tätigkeit den Hauptgegenstand des Gewerbes bildet. Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker aus Hilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebes, auch fertige Sachen anschafft und weiterveräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herauszuheben (RG. in Strafsachen 21, S. 209), und nunmehr die Frage aufzuwerfen, ob ein reines Anschaffungs- und Veräußerungsgewerbe nach Art. 271, Z. 1 vorliegt.

### § 3. II. Welche Folgen sind nun nach dem Handelsrechte an die Tatsache des handwerksmäßigen Betriebes geknüpft?

1. Besteht der handwerksmäßige Betrieb in der Anschaffung von Materialien und Veräußerung derselben nach Bearbeitung oder Verarbeitung, so liegt der gewerbsmäßige Betrieb der in Art. 271, Z. 1 genannten Handelsgeschäfte vor und der Handwerker ist Kaufmann, sogenannter Kaufhandwerker (Canstein I, S. 107; Randa I, S. 52). Der Umstand, daß der Betrieb bloß ein handwerksmäßiger ist, übt auf die Kaufmannseigenschaft hier keinen Einfluß, zunächst auch nicht auf die Vollkaufmannseigenschaft des Handwerkers. Er ist trotz des handwerksmäßigen Betriebes Vollkaufmann, wenn die von seinem Betriebe zu entrichtenden Steuern das im § 7 GG. geforderte Maß erreichen; umgekehrt bleibt der Unternehmer, der Geschäfte dieser Art betreibt, Minderkaufmann, wenn seine Steuerpflicht eine geringere ist, mag auch der Betrieb tatsächlich über den Umfang des Handwerkes hinausgehen und eine kaufmännische Organisation erfordern (Blaschke-Pitreich S. 21). Dies erscheint so selbstverständlich, daß es als auffallend bezeichnet werden muß, daß der OGH. in einer stattlichen Reihe von Entscheidungen Personen, die sich gewerbsmäßig mit dem Betriebe der angeführten Geschäfte befassen, unter Hinweis auf den bloß handwerksmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft abgesprochen hat. Diese irrtümliche Praxis ist teilweise durch den bekannten Erlaß des Justizministeriums vom 8. Febr. 1864, Z. 803, veranlaßt worden. Derselbe (abgedruckt bei Blaschke-Pitreich, S. 21) lautet: „Auf Gewerbsleute, welche nach dem HGB. als Kaufleute nicht anzusehen sind oder denselben nicht gesetzlich gleichgestellt sind (Art. 4 und 5 HGB.) sind die Bestimmungen über Firmen, Handelsbücher und Procura und Handelsgesellschaften nicht anzuwenden, wenn sie auch die im § 7 bestimmte höhere Steuer zahlen. Im Zweifel ist nicht Art. 10, sondern sind jene Bestimmungen des HGB. zur Richtschnur zu nehmen, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft erlangt wird, näher bezeichnen und begrenzen. Ist Umfang und Natur des Betriebes nicht sogleich zu erkennen, so kann

sich das Handelsgericht an die betreffende Handelskammer um Auskunft wenden.“ Es erscheint wohl überflüssig, hervorzuheben, daß dieser Erlaß, wenn er etwas anderes bestimmen würde, als das HGB. verfügt, soweit er vom Gesetze abweichen würde, unverbindlich wäre. Es muß aber gegen Canstein (I, S. 193) betont werden, daß dieser Erlaß mit dem Gesetze in gar keinem Widerspruche steht und daß die Entscheidungen, die auf Grund dieses Erlasses zu dem Ergebnisse gelangt sind, daß der handwerksmäßige Betrieb auch beim Betriebe von Handelsgeschäften im Sinne des § 271, Z. 1 HGB. die Kaufmannsqualität ausschließt, nicht nur das Gesetz, sondern auch den erwähnten Erlaß unrichtig auslegen. Die Worte des Erlasses, daß im Zweifel „jene Bestimmungen des HGB. zur Richtschnur zu nehmen sind, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft erlangt wird, bezeichnen und begrenzen“, geben einen vollkommen richtigen und dem Gesetze entsprechenden Sinn, wenn man die Worte „näher bezeichnen“ auf jene Bestimmungen des HGB. bezieht, welche bestimmte Geschäfte schlechthin als Handelsgeschäfte erklären, also auf die hier in Betracht kommende Bestimmung des Art. 271, Z. 1 HGB., das Wort „begrenzen“ aber auf jene Bestimmungen bezieht, die bestimmte Geschäfte nur dann als Handelsgeschäfte erklären, wenn der Betrieb eine bestimmte Ausdehnung erlangt, also auf Art. 272, Z. 1 und 5. Die Praxis scheint aber die Worte „bezeichnen und begrenzen“ dahin zu verstehen, als müßten immer jene Bestimmungen des HGB., welche einen über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehenden Umfang des Betriebes verlangen, angewendet werden, auch wenn es sich um den gewerbsmäßigen Betrieb von solchen Geschäften handelt, die ohne Rücksicht auf den Umfang des Geschäftes vom Gesetze als Handelsgeschäfte erklärt sind. Am deutlichsten kommt diese irrite Anschauung in den Gründen zu Abt. 1705 zum Ausdruck, wo es heißt: „weil bei Beurteilung, ob ein Gewerbsmann, welcher in Betriebe seines Gewerbes bewegliche Sachen anschafft und bearbeitet, weiterveräußert . . . als Kaufmann anzusehen ist . . . vorzüglich auf die Bestimmung des Art. 272, Z. 1 und 5 und des letzten Absatzes des Art. 273, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Eigenschaft eines Kaufmannes erlangt wird, näher bezeichnen und begrenzen, Bedacht zu nehmen ist, also zu erwägen ist, ob der Geschäftsbetrieb des Gewerbsmannes über den Umfang des Handwerkes hinausgeht“. Der gleiche Gedanke liegt ganz unverkennbar auch den Entsch. Abt. 237, 288, 1733 u. a. m. zu Grunde. Auch in den Entsch. vom 18. Dez. 1904, RZ. 1905, 7, 26. April 1905, ZBl. 1905, 46, wurde unter Hinweis auf den Art. 273 und den erwähnten Erlaß ausgesprochen, daß ein Gastwirt nur dann Kaufmann sei, wenn sein Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht; ebenso hat der OGH. in der E. vom 5. Febr. 1907, ZBl. 1907, 103, die Registrierungspflicht eines Rohstoffes auf Lager anschaffenden Drechslers nicht bloß mit der entsprechenden Höhe der Steuerleistung, sondern auch mit dem den handwerksmäßigen Betrieb übersteigenden Umfang des Unternehmens begründet. Die treffendste Widerlegung dieser in dem erwähnten Erlasse gar nicht ausgesprochenen Ansicht, daß auf Grund der Art. 272, Z. 1 und 5, und Art. 273, Abs. 3 nicht die Kaufmannseigenschaft derjenigen verneint werden kann, die im handwerksmäßigen

Betriebe Rohstoffe anschaffen und verarbeitet weiterveräußern, geben die Gründe OGH. in AdlCl. 786, wo es heißt: „Gerade daß im Art. 272, Abs. 1 des HGB. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung fremder beweglicher Sachen für andere nur dann für ein Handelsgeschäft erklärt wird, wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, und daß nach Art. 273 des HGB. die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen worden . . . als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten sind, geht mit Notwendigkeit hervor, daß auch die Ankäufe von Rohmaterialien durch Handwerker zum Behufe der Verarbeitung Handelsgeschäfte sind, weil sonst, wenn dieselben Beschränkungen auch in Rücksicht des Ankaufes Geltung haben sollten, welche für die Verarbeitung und Veräußerung bestehen, dieselben auch in Art. 271 HGB. hätten Ausdruck finden müssen.“ Ähnlich die Begründung bei AdlCl. 415, vergl. auch Blaschke-Pitreich S. 286.<sup>16)</sup>

Eine zweite Gruppe von in dieser Richtung ergangenen Entscheidungen stützt sich ohne sichtliche Bezugnahme auf den erwähnten Erlaß auf Art. 273, Abs. 3, so z. B. AdlCl. 716, 1836. Gegen das in diesen Entscheidungen mehr oder minder deutlich betonte Argument, daß die Veräußerungsgeschäfte der Handwerker keine Handelsgeschäfte, die Handwerker keine Kaufleute sind, läßt sich einfach entgegensetzen, daß die Kaufmannseigenschaft des Kaufhandwerkers nicht durch den gewerbmäßigen Abschluß der Realisierungsgeschäfte, sondern durch den der Anschaffungsgeschäfte begründet wird.

Zum Teile ist an dieser dem Gesetze nicht entsprechenden Praxis auch der Schlußsatz des gegenständlichen Erlasses schuld, daß sich die Gerichte an die Handelskammern um Auskunft wenden können, „wenn der Umfang und die Natur des Betriebes nicht sogleich zu erkennen“ ist. Die Gerichte haben anscheinend diese Weisung dahin mißverstanden, daß sie an die Handelskammern über den Umfang des Betriebes Anfragen richteten, auch wenn dieser für die Kaufmannseigenschaft ganz gleichgültig war, wenn es sich nämlich um Anschaffungsgeschäfte im Sinne des Art. 271, Z. 1 handelte. Die Handelskammern haben wiederum sich nicht — wie es im Erlasse heißt — mit einer tatsächlichen „Auskunft“ über Art und Umfang des Betriebes begnügt, sondern haben ein Gutachten über die kaufmännische Qualität des Betriebes erstattet. Wenn nun auch in der Praxis nicht verkannt wurde, daß diese Gutachten für den Richter keine bindende Kraft, sondern bloß eine formale Bedeutung haben (vergl. AdlCl. 1733), so haben dieselben doch sehr oft einen unverkennbaren Einfluß auf die richterliche Entscheidung ausgeübt. Diese Gutachten, zu deren Abgabe die Handelskammern immer aufgefordert wurden, wenn die Registrierungsspflicht von Handwerkern mit Rücksicht auf deren das Maß des § 7 GG. erreichende Steuerpflicht in Frage stand, verneinten aber regelmäßig die Kaufmannseigenschaft der Handwerker, um dieselben von der die Vollkaufleute treffenden, mit dem handwerksmäßigen Betriebe in Wider-

<sup>16)</sup> Hier mag hervorgehoben werden, daß die im Texte als richtig erklärte Ansicht nach bei den parlamentarischen Beratungen zu § 8 Ratengesetz seitens der Regierung geteilt wurde, indem der damalige Regierungsvertreter Sektionsrat Dr. Freiherr v. Call ausdrücklich auf die Kaufmannseigenschaft derjenigen Handwerker, die mit eigenen Materialien arbeiten, hinwies (Stenogr. Prot. zur XI. Session des Abgeordnetenhauses S. 12657).

spruch stehenden Pflicht zur kaufmännischen Gebarung zu befreien (Blaschke-Pitreich S. 21). Gerade letzterer Umstand zeigt uns, wie energisch sich die Praxis gegen eine unbedingte Verknüpfung der Vollkaufmannsqualität mit dem Maße der Steuerleistung wehrt. Wird von dem konkreten Umfange des Betriebes abgesehen, und nur Gewicht auf das Maß der Steuerleistung gelegt, so kann und muß es geschehen, daß Leute zu einer kaufmännischen Gebarung (Buchführung usw.) verpflichtet werden, bei denen eine solche trotz der Steuerleistung nach der Natur des Betriebes den Verkehrsverhältnissen nicht entspricht (vergl. Blaschke-Pitreich S. 21). Um nun diesen Personen die Vollkaufmannsqualität nicht zusprechen zu müssen, suchte man, da das Merkmal der letzteren, die Höhe der Steuerleistung, immer zweifellos festgestellt war, einfach um jeden Preis deren Kaufmannseigenschaft zu verneinen.

Diese nach dem bestehenden Gesetze zwar unrichtige, aber so konstante Praxis wird jedenfalls dem künftigen Gesetzgeber die Frage nahelegen, ob es nicht angezeigt wäre, den Grundsatz, die Vollkaufmannseigenschaft schlechthin an eine bestimmte Höhe der Steuerpflicht zu knüpfen, aufzugeben.<sup>17)</sup> Die de lege lata richtige Ansicht wird außer in den bereits erwähnten Entscheidungen noch vertreten in Abt. 122, 174, 419, 193, 652, 1116, 1259, 1263, 1353, 1995. In diesen Entscheidungen wurden unter den Voraussetzungen, daß sie angeschaffte Materialien nach Verarbeitung weiterveräußern, als Kaufleute unter anderen erklärt: Wirte, Fleischhauer, Branntweinschänker und Bäcker.

2. Diejenigen, die gewerbsmäßig Materialien für andere bearbeiten § 4. oder verarbeiten — sogenannte Lohnhandwerker<sup>18)</sup> — sind keine Kaufleute, wenn der Betrieb über den Umfang eines Handwerkes nicht hinausgeht, mag auch die Steuerleistung das Maß des § 7 erreichen. Geht aber der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinaus, so sind diese Personen erst dann Vollkaufleute, wenn ihre Steuerpflicht den Anforderungen des § 7 entspricht. Nach österreichischem Rechte können also — im Unterschiede zum früheren deutschen Handelsrechte — Personen, die gewerbsmäßig die in Art. 272, Z. 2 erwähnten Geschäfte betreiben, nach der Höhe der von ihrem Gewerbe zu entrichtenden Steuern entweder Vollkaufleute oder Minderkaufleute sein (näheres bei Art. 272, § 2). Die gleichen Grundsätze gelten bezüglich der in Art. 272, Z. 5 erwähnten Geschäfte der Druckereien (vergl. die Bemerkungen dortselbst).

<sup>17)</sup> Der Begriff des Handwerkes darf übrigens auch nach d. HGB. nur nach dem konkreten Umfange des Betriebes und nicht nach der Höhe der Steuerleistung beurteilt werden. Auch auf der Enquete zur Reform des Terminhandels wurde wiederholt sowohl von juristischer, wie von kaufmännischer Seite dem Prinzipie, an die Vollkaufmannseigenschaft materiellrechtliche Wirkungen zu knüpfen, aus dem Grunde entgegnet, weil die Vollkaufmannsqualität nach geltendem Rechte bloß von der Höhe der Steuerpflicht abhängt. (Vergl. Enquete II., S. 415.)

<sup>18)</sup> Die auch der österreichischen Theorie geläufige Unterscheidung zwischen Kauf- und Lohnhandwerkern wurde beibehalten. Es ist nur vor dem Mißverständnisse zu warnen, als wäre nach österreichischem Rechte das Veräußerungsgeschäft eines Handwerkers, der über Bestellung Materialien anschafft und dann verarbeitet, stets und in allen Punkten als ein Kaufvertrag anzusehen. Das Nähere hierüber siehe bei § 21 zu Art. 276 § 5 zu Art. 272 und Einleitung zu Art. 338. Hier sei nur die E. d. OGH. bei Oll. 8693 erwähnt, die in der Bestellung eines Rodes bei einem Schneider, der hierzu das Tuch selbst beistellte, einen Lohnvertrag erblickte.

3. Sonst ist für die Kaufmannseigenschaft der Umfang des Betriebes nur noch beim Personentransporte von Bedeutung, indem derselbe nur dann Handelsgeschäft ist, wenn er von Anstalten betrieben wird (vergl. Bemerkungen zu Art. 272, Z. 3). Die Vollkaufmannseigenschaft hängt auch hier von dem Maße der Steuerpflicht ab. Dieselbe wird die im § 7 geforderte Höhe wohl gewöhnlich erreichen, wenn eine „Anstalt“ vorliegt, begrifflich notwendig ist dies aber nicht. Sohin können auch die Unternehmer von zum Personentransporte bestimmten Anstalten entweder Voll- oder Minderkaufleute sein.
4. In allen anderen Fällen ist der Umfang des Betriebes, sofern nur überhaupt ein gewerbmäßiger Betrieb vorliegt, für die Kaufmannseigenschaft von gar keiner und für die Vollkaufmannseigenschaft von keiner selbständigen Bedeutung. Er erlangt für dieselbe eine mittelbare Bedeutung dadurch, daß dem größeren Betriebsumfange gewöhnlich auch eine höhere Steuerpflicht entsprechen wird. Auch auf die Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen des HGB. ist bis auf die unter Nr. 5 erwähnte Ausnahme der Umfang des Betriebes ohne Einfluß. Zum Unterschiede vom deutschen Handelsrechte kennt das österreichische Handelsrecht nicht die besondere Kategorie der Kleingewerbetreibenden, darunter werden Kaufleute verstanden, bei deren Gewerbe von einem handwerksmäßigen Betriebe begrifflich nicht gesprochen werden kann deren Gewerbebetrieb aber einen so geringen Umfang hat, daß es nicht angemessen erscheint, eine Reihe von Bestimmungen des HGB., die ihrer Natur nach nur auf den Großbetrieb passen, auf diese Personen anzuwenden (vergl. § 4 d. HGB. und Staub, 6. Auflage, S. 70 ff.).
5. Darüber, daß die von den Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommenen Weiterveräußerungen keine Handelsgeschäfte sind, vergl. § 11 zu Art. 273.

§ 5. **Weiterer Zusatz zu Art. 10.** Es wurde bereits in § 1 hervorgehoben, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 GG. für den Kaufmann die Verpflichtung zur Eintragung der Firma ins Handelsregister besteht, der Begriff des Vollkaufmannes und die Anwendung der für denselben geltenden Bestimmungen aber von der tatsächlichen Eintragung der Firma unabhängig ist, daher die Begriffe Vollkaufmann und protokollierter Kaufmann nicht zusammenfallen. Eine Anzahl von gesetzlichen Bestimmungen stellt jedoch als Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit ausdrücklich die Tatsache der Firmeneintragung auf, so daß diese Gesetze keine Anwendung finden, wenn zwar im Sinne des § 7 GG. die Pflicht zur Firmeneintragung besteht, die Firma aber tatsächlich nicht eingetragen ist; andererseits genügt die faktische Eintragung der Firma unbedingt, und es ist nicht weiter zu prüfen, ob zur Zeit der Eintragung wirklich die Merkmale der Vollkaufmannseigenschaft vorgelegen sind. Die Prüfung, ob sie noch vorliegen, entfällt von selbst im Hinblick auf die Bestimmung des § 9 GG. (vgl. § 5 zu Art. 10). Solche Bestimmungen finden sich zerstreut in verschiedenen Gesetzen privat-, prozeß- und öffentlich-rechtlichen Inhaltes (vergl. zum ganzen Wolff, Die Wirkungen der Eintragung ins Handelsregister, JBl. 1901, Nr 31 bis 35). Nur mit Bezug auf diese Gesetzesbestimmungen, von denen einige beispielsweise angeführt werden sollen, ist es gerechtfertigt, von protokollierten und nichtprotokollierten Kaufleuten zu reden.

Nach § 51 JN. ist die handelsgerichtliche Kompetenz nur begründet, wenn die Klage gegen einen Kaufmann oder eine Handelsgesellschaft, deren Firma im Handelsregister erscheint, oder gegen eine registrierte Erwerbs- und Wirt-

schaftsgenossenschaft<sup>19)</sup> gerichtet ist; man wollte es möglich machen, die für die Kompetenz maßgebenden Verhältnisse des Beklagten ohne Mühe festzustellen (Mat. I, S. 64). Nach § 191 R.D. finden die Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs nur in Ansehung des Konkurses von protokollierten Kaufleuten statt. Nach Art. XIV E.G. zur Z.P.D. ist die stillschweigende Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht durch einwandlose Annahme eines die Schiedsgerichtsklausel enthaltenden Schlußbriefes nur bei protokollierten Kaufleuten möglich (das Gesetz gebraucht hier selbst diesen Ausdruck). Die §§ 6 und 9 Anf.G. setzen Eintragung der Firma des Schuldners ins Handelsregister voraus. Die die Handelsgläubiger schützenden Bestimmungen des § 16 E.G. zum H.G.B. setzen voraus, daß die Firma des Ehemannes ins Handelsregister eingetragen ist, es genügt nicht, daß sie eingetragen sein soll (vergl. § 2 zu § 16 E.G. zum H.G.B.). Hieher gehört auch die bereits bei Art. 4, § 6 besprochene Bestimmung des § 8 E.G.; § 49, Z. 1 und 4 Gew.D. u. a. m. Vergl. die Bemerkungen nach Art. 10 H.G.B. im XI. Bande (1. Abt.) der Manz'schen Gesetzesausgabe.

### Artikel 11.

Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen des Gesetzbuches nicht ausgeschlossen; ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt.

Der Artikel betont der Deutlichkeit wegen, daß das H.G.B. allein für den Begriff der Kaufmannsqualität maßgebend ist. Vergl. § 7 zu Art. 4. Es kann dies zur Folge haben, daß jemand Kaufmann ist, der zum Betriebe seines Gewerbes keine polizeiliche Befugnis hat. Er muß alsdann in das Register eingetragen werden und kann dies auch verlangen (ebenso Behrend § 32, Anm. 10; Randa I, S. 140; AbtCl. 631). Vergl. auch § 9 zu Art. 4.

Auch in AbtCl. 1538 wurde nicht das Gegenteil ausgesprochen; es wurde die Eintragung hauptsächlich aus dem Grunde abgelehnt, weil der Beginn des Betriebes nicht nachgewiesen war (anders Goldschmidt § 44, Note 7; ferner Alföld S. 79 und anscheinend auch Remethy, Formularien S. 232). Nur ausnahmsweise ist der Nachweis polizeilicher Konzessionserteilung Bedingung der Eintragung, so bei Aktiengesellschaften und Lagerhausunternehmungen (§ 6 Lag.H.G.; Adler, Lagerhausrecht S. 59).

<sup>19)</sup> Hiemit ist die frühere Streitfrage, ob gegen registrierte Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, da sie doch nicht ins Handelsregister eingetragen sind, die Handelsgerichtsbarkeit begründet war (vergl. Stroß, Genossenschaftsrecht S. 123), erledigt. In anderer Hinsicht z. B. bezüglich der Anwendung der §§ 5, 6 Anf.G. des Art. XIV Z. 3 E.G. zur Z.P.D. sind Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nicht den im Handelsregister eingetragenen Kaufleuten gleichzustellen (O.H.G. am 16. März 1905, ZBl. 1905, 148, AbtCl. 2123; dagegen werden bei AbtCl. 703, 2047 die Bestimmungen der §§ 191 ff. R.D., auf Handelsgeschäfte betreibende Gewerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften für anwendbar erklärt.

## Zweiter Titel.

Von dem Handelsregister.<sup>1)</sup>

## Artikel 12.

Bei jedem Handelsgerichte ist ein Handelsregister zu führen, in welches die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind.

Das Handelsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem jeden gestattet. Auch kann von den Eintragungen gegen Erlegung der Kosten eine Abschrift gefordert werden, die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

<sup>Ein-</sup>  
<sup>leitung.</sup> Der Artikel ordnet die Führung des Handelsregisters<sup>2)</sup> an und normiert den Inhalt und den Charakter desselben. Der Inhalt des Artikels zerfällt hienach in 1. die Anordnung, daß und wo das Handelsregister geführt werden soll (Abs. 1), 2. die Normierung seines Inhaltes (ebenfalls Abs. 1), 3. die Feststellung seines öffentlichen Charakters (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) Die Anordnung der Führung des Handelsregisters. Das HGB. bestimmt nur, daß bei jedem Handelsgerichte ein Register zu führen ist. Näheres über die Registerführungstätigkeit ist im HGB. nicht vorgeschrieben. Es gilt hierüber folgendes:

- a) Das Register wird vom Handelsgerichte geführt. Als solches fungieren die selbständigen Handelsgerichte und die Handelsenate der Kreis- und Landesgerichte (§ 1 der B. vom 9. März 1863, RGVl. Nr. 27, Art. VIII, Z. 5 GG. zur FN.). In höherer Instanz entscheiden die Oberlandesgerichte (§ 15, Abs. 2 GG. zum HGB., § 4 FN.). Nähere Vorschriften über die Führung der Handelsregister enthält die Verordnung der Ministerien der Justiz und des Handels im Einvernehmen mit dem Finanzministerium vom 9. März 1863, RGVl. Nr. 27, und die diese Verordnung teilweise abändernde auf Grund des § 127 des UmbGG. erlassene B. vom 26. Apr. 1906, RGVl. Nr. 89. Das Handelsregister ist für die Firmen, deren Registrierung erst nach dem 14. Juni 1906 begehrt wird, in drei Abteilungen zu führen. Die erste Abteilung (A) dient zur Eintragung der Firmen der Einzelkaufleute, offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, die zweite Abteilung (B) ist bestimmt zur Aufnahme der Firmen von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, in die dritte Abteilung (C) werden die Firmen der Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingetragen.

<sup>1)</sup> Literatur: Vergl. Bruno Mayer. Das sogenannte Publizitätsprinzip im österreichischen Handelsrechte. WZ. 32, S. 245 ff., 449 ff.

<sup>2)</sup> Die Handelsregister sind an die Stelle der früheren Handelsmatriken und Handelsprotokolle getreten (Canstein I. S. 143). Der Ausdruck protokollierte Firma hat sich aber nicht nur im kaufmännischen Sprachgebrauche und in der Jubikatur erhalten, er kommt auch im Texte der neueren Gesetze vor (Art. XIV, Abs. 3 GG. zur FN.). Nr. 2069 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses (17. Session 1904) enthält einen Entwurf zu einem „Gesetz, womit die Vorschriften über die Eintragungen in dem Handels- und Genossenschaftsregister ergänzt und abgeändert werden“ (20 §§) samt erläuternden Bemerkungen. Dieser Entwurf enthält Bestimmungen über die Verpflichtung zur Anmeldung des Gegenstandes des Unternehmens und einer Änderung dieses Gegenstandes, über die Löschung von Firmen von Amts wegen, über die Eintragung von Zweigniederlassungen und Verlegung des Sitzes einer Firma und die Kundmachung von Eintragungen.

- Handeltreibende juristische Personen, die keine Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind, müssen als Einzelkaufleute angesehen werden; ihre Firmen sind in die Abteilung A einzutragen (Randa I, S. 131; AbtGl. 2004). über brauberechtigte Bürgerschaften vergl. § 6 zu Art. 85.
- b) Der Registerrichter hat nicht etwa eine allgemeine Disziplinalgewalt über den Handelsstand zum Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften, sondern lediglich die ihm ausdrücklich durch Gesetz verliehenen, einzelnen Befugnisse (Fohow und Künkel 1, S. 10).
- c) Die Tätigkeit des Registerrichters wird in der Weise ausgeübt, daß er die Beteiligten zur Anmeldung der nach gesetzlicher Vorschrift einzutragenden rechtlichen Ereignisse anhält, ausnahmsweise erfolgt die Eintragung auch ohne Anmeldung (näheres hierüber, insbesondere über das hiebei vorgesehene Zwangsverfahren zu Art. 26).
- d) Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat, kann nur im Einzelfalle gesagt werden. Wo als anmeldungspflichtig eine Mehrheit von Personen in Betracht kommt, da kann nicht mit Schulze-Görlich (S. 27) die allgemein bindende Regel aufgestellt werden, daß sämtliche in Frage kommenden Personen bei der Anmeldung mitwirken müssen; vielmehr ist jedesmal zu untersuchen, ob das Gesetz allen Beteiligten persönlich die Verpflichtungen auferlegen wollte oder ob sie hiebei als Vertreter figurieren. Im letzteren Falle genügt es, daß so viele Personen bei der Anmeldung mitwirken, als zur Vertretung legitimiert sind.
- e) Form der Anmeldung. Für die meisten Anmeldungen ist im HGB. vorgeschrieben, daß die Anmeldung persönlich vor dem Handelsgerichte oder schriftlich in beglaubigter Form zu geschehen habe (Art. 45, 88, 135, 151, 152, 155, 156, 172, 176, 179, 210, 212). In einzelnen Fällen fehlt es dagegen an einer solchen Bestimmung, z. B. in Art. 19, wo die Vorschrift nur für die Personenbezeichnung, nicht für die Anmeldung gegeben ist, ferner in Art. 129, Art. 135, Abf. 1, Satz 1. Die Differenz ist nicht beabsichtigt. Bereits auf Grund des HGB. muß das Erfordernis persönlicher oder beglaubigter Anmeldung für alle Registereintragungen angenommen werden (Behrend, § 39, Anm. 40 a). Das österreichische GG. (§ 10, Abf. 2) hat die Beglaubigungsvorschrift generalisiert. Trotzdem die erwähnte Bestimmung bloß von den „im HGB.“ vorgeschriebenen Anmeldungen spricht, muß sie im Wege einer ausdehnenden Auslegung auf alle Parteienmeldungen, die zu einer Eintragung ins Register führen sollen, bezogen werden, insbesondere auch auf die in §§ 16, 17 GG. erwähnte Eintragung der Ehepacten der Gattin eines registrierten Kaufmannes (Randa I, S. 107, Nr. 169 a; Rakfa, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 214, dagegen AmtlG. 574).<sup>3)</sup> Die Anmeldung zum Handelsregister kann auch zu Protokoll gegeben werden. Das Protokoll kann auch in der Gerichtskanzlei aufgenommen werden, aber nur über richterliche Anordnung (§ 55 OGD., § 321, Z. 8 GesChD.). Die Vorschriften über die Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift sind

<sup>3)</sup> Die oben im Texte erwähnte Entscheidung beruft sich abgesehen vom Wortlaute des § 10 GG. auch darauf, daß das G. v. 25. Juli 1871, RGBl. 76, zur Gültigkeit der Ehepacte ohnehin einen Notariatsakt verlangt. Mit Recht bemerkt hiezu Rakfa a. a. O. S. 215, daß er sich nicht um die Form des einzutragenden Rechtsgeschäftes sondern bloß um die Form der Anmeldung handelt.

auch bei der protokollarischen Anmeldung zu beobachten (§ 21, Abs. 2 der B. vom 9. März 1863).

- § 2. f) **Worauf erstreckt sich das Prüfungsrecht des Registerrichters bei der Eintragung?** Soweit das HGB., beziehungsweise das EG. hierüber keine Bestimmungen trifft, sind gemäß § 15, Abs. 2 EG. die Bestimmungen des ReichsB. vom 9. Aug. 1854 maßgebend. Von selbst versteht es sich, daß er zu prüfen hat, ob die Anmeldung formell dem Gesetze entspricht (durch die anmeldungspflichtige und anmeldungsberechtigte Person, in der vorgeschriebenen Form usw. [vergl. Remethy, Formularien S. 232]). Von selbst versteht es sich, daß er die rechtliche Zulässigkeit der Anmeldung zu prüfen hat. Trotz Rechtskraft einer unzulässigen Eintragung (z. B. einer unzulässigen Firma, eines unzulässigen Statutes) kann der Registerrichter die Parteien zur Bewirkung der zur Herbeiführung des gesetzlichen Zustandes nötigen Anmeldungen verhalten; in AmtlG. 791 ist dies gegen AdlG. 1938 freilich nur für das Genossenschaftsregister ausgesprochen, die Gründe der Entscheidung sind aber auch für das Handelsregister zulässig. Nur darf der Richter derartige ungesetzliche Eintragungen nicht von Amts wegen beheben (B. Mayer S. 360, zu weitgehend AdlG. 452). Fraglich ist aber, ob er auch die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu prüfen hat. Hierbei handelt es sich lediglich um die Erklärungen, welche die Parteien über das Bestehen desjenigen Rechtsverhältnisses abgeben, um dessen Eintragung es sich handelt.

- § 3. Bei den Erklärungen dieser Art wird angenommen, daß das Register nur die Erklärungen der Parteien beurkunde, nicht das Rechtsverhältnis selbst, daß das Register nur bezeuge, daß die Parteien die betreffenden Erklärungen abgegeben haben, nicht, daß das von ihnen Erklärte wahr sei (RG. in Strassachen 18, S. 180; RG. in Zivilsachen 1, S. 243). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an, und er müßte sie eintragen, ohne sich um die Wahrheit zu kümmern. Allein diese Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden; sicherlich trifft dies nicht zu bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirklichkeit gehört, so bei der Eintragung der Aktiengesellschaft, die ja erst durch die Eintragung entsteht. Hier kann das Gericht überall nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, mit Hilfe der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirksamkeit verleihen will, oder vielmehr den Schein des Entstehens solcher Rechtsverhältnisse mit Hilfe des Registers zu erwecken. Dem Registergerichte erwächst allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen, in dieser Weise dürfte § 2, Z. 5 ReichsB. nicht anzuwenden sein. Es kann vielmehr, wenn es kein Bedenken hat gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen, denselben ohneweiters 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 scheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu fordern, und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es

den Parteierklärungen nicht ohneweiters glaubt (§ 2, Z. 6 KaißP.). Das Gleiche gilt auch von den deklaratorischen Erklärungen, weil es dem Charakter einer amtlichen Beurkundung widerspreche, daß sie wissenschaftlich eine falsche Tatsache mit ihrer Autorität deckt (Schulke=Görlitz S. 6). Dies ergibt sich übrigens ganz klar aus der Bestimmung des § 2, Z. 5 KaißP.: „Alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die richterliche Verfügung Einfluß haben, hat das Gericht von Amts wegen zu untersuchen.“ Man wird darüber hinaus aber annehmen müssen, daß der Richter nicht bloß dann, wenn er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärung kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig zu machen. Er kann und muß aber, wenn er die Überzeugung von der Richtigkeit nicht ohneweiters hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig machen. Auch hier sind obige Gründe maßgebend. Ist der Richter verpflichtet, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen, so muß das Register auch freigehalten werden von Beurkundungen, von Erklärungen, die der Wahrheit zuwiderlaufen und deshalb zur Eintragung von Rechts wegen nicht führen dürften. Daß dies nicht geschehe, darüber hat der Registerrichter zu wachen. Hierzu kommt die rechtliche Bedeutung, welche der Eintragung allenthalben beigelegt wird. Nicht bloß daß die Anschauung der Rechtsuchenden in der Eintragung den Ausspruch des Gerichtes sieht, daß die Sache in Ordnung ist, auch die Gerichte sind von dieser Anschauung beherrscht. Nach der E. des RG. vom 5. Febr. 1898 in JW. S. 203 hat die Eintragung ins Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit für sich. 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 (vergl. auch Rudorff bei Gruchot, Bd. 41, S. 71). Das gilt insbesondere für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 7 GG. Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Handelsgewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handelsgewerbe betreiben (RG. 22, S. 59). Die Eintragung ist von der Ermittlung derjenigen Tatsachen abhängig zu machen, welche die Vollkaufmannsqualität begründen, wenn der Richter von der Richtigkeit der Anmeldung nicht ohneweiters überzeugt ist, z. B. von der Steuerpflicht einer Aktiengesellschaft auf Grund der Höhe des angegebenen Grundkapitales (AbfCl. 413). Das zur Vollkaufmannsqualität erforderliche Maß der Steuerpflicht muß daher in der Regel vor der Registrierung nachgewiesen werden (AbfCl. 1141, 1282), aber nicht notwendigerweise durch die bereits erfolgte Steuerbemessung, sondern auch durch andere amtliche Zeugnisse von Behörden über den Umfang des Betriebes, aus denen das Maß der Steuerpflicht zweifellos zu erkennen ist (AbfCl. 1805, Blaschke=Bitreich S. 33; dagegen AbfCl. 1771 und Remethh, Formularien Nr. 187). Die Worte im § 7 GG. „zu entrichten haben“, auf die der OGH. sich in der letzterwähnten Entscheidung stützt, bedeuten aber nur, daß der Umfang des Betriebes ein solcher ist, daß er nach den für die Steuerbemessung geltenden Grundsätzen unter die genannten Steuersätze fällt, nicht, daß der Steuerfuß bereits von der zuständigen Behörde festgestellt ist. Hat die zuständige Behörde bereits rechtskräftig die Steuer bemessen, so hat der

Registerrichter bloß zu prüfen, ob der festgestellte Steuersatz die im § 7 GG. zur Vollkaufmannsqualität geforderte Höhe hat; eine Prüfung, ob die Steuer richtig bemessen ist, steht dem Registerrichter nicht zu (Remethy, Formularien S. 230). Nachzuweisen ist auch, daß ein gewerbemäßiger Betrieb tatsächlich vorliegt, nicht auch die gewerbepolizeiliche Befugnis zu demselben (vergl. zu Art. 11). Damit ist dem Eintragungswerber nicht etwa eine formelle Beweislast auferlegt; der Registerrichter hat vielmehr im Sinne des § 2, Z. 5 Kaiserl. die zur Ermittlung der maßgebenden Umstände notwendigen Erhebungen von Amts wegen vorzunehmen (Abl. 1686, 1844). B. Mayer a. a. D. S. 266 wendet sich gegen die obigen von der herrschenden Meinung abweichenden Ausführungen über das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters; sein Hauptargument gegen unsere Ansicht besteht darin, daß § 15, Abs. 2 EinfG. die Anwendung der Bestimmungen über das Verfahren außer Streitfachen auf die Tätigkeit des Registerrichters nicht allgemein anordnet, er beziehe sich bloß auf die in §§ 10 bis 12 EinfG. erwähnten Geschäfte; in diesen Paragraphen sei aber das Eintragsverfahren nicht erwähnt. Der Wortlaut des § 15, Abs. 2 EinfG. scheint aber zu einer solchen Auslegung keinen Anlaß zu bieten; es ist doch nicht abzusehen, warum für das Verfahren bei Anmeldungen andere Vorschriften gelten sollen als für das Verfahren bei Eintragungen und warum für das Genossenschaftsregister (vergl. § 7 der B. vom 14. Mai 1873, RGBl. Nr. 71: „... in Betreff der Führung des Registers gelten . . . die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren außer Streitfachen“) etwas anderes gelten soll als für das Handelsregister.

## § 4.

- g) Nur Parteianmeldungen führen in der Regel zur Eintragung und nur wenn der Registerrichter sie nach seiner Prüfung für eintragungsfähig hält. Ausnahmsweise werden Eintragungen von Amts wegen vorgenommen, nämlich folgende: die Anmerkung des Konkurses, wenn ein solcher über einen Einzelkaufmann, eine Handelsgesellschaft oder einen persönlich haftenden Gesellschafter oder einen Kommanditisten verhängt wird (§ 14 GG. zum HGB., §§ 202 bis 204 RD.); die Anmerkung der bewilligten Zwangsverwaltung eines Handelsgeschäftes und des Namens des bestellten Verwalters im Handelsregister ist — wenn die Firma des Verpflichteten im Handelsregister eingetragen ist — vom Exekutionsgerichte von Amts wegen zu veranlassen (§ 342 GG.).<sup>4)</sup> Das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung verpflichtet in gewissen Fällen den Registerrichter zu einer Eintragung oder Löschung von Amts wegen (§§ 44, 88, 89). Der Registerrichter hat selbständig vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes, dessen Interessen das Register dienen soll, sein Prüfungsrecht walten zu lassen. Daraus folgt, daß das Prozeßgericht nicht eine Eintragung in das Register bindend anordnen kann, etwa durch einstweilige Verfügung. Das Prozeßgericht kann nur die Rechtsverhältnisse regeln, und diese Regelungen können rechtliche Ereignisse sein, welche der Eintragung fähig und bedürftig sind. Alsdann ist der Registerrichter schon von Amts wegen verpflichtet, auch die Anmeldung zu erzwingen. Aber ob die prozeßrechtlichen Ent-

<sup>4)</sup> Dagegen ist die durch die Zwangsverpachtung einer Handelsunternehmung eingetretene Änderung in der Person des Inhabers über Anmelden der Partei einzutragen (14. Sept. 1902, Notz. 1903, 16, 16. März 1904, JB. 1904, S. 13).

scheidungen diesen Charakter haben, unterliegt der selbständigen Prüfung des Registerrichters, der Prozeßrichter kann die Eintragung nicht bindend anordnen (Johow und Künzel 4, S. 36; Allfeld S. 26; anders Behrend § 39, Anm. 34; Buchelt-Förtsch Anm. 4).

Die Sätze, daß in der Regel nur Parteienmeldungen zu Register- § 5.  
eintragungen führen und der Registerrichter die Zulässigkeit einer Eintragung selbständig zu prüfen hat, bedürfen einer besonderen Erörterung hinsichtlich ihrer Anwendung im Exekutionsverfahren. Ist durch eine rechtskräftige Entscheidung die Verpflichtung zur Vornahme einer Anmeldung zum Handelsregister ausgesprochen, so kann die Eintragung nur über Anmeldung des Verpflichteten erfolgen. Diese kann im Exekutionswege nach § 354 EO. erzwungen werden. Eine Supplirung der Anmeldung durch den Richter (wie etwa bei grundbücherlichen Einverleibungen nach § 350 EO.) ist hier nicht vorgesehen. Auch § 367 EO. findet keine Anwendung, denn die Anmeldung ist eine Handlung und keine bloße Willenserklärung (vergl. R. Pollak, Zivilpr. S. 6, Nr. 17; B. Mayer S. 497).

Wird jemand verurteilt, eine bestimmte Anmeldung zum Register zu bewirken, und kommt er dieser Pflicht freiwillig oder unter dem Zwange des § 354 EO. nach, so ist der Registerrichter an sich noch nicht verpflichtet, die der Anmeldung entsprechende Eintragung vorzunehmen, wenn er die begehrte Eintragung für unzulässig hält oder erachtet, daß sie nicht auf Begehren des zur Anmeldung Verurteilten allein vorgenommen werden kann. Das Urteil macht bloß den Widerspruch des Verurteilten, an der Anmeldung mitzuwirken, gegenstandslos (vergl. hierzu Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, S. 192 ff.).

Ist aber durch rechtskräftiges Urteil ein solches Rechtsverhältnis festgestellt oder durch konstitutives rechtsgestaltendes Urteil (vergl. Stein, WZ. 1897, Nr. 9) begründet, wie z. B. die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 125) oder die Ausschließung eines Gesellschafters (Art. 128), welches der Eintragung ins Handelsregister bedarf, so kann der Registerrichter in eine Prüfung der Entscheidung des Prozeßrichters nicht eingehen; er hat nur zu prüfen, ob das durch das Urteil des Prozeßgerichtes festgestellte oder geschaffene Rechtsverhältnis eintragungsfähig ist. Ist dies der Fall, so kann der Registerrichter, wenn es sich um ein rechtsgestaltendes Urteil handelt, auch von Amts wegen die bezüglichen Anmeldungen erzwingen. Zu dieser Tätigkeit kann der Richter natürlich wie von jedermann auch von dem an der Anmeldung Interessierten angeregt werden, und dem Antragsteller steht gegen die Ablehnung seines Antrages das Recht der Beschwerde zu (vergl. § 1 a zu Art. 26). Aber zu betonen ist, daß ein derartiger Antrag bloß Anregung des Registerrichters zu seiner offiziellen Tätigkeit, nicht etwa ein Exekutionsgesuch ist. Will sich der Kläger nicht mit der ihm gewährten Möglichkeit, den Registerrichter im offiziellen Wege anzuregen, den Anmeldepflichtigen zur Anmeldung der Eintragung des streitigen Rechtsverhältnisses durch die dem Registerrichter zu Gebote stehenden Zwangsmittel (bloß Geldstrafen) zu zwingen, begnügen, will er sich die Möglichkeit offen halten, den zur Anmeldung oder zur Mitwirkung bei derselben Verpflichteten hiezu im Wege des § 354 EO. durch Geldstrafen oder Haft zu zwingen, so muß er in sein Klage-

begehren neben dem Antrage auf Fällung des rechtsgestaltenden Urtheiles auch einen solchen auf Beurteilung des Beklagten, die Anmeldung des zu schaffenden Rechtsverhältnisses vorzunehmen oder bei derselben mitzuwirken, aufnehmen. Dann liegt auch ein kondemnatorisches Urtheil vor, und die Anmeldung kann sowohl im offiziosen Wege wie im Wege der *EW.* erzwungen werden. Anderenfalls bildet ein derartiges Urtheil, z. B. ein solches, welches die Auflösung einer Handelsgesellschaft oder die Ausschließung eines Gesellschafters ausspricht, keinen Exekutionstitel, auf Grund dessen im Exekutionswege um die bezügliche Löschung im Handelsregister ange sucht werden könnte. Denn ganz abgesehen davon, daß bei einem solchen Urtheile die formalen Erfordernisse eines Exekutionstitels im Sinne des § 7, Abs. 1 *EW.* nicht vorhan den sind, fehlen hier überhaupt die begrifflichen Voraussetzungen einer Exekution. Dieselben bestehen darin, daß die vom Kläger behauptete Rechtslage gemäß der richterlichen Feststellung zwangsweise zu verwirklichen ist. Eine solche zwangsweise Verwirklichung ist aber in unserem Falle nicht notwendig, denn der vom Kläger angestrebte Rechtszustand, Auflösung einer Handelsgesellschaft, Ausschließung eines Gesellschafters, ist mit Rechtskraft der der Klage stattgebenden Entscheidung infolge deren konstitutiver rechtsgestaltender Kraft bereits zur Existenz gelangt und bedarf zu seiner Verwirklichung nicht der nachfolgenden Eintragung ins Handelsregister, die lediglich von deklarativer Bedeutung ist (anderer Ansicht Oberlandesgericht Wien vom 12. Juli 1898, R. II, 71/98 [nicht veröffentlicht]).

Auf Grund eines bloßen Feststellungsurtheiles kann der Registerrichter nicht von Amte wegen eine Eintragung oder Löschung erzwingen; der Kläger muß daher mit seinem Feststellungsbegehren stets den Antrag auf Beurteilung des Beklagten zur Bewirkung der entsprechenden Anmeldung verbinden, z. B. wenn es sich um eine Klage auf Unterlassung des Gebrauches einer Firma (Art. 27) handelt und der Tatbestand, auf Grund dessen Kläger zur Klage nach Art. 27 berechtigt ist, nicht gleichzeitig auch den Registerrichter zum Einschreiten von Amte wegen auf Grund des Art. 26 berechtigt (vergl. § 1 a zu Art. 26).

- § 6. h) **Beschwerderecht.** Dasselbe richtet sich gemäß § 15, Abs. 2 *GO.* zum *GOB.* nach den Bestimmungen des *KaisP.* vom Jahre 1854. Sohin gegen den Beschluß der ersten Instanz Beschwerde an das Oberlandesgericht oder Vorstellung (§ 9 *KaisP.*); Zulässigkeit des Vorbringens von neuen Thatfachen und Beweisen in der Beschwerde (§ 10 *KaisP.*); vierzehntägige Rekursfrist und Möglichkeit der Berücksichtigung verspätet angebrachter Rekurse (§ 11 *KaisP.*; Blaschke-Pitreich S. 24; *AbtCl.* 57; im Ergebnis zustimmend B. Mayer a. a. O. S. 276). Der ordentliche Revisionsrekurs ist immer zulässig, der außerordentliche nur bei offenkundiger Gesetz- oder Aktenwidrigkeit oder Nichtigkeit (§§ 14 und 16 *KaisP.*). Gegen mutwillige oder zur Verzögerung der Sache eingebrachte Revisionsrekurse können gemäß § 16 *KaisP.* und § 528 *BPd.* Mutwillensstrafen verhängt werden. Über das Ordnungsstrafverfahren siehe zu Art. 26. Über das Beschwerderecht öffentlicher Organe vgl. § 1 b zu Art. 26.
- § 7. 2. (Abs. 1.) **Die Normierung des Inhaltes des Handelsregisters.** Der Artikel bestimmt, daß alle in diesem Gesetzbuche angeordneten Ein-

tragungen aufzunehmen sind. Diese Inhaltsnormierung ist erschöpfend und obligatorisch:

a) Sie ist erschöpfend. Andere Eintragungen, als sie in dem HGB. vorgesehen sind, sind unzulässig (Motive zum preussischen Entwurf S. 10; GZ. 21, S. 525). — Vergl. jedoch Abs. 2 dieses §. — Die Parteien können nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht, verlangen (AblCl. 196 und 1216) oder der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der Organe einer juristischen Person (AmtlS. 877) oder der Pfändung eines Gesellschaftersanteiles (AblCl. 829), oder des ehemännlichen Konsenses (Ullmann, WZ. 4. Bd., Note 90). Unzulässig ist auch die Eintragung, daß das Geschäft eines Einzelkaufmannes sich im Liquidationsstadium befindet (Kanda I, S. 123, R. 7). Am allerwenigsten die Eintragung von Verhältnissen, die das Gesetz ausschließt, z. B. die Beschränkung einer Procura oder der Vertretungsmacht des Aktiengesellschaftsvorstandes (vergl. AblCl. 272), oder des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (ZMB. vom 10. Dez. 1901, ZMBBl. Nr. 40). Auch die im Grundbuchsrechte übliche Eintragung von Vormerkungen ist hier nicht statthaft. Nur wirkliche Rechtsverhältnisse können eingetragen werden, nicht Vermerte, daß die Entstehung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen bevorsteht (Nowak Bd. 7, S. 289). Das Bedürfnis nach solchen Vormerkungen stellt sich besonders während des Schwebens eines Prozesses auf Auflösung einer Gesellschaft oder auf Ausschließung eines Gesellschafters heraus. Aber es wird gesetzgeberisch nicht befriedigt. Es kann daher nicht eingetragen werden der Vermerk, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (OHG. bei Nowak, Bd. 7, S. 289 und bei AblCl. 1698) oder daß die Gesellschaft gekündigt ist (AblCl. 292), wohl aber, daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen ist (vergl. hierüber § 9 zu Art. 115). Die gleichwohl erfolgte unzulässige Eintragung ist wirkungslos, macht insbesondere das ungültige Verhältnis nicht gültig, da ja das Handelsregister das Gesetz nicht ändern kann (RHStG. 6, S. 140). Ein Vertrauen Dritter auf gesetzlich unzulässige Eintragungen (z. B. die Eintragung, daß ein Procurist bestimmte Geschäfte nicht abschließen darf) findet im Gesetze keinen Schutz, denn der Rechtsirrtum des Registerrichters kann den Rechtsirrtum der Partei nicht entschuldigen (B. Mayer, S. 350). Auch die Eintragung der Art des Geschäftsbetriebes bei Einzelkaufleuten und offenen Handelsgesellschaften ist im Gesetze nicht vorgesehen. Gesuche um solche Eintragungen sollten daher, strenge genommen, zurückgewiesen werden (B. Mayer, S. 456). Die Praxis läßt jedoch die Eintragungen des Geschäftsbetriebes ganz allgemein zu und im Punkt 4 des III. Abschnittes der ZMB. vom 10. Dez. 1901, ZMBBl. Nr. 40, wird dieser Vorgang auch empfohlen, gleichzeitig aber anerkannt, daß ein Zwang gegen die Parteien, bei der Anmeldung die Art des Betriebes anzugeben, nicht geübt werden kann (vergl. Kanda I, S. 103 und § 1 zu Art. 25). § 1 des in R. 2 zur Einleitung dieses Artikels angeführten Entwurfes enthält Bestimmungen über die Eintragung des Betriebsgegenstandes.

Das österreichische Recht ordnet noch weiters die Eintragungen der Anmerkung der Konkursöffnung und der Zwangsverwaltung (vergl.

- § 4) an und läßt die Eintragung der Ehepakte eines registrierten Kaufmannes zu (vergl. § 2 zu § 16 EG. zum HGB.).
- § 8. b) Sie ist **obligatorisch**. Für das Gericht und das Publikum. In's Belieben der Parteien ist bloß die Eintragung der Ehepakte der Gattin eines protokollierten Kaufmannes nach § 16 EG. gestellt. Die Führung des Registers in der Weise, daß in ein Hauptregister die Eintragungen im Auszuge gemacht, in einen Beilageband die einzutragenden Urkunden im Original gesammelt werden, wie es für Aktiengesellschaften und ARO. § 9 der B. vom 9. März 1863 vorschreibt, ist zulässig, da für das Beilagenbuch die gleiche Öffentlichkeit wie für das Handelsregister selbst besteht (§§ 17 und 22 der zit. B.). Vergl. Behrend § 103, Anm. 6.<sup>5)</sup> Zur Erzwingung der Eintragungen seitens des Publikums dient die Festsetzung von Ordnungsstrafen, die aber nicht durchwegs vorgesehen ist (vergl. Art. 26).
- § 9. 3. (Abs. 2.) Der öffentliche Charakter des Handelsregisters.<sup>6)</sup> Die Publizität ist dadurch gewahrt, daß
- a) Jedem, also nicht bloß dem, der ein rechtliches Interesse darlegt, die Einsicht in das Register offen steht. Die Protokolle 918 fügen hinzu: auch der Unterlagen und Belege. Die herrschende Ansicht (Sahn, Buchelt-Förtsch, Makower, Endemann, Allfeld usw.) akzeptiert diesen Ausspruch (vergl. auch RO. 8, S. 66; RG. vom 31. Mai 1893 bei Gruchot 37, S. 1152); Behrend (§ 39, Anm. 15) verwirft ihn (vergl. auch ROHG. 23, S. 284). Zutreffend schlichtet Birkenbihl (S. 219) die Kontroverse durch den Satz, daß alle diejenigen Urkunden öffentlich sind, welche nach dem Geiste des Gesetzes als für die Öffentlichkeit bestimmt zu betrachten sind. Das gilt von den Anmeldungen zur Eintragung, von den Firmenzeichnungen, von den Urkunden, welche den Anmeldungen beizufügen sind. Ferner aber von den nach den Vorschriften über Aktiengesellschaften „zum Handelsregister einzureichenden“ Urkunden. Dagegen gilt dies nicht von denjenigen Urkunden, welche an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Artikeln zugewiesenen judiziellen Tätigkeit gelangen (z. B. Art. 133, 134); auch nicht von denjenigen Schriftstücken, welche im Ordnungsstraßverfahren ergehen, endlich nicht von den sonstigen Korrespondenzen des Gerichtes. Mit den entwickelten Grundsätzen stehen die Bestimmungen der B. vom 9. März 1863 im Einklange. Dieselbe unterscheidet zwischen dem Beilagenbuche, das aus den Gesellschaftsverträgen, Beschlüssen und Genehmigungsurkunden der Aktiengesellschaften und ARO. besteht (§ 10, Abs. 1), und den Registerakten. Für das Beilagenbuch, das einen ergänzenden Bestandteil des Registers für Gesellschaftsfirmen bildet (§ 10, Abs. 5) gilt die Öffentlichkeit in gleichem Maße wie für das Handelsregister (§ 17 dieser B., § 18 EG.). Die gleiche Öffentlichkeit gilt hinsichtlich jener Registerakten, die in Eingaben, Urkunden und Protokollen bestehen, auf welchen eine Eintragung ins Handelsregister beruht (§ 28, Abs. 1). Von allen anderen Registerakten kann Einsicht und Abschriftnahme nur unter den Voraussetzungen

<sup>5)</sup> Von dem Register wohl zu unterscheiden sind die Registerakten (bestehend aus den Anmeldungen und ihren Anlagen, den Korrespondenzen und Verfügungen des Gerichtes). Vergl. § 28 der Bdg. vom 9. März, 1863.

<sup>6)</sup> Vergl. hierzu Birkenbihl, Inhalt und Umfang der Öffentlichkeit des Handelsregisters in Kohler und Rings Archiv 6, S. 208 ff.

genommen werden, unter denen das in Ansehung anderer Registraturakten zulässig ist (siehe hierüber § 288 GeschD.). Ebenso ist es nicht unbedenklich, die Außerung der Protokolle S. 22, daß die Einsicht nicht bloß während der Dienststunden, sondern in dringenden Fällen auch darüber hinaus zu gestatten ist, für maßgebend zu erachten. Eine gesetzliche Pflicht besteht vielmehr nach dieser Richtung nicht (vergl. Busch, Archiv 1, S. 171; Pollizer S. 87; anders Allfeld S. 101; Hahn § 11; Blaschke-Pitreich S. 24). Auch § 18 EG. hat eine solche Verpflichtung nicht ausgesprochen, trotzdem er der Beschränkung auf die Dienststunden nicht gedenkt, da er bloß ausführen wollte, worin die Öffentlichkeit des Handelsregisters besteht. Die in den §§ 17 und 28 der B. vom 9. März 1863 enthaltene Beschränkung auf die Dienststunden entspricht daher dem Gesetze. Unzulässig erscheint es, nur innerhalb der Geschäftsstunden gewisse Sprechstunden für maßgebend zu erklären. Das verbietet auch § 42 GeschD.

- b) Jeder hat das Recht, einfache und beglaubigte Abschriften der Eintragungen zu verlangen, ebenso von den im Beilagenbuche aufbewahrten Urkunden, sowie von den bei den Registerakten aufbewahrten Eingaben, Urkunden und Protokollen, auf denen eine Eintragung beruht (§ 18 EG. zum HGB., §§ 25 und 28 der B. vom 9. März 1863). Die B. vom Jahre 1863 erweitert diese Befugnis dahin, daß auch Zeugnisse — nur negative — über den Inhalt des Handelsregisters verlangt werden können (§ 25, Abs. 2 EG.). Es können also lediglich Zeugnisse verlangt werden, daß eine bestimmte Firma oder eine bestimmte Eintragung in Ansehung derselben im Handelsregister nicht vorkommt.<sup>7)</sup> Die Pflicht zur Ausstellung von Attesten folgen Schulze-Görlich (S. 9) und Allfeld (S. 103), weil dies den Interessen des Publikums entspricht, ganz allgemein aus dem HGB. Doch ist dieser Grund nicht ausreichend. — Zur Auskunftserteilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet (Schulze-Görlich S. 9).

**Zusatz zu Art. 12.** Das Gesetz besagt nichts über die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragungen. Aus den speziellen Bestimmungen des Gesetzes ergeben sich hiefür folgende allgemeine Gesichtspunkte.

1. **Rechtsbegründende Kraft haben die Eintragungen nur ausnahmsweise:** bei der Entstehung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 178), einer Aktiengesellschaft (Art. 211) und den Änderungen in den Statuten dieser Gesellschaften. Gleiches gilt bezüglich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und in Anwendung auf das Genossenschaftsregister bezüglich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
2. **Regelmäßig aber ist die Eintragung nur die Beurkundung einer auch § 11. anderweit zu beweisenden und wirkenden Tatsache** (Rehner in Holkenborffs Rechtslexikon zum Artikel „Handelsregister“). So z. B. ist die Kaufmannsqualität, die Begründung und Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft nicht von der Eintragung abhängig.

Über den Gegenstand, die Beweiskraft und die nach innen und außen wirkende Bedeutung dieser Beurkundungen gilt das Folgende:

<sup>7)</sup> Auch § 9 d. HGB. kennt nur eine Verpflichtung zur Ausstellung von Negativattesten, da man die positiven Atteste neben den Abschriften für entbehrlich hielt.

- a) Gegenstand der Beurkundungen ist die Tatsache, daß die Beteiligten die betreffenden Erklärungen abgegeben haben. Nur diese Tatsache wird durch das Handelsregister konstatiert (RG. in Straßachen 18, S. 179). Soweit diese Erklärungen rechtsbegründende Kraft haben, wird durch das Handelsregister implicite das so begründete Rechtsverhältnis bewiesen. Soweit aber die Parteierklärungen nur Tatsachen konstatieren, liefert das Register nur einen Beweis dafür, daß die Parteien die Tatsache konstatiert haben, nicht für diese Tatsache selbst (vergl. RG. 1, S. 243; ferner Johow 8, S. 15; ebenso Ring S. 248). Die Löschung eines Rechtsverhältnisses bewirkt also nicht die Tilgung desselben, bezeugt auch nicht direkt diese Tilgung (wie die Fassung der Reichsgerichtsentcheidung 20, S. 170 lautet), sondern zunächst nur, daß die Interessenten diese Tilgung zum Register angezeigt haben; daraus können allerdings weitere Schlüsse gezogen werden.
- § 12. b) Die Beweiskraft der Beurkundungen ist diejenige, welche öffentlichen Urkunden überhaupt zukommt (§ 292, BPD.; Klein, Vorlesungen S. 102). Danach ist der Gegenbeweis zulässig. Der erbrachte Gegenbeweis bewirkt die Hinfälligkeit der Eintragungen usw.; es besteht kein allgemeiner Rechtsatz des Inhaltes, daß jeder gutgläubige Dritte sich auf den Inhalt des Handelsregisters berufen kann, er braucht nur die Tatsachen, deren Einbringung gegen die Vorschrift des Art. 25 und 46 unterlassen wurde, nicht gegen sich gelten zu lassen (vergl. B. Mayer a. a. D., S. 343 ff., S. 358; das HGB. hat nicht die positive Seite, sondern in Art. 25 und 46 bloß die negative Seite des Publizitätsprinzipes für das Handelsregister zum Ausdruck gebracht). Die Eintragung ist naturgemäß gegenstandslos, wenn der Gegenstand der Eintragung, die Erklärung, wegfällt, nicht abgegeben ist, so z. B. bei der Registrierung einer tatsächlich nicht erteilten Procura (MDHG. 23, S. 285).<sup>9)</sup> Verschieden hievon sind die Fälle, in denen das Register zwar der Erklärung, diese aber nicht der wahren Sachlage entspricht. In diesem Falle ist das Register richtig, denn es gibt die abgegebene Erklärung wieder. Diese selbst aber ist, obwohl der Sachlage widersprechend, nicht ohne rechtliche Bedeutung. Es muß vielmehr derjenige, der eine Erklärung zum Zwecke der Registerbeurkundung abgegeben hat, seine Erklärung gegen sich gelten lassen, er wird an dem auf Grund seiner Erklärung Registrierten festgehalten, weil er es erklärt hat, und muß die Erklärung denen gegenüber gegen sich gelten lassen, die im Vertrauen auf dieselbe gehandelt haben (Canstein I, S. 345; B. Mayer a. a. D. S. 351 und die dort angeführte Literatur; MDHG. 3, S. 412; 24, S. 320; auch RG. 1, S. 243). Läßt sich z. B. eine Vereinigung von Minderkaufleuten als offene Handelsgesellschaft eintragen, so wird dadurch die Solidarhaft begründet (DLG. Dresden im Sächsischen Archiv 4, S. 184). Soweit aber nach der rechtlichen Lage des Falles die wahre Sachlage trotz der entgegenstehenden Eintragung maßgebend ist, so trifft doch denjenigen, der die unrichtige Registrierung veranlaßt hat, die Last des Gegenbeweises, so z. B. wenn jemand, um sich der Anwendung des Handelsrechtes zu

<sup>9)</sup> Über die Beseitigungen von Irrtümern die bei Eintragungen unterlaufen, enthalten die §§ 5, 12, 14 d. Bdg. vom 9. März 1863 Bestimmungen, diese beziehen sich nur auf aus Irrtum unterlaufene Abweisungen zwischen Anmeldung und Eintragung, nicht auf nachträglich entdeckte materielle Fehler der Eintragung (B. Mayer a. a. D. S. 360).

entziehen, behauptet, er sei nicht Kaufmann, obwohl er als solcher eingetragen ist [vergl. unten zu d) a. E.].

- c) **Bedeutung der Beurkundung nach innen.** Die Eintragungen haben nicht die Kraft, Rechtsverhältnisse in bindender Weise zu regeln. Die Prüfung des Registergerichtes ist nur eine summaria cognitio und präjudiziert nicht abweichenden Entscheidungen des Prozeßrichters. Der Prozeßrichter ist nicht an die Rechtsansicht des Registerrichters gebunden, daß eine bestimmte Person als Kaufmann anzusehen ist; dies gilt freilich nur für den Fall, als es sich um die Anwendung des von der Kaufmannseigenschaft bedingten materiellen Rechtes handelt; bei Entscheidung der Zuständigkeitsfrage hat der Prozeßrichter nicht zu prüfen, ob der in ein inländisches Handelsregister eingetragene Beklagte (über Eintragungen in ein ausländisches Handelsregister vergl. Einleitung zu Art. 4) wirklich mit Recht als Kaufmann angesehen wurde. Bei anderer Ansicht wäre der Zweck des § 51, Z. 1 ZN. eine sichere Grundlage für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage zu bieten, vereitelt (vergl. zu dieser Frage Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, S. 192 ff.). Die Eintragung macht nicht Ungefehltes gültig (RDStG. 1, S. 140; AmtlS. 791); in manchen Fällen werden allerdings Mängel des eingetragenen Rechtsverhältnisses durch die Eintragung geheilt (vergl. § 2 zu Art. 21).
- d) **Bedeutung der Beurkundung nach außen.** Ist die Eintragung (und Bekanntmachung nach Art. 13) geschehen, so muß ein Dritter die so kundbar gemachte Tatsache gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er die Tatsache weder gekannt habe, noch hätte kennen sollen. Zwar ist dieser Rechtsatz nicht allgemein ausgesprochen, doch ist er im einzelnen angewendet. Hier sind zu nennen: Art. 25, Abs. 3, Art. 46, Abs. 2, Art. 87, Abs. 2, Art. 115, 129, 135, 155, 171, 233; ferner § 17, Abs. 2 des GmbHG. und § 342, Abs. 1 EW. (vergl. hierzu Schubert-Soldern S. 436). Der Rechtsatz kann daher als allgemeines Prinzip gelten, da er allgemeinen Erwägungen entspricht. Dies ist auch bei der Diskussion des Art. 25 in zweiter Lesung festgestellt (P. 899, 927 bis 931); vergl. Makower Anm. 1e; Rehkner a. a. O.). Aber die hier gedachte Bedeutung nach außen tritt nur ein, wenn das Angemeldete wirklich eingetragen und publiziert ist, es genügt nicht, daß die Anmeldung gehörig erfolgt ist. Denn es handelt sich nicht um die Sorgfalt des Anmeldepflichtigen, sondern um die Sicherheit des Verkehrs (RDStG. 23, S. 280). Darüber, ob und in welcher Weise derjenige die Eintragung gegen sich gelten lassen muß, der sie bewirkt hat, siehe oben lit. c. — Der Inhalt des Registers schafft nach alledem eine Rechtsvermutung<sup>9)</sup> (Pollizer S. 91; B. Mayer a. a. O. S. 330), infolge deren die Beweislast demjenigen zufällt, der gegen den Registerinhalt ein Recht in Anspruch nimmt (vergl. § 3 zu Art. 25).

**Zusatz.** Für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist am Orte eines § 13. jeden Handelsgerichtes ein **Genossenschaftsregister** zu führen, auf welches die für das Handelsregister geltenden Bestimmungen Anwendung finden (§ 7 GenG.).

<sup>9)</sup> Die hiedurch geschaffene Rechtsvermutung ist durch die ZPD. nicht beseitigt (§ 270 ZPD.). Doch gilt sie nur für das Publikum, während für die erkennenden Gerichte der Inhalt des Registers nicht als notorisch zu betrachten ist (RG. 13, S. 371).

Die Vorschriften über die Führung des Genossenschaftsregisters sind in der Verordnung vom 14. Mai 1873, RGBl. Nr. 71, enthalten. In dieses Genossenschaftsregister, und zwar ausschließlich in dasselbe sind auch jene Genossenschaften einzutragen, auf welche gemäß § 13 GenG. die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des HGB. Anwendung finden (Blaschke-Pitreich S. 27, dagegen Canstein I, S. 362, 616).

### Artikel 13.<sup>10)</sup>

Die Eintragungen in das Handelsregister sind von dem Handelsgerichte, sofern nicht in diesem Gesetzbuche in einzelnen Fällen ausdrücklich ein anderes bestimmt ist, nach ihrem ganzen Inhalte durch eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern ohne Verzug bekannt zu machen.

Ein-  
leitung.

Der Artikel ordnet die Publikation der Eintragung an. Sie entspringt der Absicht, daß jedermann auch ohne Abschrift und ohne Einsichtnahme des Inhaltes des Handelsregisters inne werden kann, und erhöht die im Art. 12 vorgesehene Publizität des Registers. Naturgemäß muß die Publikation die Eintragung getreu wiedergeben. Bei Widersprüchen zwischen beiden nimmt Wehrend mit Recht an, daß eine gehörige Publikation überhaupt nicht erfolgt ist (§ 38, Anm. 18).

über die Modalitäten der Publikation disponiert der Artikel wie folgt:

- § 1. 1. Was ist zu publizieren? „Die Eintragungen in das Handelsregister.“ Was nicht eingetragen ist, ist daher nicht bekannt zu machen. Die Branche, der Wohnort des Firmainhabers und das Geschäftslokal sollen strenge genommen überhaupt nicht ins Register eingetragen werden, wären daher auch nicht kundzumachen (hierüber Birkenbihl S. 236; Schulze-Görlich S. 11). In der Praxis werden aber auch diese Daten eingetragen und kundgemacht, und die ZMW. vom 9. Dez. 1901, sowie die derselben angefügten amtlichen Formularen schreiben ebenfalls vor, daß sich Eintragung und Bekanntmachung auch auf die genannten Gegenstände zu beziehen hat (vergl. § 7 zu Art. 12).
- § 2. 2. Wann ist die Eintragung zu publizieren? Ohne Verzug. Ein bestimmtes Präjudiz ist daran nicht geknüpft, so daß nur das allgemeine Präjudiz der Beamtenverantwortlichkeit gilt.
- § 3. 3. Wie? Ihrem ganzen Inhalte nach, soweit nicht ein anderes im Einzelfalle bestimmt ist. Ausnahmebestimmungen enthält das Gesetz über auszugsweise Publikationen und Fortlassung einzelner Punkte, erstere bei Statuten der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften, letztere bei der Person und der Vermögenseinlage von Kommanditisten (Art. 151). Da nach Abschnitt I der B. vom 9. Dez. 1901 für die im „Zentralblatt für die Eintragungen in das Handelsregister“ bestimmten Kundmachungen und die Ausfertigung der Eintragungsbeschlüsse in der Regel dieselben amtlichen Formularen<sup>11)</sup> zu verwenden sind, so wird von nun der Inhalt der Eintragung und der Kundmachung sich wohl decken. Im „Zentralblatt“ erfolgt die Kundmachung in derselben Sprache, in der das zur

<sup>10)</sup> Literatur: Birkenbihl a. a. D. S. 232 ff.

<sup>11)</sup> Dieselben Formularen sind auch zur Ausfertigung der für die amtliche Landeszeitung bestimmten Kundmachungen zu verwenden (ZME. vom 14. Dezember 1901, bei Rémethy, Formularen Nr. 188, Anm. 10. Durch den ZME. vom 27. April 1906, ZMWBl. Stück VIII wurde eine Änderung im Texte dieser Formularen verfügt, um dieselben den Bestimmungen der Vdg. vom 26. April 1906, RGBl. 89 (vergl. § 7, Art. 12) anzupassen.

Rundmachung bestimmte Formular vom Gerichte ausgefüllt ist (B. vom 10. Dez. 1901, I. Abschnitt). Es ist übrigens auch sonst selbstverständlich, daß die Rundmachung jedenfalls in jener Sprache stattfinden muß, in der die Eintragung stattgefunden hat.

4. **Wo?** In öffentlichen Blättern, worüber das Nähere Art. 14 besagt. § 4.  
 5. **Wie oft?** Ein oder mehrere Male. Hierüber entscheidet das HGB. nichts. § 5.

**Zusatz.** Auch hier besagt das Gesetz nichts über die **zivilrechtliche Bedeutung der Publikation**. Sie besteht darin, daß die der Eintragung innewohnende Bedeutung nach außen, wie sie im § 7 d zu Art. 12 dargelegt ist, abhängig ist von der zur Eintragung hinzutretenden Publikation, während der Beteiligte selbst die Eintragung auch ohne Bekanntmachung gegen sich gelten lassen muß. Unter Umständen genügt auch nach außen die Tatsache der Eintragung allein, z. B. um das Recht der Firma zu wahren — Art. 20 — (über alles dieses Buchelt-Förtsch Anm. 1).

### Artikel 14.

Jedes Handelsgericht hat für seinen Bezirk alljährlich im Monat Dezember die öffentlichen Blätter zu bestimmen, in welchen im Laufe des nächstfolgenden Jahres die im Art. 13 vorgeschriebenen Bekanntmachungen erfolgen sollen. Der Beschluß ist in einem oder mehreren öffentlichen Blättern bekannt zu machen.

Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen und öffentlich bekannt zu machen.

Inwiefern die Gerichte bei der Wahl der zu bestimmenden Blätter an Weisungen höherer Behörden gebunden sind, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

Der Artikel trifft Bestimmungen über die Wahl der zu den Publikationen § 1. des Art. 13 bestimmten Blätter.<sup>12)</sup>

Dieser Artikel hat durch § 11 EG. zum HGB. eine teilweise Abänderung erfahren. Nach diesem Paragraphen steht die Wahl der zur Rundmachung bestimmten Blätter dem Statthalter, beziehungsweise Landespräsidenten für sein Verwaltungsgebiet zu. Derselbe hat vor der Wahl mit den Handelsgerichten Rücksprache zu nehmen. Die Verlautbarung der getroffenen Wahl erfolgt durch das Handelsgericht.

1. Dem lange gefühlten Bedürfnisse nach einem Zentralorgan für handelsgerichtliche Publikationen ist durch die RM. vom 10. Dez. 1901, RMBl. Nr. 40, entsprochen. Es wird vom Jänner 1902 an vom Handelsministerium ein „Zentralblatt für die Eintragungen ins Handelsregister“ herausgegeben, in welchem die Eintragungen sämtlicher Handelsregister der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder kundgemacht werden. Da durch § 11, Abs. 2 EinfG. die Wahl der zur Bekanntmachung der Eintragungen ins Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter dem Chef der Landesbehörde freigestellt ist, so kann durch die angeführte Verordnung eine Verpflichtung, gerade das Zentralblatt als Rundmachungsorgan zu bestimmen, nicht geschaffen werden. Seit Erlassung der erwähnten Verordnung wurde von den Chefs der Landesbehörden stets das Zentralblatt unter die zur Rund-

<sup>12)</sup> Vergl. hierüber Birkenbihl S. 250 ff.

- machung bestimmten Blätter aufgenommen und diese Praxis wird wohl keine Änderung erfahren.
- § 2. 2. Die Bestimmung der Blätter soll im Monate Dezember erfolgen, also nicht später, aber auch nicht früher.
- § 3. 3. Die getroffene Wahl muß öffentlich bekannt gemacht werden, nach § 29 der B. vom 9. März 1863, durch dreimalige Einschaltungen in die zu gerichtlichen Kundmachungen bestimmten Zeitungen des Landes.
- § 4. 4. Die einmal getroffene Wahl ist maßgebend:  
 a) für das ganze laufende Jahr, innerhalb desselben darf nicht variiert werden, auch wenn ein Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte,  
 b) insofern, als alle Anzeigen in alle gewählten Blätter einzurücken sind (P. 897).
- § 5. 5. Geht ein Blatt während des Jahres ein, so bestimmt das Gericht ein anderes Blatt. Bis diese Bestimmung getroffen ist, genügt die Publikation durch die übrigen Blätter (Schulze-Görlitz S. 12).

### Dritter Titel.

## Von Handelsfirmen.

### Artikel 15.

Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Einleitung. Der Artikel bestimmt, daß jeder Kaufmann im Handel unter einem bestimmten Namen seine Geschäfte betreibt und Unterschriften abgeben soll. Die Vorschrift, die sich nicht auf Minderkaufleute bezieht (§ 7 GG.), hat rechts-  
 polizeiliche und zivilrechtliche Bedeutung.

- § 1. I. Die **rechtspolizeiliche Bedeutung der Vorschrift** liegt darin, daß ein- für allemal feststehen soll, unter welchem Namen der Kaufmann geschäftlich handeln will. Das Handelsgericht hat darauf zu achten, daß er stets die einmal gewählte Firma gebraucht, und zwar so wie sie eingetragen ist (Abt. 2003, 2121, DGS. vom 4. April 1905, JBl. 1905, 22, 20. Juni 1905, Notz. 1905, 34). Doch kann ein Kaufmann für mehrere Etablissements auch mehrere Firmen haben (P. 920; RDGS. 20, S. 34; DVG. München in GZ. 42, S. 500), nicht aber für zwei nicht gesondert betriebene Geschäfte (DVG. München in GZ. 42, S. 500), auch wenn er eines davon mit dem Firmenrechte erworben hat, als er das andere schon betrieb (Behrend § 40, Anm. 60). Er kann und muß in solchem Falle zwischen beiden Firmen wählen (Miffelb S. 118, Note 18), nicht aber beide Firmen kombinieren oder beide getrennt und abwechselnd führen.
- § 2. II. Die **zivilrechtliche Bedeutung der Firma**. Die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel auftritt, kurz der **Handelsname des Kaufmannes** (P. 34). Daraus ergeben sich für die Erläuterung folgende Gesichtspunkte:  
 1. Die Firma ist der Name des Kaufmannes, daraus folgt:  
 a) Positiv: Die Geschäfte, welche er unter diesem Namen im Handel schließt, berechtigen und verpflichten ihn, insbesondere seine schriftlichen Verpflichtungen, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht beigefügt ist (RDGS. 10, S. 410). Desgleichen die Geschäfte, welche seine legitimierten Vertreter für seine Firma schließen, wenn auch

- machung bestimmten Blätter aufgenommen und diese Praxis wird wohl keine Änderung erfahren.
- § 2. 2. Die Bestimmung der Blätter soll im Monate Dezember erfolgen, also nicht später, aber auch nicht früher.
- § 3. 3. Die getroffene Wahl muß öffentlich bekannt gemacht werden, nach § 29 der B. vom 9. März 1863, durch dreimalige Einschaltungen in die zu gerichtlichen Kundmachungen bestimmten Zeitungen des Landes.
- § 4. 4. Die einmal getroffene Wahl ist maßgebend:  
 a) für das ganze laufende Jahr, innerhalb desselben darf nicht variiert werden, auch wenn ein Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte,  
 b) insofern, als alle Anzeigen in alle gewählten Blätter einzurücken sind (P. 897).
- § 5. 5. Geht ein Blatt während des Jahres ein, so bestimmt das Gericht ein anderes Blatt. Bis diese Bestimmung getroffen ist, genügt die Publikation durch die übrigen Blätter (Schulze-Görlitz S. 12).

### Dritter Titel.

## Von Handelsfirmen.

### Artikel 15.

Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

**Ein-**  
**leitung.** Der Artikel bestimmt, daß jeder Kaufmann im Handel unter einem bestimmten Namen seine Geschäfte betreibt und Unterschriften abgeben soll. Die Vorschrift, die sich nicht auf Minderkaufleute bezieht (§ 7 GG.), hat rechts-  
**polizeiliche** und zivilrechtliche Bedeutung.

- § 1. I. Die **rechtspolizeiliche Bedeutung der Vorschrift** liegt darin, daß ein- für allemal feststehen soll, unter welchem Namen der Kaufmann geschäftlich handeln will. Das Handelsgericht hat darauf zu achten, daß er stets die einmal gewählte Firma gebraucht, und zwar so wie sie eingetragen ist (Abt. 2003, 2121, DGS. vom 4. April 1905, JBl. 1905, 22, 20. Juni 1905, Rotz. 1905, 34). Doch kann ein Kaufmann für mehrere Etablissements auch mehrere Firmen haben (P. 920; RDGS. 20, S. 34; DVG. München in GZ. 42, S. 500), nicht aber für zwei nicht gesondert betriebene Geschäfte (DVG. München in GZ. 42, S. 500), auch wenn er eines davon mit dem Firmenrechte erworben hat, als er das andere schon betrieb (Behrend § 40, Anm. 60). Er kann und muß in solchem Falle zwischen beiden Firmen wählen (Miffelb S. 118, Note 18), nicht aber beide Firmen kombinieren oder beide getrennt und abwechselnd führen.
- § 2. II. Die **zivilrechtliche Bedeutung der Firma**. Die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel auftritt, kurz der **Handelsname des Kaufmannes** (P. 34). Daraus ergeben sich für die Erläuterung folgende Gesichtspunkte:  
 1. Die Firma ist der Name des Kaufmannes, daraus folgt:  
 a) Positiv: Die Geschäfte, welche er unter diesem Namen im Handel schließt, berechtigen und verpflichten ihn, insbesondere seine schriftlichen Verpflichtungen, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht beigefügt ist (RDGS. 10, S. 410). Desgleichen die Geschäfte, welche seine legitimierten Vertreter für seine Firma schließen, wenn auch

seine Inhaberschaft nicht bekannt war (RDHG. 17, S. 239). Indessen ist der vorgeschriebene Gebrauch des Firmennamens nicht zivilrechtlich als wesentliche Förmlichkeit aufzufassen; unterschreibt daher der Kaufmann eine Urkunde anders als mit seiner Firma, etwa mit seinem davon abweichenden bürgerlichen Namen oder auch sonst, so folgt daraus nicht die Ungültigkeit der Urkunde, wenn nur Absicht und Herkunft der Urkunde klar sind (GU. 6149); dies gilt besonders für abgekürzte Firmenzeichnungen im telegraphischen Verkehr (RDHG. 16, S. 207) und auch dann, wenn sich der Kaufmann einer unzulässigen Firma bedient hat (RDHG. 22, S. 72; RG. 17, S. 75). Anders liegt die Sache bei Formalakten, wie bei der Wechselunterschrift (RDHG. 12, S. 173, 14, S. 202); doch führen auch hier unwesentliche Abweichungen nicht zur Ungültigkeit; unwesentlich ist diejenige Abweichung, welche einen Zweifel über die Identität nicht erzeugt (RDHG. 14, S. 173; Abt. 687). Vergl. Näheres hierüber Staub, WD. 6 zu Art. 21; Grünhut, Wechselrecht I, S. 319).

- b) Negativ: Die Firma ist lediglich der Name des Kaufmannes. Sie ist „nichts anderes als sein Handelsname, sie statuiert und repräsentiert keinerlei Rechtsobjekt neben und außer ihm“ (RDHG. 3, S. 411), und auch zwischen seinem Privat- und seinem Geschäftsvermögen wird beim Einzelkaufmann nicht wie bei Handelsgesellschaften unterschieden (RDHG. 11, S. 149). Mehrere Firmen eines Kaufmannes bilden daher nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten (RDHG. 15, S. 176; über die Zulässigkeit mehrerer Firmen siehe Dpet, GZ. 49, S. 60); die Gläubiger der einen Firma können sich, auch wenn die Etablissements an verschiedenen Orten sich befinden, an das Vermögen des anderen halten (RDHG. 20, S. 36; DLG. Hamburg in GZ. 40, S. 442), denn es handelt sich um einen Schuldner; der über einen Einzelkaufmann ausgebrochene Konkurs ergreift sein gesamtes Vermögen und deshalb die sämtlichen, wenn auch unter verschiedenen Firmen betriebenen Etablissements desselben (RG. in Strassachen 5, S. 407; DLG. Hamburg in GZ. 40, S. 442); an einen Zwangsausgleich sind daher auch diejenigen Gläubiger gebunden, welche nur bei einer seiner Firmen, auch bei einer solchen, welche während des Konkurses unbekannt geblieben ist, beteiligt sind (StrArch. 39, S. 101), und wenn die akzeptierte Anweisung den Akzeptanten dem Assignatar verpflichtet, wenn auch Assignant und Assignatar ein Inhaber zweier Firmen war, so liegt der entscheidende Grund hiefür nicht in irgend welcher Duplizität der Rechtspersönlichkeit oder, wie das RDHG. 20, S. 34 ausführt, der Vermögensmassen, sondern lediglich darin, daß die Akzeption eine selbständige Verpflichtung zwischen Assignaten und Assignatar schafft (Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 2, § 54, Anm. 3). Eine Zession des Kaufmannes an sich selbst als Träger einer anderen Firma ist ungültig (DLG. Hamburg in GZ. 34, S. 561). Eine Bürgschaft zu Gunsten einer Firma ist nur eine Bürgschaft zu Gunsten des zeitigen Firmeninhabers (DLG. Rostock in Busch, Archiv 45, S. 356; auch DLG. Hamburg in Seufferts Archiv 47, S. 310; vergl. andererseits Bolze 5, Nr. 714; 10, Nr. 518 und 521).
2. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmannes, der Name, unter § 4.

welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt. Daher kann er Grundeigentum nur unter seinem bürgerlichen Namen erwerben (Canstein I, S. 210; Dischhausen, Name und Firma, S. 78; Randa I, S. 126; derselbe, Eigenthum, S. 484, Note 34; dagegen Bartsch, Grundbuchrecht S. 171). Daß der Einzelkaufmann Hypotheken nur unter seinem bürgerlichen Namen erwerben, und daß er im Prozesse nur unter diesem auftreten kann, beruht auf anderem Grunde; denn Handelsgeschäfte liegen hier vor (vergl. hierüber unten §§ 6 und 6 a).

## § 5.

3. Die Firma ist endlich der Handelsname des Kaufmannes (Name der Person, nicht des Geschäftes, RG. 9, S. 104; anders Kaserer, Personennamen S. 69: „Sie [die Firma] ist der selbständige Name des kaufmännischen Geschäftes im Gegensatz zu dem des Inhabers“). Vorgängige Eintragung ist für die Berechtigung der Firmenführung nicht erforderlich (RG. 14, S. 19), soweit die Vorschriften des HGB. in Betracht kommen, anders nach der GewD. (vergl. in § 49, Z. 1 GewD. die Worte „ohne durch die bereits erfolgte Eintragung seiner Firma in das Handelsregister berechtigt zu sein“), und umgekehrt geht durch Löschung der Firma das Firmenrecht nicht unter (RG. 10, S. 292). Auch die Unterschrift mit einer nichtregistrierten Firma erzeugt eine Verpflichtung. Hinsichtlich der Wechselunterschriften vergl. Grünhut, Wechselrecht I, S. 319 und Czelechowsky Nr. 183. Auch in Cz. 399 und 512 wurde die materiellrechtliche Gültigkeit einer solchen Unterschrift nicht verneint, sondern bloß ausgesprochen, daß gegen eine nichtregistrierte Gesellschafts-Firma keine Klage geführt werden könne (vergl. hierzu §§ 3 und 4 zu Art. 111).

Wer kein Handelsgeschäft betreibt, darf seine Firma nicht eintragen lassen etwa zu dem Zwecke, damit ein anderer unter derselben für sich ein Geschäft betreibt RG. 3, S. 120; 25 S. 1). Das Firmenrecht erlischt erst mit der endgültigen Aufgabe des Geschäftsbetriebes (vergl. § 3 zu Art. 22, § 1 zu Art. 25). Eine Geschäftsverlegung nach einem anderen Orte bewirkt nicht das Untergehen des Firmenrechtes (Opet a. a. D. Note 267, Punkt 10 der ZMW. vom 10. Dez. 1901; vergl. jedoch Art. 20 und § 2 a dazu). Die Erwerbsgesellschaften, die sich nicht mit Handelsgesellschaften befassen, z. B. die Vereinigung zweier Baumeister zu einem gemeinschaftlichen Baugeschäfte, sind nicht firmenberechtigt (Bolze 4, Nr. 464; 9 Nr. 711 a).

## § 6.

**Zusatz 1. Ausnahmen von dem Grundsatz des Art. 15 aus Gründen öffentlichen Rechtes.** Der Grundsatz des Art. 15, daß der Kaufmann unter seiner Firma im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, ist nur als zivilrechtliche Rechtsregel aufzufassen, die überall dort unanwendbar ist, wo es sich um Akte handelt, die eine öffentlich-rechtliche Natur haben und aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Offenlegung des bürgerlichen Namens zum Zwecke der sicheren Feststellung der Identität erheischen. Dahin gehört z. B. die Vorschrift des Art. 86: Die dort vorgeschriebene Anmeldung des Namens bezieht sich zweifelsohne auf den bürgerlichen Namen, selbst dann, wenn ein Kaufmann es ist, der die Anmeldung bewirkt. Ein anderer Fall ist die Vorschrift des § 9, Abs. 1 des GmbHG. Sämtliche Geschäftsführer haben die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zu unterzeichnen, sicherlich unter ihrem bürgerlichen Namen, auch wenn Kaufleute im Betriebe ihres Handelsgewerbes die Anmeldung bewirken. Vergl. auch Johow 9 S. 1 (Hypothekenerwerb nur unter dem bürgerlichen Namen

aus öffentlich-rechtlichen Gründen der Sicherheit des Grundbuchverkehrs; ebenso Randa I, S. 127; a. U. Exner, Hypothekenrecht S. 182). Ein Wahlzettel kann nicht mit der Firma ausgefüllt werden (Blaschke-Pitreich S. 29). Über die Frage, ob ein Einzelkaufmann unter seiner Firma klagen oder beklagt werden kann, siehe den Erfurs zu Art. 15.

**Zusatz 2. Von der Firma wird der Etablissementname unterschieden. § 7.**  
(Zum blauen Engel, Zum goldenen Hirsch, Zum Schwan, Goldene Hundertzehn, Zum König Salomo usw.) Er kommt sowohl dort vor, wo der betreffende Handeltreibende nicht firmenberechtigt ist (z. B. bei Gast- und Hotelwirten), als auch neben der Firma (z. B. bei Apothekern oder auch bei sonstigen Geschäften). In Wien und Paris und vielfach anderwärts haben fast alle offenen Geschäfte Etablissementnamen, auch in München tauchen sie auf (Allfeld S. 114). Daß auf diese Etablissementnamen das Recht der Firma nicht angewendet werden kann, ist selbstverständlich. Wer einen solchen gewählt hat, hat sich damit nicht ein ausschließliches Recht geschaffen. Er kann nicht gegen den vorgehen, der die gleiche Bezeichnung wählt (RG. 1, S. 26). Bei Übertragung eines solchen Geschäftes kann allerdings der Etablissementname mit übertragen werden, ja auch der Etablissementname ohne das Geschäft (Allfeld S. 115). Aber solche Übertragungen übertragen, sofern nicht eine der im folgenden Absätze erwähnten, den Etablissementnamen einen besonderen Schutz gewährenden Bestimmungen zur Anwendung gelangt, kein absolutes Recht auf den Erwerber, sondern legen nur dem Verkäufer die Verpflichtung auf, sich der Etablissementbezeichnung zu enthalten (vergl. Wolze 2, Nr. 989; 3 Nr. 232; Geller, Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz, 3Bl. Bd. 7 und 8 passim; Frandl S. 43).

Der Etablissementname entbehrt nach dem § 50. eines besonderen Schutzes, der ihm aber durch andere Gesetze zu Teil wird. Nach § 46 GewD. ist kein Gewerbetreibender berechtigt, zur äußeren Bezeichnung seiner Betriebsstätte oder Wohnung, sowie in Zirkularen, öffentlichen Ankündigungen oder Preisurkunden sich die besondere Bezeichnung des Etablissements eines anderen inländischen Gewerbetreibenden oder Produzenten widerrechtlich anzueignen. Das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift begründet eine Übertretung nach der GewD., den vor der Gewerbebehörde geltend zu machenden Anspruch auf Unterlassung der rechtswidrigen Bezeichnung und den vor dem ordentlichen Gerichte geltend zu machenden Schadenersatzanspruch. Der Richter entscheidet nicht bloß über die Höhe, sondern auch über das Vorhandensein des Schadens nach freiem Ermessen (§ 50 GewD. geht hier weiter als § 273 ZPO.). § 46 GewD. gewährt nur der Etablissementbezeichnung eines Gewerbetreibenden im Sinne der GewD. Schutz. Einen erhöhten (bereits in § 46 GewD. ausgesprochenen) Schutz genießt der Etablissementname nach dem Markenschutzgesetze vom 1. Jänn. 1890. Nach § 24 dieses Gesetzes begeht ein Vergehen derjenige, der Waren, die mit der geschäftlichen Bezeichnung des Etablissements eines anderen Produzenten oder Kaufmannes unbefugt bezeichnet sind, wissentlich in Verkehr setzt oder feilhält oder zu diesem Zwecke die erwähnte Bezeichnung wissentlich anfertigt. Der Verletzte hat die Wahl, entweder vor dem Strafgerichte die Zuerkennung einer Buße zu verlangen oder seinen Anspruch auf Entschädigung im ordentlichen Zivilrechtswege geltend zu machen (Pollizer S. 77; dortselbst auch ausführliche Literaturangaben).<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Ein umfassender gesetzlicher Schutz ist dem Etablissementnamen in dem Entwurfe zu einem Gesetze, betreffend den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (2596 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses, 17. Session) zugebracht.

- § 8. **Zusatz 3.** Von der Firma ist weiter zu unterscheiden die **Telegrammadresse**. Dieselbe geht mit dem veräußerten Geschäfte mit über (DVG. Dresden im Sächsischen Archiv 5, S. 366, Deutsche Juristenzeitung 1900, Nr. 4).

## Exkurs zu Art. 15.

### Die Firma im Prozesse.<sup>2)</sup>

**Einleitung.** Auf Grund der Ausführungen bei § 6 zu Art. 15 und unter Hinweis auf die Bestimmungen des § 75, Abs. 1 ZPO. in Verbindung mit § 226, sowie des § 417, Z. 2 ZPO., wonach in der Klage und im Urteil die Parteien unter Angabe des Vor- und Zunamens angeführt werden müssen, wurde in der vorigen Auflage eine ausführliche Begründung der Ansicht versucht, daß auf Grund des Art. 15 ein Einzelkaufmann unter seiner Firma weder klagen noch geklagt werden kann, daß gegen die Ansicht nicht die Bestimmungen angeführt werden können, nach denen die verschiedenen handelsrechtlichen Vereinigungen unter ihrer Firma klagen und geklagt werden können (Art. 111, 213, § 12 GenG., § 61 des GmbHG.); diese Vereinigungen haben überhaupt keinen bürgerlichen Namen; sie können ihre Parteifähigkeit nicht anders betätigen, als daß sie unter ihrer Firma im Prozesse auftreten. Diese Ansicht findet in der österreichischen Literatur nur wenige Anhänger (vergl. Stedl S. 124, Nr. 2; Grünberg ZBl. 1901, Nr. 51, 52); auch Randa I, S. 126 hat sich der entgegengesetzten von der Mehrzahl der österreichischen Schriftsteller geteilten Ansicht angeschlossen, die auch die Praxis ausnahmslos beherrscht. Wir halten daran fest, daß sich aus Art. 15 die herrschende Ansicht nicht begründen läßt, anerkennen aber, daß durch ein Handelsgewohnheitsrecht<sup>3)</sup> ein Rechtsatz geschaffen ist, wie er in Art. 17, Abs. 2 d. HGB. enthalten ist, nämlich den Rechtsatz „Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und geklagt werden“.

- § 1. **Anwendbarkeit dieses Rechtsatzes.** Der Rechtsatz gilt nur für jene Rechtsstreitigkeiten, die mit dem Handelsbetriebe im Zusammenhange stehen; sie müssen nicht gerade aus Handelsgesellschaften entspringen, auch nicht Handelsfachen betreffen. Der Rechtsatz findet daher auch Anwendung auf Klagen wegen einer im Handelsbetriebe, z. B. durch einen Angestellten verübten Beschädigung, nicht aber auf Klagen aus familienrechtlichen Verhältnissen oder wegen Bestandes einer Grunddienstbarkeit (Randa I, S. 126, so auch die Mehrzahl der deutschen Schriftsteller; vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 24 zu § 17). Minderkaufleute haben keine Firma, sie können nur unter ihrem bürgerlichen Namen klagen und

<sup>2)</sup> Literatur: Otto Göppert, Bemerkungen zu § 17 Abs. 2 des neuen HGB. GZ. 47 S. 267 ff., vergl. auch B. Mayer S. 455.

<sup>3)</sup> Es liegen alle Voraussetzungen eines verbindlichen Handelsgewohnheitsrechtes vor (vergl. § 5 zu Art. 1). Durch dieses Gewohnheitsrecht ist keiner Bestimmung des HGB., wohl aber den obenangeführten Bestimmungen der ZPO. derogiert; die Prozeßgesetze haben aber in Handelsfachen gegenüber dem Handelsgewohnheitsrecht nur subsidiäre Geltung (vergl. § 11, Abs. 1 zu Art. 1). Die Richtigkeit der zweifellos vorhandenen Überzeugung der Notwendigkeit des im Texte erwähnten Rechtsatzes können wir nicht zugeben. Die durch Zulassung von Klagen von Einzelkaufleuten und gegen solche unter der Firma gewährte Erleichterung in der Rechtsverfolgung wiegt die Nachteile nicht auf, die für die Rechtssicherheit dadurch entstehen, daß Prozeßparteien mit einem Namen bezeichnet werden dürfen, den der Träger nach Belieben aufgeben (Einstellung des Geschäftsbetriebes) und unter keineswegs sehr streng normierten gesetzlichen Voraussetzungen einem andern zur Führung überlassen kann. Diese Bedenken können selbstredend die verbindliche Kraft eines Gewohnheitsrechtes so wenig beeinflussen wie die eines Gesetzes (vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 169).

geklagt werden. Es ist nicht etwa zulässig, daß ein Kaufmann unter seinem Etablissementsnamen klagt oder geklagt wird. Ebensovienig kann ein Zeitungseigentümer unter dem Titel seiner Zeitung — falls dieser nicht eine zulässige Sachfirma darstellt — klagen oder geklagt werden. Unter der erwähnten Voraussetzung, daß ein Zusammenhang mit dem Handelsbetriebe bestehen muß, gilt der angeführte Rechtsatz für jedes zivilgerichtliche Verfahren (für das Mahnverfahren, das Exekutionsverfahren). Auch die Erhebung einer Privatanklage (z. B. wegen Eingriffes in ein Patent) oder die Geltendmachung von Ansprüchen im Adhäsionsverfahren kann unter der Firma erfolgen. Auch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden kann der Kaufmann unter seiner Firma auftreten.

**Die Bedeutung des Rechtsatzes** besteht nicht darin, daß die Firma zum § 2. Rechtssubjekte erhoben wird, sondern lediglich darin, daß bei Streitigkeiten, die mit dem Handelsbetriebe im Zusammenhange stehen, die Bezeichnung des klagenden oder geklagten Kaufmannes mit dem Namen gestattet wird, „unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt“. Man kann nicht etwa die Klage gleichzeitig gegen die Firma und deren Inhaber richten (dies gegen AdCl. 1608). Kommt es zu einer Vernehmung der Parteien, liegen Bedenken gegen die Prozeßfähigkeit der Parteien vor, so hat der Richter das Recht und die Pflicht, die Bezeichnung der Person des Firmeninhabers zu verlangen.

**Prozeßpartei** ist nicht der jeweilige Inhaber der Firma, sondern derjenige, § 3. der zur Zeit der Klagshebung Inhaber der Firma war, mit der der Kläger oder der Beklagte in der Klage bezeichnet erscheint. Dies ist insofern bestritten, als manche (vergl. z. B. Staub, 8. Aufl., Anm. 32 zu § 17) den Zeitpunkt der Streitanhängigkeit für den maßgebenden erachten. Dem ist nicht beizustimmen. Derjenige, der zur Zeit der Streitanhängigkeit, aber nicht zur Zeit der Klagsanstellung Inhaber der die Person des Klägers bezeichnenden Firma ist, hat niemals geklagt, derjenige, der zur Zeit der Streitanhängigkeit, nicht aber zur Zeit der Klagsanstellung Inhaber der den Beklagten bezeichnenden Firma ist, ist niemals geklagt worden. Derjenige, dem die Klage unter der Firma, die er zwar am Zustellungstage führte, aber noch nicht am Tage der Klagshebung geführt hat, zugestellt wird, kann nicht gegen den Kläger, der den erhobenen Anspruch gegen den als Beklagten Erschienenen vorläufig noch nicht behaupten oder begründen kann, oder dazu nicht willens ist, ein abweisliches Urteil begehren; wohl aber müssen ihm die Kosten seines Erscheinens vor Gericht — denn er konnte ja nicht wissen, ob Kläger den Klagsanspruch nicht gegen ihn behauptet — zugesprochen werden, nicht als Prozeßpartei, denn er ist keine solche, sondern unter analoger Anwendung der Bestimmungen, unter denen auch einer Nichtpartei Kosten für Prozeßhandlungen zugesprochen werden, die durch eine der Prozeßparteien veranlaßt wurden. Kläger kann die Klage gegen den von ihm Geklagten, der nicht erschienen ist und dem auch die Klage nicht zugestellt wurde, zurückziehen oder Erneuerung der Zustellung unter dem bürgerlichen Namen oder der neuen Firma begehren.

**Veränderungen, die während des anhängigen Prozesses oder nach Rechts-** § 4. **kraft der Entscheidung** bezüglich der Inhaber jener Firmen eintreten, durch die die Prozeßparteien bezeichnet werden, haben an sich gar keine prozeßualen Wirkungen (vergl. B. Mayer S. 455); sie sind rechtlich bloß als Änderungen im Namen der Prozeßparteien, wie sie ja auch sonst bei Berechtigungen und bewilligten Namensänderungen vorkommen können, aufzufassen. Das Urteil ist für und gegen den rechtskräftig und vollstreckbar, der unter der Firma geklagt

hat oder geklagt wurde, ohne Rücksicht darauf, ob diese Personen ihre Firma aufgegeben oder (samt Geschäft) übertragen haben, nicht aber gegen denjenigen, der die Firma einer der Prozeßparteien während des Prozesses oder nach der Rechtskraft der Entscheidung erworben hat (OG. Wien vom 16. Dez. 1903, ZBl. 1904, 17, dagegen AdlGl. 1501). Eine Änderung in der Person des Firmeninhabers tritt auch ein, wenn eine der Prozeßparteien einen Gesellschafter in das unter derselben fortbetriebene Geschäft aufnimmt (Art. 24). Das Urteil wird für und gegen die entstandene Gesellschaft nicht rechtskräftig und vollstreckbar.<sup>4)</sup> § 11, Abs. 2 a. E. EO. ist nicht anwendbar, denn das Urteil ist nicht „in Angelegenheiten der Gesellschaft“ erlassen. Der Richter hat die Exekution zu bewilligen, wenn der Verpflichtete mit jener Firma bezeichnet wird, gegen die der Exekutionstitel erlassen ist, ohne vom betreibenden Gläubiger einen weiteren Identitätsnachweis zu verlangen. Das Vollstreckungsorgan hat die Pfändung gegen die in der Exekutionsbewilligung durch Angabe der Firma bezeichneten Verpflichteten zu vollziehen. Es darf mit dem Exekutionsvollzuge nicht inne halten, wenn ihm dargetan wird, daß der Inhaber der in der Exekutionsbewilligung genannten Firma diese erst während des Prozesses oder nach Entstehung des Exekutionstitels erworben hat, wohl aber dann, wenn ihm dargetan wird, daß der Inhaber der in der Exekutionsbewilligung genannten Firma dies erst nach Erlassung der Exekutionsbewilligung geworden ist, denn in diesem Falle lautet die Exekutionsbewilligung nicht gegen ihn. Dem Verpflichteten steht im ersten Falle der Rekurs gegen die Exekutionsbewilligung<sup>5)</sup>, im zweiten Falle gegen den unzulässigen Exekutionsvollzug die Beschwerde nach § 68 EO. zu. Wird auf Grund des gegen eine Firma erwirkten Exekutionstitels gegen einen mit dem bürgerlichen Namen bezeichneten Verpflichteten die Exekution begehrt, z. B. bei Exekution auf bürgerliche Rechte, die dem Berechtigten unter seinem bürgerlichen Namen zugeschrieben sind (vergl. § 6 zu Art. 15), so muß (gemäß dem analog anzuwendenden § 9 EO.) in dem Exekutionsantrage durch öffentliche Urkunden (Registerauszug) die Identität des Verpflichteten mit demjenigen, gegen den der Exekutionstitel lautet, nachgewiesen sein (OG. Wien vom 16. Dez. 1903, ZBl. 1904, 17; Randa I, S. 127).

**§ 5.** Die Wirkungen des Überganges der klagsweise geltend gemachten Forderung oder Schuld während des Prozesses oder nach Entstehung des Exekutionstitels auf eine andere Person. Ein solcher Übergang ist nicht die notwendige Folge der für die Übertragung der Firma notwendigen Geschäftsveräußerung und muß auch, wenn er die Folge einer Geschäftsveräußerung ist, nicht mit dem Übergang der Firma verbunden sein (vergl. Erläuterungen zu Art. 22). Festzuhalten ist, daß in allen Fällen das Urteil nur für und gegen die ursprünglichen Prozeßparteien wirkt; der Erwerber der Firma des Klägers oder Beklagten ist auch als Zessionär oder Schuldübernehmer ohne Zustimmung des Gegners nicht berechtigt, in den Prozeß einzutreten (§ 234 ZPO.), er kann dem Prozesse bloß als Nebenintervenient beitreten.

Im Einzelnen ist zu unterscheiden:

a) Der Kläger hat sein Geschäft samt Firma und der klagsweise geltend ge-

<sup>4)</sup> Über den umgekehrten Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma geklagt hat oder geklagt wurde und während des anhängigen Verfahrens oder nach dessen Beendigung alle Gesellschafter bis auf einen austreten, der unter unveränderter Firma des Geschäftes als Einzelkaufmann weiterführt, siehe Erläuterung zu Art. 111.

<sup>5)</sup> Das Rekursverbot findet hier keine Anwendung, da Rekurrent vor Erlassung des angefochtenen Beschlusses nicht gehört wurde (R. Pollak, Zivilprozeß S. 459, 536). Wer anderer Ansicht ist, muß eine Klage nach Analogie des § 36, Z. 1 EO. zulassen.

machten Forderung im Laufe des Prozesses veräußert. Er verliert hiedurch seine Aktivlegitimation nicht, da § 234 ZPO. eine Ausnahme von dem in § 406 ZPO. und § 35 EO. ausgesprochenen Satze, daß das Urteil nach dem Stande zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung zu erfließen hat, statuiert (R. Pollak Zivilprozeß, S. 186). Auf Grund des der Klage stattgebenden Urteiles kann derjenige, der Inhaber der den Kläger bezeichnenden Firma zur Zeit der Klagsanstellung war, Exekution begehren, der Erwerber dieser Firma nur dann, wenn er durch eine Urkunde im Sinne des § 9 EO. den Übergang der urteilsmäßig zuerkannten Forderung nachweist. Dagegen wird durch eine nach Beendigung des Prozesses erfolgte Veräußerung der urteilsmäßig zuerkannten Forderung die Legitimation des Klägers, die Exekution zur Vereinhbringung dieser Forderung zu begehren, aufgehoben. Begehrt der Kläger, unbekümmert um eine solche Fession, die Exekution, so steht dem Beklagten die Klage nach § 35 EO. offen.

- b) Der Beklagte hat während des Prozesses oder nach dessen Beendigung Geschäft samt Firma unter Umständen veräußert, die eine Haftung des Erwerbers für die eingeklagte Forderung begründen (§§ 13 ff. zu Art. 22). Wenn hiedurch — wie es ja in der Regel der Fall ist — die Haftung bloß die Wirkung einer kumulativen Schuldübernahme erzeugt, so daß neben der Haftung des Geschäfts- und Firmenerwerbers die des Veräußerers bestehen bleibt, so bleibt der Beklagte zur Sache legitimiert und kann gegen ihn auf Grund des Urteiles die Exekution geführt werden, gegen den Erwerber des Geschäftes und der Firma nur dann, wenn durch öffentliche Urkunden im Sinne des § 9 die Tatsachen dargetan werden, die nach der Rechtsansicht des über den Exekutionsantrag entscheidenden Richters die Haftung für die Klagsforderung oder überhaupt von allen Geschäftspassiven des früheren Firmeninhabers bewirken. Liegen ausnahmsweise solche Umstände vor, die nicht nur eine Haftung des Firmenerwerbers für die Geschäftspassiven, sondern auch eine Befreiung des ursprünglichen Schuldners bewirken, so berechtigen diese Umstände, wenn sie während des Prozesses eintreten, den Beklagten zum Antrage auf Abweisung des Klagebegehrens<sup>6)</sup> (§ 406 ZPO.), wenn sie nach dem Urteile eintreten, zur Klage nach § 35 EO.

Die Exekution auf Grund eines Exekutionstitels, der den Verpflichteten § 6. mit dessen Firma bezeichnet, ist ohne Rücksicht darauf, ob der Verpflichtete, gegen den der Exekutionstitel lautet, zur Zeit der Exekutionsbewilligung noch Inhaber dieser Firma ist oder nicht, auf das gesamte Vermögen zulässig, nicht etwa bloß auf sein Geschäftsvermögen.

Die Prozeßvollmacht kann in Konsequenz des Gesagten mit der Firma § 7. unterzeichnet sein.

### Artikel 16.

Ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, darf nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen.

Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschafts-

<sup>6)</sup> § 234 ZPO. ist hier nicht anwendbar, denn die private Schuldübernahme ist keine Veräußerung.

verhältnis andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen.

Ein-  
leitung.

Der Artikel trifft Bestimmungen über die Form der Firma des Einzelkaufmannes, als welcher auch derjenige bezeichnet wird, der nur mit einem stillen Gesellschafter sein Geschäft betreibt (hierüber vergl. Näheres Art. 251 und 257). Vermöge Art. 5 gilt Abs. 2, Satz 2 auch für die Handelsgesellschaften (RG. 3, S. 166; Johow und Künzel 3, S. 10; 5 S. 18).

Der Artikel unterscheidet den Hauptbestandteil der Firma und die Zusätze. Von ersterem handelt Abs. 1, von letzterem Abs. 2.

Über die Sprache der Firmen ist im Gesetze nichts gesagt. Vor allem ist daran festzuhalten, daß die Firma nur in der, beziehungsweise den Sprachen gebraucht werden darf, in denen sie registriert ist (Canstein I, S. 212, WGH. bei Budwiniski 5581). Auch wenn die Verlautbarung der Firma in mehreren Sprachen stattgefunden hat, darf die Firma doch nur in der Sprache gebraucht werden, in der sie registriert wurde (JWB. vom 18. Jänn. 1883, 3. 20.176). Was aber die Frage betrifft, in welcher Sprache die Firma zu registrieren ist, so läßt sich aus der Bestimmung des § 4, Abs. 3 RaifB., der auch für das außerstreitige Verfahren eine bestimmte Gerichtssprache anerkennt, nicht folgern, daß für die Sprache des Firmenwortlautes die Gerichtssprache am Orte des Registergerichtes vorgeschrieben ist. Denn durch Anerkennung einer bestimmten Gerichtssprache ist lediglich ausgesprochen, daß Schriftstücke, die von den Parteien und dem Gerichte ausgehen, in dieser Sprache verfaßt sein müssen (vergl. Staub, 8. Auflage, Anm. 22 zu § 17). Gegen diese Vorschrift ist aber nicht verstoßen, wenn im Texte von Eingaben oder Beschlüssen fremdsprachige Eigennamen vorkommen, und als ein solcher ist ja die Firma, auch wenn sie aus mehreren Worten besteht, gemäß Art. 15 anzusehen (zust. Dpet a. a. D., dagegen Gareis-Fuchsberger S. 53, Note 66). Auch bei der Kodifikation des d. HGB. wurde es ausdrücklich abgelehnt, zu bestimmen, daß die Bezeichnung der Firma in der Gerichtssprache (der deutschen Sprache) zu erfolgen habe. Mit Staub 8. Aufl., Anm. 22 zu § 17 wird man aber annehmen müssen, daß nicht jede beliebige Sprache und jedes beliebige Schriftzeichen zulässig ist, da die Firma und ihre Zusätze doch zur Kenntnis des Publikums bestimmt sind. Man wird verlangen müssen, daß die Sprache und die gewählte Schrift durch leicht erreichbare Dolmetsche in die Landessprache übersetzt werden können.

Die B. vom 19. Apr. 1880 (WGH. für Böhmen Nr. 14 und WGH. für Mähren Nr. 17) spricht auch nur von der Sprache, in welcher die Eintragungen ins Handelsregister vorzunehmen sind, nicht aber von der Sprache des einen Teil des Textes der Eintragungen bildenden Firmenwortlautes. Im Wiener Handelsregister finden sich eine Menge Firmen in fremden Sprachen, Landes- und Nichtlandessprachen, eingetragen. Was von der Sprache gesagt wurde, gilt auch hinsichtlich der Schriftzeichen (Dpet S. 62).

- § 1. 1. (Abs. 1.) **Der Hauptbestandteil.** Derselbe ist wesentlich und notwendig und besteht in dem Familiennamen oder bürgerlichen Namen des Kaufmannes, mit oder ohne Vornamen oder auch, wie sich hieraus ergibt, mit abgekürzter Vornamensbezeichnung, oder endlich mit einem von mehreren Vornamen.<sup>7)</sup> Damit ist das Prinzip der Firmewahrheit aufgestellt, doch

<sup>7)</sup> Hievon besteht nur die Ausnahme, daß ein Gemeinschuldner, dessen Konkurs nicht durch Zwangsausgleich beendet ist, nur unter seiner vollen Namens- und Vornamensbezeichnung Handelsgeschäfte betreiben kann (§ 246 a RD.), solange er nicht die Wiederbefähigung erlangt hat.

ist dasselbe trotz des kategorischen „darf“ und „muß“ in diesem und den folgenden Artikeln durch die Art. 22 und 24 derart durchbrochen, daß sich aus der Firma niemals mit Sicherheit auf die Person des Firmeninhabers schließen läßt, zumal auch nicht erforderlich ist, das Geschlecht des Firmeninhabers anzudeuten.

Was als Familienname zu betrachten ist, richtet sich nach den Landesgesetzen. Hiernach beantwortet sich die Frage, wann eine getrennte Ehefrau den Namen ihres früheren Ehemannes führen darf (vergl. Krainz-Ehrenzweig § 434; Randa I, S. 120); wie sich Witwen zu nennen haben; wie Adoptierte (§ 182 ABGB.); ob es einem verheirateten Manne gestattet ist, seinem Namen den seiner Ehefrau beizufügen. Das ABGB. kennt solche Doppelnamen nicht. Dpet a. a. D. S. 74 hält in zutreffender Weise die Beisezung des Mädchennamens der Ehegattin seitens des Ehemannes für einen zur Unterscheidung der Person des Firmeninhabers dienenden, daher zulässigen Zusatz, der nach Auflösung der Ehe der Wahrheit nicht mehr entspricht und dadurch unzulässig wird. Dagegen erscheint es ohneweiters zulässig, daß die Ehefrau dem Namen ihres Ehemannes ihren Geburtsnamen hinzufügt (DGH. in ZBl. 1902, Nr. 136). Adelsprädikate gehören zum bürgerlichen Namen.

Die Vornamen dürfen nicht willkürlich gewählt, auch weder in eine fremde Sprache übersetzt noch umgekehrt germanisiert oder modernisiert werden (wie Jacques statt Jakob, Moriz statt Moses). Nur der wirkliche Vornahme ist der Ausnahme in die Firma fähig (RG. I Berlin in GZ. 42, S. 501, anders AdlCl. 1188, 1686 und 1641). Unter Berufung auf Art. 20, Abs. 2 und Art. 22 wird in den Gründen bei AdlCl. 1686 und 1641 die Ansicht ausgesprochen, daß das Gesetz auch bei der ersten Eintragung der Firma den Vornamen kein Gewicht beilegt (über die Unrichtigkeit dieser Ansicht vergl. Randa I, S. 120, R. 5). Der Gebrauch des Vornamens „Louis“ als Firmenbestandteil statt „Moiis“ wurde in der E. des DGH. vom 7. Juli 1904, ZBl. 1905, 55, im Hinblick auf die Auffassung des Verkehrs, die die beiden genannten Namen als keine verschiedenen ansieht, für zulässig erklärt. Ein Blick in das Wiener Handelsregister zeigt, wie allgemein in der Praxis Übersetzungen, Germanisierungen und Diminutiva von Vornamen zugelassen werden. Die verheiratete Handelsfrau darf den Vornamen ihres Ehegatten in die Firma nicht aufnehmen, auch wenn ihr die Sitte gestattet, sich im gesellschaftlichen Verkehr des Vornamens ihres Mannes zu bedienen (Dpet a. a. D.).

Änderungen des Beinamens, also z. B. bei Wiederverheiratung einer Witwe oder einer getrennten Ehefrau, oder bei einer zulässigen freiwilligen Namensänderung<sup>8)</sup>, bedingen eine Änderung der Firma. Denn der Kaufmann muß seinen Familiennamen, also seinen jeweiligen Familiennamen als Firma führen. Eine Vorschrift, welche für diesen Fall die Beibehaltung der bisherigen Firma zuließe, gibt es nicht (Behrend § 40, Anm. 21; Allfeld S. 120). Buchelt (Anm. 3), der das Gegenteil annimmt, beruft sich zu Unrecht auf Art. 24; Schulze-Görlitz (S. 99), der ihm beipflichtet, führt das unzutreffende Argument an, daß ein gewisser Grad von Analogie mit der Firmenübertragung obwalte (vergl. aber jetzt § 21 d. HGB.). Jedenfalls hat der Kaufmann im Falle einer

<sup>8)</sup> Vergl. Gerbatschek, Das Recht der Namensänderung in Osterreich, GH. 1904, Nr. 26, 27.

behördlich bewilligten Änderung seines Familiennamens ein Recht auf entsprechende Änderung seiner Firma (RG. Prag vom 1. März 1904 im ZBl. 1904, S. 446, unter „Miscellen“). Vergl. hierzu B. Mayer S. 481.

Auf die Führung seines Familiennamens als Firma aber hat der Kaufmann ein unbedingtes Recht. Es verspricht nichts, daß durch die Form desselben, z. B. wenn es ein Doppelname ist, der Anschein erweckt werden kann, daß es sich um eine Gesellschafts-Firma handle (Opet S. 77). Nur ein diese Andeutung enthaltender Zusatz zum Namen ist dem Einzelkaufmann in Abs. 2 verwehrt (Johow und Künzel 5, S. 20, Fürstlich Osenburg-Birsteinische Fabriksverwaltung; Hahn § 7, Note 4; Allfeld S. 121; Canstein S. 217).

Keine Vorschrift enthält das Gesetz über die Firma juristischer Personen, so z. B. wenn ein mit Korporationsrechten versehener Verein Handelsgeschäfte betreibt. Eine solche juristische Person ist Kaufmann, und zwar Einzelkaufmann, nicht Handelsgesellschaft, und muß daher eingetragen werden (Johow 12, S. 17; AbtCl. 1413), und zwar muß der der Korporation rechtmäßig zukommende Name in der Firma erscheinen (z. B. Bierbrauerei des Zisterzienser-Ordensstiftes B. in S.; Gemeinde Wien, Städtisches Ziegelwerk [Canstein I, S. 217, Note 52; Randa I, S. 132]). Eine Vereinigung ohne juristische Persönlichkeit kann ihre Firma nicht eintragen lassen.

- § 3. 2. (Abs. 2.) Die Zusätze. Sie sind zu unterscheiden von Reklamennotizen oder sonstigen Beisätzen zum Zwecke der Benachrichtigung des Publikums, z. B. Generalvertreter der Firmen K. K. und Y. Y.; vergl. Johow und Künzel 5, S. 18. Keine bloße Benachrichtigung aber ist der Zusatz: Meyers Nachfolger (RG. Frankfurt in GZ. 37, S. 527). Die Zusätze sind einerseits nicht notwendig, andererseits nicht etwa bloß dann zulässig, wenn sie im gegebenen Falle, z. B. zur Vermeidung von Verwechslungen, nötig sind (RG. vom 28. Mai 1875 in ZBl. S. 359, dagegen AbtCl. 1867), vielmehr unterliegen sie der freien Wahl des Kaufmannes. Einmal als Bestandteile der Firma gewählt, bilden sie aber mit dem Hauptbestandteile ein untrennbares Ganze; es besteht für sie kein besonderer Schutz (RG. vom 22. Febr. 1904, Právník 1904, S. 12: den die Bezeichnung der erzeugten Waren andeutenden Zusatz einer Firma kann jeder Kaufmann in Verbindung mit seiner Firma verwenden; RDHG. 4, S. 260: die Handlung in Firma „J. Hupmann, Firma La Ferme“ hat kein Unterfangungsrecht gegen jemand, der den Zusatz Laferme annimmt; Bolze 17, Nr. 123: die Aktiengesellschaft Lauchhammer hat kein Unterfangungsrecht gegen die Firma Lauchhammer Kohlenwerke A. & B.). Vergl. auch Bolze 10, Nr. 184 b. Dagegen wurde in AbtCl. 1127 der Zusatz „Mercur“ bei der einzutragenden Firma „Mercur A. & Cie.“ mit Rücksicht auf die bereits eingetragene Firma „Wechslergeschäft der Administration des Mercur“ für unzulässig erklärt.

Verboten sind dem Einzelkaufmann Zusätze, welche ein Gesellschaftsverhältnis andeuten (nicht schon solche, die ein Gesellschaftsverhältnis andeuten können, z. B. Behrsche Buchhandlung — Hahn § 17 —; das Wort Union ist nicht notwendig ein Gesellschaftsverhältniszusatz, Bolze 10, Nr. 184 b); unzulässig ist die Firma „Alois A. Sohn, Wilhelm A.“ für einen Einzelkaufmann (AbtCl. 2211); gestattet sind ihm solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, sie

mögen dem Namen vor- oder nachgestellt sein (für letzteres *Johow* 10, S. 15).

a) Nähere Bezeichnungen der Person. Dazu gehören Titel, wie etwa § 3. der Dokortitel, auch wenn er an einer ausländischen Universität erworben wurde (*Link* 6300), der Hoflieferantentitel (vergl. z. B. im Wiener Handelsregister „*Becksche k. u. k. Hof- und Verlagsbuchhandlung (Alfred Hölder)*“). Über die Berechtigung zur Führung eines Hoftitels entscheidet nach § 17 des *KaisP.* vom 20. Nov. 1852, *RGBl.* Nr. 251, das Obersthofmarschallamt (*AbtCl.* 236).<sup>9)</sup> Über die Berechtigung zur Führung der Bezeichnung „Universitätsbuchhandlung“ entscheidet das Unterrichtsministerium (*Randa* I, S. 122, Note 6 b). Zulässig sind auch die Wörtchen jun., sen., Vater, Sohn usw. Zulässig sind z. B. die Firmen: Hermann Münzers Sohn, Jakob Katsch Witwe (*AbtCl.* 1046, 1053 und 1132).

b) Nähere Bezeichnungen des Geschäftes. Hierher gehören insbesondere § 4. die Bezeichnung der Branche und des Betriebsortes, z. B. *Adolf A., Brauer in X.* (*A.* 1725). Diese Zusätze dürfen nicht zur Täuschung dienen, indem sie eine mit den wirklichen Verhältnissen in Widerspruch stehende Sach- oder Rechtslage kennzeichnen (*Volze* 9, Nr. 113; *Johow* und *Künzel* 5, S. 18). Wird z. B. ein Verwandtschaftsverhältnis angegeben (*Plagel* Vater und Sohn), so muß dasselbe wahr sein (*AbtCl.* 1893, 2060); der Zusatz „gegründet im Jahre 1781“ ist unzulässig, wenn er nicht auf Wahrheit beruht (*RG.* bei *Link* CCCXX). Doch ist dies nicht dahin auszudehnen, daß eine Bezeichnung schon deshalb unzulässig ist, weil sie über den Umfang des Geschäftes zu falschen Auffassungen Anlaß gibt (*Johow* 12, S. 14). So geht es entschieden zu weit, wenn in *AbtCl.* 1636 die Bezeichnung „Metropole“ zurückgewiesen wurde, weil sie den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach, ebenso wenn der *DGH.* bei *AbtCl.* 1994 den Zusatz „Transportanstalt“, weil der Geschäftsbetrieb sich bloß auf den Lokalverkehr beschränkte und bei *AbtCl.* 2003 den Zusatz „Brotfabrik“ zurückgewiesen hat, weil der Eintragungswerber bloß ein Bäckergeschäft betrieb. Auch sonst darf man in der Anwendung dieses Erfordernisses nicht zu rigoros sein; daß auch irrtümliche Auffassungen möglich sind, genügt nicht zu ihrer Unzulässigkeit; vielmehr muß die Erregung des Irrtums der sicher anzunehmende Erfolg sein. Die bei *AbtCl.* 434 verworfene Bezeichnung: „Französisch-österreichische Gesellschaft für Kunstindustrie“ darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil man glauben könnte, es handle sich um eine Vereinigung französischer und österreichischer Kaufleute oder um einen in Österreich und Frankreich stattfindenden Geschäftsbetrieb<sup>10)</sup>; es genügt, wenn französische und österreichische Kunstprodukte vertrieben werden (vergl. z. B. im Berliner Handelsregister die von zwei Berliner Kaufleuten gebildete „Deutsch-russische Handelsgesellschaft

<sup>9)</sup> Der Gebrauch des roten Kreuzes auf welchem Grunde oder die Worte „Rotes Kreuz“ als Bestandteil von Firmen ist nur auf Grund einer besonderen Bewilligung der politischen Landesbehörde gestattet (*Gesetz* v. 14. April 1903, *RGBl.* 85). Über die Berechtigung zur Führung des kaiserlichen Adlers, der Bezeichnung „k. k. privilegierte Fabrik“, „Großhandlung“ usw., vergl. § 58 *GewD.*, die im I. Bande (1. Abf.) der *Mangischen* Gesetzausgabe mitgeteilten Vorschriften, *Randa* I, S. 119 und *Komorzynski*, *JBl.* 1902, Nr. 22 ff.

<sup>10)</sup> Mit vollem Rechte wurde dagegen in *AbtCl.* 1776 die Firma „*Pilsener Exportbierbrauerei in Primmih*“ für unzulässig erklärt.

Bodstein u. Co.“), ebenso ist dem OGH. in Abt. 435 nicht zuzustimmen, wenn er als Firma einer mit Bankgeschäften sich befassenden Kommanditgesellschaft nicht zuließ die Bezeichnung „Bankkommanditgesellschaft Ascher u. Co.“, und zwar deshalb, „weil dieser Ausdruck auf eine Zweigniederlassung eines großartigen Bankgeschäftes hinweisen würde“. Mit den Gesetzesworten sind nicht, wie vielfach angenommen wird (Behrend § 40, Anm. 41; Ring S. 42; Kammergericht bei Johow 10, S. 14; Cohn Handelsregister, S. 16; auch OGH. Abt. 1273 und 1355 und bei Links Nr. 2540), nur solche Bezeichnungen gemeint, welche von der Branche des Geschäftes selbst hergenommen sind. Wo dies für den Regelfall gewollt ist, ist dies mit ausdrücklichen Worten gesagt (Art. 18), die dem Gesetzgeber auch hier zu Gebote standen, wenn er daselbe wollte. Vielmehr ist jede willkürliche Bezeichnung gemeint, mag sie auch der Reklame dienen, wenn sie nur keine Täuschung enthält. Cohns Meinung, daß jede Reklame der Täuschung diene, dürfte sich des Beifalles des Handelsstandes wohl nicht erfreuen (im Ergebnis übereinstimmend Hahn § 8, Note 6; Cosack S. 69; Allfeld S. 123). Auch der Zusatz „Einzige“ wird entgegen der Entsch. des RG. 3, S. 166 nicht für absolut unzulässig zu erachten sein, sondern höchstens dann, wenn die Bezeichnung der wahren Sachlage nicht entspricht, weil Firmen nicht zu wirklichen Täuschungen dienen sollen (vergl. über diese Entsch. noch § 2 zu Art. 27). Zu einer wirklichen Täuschung geeignet erscheinen folgende vom OGH. mit Recht zurückgewiesene Zusätze: „Pilsener Bezirksbrauerei“, wenn von der betreffenden Unternehmung kein Bier in Pilsen gebraut wird (7. Juli 1904, JBl. 1905, 54); „Import aus Marseille“, wenn mit dieser Stadt keine Geschäftsverbindung besteht (4. Febr. 1903, Links 8165); „Old Bond Street“, wenn keine Geschäftsverbindung mit der Warenbezugsquelle aus der Old Bond Street in London besteht (24. Okt. 1905, JBl. 1905, 405). Dagegen ist es nicht begründet den Zusatz „Urstoff“ in der Firma einer Brauerei deshalb nicht zuzulassen, weil deren Brauhaus nicht das älteste am Orte des Betriebes ist (OGH. vom 19. Aug. 1903, JBl. 1903, 413). Zusätze wie städtisch, kaiserl., königl., privilegiert sind, wenn unwahr, unzulässig (vergl. jedoch Johow 3, S. 11, wo Provinzialmolkereigesellschaft für zulässig erklärt wurde, was jedoch bedenklich ist).<sup>11)</sup> Nachträgliche Veränderungen im Geschäftsbetriebe berechtigen den Registerrichter nicht, die Entfernung eines Firmenzusatzes zu verlangen, der zur Zeit der Begründung der Firma der Sachlage entsprochen hat (OGH. vom 4. Apr. 1905, JBl. 1905, 22; vergl. OGH. vom 20. Nov. 1906, Budwinski 1343 A). Besonders zu erwähnen ist der beim Firmengebrauche zugefügte Zusatz, daß die im Handelsgewerbe erzeugten oder feilgehaltenen Waren durch ein Patent geschützt sind. Entspricht dieser Zusatz nicht der Wahrheit, so

<sup>11)</sup> Nach § 49, Z. 2 GewD. macht sich jeder Gewerbetreibende einer Übertretung schuldig, der bei Bezeichnung seiner Betriebsstätte auf Birkularen sich Auszeichnungen beilegt, die ihm nicht verliehen wurden. Die Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf keine Bezeichnung enthalten, die den nach besonderen Vorschriften errichteten unter öffentlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Anstalten zukommt als: Sparkasse, Landesanstalt u. dgl. (§ 5, Abs. 3 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Vergl. auch OGH. v. 26. April 1905, JBl. 1905, 29 (durch Aufnahme des Wortes „Sparkasse“ in die Firma darf nicht der unrichtige Anschein erzeugt werden, daß es sich um eine Sparkasse im Sinne des Sparkassenregulativs handelt).

begründet dessen Gebrauch die von den politischen Behörden zu ahnende Übertretung der Patentanmaßung (§ 113 PatG.).

**Zusatz 1.** Der Artikel enthält nichts über die zivilrechtliche Bedeutung § 5. der in diesem Artikel enthaltenen Formvorschrift. Sie hat vorwiegend rechtspolizeiliche Bedeutung. Die unter einer hienach unzulässigen Firma vorgenommenen Rechtshandlungen sind darum nicht ungültig (vergl. § 2 zu Art. 15). Firmeneintragungen, welche ganz oder zum Teil unzulässig sind, genießen, wenn dennoch geschehen, insoweit keinen Schutz, als ihre Unzulässigkeit reicht (Wehrend § 40, Anm. 41, vergl. § 2 zu Art. 12).

**Zusatz 2.** Die Vorschrift des vorliegenden Artikels bezieht sich nur auf § 6. die ursprüngliche Firma, der Fall der abgeleiteten Firma ist im Art. 22 abgehandelt.

### Artikel 17.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß, wenn in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusätze enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusätze enthalten.

Die Namen anderer Personen, als der persönlich haftenden Gesellschafter, dürfen in die Firma einer Handelsgesellschaft nicht aufgenommen werden; auch darf sich keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.

Der Artikel gibt Sondervorschriften über die Form der Handelsgesellschaftsfirmen. Auch diesen Bestimmungen liegt das Prinzip der Firmenwahrheit zu Grunde; doch wird es nur in abgeschwächter Form durchgeführt. Der Artikel findet nur Anwendung, wenn wirklich eine offene Handelsgesellschaft (gemeinschaftlicher Betrieb eines Handelsgewerbes, Art. 85) vorliegt. Ein Einzelkaufmann kann nicht dadurch, daß sich jemand als sein Gesellschafter ins Register eintragen läßt, ohne faktisch am Betriebe und am Ertrage des Unternehmens beteiligt zu sein, das Recht zur Annahme einer (den Namen der als Gesellschafter eingetragenen Person enthaltenden) Gesellschaftsirma erwirken. Diese Eintragung bewirkt nur, daß sich der Verkehr auf das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft berufen kann (Art. 110), nicht aber, daß die an das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft geknüpften Rechte geltend gemacht werden können (vergl. RG. 37, S. 62).<sup>12)</sup> Auf stille Gesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften ist der Artikel nicht zu beziehen, sie sind keine Handelsgesellschaften. Wegen der stillen Gesellschaft vergl. Art. 16.

Soweit dieser Artikel Sondervorschriften nicht gibt, gelten auch für Handelsgesellschaften die allgemeinen Bestimmungen über Firmen:

<sup>12)</sup> Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die E. d. OGH. v. 28. Nov. 1905, J. Bl. 1902, 102 im Ergebnis richtig; die Firma „Gasglühlichtgesellschaft A. & Co.“ wurde für unzulässig erklärt, da nach Austritt des Gesellschafters „A.“ nur mehr ein Gesellschafter übrig geblieben war (vergl. gegen diese Begründung § 2 zu Art. 24); nach dem ganzen Sachverhalte war aber „A.“ niemals Gesellschafter, er wurde nur als solcher im Register eingetragen.

so Art. 20 (Erfordernis deutlicher Unterscheidung), ferner Art. 16 (vergl. Art. 5 und Einleitung zu Art. 16). Insbesondere gilt dies von der Wahl des Namens und der Zusätze zur Personen- und Geschäftsbezeichnung.

Es ist ferner hervorzuheben, daß auch die Gesellschaftsfirmen dem allgemeinen Erfordernisse einer Firma entsprechen müssen, daß sie nicht zur Täuschung dienen. So würde z. B., wenn die Gebrüder Anton und Albert Müller und Friedrich Schulze Sozien würden, die Firma Gebrüder Müller zwar dem Wortlaute des Gesetzes entsprechen — denn der Name eines Sozius ist vorhanden und ebenso ein Gesellschaftszusatz — aber dennoch unzulässig sein, weil sie zu der Täuschung Anlaß gibt, als seien nur zwei Brüder Müller Gesellschafter. Ebenso ist die Wahl der Firma Gebrüder Friedmann nicht zulässig, wenn Friedmann und Wendland sich assoziieren. Ebenso ist die Firma „L. Erben“ schon deshalb unzulässig, wenn nicht sämtliche Erben der L. Inhaber der Firma sind (Links 6535).

Die Sondervorschriften des vorliegenden Artikels sind:

- § 1. 1. (Abs. 1.) Die Firma der offenen Handelsgesellschaft muß, wenn nicht alle Sozien genannt sind, einen Gesellschaftszusatz erhalten (und zwar einen solchen, der der Sachlage nicht widerspricht, vergl. die Einleitung Abs. 3). Für den Fall, daß alle Sozien in der Firma genannt sind, bestimmt das Gesetz nichts. Ein Gesellschaftszusatz ist dann nicht nötig, aber auch nicht unzulässig, wenn er nur nicht so beschaffen ist, daß er zu der Täuschung Anlaß gibt, daß außer den benannten Sozien noch andere vorhanden sind. Wenn z. B. Schulze und Müller Inhaber sind, so darf die Firma nicht lauten: Schulze, Müller & Co., wohl aber Bankverein Schulze & Müller (zust. OVG. Hamburg in GZ. 42, S. 502). Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß ferner den Namen wenigstens eines Gesellschafters enthalten; dieser Vorschrift entspricht die Firma „W. L. Erben“ nicht (Abt. 2214).
- § 2. 2. (Abs. 2.) Die Firma der Kommanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines Komplementars und einen Gesellschaftszusatz enthalten. Daraus folgt: der Gesellschaftszusatz ist immer notwendig, auch wenn alle Komplementare in der Firma genannt sind. — Die Vorschrift des Abs. 2 gilt auch für die Aktienkommanditgesellschaft, die ja nur eine Abart der Kommanditgesellschaft ist.
- § 3. 3. (Abs. 3.) Hier wird für beide Gesellschaftsarten gemeinsam negativ bestimmt, daß andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma nicht genannt sein dürfen; auch keine Kommanditgesellschaft, selbst die Kommanditgesellschaft auf Aktien sich nicht Aktiengesellschaft nennen dürfe, wohl aber kann sich letztere Gesellschaft Kommanditgesellschaft auf Aktien nennen, und es ist nicht ersichtlich, mit welchem Rechte Schulze-Görlich (S. 162) dies verbieten will. Näheres über die Firma der Aktienkommanditgesellschaft siehe § 3 zu Art. 175.
- Aus der ersteren Bestimmung geht hervor, daß weder Kommanditisten, noch stille Gesellschafter, noch fremde Personen in der Firma figurieren dürfen, und zwar Kommanditisten und stille Gesellschafter unter dem Präjudiz persönlicher Haftung (Art. 168 und 257), fremde Personen zur Vermeidung rechtspolizeilichen Einschreitens (Art. 26).
- § 4. Zusatz 1. In Bezug auf die zivilrechtliche Bedeutung der Vorschrift ist zu bemerken, daß die Rechtsgeschäfte der unter einer unzulässigen Firma handelstreibenden Gesellschaft nicht etwa ungültig sind (Bolze 1, Nr. 1169).