

Das ADHGB von 1861  
als gemeinsames  
Obligationenrecht in  
Mitteleuropa

Herausgegeben von  
MARTIN LÖHNIG  
und STEPHAN WAGNER

---

**Mohr Siebeck**

Mitteleuropäisches Zivilrecht  
Studien und Beiträge zum ADHGB

Herausgegeben von  
Martin Löhnig und Stephan Wagner

1





Das ADHGB von 1861  
als gemeinsames Obligationenrecht  
in Mitteleuropa

Herausgegeben von  
Martin Löhnig und Stephan Wagner

Mohr Siebeck

*Martin Löbnig* (1971); 2001 Promotion; 2006 Habilitation; 2006–2008 Inhaber des W3-Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht an der Universität Konstanz; seit 2008 Inhaber des W3-Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht an der Universität Regensburg.  
orcid.org/0000-0002-4616-1905

*Stephan Wagner* (1971); Studium der Rechtswissenschaft und Geschichte in Regensburg, Genf und Oxford; 1998 M.A.; 2001/02 M.Jur. (Oxford); 2003 Promotion; Wiss. Referent am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Stellvertretender Referatsleiter im Bayerischen Wirtschaftsministerium; Wiss. Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Regensburg; Visiting Fellow am IECL, Oxford; 2016 Habilitation; Gastprofessor, Freie Universität Berlin; Lehrstuhlvertreter, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Eberhard Karls Universität Tübingen.  
orcid.org/0000-0002-2476-9557

ISBN 978-3-16-156127-6 / eISBN 978-3-16-156318-8

DOI 10.1628/978-3-16-156318-8

ISSN 2627-0935 / eISSN 2627-0943 (Mittleuropäisches Zivilrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Im März 2016 trafen sich Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus ganz Mitteleuropa in Regensburg, um das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) von 1861 erstmals in seiner supranationalen Dimension zu untersuchen. Die Ergebnisse unserer gemeinsamen historischen und vergleichenden Arbeit sind in diesem Band nachzulesen. Als Herausgeber danken wir allen Kolleginnen und Kollegen sehr herzlich für ihre Bereitschaft zur Mitwirkung an diesem Pionierprojekt, das in der eingehenden Befassung mit der mitteleuropäischen Zivilrechtsentwicklung der Zwischenkriegszeit bereits seine Fortsetzung gefunden hat. Trotz erheblicher Bemühungen ist es leider nicht gelungen, die zugesagten Beiträge zum Handelsgesetz für Bosnien und die Herzegowina von 1883 und zur Entwicklung in Ungarn nach 1920 zu gewinnen, so dass wir insofern auf einen Herausgeberbeitrag sowie den Ausblick im Beitrag zu »Transleithanien« verweisen müssen.

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Regensburger Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht, allen voran Caroline Berger, haben wertvolle Hilfe sowohl bei der Organisation der Tagung als auch bei der Vorbereitung dieses Bandes geleistet. Auch ihnen gilt unser herzlichster Dank. Ebenso herzlich danken wir der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) und dem Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., ohne deren Unterstützung wir diesen neuen Blick auf das ADHGB nicht unternehmen hätten können. Unser besonderer Dank gilt nicht zuletzt der Bayerischen Staatsministerin für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie Ilse Aigner, die die Schirmherrschaft übernommen hat.

Bereits frühzeitig hat Herr Dr. Franz-Peter Gillig Interesse an den Ergebnissen unserer Arbeit bekundet. Frau Daniela Taudt, LL.M. sowie Frau Dominika Zgolik waren damit befasst, aus einem Stapel Manuskripte ein schönes Buch zu machen. Dafür sind wir sehr dankbar und freuen uns, dass die Ergebnisse auch dieses Projekts im Verlag Mohr Siebeck erscheinen können.

Regensburg im Februar 2018

Martin Löhnig  
Stephan Wagner



## Inhalt

Vorwort .....	V
Abkürzungen .....	IX
Grußwort .....	XI
<i>Stephan Wagner</i> Einführung .....	1
<i>Stephan Wagner</i> Entstehungsgeschichte der Art. 4–5, 10–11 und 271–277 ADHGB .....	7
<i>Stephan Wagner</i> Deutscher Bund, Norddeutscher Bund und Deutsches Reich .....	79
<i>Wilhelm Brauneder</i> Österreich-Ungarn (1867–1918): Cisleithanien .....	105
<i>Katalin Gönczi</i> Österreich-Ungarn (1867–1918): Transleithanien (mit einem Ausblick auf die Zeit nach 1918) .....	113
<i>Martin Löhnig</i> Bosnien-Herzegowina (1878–1918): Kondominium .....	139
<i>Stefan Wedrac</i> Republik Österreich (1918–1938) .....	147
<i>Petra Skřejpková</i> Tschechoslowakische Republik (1918–1938) .....	169
<i>Kamila Staudigl-Ciechowicz</i> Republik Polen (1918–1939) .....	199

<i>Mirela Krešić/Dunja Pastović</i> Königreich Jugoslawien (1918–1941) .....	219
<i>Christian Alunaru</i> Königreich Rumänien (1881–1947) .....	283
<i>Ferdinando Mazzarella</i> Kingdom of Italy (1861–1946) .....	305
<i>Nikolaus Linder</i> Schweizerische Eidgenossenschaft .....	339
<i>Martin Löhnig</i> Ausblick: Was tun? .....	353
<i>Stephan Wagner</i> Synopsis .....	362
 Autoren .....	 431

## Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADWO	Allgemeine Deutsche Wechselordnung
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
BayHStA	Bayerisches Hauptstaatsarchiv (München)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BOHGE	Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts
BR-Drs.	Bundratsdrucksache
BRGÖ	Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs
DBA	Deutsche Bundesakte
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
GA	Gesetzartikel
GStA PK	Geheimes Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz (Berlin)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HG	Handelsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Ius Commune	Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte bzw. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
JZ	Juristen-Zeitung
KH	Kodeks handlowy – Handelsgesetzbuch (Polen)
Kt	Kereskedelmi törvény – Handelsgesetz (Ungarn)
LGBL.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
MJL	Magyar Jogi Lexikon – Ungarisches Rechtslexikon

OGH	Oberster Gerichtshof
OR	Obligationenrecht
ÖStA, AVA	Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv (Wien)
Prot.	Protokoll
Prot. ADHGB	Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, hrsg. von Johann Lutz, Nürnberg u.a. 1857–1861 = Eingeleitet und neu hrsg. von Werner Schubert, Frankfurt a.M. 1984
Prot. ADWO	Protocolle der zur Berathung einer Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung in der Zeit vom 20. October bis zum 9. Dezember 1847 in Leipzig abgehaltenen Conferenz, Leipzig 1848 = Nachdruck, Frankfurt a.M. 1970
Prot. DBV	Protokolle der Deutschen Bundesversammlung
RabelsZ	(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RT-Drs.	Reichstagsdrucksache
StA HB	Staatsarchiv der Freien Hansestadt Bremen
StGBL.	Staatsgesetzblatt
SZG	Schweizerische Zeitschrift für Geschichte
SZN	Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju
Tz BiH	Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu – Handelsgesetz für Bosnien und die Herzegowina
WSA	Wiener Schlussakte
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesam(m)te Handelsrecht 1 (1858) – 59 (1907); Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 60 (1907) – 123 (1960); Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 124 (1962) ff.
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Grußwort  
der Bayerischen Staatsministerin  
für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie  
und Stellvertretenden Ministerpräsidentin  
des Freistaates Bayern

Die Schaffung eines gemeinsamen Rechts- und Wirtschaftsraums in Europa ist eine Aufgabe, die sich nicht erst heute stellt. Schon das 19. Jahrhundert kennt auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts erfolgreiche Kodifikationsvorhaben wie das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB), das den Geschäftsverkehr in Mitteleuropa bestimmt und dabei die Funktion eines gemeinsamen Obligationenrechts übernimmt.

Anders als die von Preußen mit »Blut und Eisen« erzwungene Reichsgründung bieten die auf Initiative Bayerns in Nürnberg aufgenommenen Arbeiten am ADHGB das gelungene Gegenbeispiel einer friedlichen Zusammenarbeit, die im Konsens einen gemeinsamen Rechtsraum in ganz Mitteleuropa geschaffen hat von Aachen bis Lemberg, von Lübeck bis Split. Das ADHGB gilt daher unter Fachleuten als die vielleicht »erfolgreichste deutsche Kodifikation« überhaupt.

Die Federführung innerhalb der Bayerischen Staatsregierung lag damals beim Staatsministerium des Königlichen Hauses und des Äußern, das 1928 mit dem Staatsministerium für Handel, Industrie und Gewerbe vereinigt wurde, in dessen Nachfolge heute das Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie steht.

Bayern ist sich des gemeinsamen Erbes sehr wohl bewusst, das es mit seinen mitteleuropäischen Partnern in Slowenien und Kroatien sowie den Visegrád-Staaten Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn verbindet: Denn Laibach oder Zagreb liegen ebenso wenig auf dem Balkan wie München – und Krakau oder Brünn gehören ebenso wenig zu Osteuropa wie Nürnberg.

Ich freue mich daher ganz besonders, dass die Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg ein internationales Symposium zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte des ADHGB durchführt, für das ich sehr gerne die Schirmherrschaft übernehme und dem ich viel Erfolg wünsche. Die Universität Regensburg erfüllt dabei in mehrfacher Hinsicht wieder ihre Brückenfunktion, zum einen zwischen den rechtshistorischen Wurzeln der Vergangenheit und den rechtspolitischen Anforderungen der Gegenwart, zum anderen

zwischen der juristischen Dogmatik und der wirtschaftlichen Praxis. Vor allen Dingen aber leistet sie einen weiteren wertvollen Beitrag, um den Eisernen Vorhang endgültig zu überwinden.

*Ilse Aigner, MdL*

# Einführung

*Stephan Wagner*

Das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) von 1861 gilt bei seinem Erscheinen als das »gründlichste und beste unter den vorhandenen Europäischen Handelsgesetzbüchern«.<sup>1</sup> Gleichwohl wird es von der Privatrechtsgeschichte bislang eher stiefmütterlich behandelt. Im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte etwa wird das ADHGB – anders als vergleichbare Kodifikationen – nicht in einem eigenen Artikel berücksichtigt, sondern nur im Beitrag zum Handelsrecht bzw. zum Handelsgesetzbuch von 1897 kurz gestreift.<sup>2</sup> Selbst zu seinem 150-jährigen Geburtstag im Jahre 2011 hat es weder in der Literatur noch im Rahmen einer wissenschaftlichen Tagung eine besondere Würdigung erfahren. Lediglich das von Coing herausgegebene Handbuch sowie das 2009 erschienene Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts widmen dem ADHGB einen eigenen Eintrag, der sich aber naturgemäß jeweils auf eine Darstellung der wichtigsten historischen Fakten beschränkt.<sup>3</sup> Auch monographische Abhandlungen liegen bislang nur zu bestimmten Teilaspekten vor.<sup>4</sup> Um diese Forschungslücke zu schließen, möchte dieser Band die Bedeu-

---

<sup>1</sup> So der Doyen der Handelsrechtswissenschaft LEVIN GOLDSCHMIDT, Der Abschluß und die Einführung des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, ZHR 5 (1862), 204, 225. – Zur Etablierung der Handelsrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert DERS., Ueber die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts und den Zweck dieser Zeitschrift, ZHR 1 (1858), 1 ff. Ferner KARL OTTO SCHERNER, Die Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert, in: ders. (Hrsg.), Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert, Beihefte der ZHR, Heft 66, Heidelberg 1993, S. 9 ff.; JOACHIM RÜCKERT, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, aaO., S. 19, 42 ff.; MARC WINIGER, Handelsrecht und Handelsrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, in: Lukas Gschwend/René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa – Zur Wechselwirkung zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen im Rahmen der grossen Transformation 1750–1850, Zürich 2009, S. 125, 128 ff.

<sup>2</sup> Vgl. THOMAS HENNE, Art. »Handelsgesetzbuch«, in: HRG, 2. Aufl., Bd. II, Lfg. 11 (2010), Sp. 712, 713; KARL OTTO SCHERNER, Art. »Handelsrecht«, aaO., Sp. 714, 725 f.

<sup>3</sup> CHRISTOPH BERGFELD, Handelsrecht Deutschland, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/3 München 1986, S. 2853, 2948–2959; ANDREAS M. FLECKNER, Art. »Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch«, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Tübingen 2009, S. 45–50.

<sup>4</sup> Insoweit sind zunächst die Dissertation und Habilitation von PETER RAISCH zu nen-

tung des ADHGB für die Entwicklung des Obligationenrechts in Mitteleuropa analysieren.

Dass das ADHGB ebenso wie der Deutsche Bund ein rechtshistorisches Mauerblümchendasein fristet, mag seine Ursache im überkommenen Machtstaatsdenken des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts haben. Denn anders als die von Bismarck unter Bruch der Bundesverfassung mit »Blut und Eisen« erzwungene Reichsgründung bieten die auf bayerische Initiative aufgenommenen Arbeiten am ADHGB das erfolgreiche Gegenbeispiel einer Kooperation im Konsens. Zwar hatte der Deutsche Bund keine entsprechende Gesetzgebungskompetenz, aber alle Bundesstaaten bis auf Luxemburg, Limburg und Schaumburg-Lippe führten das ADHGB jeweils als Landesrecht ein. Dies gilt insbesondere für die gesamte preußische Monarchie einschließlich der nicht zum Deutschen Bund gehörenden Provinzen Posen und Preußen (West- und Ostpreußen) sowie für das Kaisertum Österreich, dessen Einführungsgesetz dabei den Geltungsbereich des ADHGB – mit Ausnahme des Fünften Buchs »Vom Seehandel« – als »Allgemeines Handelsgesetzbuch« (AHGB) ebenfalls nicht nur auf die zum Deutschen Bund gehörenden Gebiete erstreckt, sondern darüber hinaus auch auf Venetien, Dalmatien, Galizien und die Bukowina.

Des Weiteren steht das ADHGB nach dem Österreichisch-Ungarischen Ausgleich von 1867 Pate für das ungarische Handelsgesetz von 1875, das seinerseits das Handelsgesetz für Bosnien-Herzegowina von 1883 prägt. Auch der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes von 1864 und der italienische Codice di commercio von 1882 werden durch das ADHGB beeinflusst. Die Wirkungsgeschichte des ADHGB beschränkt sich also nicht nur auf den Raum, wo seine Geltung einmal unmittelbar angeordnet worden war (*ratione imperii*), sondern strahlt darüber hinaus kraft seiner inneren Qualität (*imperio rationis*) auch auf Länder aus, die nie zum Deutschen Bund gehört haben.<sup>5</sup>

---

nen, vgl. DERS., Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Beihefte der ZHR, Heft 27, Stuttgart 1962, S. 116 ff. bzw. DERS., Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965. Ferner DIETHARD BÜHLER, Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluß-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Frankfurt a.M. 1991; FRIEDRICH BENEDICT HEYN, Die Entwicklung des Eisenbahnfrachtrechts von den Anfängen bis zur Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Frankfurt a.M. 1996, S. 397 ff.; CARSTEN ENGLER, Die Kommanditgesellschaft (KG) und die stille Gesellschaft im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, Frankfurt a.M. 1999. – Einen breiteren Ansatz wählt allein HANS-JOACHIM HAUSER, Zum Einfluß der Vorschriften über das Handelsgeschäft im Vierten Buch des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 auf das BGB, Stuttgart 1985.

<sup>5</sup> Vgl. ferner CORJO J. H. JANSEN, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (1861) und das niederländische Handelsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, ZNR 38 (2016), 193 ff.

Selbst bei der Entwicklung außerhalb Europas spielt das ADHGB eine bislang kaum wahrgenommene Rolle, wenn etwa die Indian Law Commission die Heranziehung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften aus dem ADHGB erwägt<sup>6</sup> oder auf seiner Grundlage der erste Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Japan erstellt wird.<sup>7</sup>

Der Grund, warum das ADHGB überhaupt die Funktion eines gemeinsamen Obligationenrechts wahrnehmen konnte, sind die Art. 271–277 ADHGB, die den Begriff der Handelsgeschäfte definieren. Da die Vorschriften des Vierten Buchs »Von den Handelsgeschäften« (Art. 271–431 ADHGB) grundsätzlich auch dann Anwendung finden, wenn es sich nur für einen der beiden Vertragspartner um ein Handelsgeschäft handelt (Art. 277 ADHGB), erfasst das ADHGB in der Praxis eine Vielzahl der Fälle und tritt an die Stelle des jeweils einschlägigen Schuldrechts, das nur noch bei Geschäften unter Nichtkaufleuten zum Zuge kommt. Angesichts der im 19. Jahrhundert bestehenden Rechtzersplitterung verdrängt das ADHGB auf diese Weise ab 1861 die partikularen Obligationenrechte und sorgt im alltäglichen Leben für Rechtseinheit und Rechtssicherheit. Dadurch entsteht auf friedliche Art und Weise ein gemeinsamer Rechtsraum in ganz Mitteleuropa, so die Hypothese, von Aachen bis Lemberg und von Lübeck bis Split. Auch Zeitgenossen nehmen dies Ende des 19. Jahrhunderts so wahr:

»Das [allgemeine] deutsche Handelsgesetzbuch hatte in allen deutschen Bundesstaaten Geltung, schon bevor es durch die Gesetzgebung des Reichs zum Reichsgesetz erhoben wurde. Aber es führte damals seine Geltung auf die Landesgesetzgebung zurück. Es war für die deutschen Staaten gemeinsames Recht und ist erst durch die Reichsgesetzgebung gemeines Recht geworden. – Gemeinsames Recht ist das Handelsgesetzbuch noch heute zwischen Deutschland und Österreich (mit Ausnahme der Länder der ungarischen Krone).«<sup>8</sup>

Formal gesehen löst sich dieser Rechtsraum Anfang des 20. Jahrhunderts wieder auf, als in Deutschland zum 1. Januar 1900 (mit dem BGB) das HGB von 1897 in Kraft tritt und vor allen Dingen als Österreich-Ungarn nach dem Ersten Weltkrieg auseinander bricht. Dies zeigt sich etwa daran, dass der handelsrechtliche

---

<sup>6</sup> STELIOS TOFARIS, *A Historical Study of the Indian Contract Act 1872*, Thesis (Ph.D.), University of Cambridge 2011, S. 217 in Fn. 286 m.w.N.

<sup>7</sup> HERMANN ROESLER, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, Bd. I–II, Tokio 1884 (Neudruck, Tokio 1996). – Vgl. hierzu PAUL-CHRISTIAN SCHENCK, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens – Deutsche Rechtsberater im Japan der Meiji-Zeit*, Stuttgart 1997, S. 102 ff.; HARALD BAUM/EIJI TAKAHASHI, *Commercial and Corporate Law in Japan: Legal and Economic Developments after 1868*, in: Wilhelm Röhl (ed.), *History of Law in Japan since 1868*, Leiden 2005, S. 330, 351 ff., 355 ff.; ANNA BARTELS-ISHIKAWA (Hrsg.), *Hermann Roesler – Dokumente zu seinem Leben und Werk*, Berlin 2007, S. 61 ff.; KON SIK KIM, *Codification in East Asia: Commercial Law*, in: Wen-Yeu Wang (ed.), *Codification in East Asia – Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Cham 2014, S. 61, 64, 75 f.

<sup>8</sup> FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, Bd. I, Leipzig 1893, S. 119 mit Fn. 7.

Standardkommentar von Staub, der seit 1896 sowohl die deutsche als auch die österreichische Rechtsprechung zum ADHGB berücksichtigt hatte,<sup>9</sup> ab 1904 in einer eigenen österreichischen Ausgabe erscheint,<sup>10</sup> während die deutsche Ausgabe ab 1900 das neue »reichsdeutsche« HGB von 1897 behandelt.<sup>11</sup>

In den Nachfolgestaaten der Doppelmonarchie werden das AHGB und das ungarische Handelsgesetz aber zumeist in ihrem alten Geltungsgebiet weiter angewendet, bis sie durch neue Kodifikationen in der Zwischenkriegszeit abgelöst werden, mitunter aber auch erst nach dem Zweiten Weltkrieg. Der Rechtsraum mag also wesentlich länger bestanden haben. Außerdem drängt sich die Frage auf, inwieweit ursprüngliche Rechtsgedanken und Lösungswege des ADHGB jeweils in die neuen Kodifikationen übernommen wurden und somit immer noch weiterleben.

In räumlich-zeitlicher Hinsicht wird daher zunächst der unmittelbare Geltungsbereich des ADHGB untersucht, in dem es Gesetzeskraft besaß.<sup>12</sup> Dies sind zum einen »Deutscher Bund, Norddeutscher Bund und Deutsches Reich« sowie zum anderen »Cisleithanien«, das heißt die österreichische Hälfte der Doppelmonarchie »Österreich-Ungarn (1867–1918)«. In »Transleithanien« hingegen trat mit dem ungarischen Handelsgesetz von 1875 eine formal selbständige Kodifikation in Kraft. Gleiches gilt für das Handelsgesetz von 1883 im Kondominium »Bosnien-Herzegowina (1878–1918)«. Eine Synopse am Ende dieses Bandes stellt deshalb die Vorschriften zu Kaufleuten und Handelsgeschäften im ADHGB und dem ungarischen Handelsgesetz einander gegenüber.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> HERMANN STAUB, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 3./4. Aufl., J. J. Heines Verlag, Berlin 1896, Vorrede, S. IV: »Neu ist die Berücksichtigung der österreichischen Rechtsprechung.« – In den beiden vorangegangenen Auflagen war dies demnach noch anders, vgl. 1. Aufl., 1893 bzw. 2. Aufl., 1894.

<sup>10</sup> HERMANN STAUB/OSKAR PISKO, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch – Ausgabe für Österreich, Bd. I–II, 1. Aufl., Manz, Wien 1904; 2. Aufl., 1908/10; 3. Aufl., 1935/38.

<sup>11</sup> HERMANN STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I–II, 6./7. Aufl., J. J. Heines Verlag, Berlin 1900. Die Voraufgabe hatte noch das ADHGB zum Gegenstand, vgl. 5. Aufl., aaO. 1897. – Zu Staubs Œuvre insgesamt JAN THIESSEN, »Ein ungeahnter Erfolg« – zur (Rezeptions-)Geschichte von *Hermann Staubs* Kommentaren, in: Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, Berlin 2006, S. 55 ff.

<sup>12</sup> Immer noch in Kraft sind die meisten Vorschriften der Art. 271–359 ADHGB im Fürstentum Liechtenstein, das als Mitglied des Deutschen Bundes mit Gesetz vom 16. September 1865 (LGBl. 1865 Nr. 10) ebenfalls das ADHGB eingeführt hat: Letzte Kundmachung vom 21. Oktober 1997 (LGBl. 1997 Nr. 193). – Vgl. hierzu PETER SCHIERSCHER, Erster Diskussionsbericht, in: Benedikt Marxer/Fritz Reichert-Facilides/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Gegenwartsfragen des liechtensteinischen Privat- und Wirtschaftsrechts, Tübingen 1998, S. 9, 12 f.; ELISABETH BERGER, Rezeption im liechtensteinischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des ABGB, 2. Aufl., Wien 2011, S. 65 f.

<sup>13</sup> Siehe unten S. 362 ff.

Sodann richtet sich der Blick auf das Fortleben dieser Kodifikationen in den Nachfolgestaaten der Donaumonarchie nach 1918: Dies sind die »Republik Österreich (1918–1938)«, das »Königreich Ungarn (1920–1946)«, die »Tschechoslowakische Republik (1918–1938)«, die »Republik Polen (1918–1939)«, das »Königreich Jugoslawien (1918–1941)« und das »Königreich Rumänien (1881–1947)«. Ferner wird der Einfluss des ADHGB auf die Entwicklung im »Königreich Italien (1861–1946)« und in der »Schweizerischen Eidgenossenschaft« analysiert.

In sachlicher Hinsicht stehen dabei jeweils folgende Fragen im Mittelpunkt: Wie wird der Anwendungsbereich des Handelsrechts gefasst? Gilt es bei einseitigen Handelsgeschäften auch für Nichtkaufleute? Wie gestaltet sich dabei das Verhältnis des Handelsrechts zum allgemeinen Zivilrecht? Hat das Handelsrecht bei Zersplitterung des Zivilrechts eine Klammerfunktion? Werden für Handelsgeschäfte geltende Regelungen in das allgemeine Zivilrecht übernommen? Besteht eine einheitliche Handelsgerichtsbarkeit? Gibt es Höchstgerichte, deren Entscheidungen über ihre Jurisdiktion hinaus auch in anderen Ländern aufgegriffen werden? Welche persönlichen Kontakte und Netzwerke bestehen einerseits zwischen Wissenschaft und Praxis sowie andererseits über Landesgrenzen hinweg? Welche Bedeutung hat das Kollisionsrecht und liegen, bei Möglichkeit einer Rechtswahl, insoweit rechtstatsächliche Erkenntnisse vor (insbesondere in der Tschechoslowakei, Polen, Jugoslawien und Rumänien)?

Insgesamt soll die Behandlung dieser Fragen Aufschluss darüber geben, inwieweit und wie lange im 20. Jahrhundert ein gemeinsamer Rechtsraum bestand. Hierdurch lassen sich möglicherweise auch Ursachen für den Erfolg und Funktionsbedingungen eines solchen Rechtsraums abstrakt bestimmen. Die vielleicht »erfolgreichste deutsche Kodifikation«<sup>14</sup> verspricht insoweit auch für die gegenwärtigen europäischen Projekte einer Rechtsvereinheitlichung wertvolle Erkenntnisse.

---

<sup>14</sup> So WERNER SCHUBERT (Hrsg.), Einleitung, S. XV zu Prot. ADHGB, Bd. 1.



# Entstehungsgeschichte der Art. 4–5, 10–11 und 271–277 ADHGB

*Stephan Wagner*

## I. Einleitung

Der bedeutendste gesetzgeberische Erfolg des Deutschen Bundes (1815–1866) ist das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) von 1861,<sup>1</sup> obwohl er nach seiner Verfassung insoweit keine eigene Gesetzgebungskompetenz besaß und auf die Mitwirkung seiner Bundesstaaten angewiesen war.<sup>2</sup> Denn die Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 und die Wiener Schlussakte vom 15. Mai 1820 geben den Bundesstaaten lediglich als Programmsatz auf, künftig »wegen des Handels und Verkehrs ... in Berathung zu treten« (Art. 19 DBA),<sup>3</sup> »um durch gemeinschaftliche Uebereinkunft zu möglichst gleichförmigen Verfügungen darüber zu gelangen« (Art. 65 WSA).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa FRANZ LAUFKE, *Der Deutsche Bund und die Zivilgesetzgebung*, in: Festschrift Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 1, 8 ff.; HEINRICH GETZ, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966, S. 136 ff., 146 ff.; HELMUT RUMPLER, *Das »Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch« als Element der Bundesreform im Vorfeld der Krise von 1866*, in: ders. (Hrsg.), *Deutscher Bund und deutsche Frage 1815–1866*, München 1990, S. 215 ff.; CLAUDIA SCHÖLER, *Deutsche Rechtseinheit – Partikulare und nationale Gesetzgebung 1780–1866*, Köln 2004, S. 299 ff.; JÜRGEN MÜLLER, *Deutscher Bund und deutsche Nation 1848–1866*, Göttingen 2005, S. 412 ff.; JOHANNES W. FLUME, *Law and Commerce: The Evolution of Codified Business Law in Europe*, (2014) 2 *Comparative Legal History* 45, 56 ff.; GERO FUCHS, *Die politische Bedeutung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs im 19. Jahrhundert*, *Bonner Rechtsjournal* 2013, 13 ff. – Zur Entstehungsgeschichte des ADHGB aus zeitgenössischer Sicht LEVIN GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Bd. I: *Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren*, 2. Aufl., Stuttgart 1875, §§ 13 ff., S. 84 ff.

<sup>2</sup> Zum Verhältnis von partikularer und nationaler Gesetzgebung nach zeitgenössischem Verständnis vgl. LAUFKE, *Festschrift Nottarp* (o. Fn. 1), S. 1, 2 ff.; SCHÖLER, *Deutsche Rechtseinheit* (o. Fn. 1), S. 141 ff., 169 ff.

<sup>3</sup> Art. 19 DBA »Die Bundesglieder behalten sich vor, bey der ersten Zusammenkunft der Bundesversammlung in Frankfurt wegen des Handels und Verkehrs zwischen den verschiedenen Bundesstaaten, so wie wegen der Schifffahrt, nach Anleitung der auf dem Congreß zu Wien angenommenen Grundsätze, in Berathung zu treten.«

<sup>4</sup> Art. 65 WSA »Die in den besondern Bestimmungen der Bundesacte, Artikel 16, 18, 19 zur Berathung der Bundesversammlung gestellten Gegenstände bleiben derselben, um durch gemeinschaftliche Uebereinkunft zu möglichst gleichförmigen Verfügungen darüber zu gelangen, zur fernern Bearbeitung vorbehalten.«

Trotz der immer lauter werdenden Forderungen nach einer Vereinheitlichung des Handelsrechts auf Bundesebene<sup>5</sup> kommt es im Vormärz aber im Wesentlichen nur zu partikularen Kodifikationsentwürfen, wie dem *Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg* (1839/40)<sup>6</sup> und dem *Entwurf einer Handels- und Wechsel-Ordnung für das Herzogthum Nassau* (1842)<sup>7</sup>.<sup>8</sup> Allein das Wechselrecht erfährt mit der – noch vor der Märzrevolution 1848 – von der Leipziger Wechselrechtskonferenz (1847) unter dem Dach des Deutschen Zollvereins entworfenen Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (1848)<sup>9</sup> eine einheitliche Regelung.<sup>10</sup>

Erst die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 sieht eine Gesetzgebungskompetenz des Reiches für das »Handels- und Wechselrecht« vor (§ 64).<sup>11</sup> Schon im Dezember 1848, also noch vor der Annahme der Verfassung durch die Nationalversammlung, nimmt eine durch das Reichsministerium der Justiz eingesetzte vierköpfige Kommission die Arbeiten an einem Handelsgesetzbuch auf. Vom *Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland* (1849),<sup>12</sup> dem sog. Frankfurter Entwurf, erscheint jedoch nur die Erste Abteilung.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Hierzu SCHÖLER, Deutsche Rechtseinheit (o. Fn. 1), S. 147 ff.

<sup>6</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, Theil I–II, Stuttgart 1839/40. – Vgl. hierzu H. F. OSIANDER, Der Entwurf zu einem neuen Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg, vom praktischen Gesichtspunkt beleuchtet, Tübingen 1844.

<sup>7</sup> Entwurf einer Handels- und Wechsel-Ordnung für das Herzogthum Nassau, Wiesbaden 1842.

<sup>8</sup> Hierzu PETER RAISCH, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Beihefte der ZHR, Heft 27, Stuttgart 1962, S. 71 ff. bzw. S. 86 f.; GABRIELE MAYER, Württembergs Beitrag zu den rechtsvereinheitlichenden Bemühungen des Deutschen Bundes auf dem Gebiete des Privatrechts 1815–1847, Heidelberg 1974, S. 95 ff. bzw. S. 105; CHRISTOPH BERGFELD, Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839, Ius Commune 7 (1978), 226 ff.

<sup>9</sup> RGBl. 1848, Nr. 6, S. 19.

<sup>10</sup> Zur Einführung der ADWO als Reichsgesetz durch die Frankfurter Nationalversammlung bzw. als Landesrecht ULRICH HUBER, Das Reichsgesetz über die Einführung einer allgemeinen Wechselordnung für Deutschland vom 26. November 1848, JZ 1978, 785 ff.; KURT v. PANNWITZ, Die Entstehung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung – Ein Beitrag zur Geschichte der Vereinheitlichung des deutschen Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1999, S. 165 f., 170 ff. bzw. 191 ff.

<sup>11</sup> § 64 »Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Erlassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen.«

<sup>12</sup> Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland – Von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Commission, Erste Abtheilung, J. D. Sauerländer's Verlag, Frankfurt am Main 1849. Neue Edition durch THEODOR BAUMS (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/49) – Text und Materialien, Beihefte der ZHR, Heft 54, Heidelberg 1982. – Vgl. hierzu CARL HEINRICH LUDWIG BRINCKMANN, Würdigung des Entwurfes eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland, welchen die durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzte Kommission veröffentlicht hat, AcP 32 (1849), 356–400; AcP 33 (1850), 67–100; AcP 34 (1851), 151–173.

Nach dem Scheitern der Revolution von 1848/49 und der Wiederherstellung des Deutschen Bundes versucht Württemberg 1854 wieder den Zollverein für eine gemeinsame Handelsgesetzgebung zu aktivieren.<sup>14</sup> Schließlich ergreift Bayern die Initiative und stellt am 21. Februar 1856 in der Bundesversammlung den Antrag, nach dem Vorbild der ADWO »eine Commission zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Bundesstaaten« einzusetzen, allerdings eben nicht durch den Zollverein, sondern durch den Deutschen Bund, wenngleich eingeräumt wird, dass weiterhin »natürlich stets der Zollverein« die Grundlage für die gemeinsame Entwicklung von Handel und Industrie bilde.<sup>15</sup>

Vor dem Hintergrund der orientalischen Krise und des Krimkriegs (1853–1856) wird die Notwendigkeit einer Reform des Deutschen Bundes vor allem für die Mittelstaaten virulent.<sup>16</sup> Auch die am 15. September 1855 bei der Eröffnung des Bayerischen Landtags gehaltene Thronrede von König Maximilian II. nimmt hierauf Bezug, indem sie voranstellt, »daß die Segnungen des Friedens unserm Vaterlande erhalten worden sind, und daß in Mitten großer Kämpfe der deutsche Bund seine Eintracht bewahrt hat«.<sup>17</sup> Während die Erste Kammer der Reichsräte es in ihrer Antwortadresse bei der Hoffnung und dem Wunsch belässt, dass »jene Eintracht bewahrt und befestigt werden« möge,<sup>18</sup> entzündet sich in der Zweiten Kammer der Abgeordneten eine lebhafte Diskussion an der Frage, wie konkret die Ziele einer Bundesreform in ihrer Adresse benannt werden sollen.<sup>19</sup> Am Ende entscheidet sich die Zweite Kammer zwar dagegen,

<sup>13</sup> RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechts (o. Fn. 8), S. 87 ff.; THEODOR BAUMS, Einführung – Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/49), in: ders., Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts, Tübingen 2012, S. 33, 57 ff., 65 ff.

<sup>14</sup> Verhandlungen der Zehnten Generalkonferenz in Zollvereins-Angelegenheiten (1854), § 54, S. 153 ff. – Hierzu RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechts (o. Fn. 8), S. 99 f.; DIETMAR MAYER, Württembergs Beitrag zu den rechtsvereinheitlichenden Bemühungen des Deutschen Bundes auf dem Gebiete des Privatrechts 1848–1866, Heidelberg 1974, S. 41 f.

<sup>15</sup> Prot. DBV (1856), § 71, S. 228. – Zur Vorgeschichte des bayerischen Antrags SIEGMUND MEIBOOM, Studien zur deutschen Politik Bayerns in den Jahren 1851–59, München 1931, S. 96 ff.; WALTHER PETER FUCHS, Die deutschen Mittelstaaten und die Bundesreform 1853–1860, Berlin 1934, S. 82 ff.; LAUFKE, Festschrift Nottarp (o. Fn. 1), S. 1, 42 f.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu FUCHS, Die deutschen Mittelstaaten und die Bundesreform (o. Fn. 15), S. 70 ff.; RUMPLER, Das ADHGB als Element der Bundesreform (o. Fn. 1), S. 215, 219, 223; J. MÜLLER, Deutscher Bund (o. Fn. 1), S. 163 ff.

<sup>17</sup> MAXIMILIAN II., Thronrede Seiner Majestät des Königs bei der Eröffnung des Landtages am 15. September 1855, S. 3. Ferner in: Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1855/56, Amtliche Protokolle, S. 9.

<sup>18</sup> Verhandlungen der Kammer der Reichsräte des Königreichs Bayern vom Jahre 1855/56, Bd. 1, S. 7 und S. 19–28, 20, 23 f.; Beilagen, Bd. 1, S. 5–8, 6.

<sup>19</sup> Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1855/56, Amtliche Protokolle, S. 13 und S. 14 f.; Stenographische Berichte, Bd. 1, S. 9 und S. 12–25. In Auszügen ferner bei JÜRGEN MÜLLER (Bearb.), Quellen zur Geschichte des Deutschen Bundes, Abt. III, Bd. 2: Der Deutsche Bund zwischen Reaktion und Reform 1851–1858, München 1998, Nr. 73, S. 322 ff.

insoweit pointierte Forderungen nach einem Bundesgericht und einer Volksvertretung auf Bundesebene aufzustellen, und nimmt stattdessen die vom zuständigen Ausschuss vorgeschlagene Fassung an, die aber nur im Ton und weniger in der Sache hinter diesen Forderungen zurückbleibt:

»Deutschlands Eintracht und Stärke aber, die gedeihliche Entwicklung des Bundes kann nur dadurch für alle Zukunft gesichert werden, daß die schon lange sehnlichst erwartete und feierlichst verheißene Ausbildung der Bundesverfassung den Völkern Deutschlands die unschätzbare Wohlthat eines gesicherten Rechtszustandes gewährleiste, ihrer Stimme auch am Bunde, wo ihre wichtigsten Angelegenheiten berathen werden, Gehör verschaffe und Beachtung finde.«<sup>20</sup>

Im Zuge dessen beauftragt der Bayerische Ministerpräsident von der Pfordten am 10. November 1855 den bayerischen Bundestagsgesandten damit,<sup>21</sup> bei den anderen Bundestagsgesandten vorzufühlen, ob und inwieweit jeweils die Bereitschaft besteht, an einer Vereinheitlichung auf Bundesebene mitzuwirken zumindest bezüglich der Politikfelder des Heimatrechts, der Auswanderung, des Handels- und Patentrechts, des Münz-, Maß- und Gewichtssystems sowie der Rechtshilfe. Als Vorbild einer »allgemeinen deutschen Handelsgesetzgebung« wird dabei bereits ausdrücklich die ADWO bezeichnet.<sup>22</sup>

Nach einigem diplomatischen Geplänkel zwischen München, Berlin und Wien stellt Bayern dann am 21. Februar 1856 in der Bundesversammlung neben den beiden Anträgen »über Ansässigmachung und Heimathsverhältnisse« (§ 69) bzw. »über Auswanderung« (§ 70) den bereits erwähnten Antrag »über Handelsgesetzgebung« (§ 71).<sup>23</sup> Dieser wird (nach seiner Behandlung im handelspolitischen Ausschuss)<sup>24</sup> bereits am 17. April 1856 von der Bundesversammlung angenommen,<sup>25</sup> allerdings noch nicht von Preußen, das erst am 29. Mai 1856

<sup>20</sup> Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1855/56, Amtliche Protokolle, S. 15; Stenographische Berichte, Bd. 1, S. 24 (linke Sp.) und S. 25 (rechte Sp.).

<sup>21</sup> Der Zusammenhang zwischen der Adresse der Zweiten Kammer und der Initiative der Staatsregierung auf Bundesebene zeigt sich etwa auch in der Sitzung vom 22. Nov. 1855, als von der Pfordten auf eine Nachfrage des Abgeordneten Müller erklärt: »Was sodann in größerer Ausdehnung die Handels- und Industrieverhältnisse Deutschlands angeht, so hat die bayerische Regierung die Frage angeregt, ob man nicht in Bezug auf die Handelsgesetzgebung und manches, was damit in Zusammenhang steht, durch Bundesthätigkeit zu gemeinschaftlichen Resultaten gelangen könnte. Wenn ich auch heute nicht im Stande bin, näher darauf einzugehen, so kann ich doch aussprechen, daß die Idee an und für sich bei den deutschen Bundesstaaten freundliche Aufnahme gefunden hat.« – Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1855/56, Stenographische Berichte, Bd. 1, S. 262 f.

<sup>22</sup> J. MÜLLER (Bearb.), Quellen zur Geschichte des Deutschen Bundes, Abt. III, Bd. 2 (o. Fn. 19), Nr. 86, S. 382 ff., 384. Vgl. hierzu J. MÜLLER, Deutscher Bund (o. Fn. 1), S. 211 f., 214 f., 412 f.

<sup>23</sup> Prot. DBV (1856), § 69, S. 226; § 70, S. 227; § 71, S. 228.

<sup>24</sup> Prot. DBV (1856), § 116, S. 282 f.

<sup>25</sup> Prot. DBV (1856), § 141, S. 319.

grundsätzlich zustimmt.<sup>26</sup> Der preußische Bundestagsgesandte Otto v. Bismarck ist dabei bestrebt, einen politischen Erfolg des Deutschen Bundes, der in seinen Augen kaum mehr zu verhindern ist, so weit wie möglich zu minimieren und Zeit zu gewinnen.<sup>27</sup> Denn die Arbeiten an dem *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten* sind erst im Herbst 1856 soweit gediehen, dass dessen erste Druckfassung einer Beratung durch eine Berliner Sachverständigenkommission unterzogen werden kann.<sup>28</sup> Die preußische Regierung betont in ihrer Stellungnahme zudem die gegenwärtige zivilrechtliche Dreiteilung Preußens,<sup>29</sup> die mit wenigen Ausnahmen geradezu »paradigmatisch für den Rechtszustand in den übrigen Staaten des deutschen Bundes« gelten könne.<sup>30</sup> Ziel Preußens ist es folglich, seinen eigenen Entwurf zur Grundlage der Kodifikationsarbeiten zu machen und nicht etwa den Code de commerce, wie dies

<sup>26</sup> Prot. DBV (1856), § 171, S. 432.

<sup>27</sup> ENNO E. KRAEHE, Practical Politics in the German Confederation – Bismarck and the Commercial Code, *Journal of Modern History* 25 (1953), 13, 15 ff.; LAUFKE, Festschrift Nottarp (o. Fn. 1), S. 1, 30 ff., 49 f.; CHRISTOPH BERGFELD, Preußen und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, *Ius Commune* 14 (1987), 101, 102 f., 108 ff.; RUMPLER, Das ADHGB als Element der Bundesreform (o. Fn. 1), S. 215, 224 f.; J. MÜLLER, Deutscher Bund (o. Fn. 1), S. 413. – Die ältere, seit 1866 kleindeutsch-borussisch geprägte Forschung neigt auch in dieser Frage zu einer Apologie Bismarcks, vgl. ARNOLD OSKAR MEYER, Bismarcks Kampf mit Österreich am Bundestag zu Frankfurt 1851 bis 1859, Berlin 1927, S. 311 ff., 419 ff.; MEIBOOM, Studien zur deutschen Politik Bayerns (o. Fn. 15), S. 99 ff. – Anders schon HEINRICH RITTER v. SRBIK, Deutsche Einheit – Idee und Wirklichkeit vom Heiligen Reich bis Königgrätz, Bd. II, 1. Aufl., München 1935, S. 197 f.

<sup>28</sup> WERNER SCHUBERT (Hrsg.), Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und Protokolle über die Berathungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen, Berlin 1856 (Nachdruck, Frankfurt a.M. 1986). – Vgl. hierzu LEVIN GOLDSCHMIDT, Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft* 4 (1857), 105–192: Die Fortsetzung dieses Beitrags, aaO., 289–363, hat bereits den Preußischen Entwurf von 1857 (s.u. Fn. 37) zum Gegenstand und analysiert dessen Regelungen zur Offenen Handelsgesellschaft (Art. 91–143) und zur Stillen Handelsgesellschaft (Art. 144–177). Die beiden Entwürfe unterscheiden sich rein äußerlich schon durch die Zählweise der Vorschriften: Der Entwurf von 1856 verwendet Paragraphen (§§ 1–1126), der Entwurf von 1857 hingegen Artikel (Art. 1–1063).

<sup>29</sup> Prot. DBV (1856), § 171, S. 432, 433: »Die Königliche Regierung ist ihrerseits schon seit längerer Zeit, und in Folge der ihr durch die Verhandlungen der Zollconferenzen gewordenen Anregung damit beschäftigt, auf der Basis der drei verschiedenen, in den Königlichen Staaten bestehenden civilrechtlichen Systeme den Entwurf eines Handelsgesetzbuches auszuarbeiten, welcher im Laufe der nächsten Monate voraussichtlich zur vollständigen Zusammenstellung gediehen seyn wird. Es ist ihre Absicht, diesen Entwurf alsdann, in gleicher Art, wie es bei der Wechselordnung geschehen, der Begutachtung durch Gerichte und Handelsvorstände und demnächst einer mündlichen Berathung mit praktischen Juristen und kaufmännischen Sachverständigen zu unterwerfen.«

<sup>30</sup> So RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechts (o. Fn. 8), S. 102. Ähnlich ANDREAS M. FLECKNER, Art. »Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch«, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, Tübingen 2009, S. 45, 48 (rechte Sp.).

im Vorfeld von Bayern<sup>31</sup> und vor allem am 5. Juni 1856 noch einmal von Baden in der Bundesversammlung vorgeschlagen wird.<sup>32</sup>

Der Antrag Preußens vom 13. November 1856, außerdem nicht – wie von Bayern und Österreich vorgesehen – Frankfurt (den Sitz der Bundesversammlung) zum Tagungsort der Kommission zu machen, sondern stattdessen Bamberg oder Nürnberg,<sup>33</sup> stellt sich daher nicht etwa als Entgegenkommen gegenüber Bayern dar, sondern als Versuch, die Bundesversammlung in dieser Frage zu spalten.<sup>34</sup> Diese entscheidet sich am 18. Dezember 1856 zwar mehrheitlich für Nürnberg, allerdings gegen die Stimmen von Österreich, Sachsen, Württemberg, Hessen-Darmstadt und Nassau. Auch die Freien Städte sind gegen Nürnberg als Tagungsort, wenngleich ihre Kuriatstimme uneinheitlich ausfällt, da Bremen, Lübeck und Frankfurt sich für Frankfurt aussprechen, während

---

<sup>31</sup> Vgl. den Bericht des bayerischen Bundestagsgesandten Schrenk an den König vom 31. Jan. 1856, BayHStA, MA 24605, Stück 48, fol. 120, 121v–122r: »Ich habe ferner in den Entwurf auch die [...] Frage, ob es nicht anrathlich wäre, dem zu verfassenden Entwurf den *Code de commerce*, der bereits am linken Rheinufer und auch im Großherzogthum Baden in Geltung ist, zu Grunde zu legen? aufgenommen, und es haben sich hiemit mehrere Gesandte einverstanden erklärt. Von anderen Seiten, namentlich von dem Oesterreichischen und dem Preussischen Gesandten ist dagegen bemerkt worden, daß es ihnen angemessener scheine, von einer derartigen Anempfehlung eines fremden Gesetzbuches in dem Antrage selbst abzusehen, wodurch ja nicht ausgeschlossen wäre, von Seite der committirenden Regierungen die Fachmänner hiezu zu instruiren, oder vielleicht auch diese Frage dereinst in dem niederzusetzenden Ausschusse noch in nähere Erwägung zu ziehen. Dieser Auffassung würde auch ich mich unmaßgeblichst anschließen und hienach die Hinweglassung der betreffenden, in der Anlage inclarirten Stellen des Entwurfes begutachten.« – Vgl. ferner die betreffende Passage aus dem Antragsentwurf, Anlage 3, aaO., fol. 127r, v: »An Vorarbeiten hiezu fehlt es nicht, und es wäre vielleicht wohl rathlich, der Kommission zu empfehlen, ihrer Arbeit den *Code de commerce* zu Grund zu legen, welcher in den deutschen Ländern auf dem linken, und theilweise auch auf dem rechten Rheinufer schon gilt, und denselben mit Berücksichtigung der deutschen Zustände und Verhältnisse zu überarbeiten. Denn, wenn auch das Recht einen Theil der Nationalität der Völker bildet, so hat dasselbe doch auch cosmopolitische Seiten und es treten diese im Handelsrechte am entschiedensten hervor. Die Einrichtungen und Bedürfnisse des Handels sind namentlich heut zu Tage bei allen civilisirten Völkern dieselben, und werden sich um so mehr ausgleichen, je mehr sich die Verkehrsmittel vervollkommen. Hier kann also in dem möglichsten Anschluße an dasjenige Handelsrecht, welches in ganz Frankreich und einem Theile von Deutschland bereits gilt, und auch die Basis der Belgischen und Niederländischen Gesetzgebung bildet, weder ein Verkennen der Nationalität des Rechts im allgemeinen, noch eine Gefahr liegen.«

<sup>32</sup> Prot. DBV (1856), § 181, S. 451, 452: »Die Sache selbst anlangend, hält die Großherzogliche Regierung, wie bereits von Bayern hervorgehoben worden, den *Code de commerce* für die geeignetste Grundlage für ein allgemeines Handelsgesetzbuch, da derselbe ein geschlossenes Ganze bildet, bereits auf einem sehr weiten Gebiete – und auch in mehreren deutschen Staaten – Geltung hat, und möglichste Uebereinstimmung der Gesetzgebung im Handelsrechte als ganz besonders wünschenswerth erscheint.«

<sup>33</sup> Prot. DBV (1856), § 299, S. 719, 720.

<sup>34</sup> SCHÖLER, *Deutsche Rechtseinheit* (o. Fn. 1), S. 304.

Hamburg gerne selbst die Konferenz ausrichten würde.<sup>35</sup> Bayern beißt also bewusst in diesen vergifteten Apfel, den Bismarck ihm reicht.

Gleichwohl gelingt es der bayerischen Verhandlungsführung in den konstituierenden Sitzungen der Nürnberger Kommission Mitte Januar 1857, die beiden Hauptkontrahenten Preußen und Österreich an einen Tisch zu bekommen: Bayern stellt mit dem Staatsminister der Justiz Friedrich v. Ringelmann den Präsidenten der Kommission und zudem mit Johann Lutz den Protokollführer.<sup>36</sup> Da der Bayerische Justizminister aber in aller Regel an den Verhandlungen nicht teilnehmen kann, fällt die eigentliche Leitung dem zweiten Präsidenten zu, dem Österreicher Franz Ritter v. Raule. Dafür wird der eben erst fertig gestellte *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten (1857)*<sup>37</sup> zur Grundlage der Beratungen gemacht und die Position des Referenten ebenfalls mit einem preußischen Kommissionsmitglied besetzt, dem Vortragenden Rat im Preußischen Justizministerium und Verantwortlichen für den Preußischen Entwurf Friedrich Wilhelm August Bischoff.<sup>38</sup> Die beiden von Wien vorgelegten *Entwürfe eines österreichischen Handelsrechtes*, der sog. Ministerielle bzw. »gedruckte« Entwurf (1855)<sup>39</sup> und der auf seiner Grundlage erarbeitete sog. Revidierte bzw. »lithographierte« Entwurf (1857)<sup>40</sup>, sollen nach dem Vorschlag des Bayerischen Justizministers wegen ihres geringeren Regelungsumfangs nur subsidiäre Berücksichtigung finden,<sup>41</sup> was von der Kommission einstimmig angenommen wird:

»[...] und es einigte sich sofort die Versammlung zu dem einstimmigen Beschlusse, den Konferenzen den letzterwähnten Entwurf [der k. preußischen Regierung] als Grundlage zu geben, dabei aber dem Entwürfe der k. k. österreichischen Regierung, wenn auch nicht über jeden seiner Artikel abzustimmen wäre, gleichwohl fortwährend volle Beachtung zuzuwenden.«<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Prot. DBV (1856), § 352, S. 789 ff., 791.

<sup>36</sup> Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 1, 2 f. (1. Vorbereitende Sitzung v. 15. Jan. 1857).

<sup>37</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten – Nebst Motiven, Theil I–II, Verlag der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei, Berlin 1857. – Vgl. hierzu RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechtes (o. Fn. 8), S. 99 ff.; CHRISTOPH BERGFELD, Handelsrecht Deutschland, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/3, München 1986, S. 2853, 2880–2893.

<sup>38</sup> Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 5, 5 f. (2. Vorbereitende Sitzung v. 17. Jan. 1857).

<sup>39</sup> Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes – Ministerieller Entwurf, Prot. ADHGB, Beilagen, S. I–XL (§§ 1–212 in zehn Hauptstücken).

<sup>40</sup> Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes – Revidierter Entwurf, Prot. ADHGB, Beilagen, S. I–XLIV (§§ 1–218 in elf Hauptstücken).

<sup>41</sup> Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 5, 6: »[...] daß der von der k. preußischen Regierung eingebrachte Entwurf mehr Materien umfasse, als der Entwurf der k. k. österreichischen Regierung, und daß es bei legislativen Berathungen erfahrungsgemäß weit leichter sei, aus einem größeren Materiale etwa Entbehrliches auszuschneiden, als zu einer minder umfangreichen Grundlage Alles was in einer Versammlung für wesentlich befunden werden konnte, hinzuzufügen.«

<sup>42</sup> Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 5, 6.

Insgesamt trägt dieses Ergebnis die Züge eines politischen Kompromisses. Einerseits wird zwar der Preußische Entwurf zur Arbeitsgrundlage des von Preußen gestellten Referenten gemacht: Eine Entscheidung, zu der es aber wohl auch kaum eine wirkliche Alternative gibt außer vielleicht den Code de commerce selbst.<sup>43</sup> Andererseits liegt angesichts der fast ständigen Abwesenheit des Bayerischen Justizministers der Vorsitz der Kommission – und damit die ausschlaggebende Stimme in Pattsituationen (*voctum decisivum*)<sup>44</sup> – faktisch doch bei Österreich:<sup>45</sup> Von den in der vorliegenden Arbeit berücksichtigten Sitzungen fungiert, von wenigen Ausnahmen abgesehen,<sup>46</sup> der Österreicher v. Raule als Kommissionspräsident.<sup>47</sup> Das Ziel Bismarcks, mit der Wahl Nürnbergs eine ähnliche Situation wie bei der Leipziger Wechselrechtskonferenz herzustellen und einen österreichischen Vorsitz zu verhindern,<sup>48</sup> wird insoweit also gerade nicht erreicht.

Die meisten Staaten entscheiden sich dafür, Praktiker aus Justiz und Verwaltung oder der Wirtschaft in die Kommission zu entsenden, wie etwa Heinrich Gerhard Heineken,<sup>49</sup> den Senator und Direktor des Handelsgerichts in Bremen, oder Georg Karl Seuffert,<sup>50</sup> den Direktor des Kreis- und Stadtgerichts

<sup>43</sup> Ähnlich BERGFELD, *Ius Commune* 14 (1987), 101, 103, 107 f.

<sup>44</sup> Vgl. Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 9, 10 (1. Sitzung v. 21. Jan. 1857).

<sup>45</sup> So schon KRAEHE, *Journal of Modern History* 25 (1953), 13, 19.

<sup>46</sup> In der *Ersten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 1 und 5 (1. und 2. Vorbereitende Sitzung v. 15. bzw. 17. Jan. 1857). – In der *Zweiten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 3, S. 878 (99. Sitzung v. 19. Sept. 1857); S. 883 (100. Sitzung v. 21. Sept. 1857). – In der *Dritten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 9, S. 4493 (548. Sitzung v. 19. Nov. 1860); S. 5149 (589. Sitzung v. 12. März 1861).

<sup>47</sup> In der *Ersten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 1, S. 9 (1. Sitzung v. 21. Jan. 1857); Bd. 2, S. 405 (46. Sitzung v. 16. April 1857); S. 495 (56. Sitzung v. 30. April 1857); S. 508 (57. Sitzung v. 1. Mai 1857); S. 521 (59. Sitzung v. 4. Mai 1857); S. 532 (60. Sitzung v. 5. Mai 1857); S. 543 (61. Sitzung v. 7. Mai 1857). – In der *Zweiten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 3, S. 921 (105. Sitzung v. 30. Sept. 1857); S. 1161 (140. Sitzung v. 2. Dez. 1857); S. 1254 (152. Sitzung v. 20. Jan. 1858); S. 1275 (153. Sitzung v. 22. Jan. 1858); S. 1283 (154. Sitzung v. 23. Jan. 1858); S. 1292 (155. Sitzung v. 25. Jan. 1858); S. 1299 (156. Sitzung v. 27. Jan. 1858); S. 1418 (170. Sitzung v. 20. Feb. 1858); S. 1425 (171. Sitzung v. 22. Feb. 1858). – In der *Dritten Lesung* vgl. Prot. ADHGB, Bd. 9, S. 4507 (549. Sitzung v. 20. Nov. 1860); S. 4560 (556. Sitzung v. 3. Dez. 1860); S. 4629 (563. Sitzung v. 18. Dez. 1861); S. 5048 (580. Sitzung v. 31. Jan. 1861); S. 5064 (581. Sitzung v. 4. Feb. 1861); S. 5105 (584. Sitzung v. 9. Feb. 1861); S. 5124 (585. Sitzung v. 11. Feb. 1861); S. 5135 (586. Sitzung v. 15. Feb. 1861); S. 5144 (587. Sitzung v. 27. Feb. 1861); S. 5148 (588. Sitzung v. 11. März 1861).

<sup>48</sup> Prot. ADWO, S. 1, 3 f. (1. Sitzung v. 20. Okt. 1847). Vgl. hierzu v. PANNWITZ, *Die Entstehung der ADWO* (o. Fn. 10), S. 134 ff., 137.

<sup>49</sup> Zu Heinrich Gerhard Heineken (1801–1874) vgl. ALBERT SCHNELLE, *Bremen und die Entstehung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (1856–1864)*, Bremen 1992, S. 25 f., 32.

<sup>50</sup> Zu Georg Karl [v.] Seuffert (1800–1870) vgl. den Nekrolog (1871), Beilage zu: *Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Strafrechtes und Strafprozesses*, Bd. 1 (1872).

dann Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg, der Bayern in Abwesenheit des Justizministers vertritt und wöchentlich umfassende Berichte nach München erstattet.<sup>51</sup> Lediglich Hannover, Württemberg und die in der Kurie des Art. 4 Nr. 12 DBA aufgeführten thüringischen Kleinstaaten greifen insoweit auf prominente Vertreter aus der Wissenschaft an ihren Landesuniversitäten zurück, nämlich auf Heinrich Thöl (Göttingen), Karl v. Gerber (Tübingen) und Friedrich v. Hahn (Jena), von denen vor allem Thöl und v. Hahn als besondere Experten des Handelsrechts ausgewiesen sind.<sup>52</sup>

Obwohl der Code de commerce also nicht zur Arbeitsgrundlage der Kommission gemacht wird, spiegelt sich die besondere Bedeutung, die das französische Handelsrecht trotzdem immer noch hat, auch im wissenschaftlichen Handapparat der Nürnberger Kommission wider, für den folgende Titel aus der Hofbibliothek und der Bibliothek des Justizministeriums in München vorgesehen werden:

»I. *Aus der Hofbibliothek*: 1.) *Martens*, Grundriß des Handelsrechts 1820, 1 Bändchen. – 2.) *Marstadt*, Commentar des Handelsrechts von Deutschland und Frankreich, auf der Basis des Grundrißes von *Martens* 1849, Thl. 1. – 3.) *Poehl*, Deutsches und Hamburgisches Handelsrecht Bd. 1–8, 1828–34. – 4.) *Thoels*, Handelsrecht 1847, 2 Bände. – 5.) *Bender*, Handelsrecht 1824, 2 Bände. – 6.) *Sonnleithner*, Lehrbuch des österreichischen Handels- und Wechselrechts 1832, 1 Bd. – 7.) *Broicher C. A.* und *Grimm*, Handelsgesetzbuch der preußischen Rheinprovinzen 1835, 1 Bd. – 8.) *Thilo*, Französisches Civilgesetzbuch und Handelsrecht 1838, Bd. 1–3. – 9.) *Borchardt*, Das brasilianische Handelsrecht etc. 1856, 1 Heft. – 10.) *Hoechster et Sacré*, *Manuel de droit commercial* 1855, 1 Bd. – 11.) *Entwurf* eines Handelsgesetzbuches für Württemberg 1839 u. 1840, 2 Bde. – 12.) *Schiebe*, Lehrbuch des Handelsrechtes nach *Pardessus*, *Cours de droit commercial* bearbeitet 1838, 1 Bd. – 13.) *Brinckmann Dr. C. H. L.*, Lehrbuch des Handelsrechts Heidelberg 1853, 1<sup>o</sup> Abth. u. 2<sup>o</sup> Abth. Heft 1.

II. *Aus der Bibliothek des Justizministeriums*: 14.) *Entwurf* eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland 1849, 1 Heft. – 15.) *Saint-Joseph*, *Concordance entre les codes de commerce et le code de commerce français* 1844, 1 Bd. – 16.) *Schuhmacher*, Handelsgesetzbuch für das Königreich der Niederlande 1827, 1 Bd. – 17.) *Fischer*, Preußens kaufmännisches Recht 1856, 1 Bd. – 18.) *Gelpke*, Zeitschrift für Handelsrecht 1852, 3 Hefte. – 19.) *Graeff*, Archiv für preußisches Handels- und Wechselrecht 1844 1848, Bd. I, II Heft 1.«<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Diese Berichte befinden sich in München, BayHStA, MJu 17049 ff.

<sup>52</sup> Vgl. die späteren Kommentare zum ADHGB von HEINRICH THÖL, Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch dargestellt, Bd. I, 4. Aufl., Göttingen 1862; FRIEDRICH V. HAHN, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I–II, 1. Aufl., Braunschweig 1863/67; 2. Aufl., 1871/75; 3. Aufl., 1877 ff.; 4. Aufl., 1894 ff.

<sup>53</sup> BayHStA, MJu 17041, J.M. N<sup>o</sup> 4087. – Die beiden unter Nr. 17 und 18 aufgeführten Werke sind jedoch nicht in Nürnberg angekommen, vgl. den Vermerk Seufferts v. 12. Jan. 1857, ebd. sowie den Bericht Steinbrüchels v. 27. Feb. 1861, aaO., MJu 17044, J.M. N<sup>o</sup> 5555.

Dies darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass die Kommissionsberatungen auf dem Preußischen Entwurf von 1857 aufbauen, dessen System und Anwendungsbereich daher im Folgenden näher analysiert werden sollen.

## II. Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten (1857)

Die Verfasser des Preußischen Entwurfs von 1857 sind sich sehr wohl bewusst, dass die anstehende Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung sich nicht allein auf Preußen beziehen wird, sondern auf »ganz Deutschland«. <sup>54</sup> Mit Blick auf die Zersplitterung der Zivilrechtsordnung sei es deshalb so oder so notwendig, Materien aus dem allgemeinen Zivilrecht in das Handelsrecht aufzunehmen und nach dessen Bedürfnissen zu vereinheitlichen, um den Anforderungen des Verkehrs gerecht zu werden:

»Der gegenwärtige Entwurf hat daher seine Aufgabe in einem weitem Umfange aufgefaßt. Zwar bieten sich hierbei in anderer Beziehung mannigfache Schwierigkeiten dar, welche hauptsächlich aus der Verschiedenheit der in den einzelnen Territorien bestehenden Civilgesetzgebungen entstehen, an die sich die Handelsgesetzgebung anlehnen muß. Indessen sind diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich. Nur ist es aus diesem Grunde nothwendig gewesen, manche Sätze des Civilrechts in den Bereich des Entwurfs zu ziehen und nach dem Bedürfniß einer allgemeinen Handelsgesetzgebung zu ändern. Einzelne Besonderheiten werden in dem Einführungsgesetze die erforderliche Berücksichtigung finden.« <sup>55</sup>

Sedes materiae dieser zivilrechtlichen Bestimmungen sind dabei vor allem die ersten beiden Titel im Dritten Buch des Preußischen Entwurfs »Von den Handelsgeschäften«. <sup>56</sup> Der Erste Titel »Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen« (Art. 211–253) definiert vorweg in einem kurzen Ersten Abschnitt

<sup>54</sup> Preußischer Entwurf, Theil I (1857), Vorbemerkungen, S. IV f.: »Die Nothwendigkeit einer einheitlichen Gesetzgebung ist in der Natur und dem Bedürfniß des Handelsverkehrs begründet; die allgemeinen Bedingungen einer solchen Gesetzgebung sind bei der in den verschiedenen Landestheilen rücksichtlich der Handelsangelegenheiten bestehenden wesentlichen Uebereinstimmung in den Gebräuchen und Anschauungen vollständig vorhanden, und es hat sich der Wunsch nach einer Rechtseinheit in Handelssachen nicht nur für die Preußischen Staaten, sondern für ganz Deutschland bereits von kompetenten Seiten kund gegeben.«

<sup>55</sup> Preußischer Entwurf, Theil I (1857), Vorbemerkungen, S. V.

<sup>56</sup> Vgl. Preußischer Entwurf, Theil I (1857), Vorbemerkungen, S. VIII: »Bei Aufstellung der Vorschriften über die Handelsgeschäfte waren zwei Haupt-Gesichtspunkte ins Auge zu fassen: die Auffindung und Festsetzung der dem besonderen Gebiete des Handelsrechts anheimfallenden eigenthümlichen Bestimmungen gegenüber den allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, und die Bedachtnahme auf Herstellung einer Uebereinstimmung der in den verschiedenen Landestheilen bestehenden verschiedenen Rechtssysteme, wenigstens in Ansehung der auf die Handelsgeschäfte bezüglichen wesentlichen Grundsätze.«

den »Begriff der Handelsgeschäfte« (Art. 211–213), ehe er sich in den folgenden Abschnitten eigentlich zivilrechtlichen Regelungsgehalten widmet: Im Zweiten Abschnitt werden zunächst »Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte« (Art. 214–235) gleichsam vor die Klammer gezogen, um dann im Dritten bis Fünften Abschnitt die »Abschließung der Verträge in Handelsgeschäften« (Art. 236–240), die »Erfüllung der Verträge in Handelsgeschäften« (Art. 241–249) und die »Aufhebung der Verträge in Handelsgeschäften wegen Nichterfüllung« (Art. 250–253) zu behandeln.<sup>57</sup> Von überragender Bedeutung für den Warenverkehr ist zudem die Aufstellung bestimmter einheitlicher Regelungen zum Kaufrecht, ohne es dabei im Zweiten Titel »Vom Kauf« (Art. 254–276) abschließend zu regeln. Dies wird zum einen mit den charakteristischen Anforderungen des Handels begründet, zum anderen aber auch ausdrücklich mit der Notwendigkeit einer Rechtsvereinheitlichung angesichts divergierender Zivilrechtsordnungen:

»Der Handelskauf ist im Wesentlichen den allgemeinen Regeln des Civilrechts über den Kaufvertrag unterworfen und wird deshalb in manchen Handelsgesetzbüchern gänzlich übergangen. Der gegenwärtige Titel des Entwurfs giebt ebenfalls keine erschöpfenden Vorschriften über den Handelskauf, sondern trifft nur über einige Arten desselben und über einzelne Fragen Festsetzungen, rücksichtlich deren durch die Eigenthümlichkeit der Verhältnisse des Handels Besonderheiten hervorgerufen werden, oder eine allgemeine Norm, der Verschiedenheit der bürgerlichen Gesetze gegenüber, als wünschenswerth und möglich erachtet werden mußte.«<sup>58</sup>

Im Anschluss folgen hierauf wiederum genuin handelsrechtliche Vertragstypen im Dritten Titel »Von dem kaufmännischen Kommissionsgeschäft« (Art. 277–295), im Vierten Titel »Von dem Speditionsgeschäft« (Art. 296–305), im Fünften Titel »Von dem Frachtgeschäft« (Art. 306–326) sowie im Sechsten und Siebenten Titel »Von der Versicherung« (Art. 327–349) bzw. »Von einzelnen Arten der Versicherung« (Art. 350–384).<sup>59</sup>

Der Anwendungsbereich des Preußischen Entwurfs ist mit Blick auf diese Vorschriften daher in dreifacher Hinsicht abzugrenzen: Zum Ersten bezüglich der Adressaten, deren Aktivitäten dem Handelsrecht unterliegen sollen, zum Zweiten bezüglich der entsprechenden Geschäfte und zum Dritten bezüglich der Gegenstände, die in die Zuständigkeit der Handelsgerichtsbarkeit fallen sollen.

---

<sup>57</sup> Vgl. hierzu Preußischer Entwurf, Theil I (1857), Vorbemerkungen, S. VIII f.

<sup>58</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zum Zweiten Titel, S. 133.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu Preußischer Entwurf, Theil I (1857), Vorbemerkungen, S. IX.

### 1. Das Erste Buch »Vom Handelsstande«

Die Motive zum Preußischen Entwurf von 1857 räumen ganz offen ein, dass der Kaufmannsbegriff sehr schwer zu definieren sei, da er durch den Betrieb eines Handelsgewerbes geprägt werde. Denn die Gestalt des Handels sei ihrerseits permanent im Fluss und lasse sich nicht in eine starre Form fassen. Hauptmerkmal des Handels sei jedenfalls immer die »Vermittlung zwischen Produzenten und Konsumenten«:

»Die Schwierigkeit, den Begriff des Kaufmanns festzustellen, liegt hauptsächlich darin, daß derselbe wiederum durch den Begriff des Handels bedingt wird, indem derjenige ein Kaufmann ist, welcher gewerbmäßig Handel treibt. Was aber Handel sei, kann durch eine allgemeine und bestimmte Formel nicht umschrieben werden. Das Charakteristische des Handels, die Vermittlung zwischen Produzenten und Konsumenten, tritt bei gesteigerter Entwicklung der kommerziellen Verhältnisse in den verschiedensten Nüancen in die Erscheinung, so daß eine Abgrenzung gegen andere Gewerbe immer mehr und mehr erschwert wird.«<sup>60</sup>

Eine statische Definition des Handels wie früher in II 8 § 475 ALR<sup>61</sup> werde der Dynamik des Handels nicht mehr gerecht. Auch an ein äußeres Merkmal wie die Zugehörigkeit zu einer Gilde oder Zunft könne nicht mehr angeknüpft werden. Zwar werde nun etwa im spanischen Código de comercio (1829)<sup>62</sup> oder im Württemberger Entwurf (1839)<sup>63</sup> versucht,<sup>64</sup> die Eintragung in das Handelsregister (»Handelsmatrikel«) als ein neues äußeres Erkennungsmerkmal zu etablieren.<sup>65</sup> Dieser Ansatz sei jedoch wenig zielführend, da sich die Eintragung faktisch nicht lückenlos durchsetzen lasse und es zu gravierenden Problemen

<sup>60</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2, S. 4.

<sup>61</sup> II 8 § 475 ALR »Wer den Handel mit Waaren oder Wechseln als sein Hauptgeschäfte treibt, wird ein Kaufmann genannt.« – Vgl. hierzu RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechts (o. Fn. 8), S. 38 ff.; ANSGAR BECKER, Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs im Sinne eines übergeordneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften, Münster 2004, S. 36 ff.

<sup>62</sup> Spanischer Código de comercio (1829), Art. 1: »Se reputan en derecho comerciantes, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupacion habitual el tráfico mercantil, fundando en él su estado político.« – Vgl. hierzu RAISCH, Abgrenzung des Handelsrechts (o. Fn. 8), S. 61 ff.; BECKER, Entwicklung des Kaufmannsbegriffs (o. Fn. 61), S. 64 ff.

<sup>63</sup> Württemberger Entwurf (1839), Art. 4: »Handelsmann ist, wer nach gehöriger Eintragung in die Handelsmatrikel ein Handelsgewerbe für seine Rechnung treibt.« – Vgl. hierzu Theil II (1840), Motive zu Art. 4, S. 21 ff., 22. Kritisch aber schon OSIANDER (o. Fn. 6), S. 5 f.

<sup>64</sup> Vgl. ferner Nassauischer Entwurf (1842), Art. 1 Abs. 1: »Handelsmann ist, wer, nach erlangter Gewerbs-Concession und nach gehöriger Eintragung in das öffentliche Handelsregister, ein Handelsgewerbe für seine Rechnung treibt.«

<sup>65</sup> Auch bei der Beratung von § 5 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856 hatte ein Mitglied der Berliner Sachverständigenkommission beantragt, auf die Eintragung in das Handelsregister abzustellen, was von den anderen Mitgliedern jedoch abgelehnt wurde, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 3, 5 (27. Okt. 1856).

kommen könne, wenn trotz fehlender Eintragung Handel getrieben wird. Die aber eigentlich entscheidende Frage, ob jeweils ein eintragungsfähiges Handelsgewerbe vorliegt, werde lediglich auf die registerführende Behörde verlagert.<sup>66</sup>

Der Preußische Entwurf stellt daher stattdessen einen Katalog mit den einzelnen Handelsgewerben auf und überlässt es Rechtsprechung und Lehre, die genauen Grenzen der »einzelnen Kategorien« zu bestimmen.<sup>67</sup> Wie schon im Frankfurter Entwurf (1849) ist somit das von einem Kaufmann betriebene Handelsgewerbe der Ausgangspunkt, von dem aus dann grundsätzlich die dazugehörigen Handelsgeschäfte bestimmt werden. Insoweit wähle der Entwurf bewusst einen konträren Ansatz zum Code de commerce und den von ihm geprägten Kodifikationen, als dort das Handelsgeschäft selbst im Vordergrund stehe, von dem ausgehend derjenige als Kaufmann qualifiziert werde, der solche Geschäfte gewerbsmäßig betreibt:

»Die neueren Handelsgesetzbücher bestimmen nach Vorgang des französischen Rechts zunächst den Begriff des Handelsgeschäfts und bezeichnen dann denjenigen als einen Kaufmann, welcher gewerbsmäßig solche Geschäfte betreibt. Der Entwurf geht umgekehrt, in Uebereinstimmung mit dem Entwurfe eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (Tit. I Art. 1; Motive S. 4), von dem Begriffe des Handelsgewerbes aus und erklärt dann diejenigen Geschäfte für Handelsgeschäfte, welche zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören. Der Charakter eines Handelsgeschäftes wird also dem Geschäfte nicht als solchem, sondern mit Rücksicht auf die Person und den Gewerbebetrieb dessen, welcher es abschließt, beigelegt, so daß der Regel nach Handelsgeschäfte nur von Kaufleuten eingegangen werden können.«<sup>68</sup>

Der Preußische Entwurf folgt also ausweislich seiner Motive wie der Frankfurter Entwurf der subjektiven Theorie, während der Code de commerce als Vertreter der entgegengesetzten objektiven Theorie gesehen wird.

Ebenso hatten schon die Motive zum Frankfurter Entwurf (1849) das von einem Kaufmann betriebene Handelsgewerbe in den Mittelpunkt gerückt und

---

<sup>66</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2, S. 4 f.: »Es scheint dieser Versuch aber nicht geeignet, die vorhandenen Schwierigkeiten zu verringern. Denn die Eintragung in die Handelsmatrikel läßt sich nicht durchgreifend erzwingen, und für den Fall, daß ein Uneingetragener gleichwohl Handel treibt, müßten sich die erheblichsten Inkonvenienzen herausstellen. Ueberdies ist die Frage, welche Gewerbe Handelsgewerbe und deshalb zur Eintragung in die Matrikel geeignet sind, durch jene Vorschrift keineswegs gelöst, ihre Entscheidung vielmehr nur auf die Behörden übertragen worden, welchen die Führung der Handelsmatrikel obliegt.«

<sup>67</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2, S. 5: »Der Entwurf hat es deshalb vorgezogen, die Gewerbe, welche Handelsgewerbe sind, in einzelnen Kategorien aufzuführen. Für alle einzelnen Fälle ist allerdings durch eine solche Aufzählung eine bestimmte Entscheidung nicht gegeben; es kann aber füglich der richterlichen Beurtheilung und der Jurisprudenz überlassen bleiben, nach den hervorgehobenen allgemeinen Gesichtspunkten in zweifelhaften Fällen die richtige Grenze zu ziehen.«

<sup>68</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2, S. 5.

von ihm auf das Vorliegen eines Handelsgeschäfts geschlossen.<sup>69</sup> Hierin wurde jedoch gerade kein Gegensatz zum Code de commerce und den anderen nach dessen Vorbild aufgebauten Handelsgesetzbüchern gesehen. Vielmehr wurde betont, dass der Code de commerce bei näherer Betrachtung ein ganz ähnliches Verständnis zugrunde lege, wonach die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe eines Kaufmanns im Ergebnis den Charakter eines Handelsgeschäfts bedinge:

»Die Grundansicht, von welcher hier ausgegangen ist, daß, von einzelnen wenigen Fällen abgesehen, der gewerbliche Betrieb es ist, durch welchen ein Geschäft ein Handelsgeschäft wird, ist den Handelsgesetzbüchern und so auch schon dem *Code de commerce* zwar im Allgemeinen nicht fremd, allein nirgends hat sie sich zum deutlichen Bewußtsein herausgebildet, ein Umstand, durch welchen die Klage über die Unbestimmtheit des Begriffes »Handelsgeschäft« und die häufigen Kompetenzstreitigkeiten sich vollkommen erklären. Wie wenig deutlich die erwähnte Grundansicht den Gesetzgebern vorgeschwebt, ergibt die Darstellung, wie sie in den vorhandenen Handelsgesetzbüchern sich findet, indem nach dem Vorgang des *Code de commerce* Art. 1 und 631–633 die einzelnen Handelsgeschäfte aufgeführt werden und damit der Satz verbunden wird, daß derjenige ein Kaufmann sei, welcher Handelsgeschäfte als Gewerbe treibe. Es entspricht aber diese Darstellung keineswegs der wirklichen Meinung, weder des *Code de commerce*, noch der übrigen Handelsgesetzbücher. So hat es namentlich in Betreff des *Code de commerce* keinen Zweifel, daß dieser bei vielen der aufgeführten Handelsgeschäfte gar nicht das einzelne Geschäft an sich als Handelsgeschäft betrachtet wissen will, sondern nur unter der Voraussetzung, daß es in Verbindung mit andern Geschäften das Gewerbe einer Person bildet, so daß in diesen Fällen das Geschäft nur deshalb ein Handelsgeschäft ist, weil es einem Handelsgewerbe angehört, oder mit anderen Worten, weil es von einem Kaufmann als solchem geschlossen wird.«<sup>70</sup>

Die vierköpfige Handelsrechtskommission von 1849 bestand neben dem Norddeutschen Heinrich Thöl mit Christian Widenmann, Karl Anton Broicher und Franz Ferdinand Grimm aus drei rheinischen Juristen.<sup>71</sup> Die beiden letzten hatten zusammen den maßgeblichen Kommentar zur Anwendung des Code de commerce in der preußischen Rheinprovinz verfasst.<sup>72</sup> Bearbeiter des Ersten Titels des Frankfurter Entwurfs (»Von den Kaufleuten und Handelsgeschäften«) war jedoch Thöl,<sup>73</sup> der grundsätzlich die subjektive Theorie vertrat.<sup>74</sup> Es

<sup>69</sup> Frankfurter Entwurf (1849), Motive (Einleitung), S. 4: »In dem vorliegenden Abschnitte sind zunächst diejenigen Gewerbe aufgezählt, welche Handelsgewerbe sind. Damit ist der Begriff des Kaufmannes gegeben; wer ein solches Gewerbe treibt, ist Kaufmann. Es hängt damit ferner der Begriff des Handelsgeschäftes zusammen, indem diejenigen Geschäfte Handelsgeschäfte sind, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes besteht, und welche dieselbe möglich machen oder befördern.«

<sup>70</sup> Frankfurter Entwurf (1849), Motive (Einleitung), S. 4 f.

<sup>71</sup> BAUMS, Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts (o. Fn. 13), S. 33, 66 ff.

<sup>72</sup> KARL ANTON BROICHER/FRANZ FERDINAND GRIMM, Das Handelsgesetzbuch der Königlich Preußischen Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert, Köln 1835.

<sup>73</sup> BAUMS, Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts (o. Fn. 13), S. 33, 69 m.w.N.

<sup>74</sup> HEINRICH THÖL, Das Handelsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Göttingen 1847, § 12 IV, S. 53: »Die

erscheint daher nahe liegend, dass er mit Blick auf die anderen Kommissionsmitglieder bemüht war, in den Motiven etwaige Differenzen zum Code de commerce abzuschwächen. Letztlich dürften die Spannungen innerhalb der Kommission auch zum Austritt Thöls beigetragen haben, den er mit Schreiben vom 21. April 1849 erklärte.<sup>75</sup>

Der Preußische Entwurf stellt im Ersten Buch (»Vom Handelsstande«), Erster Titel (»Von Kaufleuten«) einen Katalog mit den Tätigkeiten auf,<sup>76</sup> deren gewerbsmäßige Ausübung einen Kaufmann qualifiziert:

Art. 2 »Als ein Kaufmann ist anzusehen:

1. wer gewerbmäßig bewegliche Sachen kauft oder in anderer Weise anschafft oder miethet und dieselben, es sei in Natur oder verarbeitet, weiter veräußert oder vermietet;
2. wer gewerbmäßig in einem über den Betrieb des Handwerks hinausgehenden Umfange die Bearbeitung oder Verarbeitung von beweglichen Sachen für Andere unternimmt;
3. wer gewerbmäßig Bankiergeschäfte oder Geldwechselgeschäfte betreibt;
4. wer gewerbmäßig Rhederei oder Bodmerei betreibt oder Versicherungen gegen Prämie unternimmt;
5. wer gewerbmäßig kaufmännische Kommissionsgeschäfte, Speditionsgeschäfte oder Frachtgeschäfte oder den Transport von Personen betreibt;
6. wer gewerbmäßig Lieferungen oder Bauten unternimmt;
7. wer gewerbmäßig den Verlag von Schriften oder den Verlag einer Zeitung betreibt;
8. wer Anstalten zur gewerbmäßigen Vermittelung von Geschäften zwischen andern Personen unterhält.«<sup>77</sup>

Von Details bezüglich der einzelnen Tatbestände abgesehen, übernimmt der Preußische Entwurf dabei im Wesentlichen die Aufzählung aus Tit. 1 Art. 1 des Frankfurter Entwurfs (1849):

---

einzelnen Geschäfte, d. h. Verträge, deren Summe das Gewerbe des eigentlichen Handels eines Individuums, also des Handelsgewerbes eines Kaufmannes bildet, sind eigentliche Handelsgeschäfte. Ein eigentliches Handelsgeschäft ist ein solcher Vertrag, der in Verbindung mit andern Verträgen das Handelsgewerbe eines Kaufmannes bildet.« – Ähnlich schon die Voraufgabe, vgl. 1. Aufl., 1841, § 12 IV, S. 42: »Ein Handelsgeschäft ist ein solcher Vertrag, der in Verbindung mit andern Verträgen das Handelsgewerbe eines Individuums bildet.«

<sup>75</sup> BAUMS, Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts (o. Fn. 13), S. 33, 69 f.

<sup>76</sup> Zu den einzelnen Tatbeständen vgl. Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2, S. 5–8.

<sup>77</sup> Ohne Entsprechung zu Nr. 7, aber ansonsten mit nahezu identischen Tatbeständen bereits § 5 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856, die dergestalt von der Berliner Sachverständigenkommission grundsätzlich akzeptiert worden waren, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 3, 5 (27. Okt. 1856). Letztere hatte aber insbesondere vorgeschlagen, in Nr. 1 die An- bzw. Weitervermietung ausdrücklich zu erwähnen, aaO., S. 55 (8. Nov. 1856).

Tit. 1 Art. 1 »Kaufmann ist, wer gewerbsmäßig,

1) bewegliche Sachen kauft oder in anderer Weise anschafft, und sie, so wie sie sind oder verarbeitet, veräußert oder vermietet; es ist gleich, ob die Anschaffung der Veräußerung und Vermietung vorausgeht oder nachfolgt;

2) die ihm zur Verarbeitung und demnächstigen Zurückgabe eingelieferten beweglichen Sachen verarbeiten läßt; der gewöhnliche Handwerker oder Handarbeiter ist hierunter nicht begriffen;

3) in Staatspapieren, Actien, Wechseln oder andern Schuldpapieren Geschäfte macht;

4) für fremde Rechnung, sei es in eigenem oder fremdem Namen zahlt oder eincassirt oder andere Verträge schließt;

5) Verträge zwischen andern Personen vermittelt;

6) die Versendung von Sachen übernimmt oder den Transport von Personen oder Sachen übernimmt oder ausführt;

7) Versicherungen gegen Prämie übernimmt;

8) Lagerräume zur Aufnahme von Waaren hält;

9) Unternehmer von Schauspielen oder andern öffentlichen Vorstellungen ist.«<sup>78</sup>

So nimmt etwa Art. 2 Nr. 2 des Preußischen Entwurfs die Abgrenzung zum Handwerk ganz bewusst in ähnlicher Art und Weise vor wie bereits Art. 1 Nr. 2 des Frankfurter Entwurfs.<sup>79</sup> Hinzukommen im Preußischen Entwurf der Bauunternehmer (Art. 2 Nr. 6) und der Verleger (Art. 2 Nr. 7). Letzterer wird eher zur Klarstellung aufgeführt, da er wohl schon unter Art. 2 Nr. 1 des Preußischen Entwurfs subsumiert werden könnte.<sup>80</sup> Der Bauunternehmer wiederum erbringt seine Leistung zwar bezogen auf unbewegliche Sachen, die grundsätzlich nicht unter das Handelsrecht fallen, aber eben nicht bezogen auf Bestandsimmobilien.<sup>81</sup> Insoweit trifft der Preußische Entwurf bewusst eine andere Entscheidung als der Frankfurter Entwurf.<sup>82</sup> Umgekehrt findet die Ver-

<sup>78</sup> Zu den einzelnen Tatbeständen vgl. Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 1, S. 6–20. – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 370–389.

<sup>79</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2 Nr. 2, S. 6 f. verweisen ausdrücklich auf Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Art. 1, S. 13 f.

<sup>80</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2 Nr. 7, S. 8.

<sup>81</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2 Nr. 6, S. 8: »Unternehmer von Bauten (Wege-, Eisenbahn-, Kanal-, Häuser-Bauten) gehören ebenfalls zu den Kaufleuten. [...] Daß das Material zu einer unbeweglichen Sache verarbeitet wird, und Verträge über Immobilien keine Handelsgeschäfte darstellen, kann keinen Grund abgeben, Bau-Unternehmungen von den Handelsgewerben auszuschließen. Denn dergleichen Unternehmungen beziehen sich nicht auf vorhandene Immobilien, sondern haben erst die Herstellung von Immobilien zum Gegenstande.«

<sup>82</sup> Vgl. Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 1 (sub I.6.b.), S. 11: »Wer gewerbsmäßig bewegliche Sachen anschafft und sie zu einer unbeweglichen Sache verarbeitet, ist nicht Kaufmann. [...] Demnach ist derjenige nicht Kaufmann, welcher den Bau eines Kanals, einer Eisenbahn, einer Festung, einer Kaserne, einer Kirche, eines Marktes, einer Straße, einer Brücke übernimmt; auch nicht derjenige, welcher die Ausbesserung von Wegen übernimmt.« – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 376.

mietung von Lagerräumen, die Art. 1 Nr. 8 des Frankfurter Entwurfs wegen der engen Beziehung zum Handel doch als Handelsgewerbe qualifiziert wurde, obwohl es sich um Immobilien handelt,<sup>83</sup> keine Aufnahme in den Preußischen Entwurf.<sup>84</sup>

Außerdem legt Art. 3 des Preußischen Entwurfs den Handelsgesellschaften und öffentlichen Banken die Kaufmannseigenschaft bei:

Art. 3 »Handelsgesellschaften, ingleichem Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, sind den Kaufleuten gleich zu achten. Dasselbe gilt für die öffentlichen Banken in ihren Handelsgeschäften, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.«

Da der Preußische Entwurf Handelsgesellschaften in Art. 87 als selbständige »Handelspersonen« mit eigener Rechtsfähigkeit und besonderem Vermögen anerkennt, werden sie von Art. 3 Satz 1 folgerichtig als Kaufleute behandelt.<sup>85</sup> Bei Aktiengesellschaften gilt dies allerdings nur für diejenigen, deren Unternehmen Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat; ansonsten gilt für sie allein das Preußische Aktiengesetz von 1843.<sup>86</sup> Bei öffentlichen Banken verlangt daher auch Art. 3 Satz 2 des Preußischen Entwurfs ausdrücklich das Vorliegen von Handelsgeschäften und fasst den Tatbestand insoweit klarer als Tit. 1 Art. 3 des Frankfurter Entwurfs (1849):

<sup>83</sup> Vgl. Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 1 (sub VIII.), S. 20: »Es ist hier zwar ausnahmsweise die gewerbsmäßige Vermietung einer unbeweglichen Sache, eines Gebäudes oder Raumes, für ein Handelsgewerbe erklärt worden. Die Bestimmung rechtfertigt sich aber aus der nahen Verbindung, in welcher dieses Gewerbe mit dem eigentlichen Handel steht.« – Differenzierter BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 388 f.

<sup>84</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 2 Nr. 1, S. 6 und zu Art. 211, S. 103.

<sup>85</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 3, S. 8: »Diese Bestimmung schien nothwendig, da der Entwurf (Art. 87) den Handelsgesellschaften als solchen selbstständige Rechte und Pflichten, und ein besonderes Vermögen beilegt, wodurch sie als selbstständige Handelspersonen anerkannt werden. Den Aktiengesellschaften, welche auf Gewerbe- oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, hat bereits das Gesetz vom 9. November 1843 (Gesetz-Samml. S. 341) § 9 kaufmännische Rechte und Pflichten beigelegt.«

<sup>86</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 85–86, S. 46: »Da es übrigens im Begriffe der Handelsgesellschaft liegt, daß sie den Betrieb des Handels zum Zweck hat, so gehören von den Aktiengesellschaften nur diejenigen hierher, bei denen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht (Art. 3). Aktiengesellschaften, bei welchen dies nicht der Fall ist, unterliegen nicht den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches; rücksichtlich ihrer bewendet es vielmehr bei dem bestehenden Rechte, dem Gesetze vom 9. November 1843 (Gesetz-Samml. S. 341).« – Neue Edition durch THEODOR BAUMS (Hrsg.), Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9. November 1843 – Text und Materialien, Aalen 1981 (Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 5). Vgl. hierzu DERS., Einführung – Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9. November 1843, in: ders., Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts, Tübingen 2012, S. 84, 100 ff.

Tit. 1 Art. 3 »Die öffentlichen Banken stehen in Betreff ihres Geschäftsbetriebes den Kaufleuten gleich.«<sup>87</sup>

Insgesamt orientiert sich der Preußische Entwurf (1857) somit bei der Festlegung der Kaufmannseigenschaft sehr eng am Frankfurter Entwurf (1849).

## 2. Das Dritte Buch »Von den Handelsgeschäften«

Den Begriff der Handelsgeschäfte bestimmt der Preußische Entwurf in den Art. 211–213, das heißt, gleich am Anfang seines Dritten Buchs »Von den Handelsgeschäften« (im Ersten Abschnitt des Ersten Titels). Wie die Motive ausdrücklich feststellen, folgt der Entwurf dabei grundsätzlich dem subjektiven System, wie es von Thöl vertreten wird.<sup>88</sup> Demzufolge kann nahezu jedes Geschäft zum Handelsgeschäft werden, wenn es nur einen ausreichenden Bezug zum Handelsgewerbe eines Kaufmanns aufweist:

»Der Unterschied zwischen Handelsgeschäften und gewöhnlichen civilrechtlichen Geschäften ist im Allgemeinen nicht in der Art oder Natur der Geschäfte selbst, sondern darin zu suchen, daß die ersteren eine unmittelbare Beziehung auf den Handel haben, die letzteren nicht. Fast alle Arten von Geschäften werden Handelsgeschäfte, sobald sie in diese Beziehung zum Handel treten. Dies geschieht regelmäßig dadurch, daß sie sich als Theile des Handelsgewerbes desjenigen darstellen, welcher sie abschließt (vergl. Thöl Handelsrecht § 12 IV).«<sup>89</sup>

Die Definition der Handelsgeschäfte in Art. 211 des Preußischen Entwurfs kann daher erneut auf Begriffsbestimmungen aus dem Ersten Titel des Frankfurter Entwurfs zurückgreifen:

Art. 211 »Als Handelsgeschäfte sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns anzusehen, in welchen entweder sein Gewerbe besteht, oder durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird.

Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten in Beziehung auf ihn für Handelsgeschäfte, wenn nicht das Gegentheil erwiesen wird.

Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als für sein Gewerbe gezeichnet, wenn nicht ein entgegenstehender Verpflichtungsgrund darin enthalten ist. Der Kauf von Waaren oder Sachen, welche ein Kaufmann für seinen Haushalt anschafft, ist nicht zu seinen Handelsgeschäften zu rechnen.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 3, S. 22: »Beachtet man den Geschäftsbetrieb der öffentlichen Banken, so findet man, daß er derselbe ist, wenn auch nicht in allen Beziehungen, welcher in Art. 1 als Gewerbe des Kaufmannes aufgeführt worden ist, mögen sie Girobanken, Zettelbanken, Discontobanken, Depositenbanken, Leihbanken, Sparbanken oder wie sonst heißen. Es war daher dieser Geschäftsbetrieb, wenn er für Rechnung des Staates oder einer Gemeinde geht, dem kaufmännischen gleichzustellen.« – Grundsätzlich zustimmend BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 389 f.

<sup>88</sup> HEINRICH THÖL, Das Handelsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Göttingen 1854, § 12 IV, S. 61 = 2. Aufl., 1847, § 12 IV, S. 53 (s.o. Fn. 74).

<sup>89</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 101.

Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.«<sup>90</sup>

So übernimmt Art. 211 Abs. 1 des Preußischen Entwurfs nahezu wortgleich den Ansatz von Tit. 1 Art. 4 des Frankfurter Entwurfs, der an das Gewerbe des Kaufmanns anknüpft und alle hiermit zusammenhängenden Verträge als Handelsgeschäfte betrachtet, seien es Haupt- oder lediglich Hilfsgeschäfte:

Tit. 1 Art. 4 »Handelsgeschäfte sind in Betreff des Kaufmannes die einzelnen Geschäfte, in welchen die Betreibung seines Gewerbes besteht, und durch welche dieselbe möglich gemacht oder befördert wird.«<sup>91</sup>

Weiterhin stellt Art. 211 Abs. 2 des Preußischen Entwurfs dieselbe allgemeine Vermutung auf wie Tit. 1 Art. 5 des Frankfurter Entwurfs. Danach gelten alle von einem Kaufmann abgeschlossenen Verträge als Handelsgeschäfte, solange dies nicht durch Gegenbeweis widerlegt wird:

Tit. 1 Art. 5 »Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten in Betreff seiner für Handelsgeschäfte, wenn nicht bewiesen wird, daß sie es nicht sind.«<sup>92</sup>

Darüber hinaus präzisiert Art. 211 Abs. 3 des Preußischen Entwurfs diese Vermutung in Satz 1 dahin gehend, dass bei Schuldscheinen, die von einem Kaufmann gezeichnet sind, grundsätzlich die Zugehörigkeit zu seinem Gewerbe angenommen wird, es sei denn, aus der Urkunde selbst ergibt sich etwas anderes.<sup>93</sup> Zudem wird in Satz 2 ausdrücklich klargestellt, dass der Erwerb von Lebensmitteln und Waren für den persönlichen Bedarf des Kaufmanns kein Handelsgeschäft darstellt.<sup>94</sup> Pate für diese beiden eher erläuternden Regelungen steht allerdings nicht der Frankfurter Entwurf, der sich insoweit mit der Aufstellung einer allgemeinen Vermutung begnügt hatte, sondern Art. 638 Abs. 2 bzw. Abs. 1 Hs. 2 des Code de commerce:

---

<sup>90</sup> Ohne Entsprechung zu Abs. 3, aber ansonsten mit nahezu identischem Wortlaut bereits § 219 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856, der dergestalt von der Berliner Sachverständigenkommission akzeptiert worden war, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 55 (8. Nov. 1856).

<sup>91</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 4, S. 22–25. – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 390–394.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 5, S. 25 f. – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 394 f.

<sup>93</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 102: »Dasselbe muß auch von den von einem Kaufmann ausgestellten Schuldscheinen gelten (vergl. französ. H.G.B. Art. 638).«

<sup>94</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 102: »Daß Anschaffungen für den eigenen Haushalt des Kaufmanns nicht unter die Handelsgeschäfte desselben fallen, versteht sich nach der Natur des Handels schon von selbst; es schien indessen mit Rücksicht auf die Allgemeinheit der aufgestellten Präsumtion rathsam, dies ausdrücklich zu erwähnen, wie es in ähnlicher Weise das französische Handelsgesetzbuch (Art. 638) gethan hat.«

Art. 638 »Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce [...] les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.

Néanmoins, les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée.«<sup>95</sup>

Schließlich sollen Verträge über Immobilien nicht in den Anwendungsbereich des Handelsrechts fallen, da es sich bei ihnen um keine Waren handle und der Grundstücksverkehr überdies stark durch Förmlichkeiten geprägt sei.<sup>96</sup> Daher wiederholt Art. 211 Abs. 4 des Preußischen Entwurfs wortwörtlich die entsprechende Feststellung aus Tit. 1 Art. 6 des Frankfurter Entwurfs:

Tit. 1 Art. 6 »Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.«<sup>97</sup>

Neben diesen Handelsgeschäften, die ihre Eigenschaft nach Art. 211 aus der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe eines Kaufmanns ableiten, erkennt der Preußische Entwurf in Art. 212 noch eine Reihe bestimmter Geschäfte als Handelsgeschäfte an und zwar unabhängig davon, ob sie überhaupt von einem Kaufmann abgeschlossen werden. Insoweit soll allein ihr Gegenstand sie objektiv zu Handelsgeschäften machen:

»Nur wenige einzelne Geschäfte sind derartig, daß sie schon an und für sich, ohne Rücksicht auf einen gewerbmäßigen Betrieb, in das Gebiet des Handels fallen; es gehören dahin insbesondere solche Geschäfte, die nicht zur unmittelbaren Befriedigung der Bedürfnisse dessen, der sie abschließt, sondern lediglich in der dem Handel charakteristischen Absicht eingegangen werden, aus der Preisverschiedenheit beim Umsatz der angeschafften Waaren einen Gewinn zu ziehen (Spekulationsgeschäfte). Abgesehen von diesen und den übrigen im Art. 212 aufgeführten Geschäften kann nur ein Kaufmann ein Handelsgeschäft abschließen (vergl. Motive zum Art. 2).«<sup>98</sup>

Ganz ähnlich hatten sich in dieser Hinsicht bereits die Motive zum Frankfurter Entwurf geäußert, die ebenfalls bestimmte Geschäfte ausnahmsweise allein wegen ihres Vertragsgegenstands als Handelsgeschäfte anerkennen. Dabei wurde

<sup>95</sup> Vgl. die deutsche Fassung nach BROICHER/GRIMM, Handelsgesetzbuch der Preußischen Rheinprovinzen (o. Fn. 72), S. 246 f.: »Nicht von der Kompetenz des Handelsgerichtes sind [...] die Klagen gegen einen Handelsmann wegen Bezahlung von Lebensmitteln und Waaren, die er zu seinem eigenen Gebrauche gekauft hat. – Gleichwohl werden die von einem Handelsmanne ausgestellten Billets als wegen seines Handels ausgestellt, und die der Empfänger, Zahlmeister, Einnnehmer und Anderer, welche über öffentliche Gelder Rechnung zu legen haben, als wegen ihrer Geschäftsführung ausgestellt betrachtet, wenn ein anderer Entstehungsgrund darin nicht ausgedrückt ist.« – Hierzu aaO., Note a Nr. 3 und Note b.

<sup>96</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 102 f.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 6, S. 26 mit einem Verweis auf die Motive zu Tit. 1 Art. 1 (sub I.6.), S. 10 f. – Dazu BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 375 f., 395.

<sup>98</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 101.

noch einmal betont, dass der Code de commerce in gleicher Weise zwischen diesen beiden Kategorien von Handelsgeschäften differenziere:

»Daß der *Code de commerce* die Unterscheidung macht zwischen Geschäften, welche an sich Handelsgeschäfte sind, und solchen, welche es nur dann sind, wenn sie gewerbmäßig getrieben werden, auf welches letztere besonders das Wort *entreprise* deutet, ist in der französischen Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Dieselbe Unterscheidung findet sich in den anderen Handelsgesetzbüchern und Handelsgerichtsordnungen mehr oder weniger klar angedeutet. Vergleicht man diese beiden Klassen von Handelsgeschäften miteinander, so ergibt sich, daß es nur wenige Verträge sind, welche an sich, also ganz unabhängig davon, ob sie zu einem Kaufmann und dessen Gewerbe in Beziehung stehen, als Handelsgeschäfte anzusehen sind, wie denn unser Art. 7 deren nur vier aufzählt (den Speculationskauf, den Speculationsverkauf, die Wechselverträge, die Prämienversicherungen)«. <sup>99</sup>

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass Art. 212 des Preußischen Entwurfs bei denselben vier Geschäftstypen den objektiven Charakter eines Handelsgeschäfts bejaht, <sup>100</sup> wie schon der Frankfurter Entwurf:

Art. 212 »Handelsgeschäfte sind auch in Betreff von Nichtkaufleuten:

der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen oder zu vermieten;

die Uebernahme einer Lieferung von Waaren oder andern beweglichen Sachen, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft;

die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte;

die Versicherungen gegen Prämie.« <sup>101</sup>

Die Reihenfolge und Ausgestaltung der vier Tatbestände deckt sich fast vollkommen mit der Aufzählung in Tit. 1 Art. 7 Nr. 1 bis 4 des Frankfurter Entwurfs. Lediglich beim Spekulationseinkauf (Nr. 1) sowie beim Spekulationsverkauf (Nr. 2) werden nun jeweils die Weiterverarbeitungsklauseln weggelassen. Die Motive des Preußischen Entwurfs unterstreichen dabei die Bedeutung der Spekulation bzw. der Gewinnerzielungsabsicht als gemeinsames Merkmal der Tatbestände. <sup>102</sup> Völlig unverändert bleiben indessen die Formulierungen bezüglich der nach dem Wechselrecht zu beurteilenden Geschäfte (Nr. 3) und der Versicherungen gegen Prämie (Nr. 4):

<sup>99</sup> Frankfurter Entwurf (1849), Motive (Einleitung), S. 5.

<sup>100</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 212, S. 103: »Dieser Artikel zählt diejenigen Geschäfte auf, welche, auch wenn sie von Nichtkaufleuten geschlossen werden, zu den Handelsgeschäften gehören, weil sie schon objektiv den Charakter eines solchen an sich tragen.«

<sup>101</sup> Mit nahezu identischem Wortlaut bereits § 220 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856, der dergestalt von der Berliner Sachverständigenkommission im Ergebnis akzeptiert worden war, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 55, 55 f. (8. Nov. 1856).

<sup>102</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 212, S. 103 f.

Tit. 1 Art. 7 »Handelsgeschäfte sind auch in Betreff von Nichtkaufleuten:

- 1) der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie, so wie sie sind oder verarbeitet, zu verkaufen oder zu vermieten;
- 2) die Uebernahme einer Lieferung beweglicher Sachen, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft; der Fall, in welchem der Uebernehmer die zu liefernden Sachen aus einem anzuschaffenden Material verarbeiten läßt, ist nicht ausgeschlossen;
- 3) die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte;
- 4) die Versicherungen gegen Prämie.«<sup>103</sup>

In Art. 213, der letzten der drei Vorschriften dieses Abschnitts (»Begriff der Handelsgeschäfte«), stellt der Preußische Entwurf klar, dass die Gültigkeit der Handelsgeschäfte durch einen etwaigen Verstoß gegen ein Gewerbeverbot nicht berührt wird:

Art. 213 »Die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts wird dadurch nicht aufgehoben, daß einer Person wegen ihres Amtes oder Standes untersagt ist, Handel zu treiben.«<sup>104</sup>

Die Motive rechtfertigen dies mit der Kaufmannseigenschaft nach Art. 2 des Preußischen Entwurfs, die allein aus der tatsächlichen Ausübung eines Handelsgewerbes folge, ohne dass es für diese privatrechtliche Frage auf amts- oder standesrechtliche Verbote ankomme.<sup>105</sup> Außerdem sei es mit Blick auf die Verkehrssicherheit nicht ratsam, die Folgen des Verstoßes gegen ein solches Verbot auf Dritte abzuwälzen, die diesen kaum erkennen könnten.<sup>106</sup> Unterschiedliche Rechtsfolgen vorzusehen, das heißt, das Geschäft gegenüber Dritten als gültig zu behandeln und nur gegenüber demjenigen als unwirksam, der gegen das Verbot verstoßen hat, sei im Übrigen wenig praktikabel und könne zu unbilligen Ergebnissen führen.<sup>107</sup> Der Preußische Entwurf verfolgt insoweit also die

<sup>103</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 7, S. 27–30. – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 395–397.

<sup>104</sup> Mit identischem Wortlaut bereits § 221 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856, der dergestalt von der Berliner Sachverständigenkommission ohne Einwand akzeptiert worden war, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 55, 56 (8. Nov. 1856).

<sup>105</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 213, S. 104: »Diese Bestimmung (vergl. Entwurf eines allg. H.G.B. für Deutschland Tit. 1 Art. 2) ist eine Konsequenz aus dem Artikel 2, welcher die Eigenschaft eines Kaufmanns lediglich von der tatsächlichen Voraussetzung abhängig macht, daß Jemand ein Handelsgewerbe betreibt. Daß er hierzu etwa wegen besonderer Amts- oder Standesverhältnisse nicht befugt ist, macht rücksichtlich seiner privatrechtlichen Stellung als Kaufmann keinen Unterschied.«

<sup>106</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 213, S. 104: »Die Sicherheit des Verkehrs würde leiden, wenn die einzelnen, von ihm geschlossenen Geschäfte deshalb ungültig wären, weil ihm das Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben, entgegensteht. Dritte, namentlich Ausländer, werden nicht immer in der Lage sein, zu wissen, ob der Handelsbetrieb eines solchen Kaufmanns ein befugter ist oder nicht.«

<sup>107</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 213, S. 104: »Wollte man aber eine bloß theilweise Ungültigkeit der Geschäfte in der Art annehmen, daß sie zwar in Ansehung Dritter zu Recht bestehen, dagegen von demjenigen, welcher gegen das Verbot Handel treibt,

gleiche Linie, wie dies aus ähnlichen Erwägungen schon Tit. 1 Art. 2 des Frankfurter Entwurfs getan hat:

Tit. 1 Art. 2 »Die Eigenschaft eines Kaufmannes, so wie die Gültigkeit und Klagbarkeit seiner Handelsgeschäfte ist unabhängig von den particularrechtlichen Bestimmungen über die Betreibung des Gewerbes.«<sup>108</sup>

Der Ansatz des Preußischen Entwurfs, entweder auf die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe eines Kaufmanns (Art. 211) oder auf die Spekulationsabsicht eines Nichtkaufmanns (Art. 212) abzustellen, führt im Ergebnis dazu, dass ein und dasselbe Geschäft zwar für den einen Vertragspartner ein Handelsgeschäft darstellen kann, ohne dies aber notwendigerweise auch für den anderen tun zu müssen:

»Hängt sonach die handelsrechtliche Natur eines Geschäfts in der Regel von der Persönlichkeit oder Absicht dessen ab, der es eingeht, so folgt daraus allerdings, daß dasselbe Geschäft rücksichtlich des einen Theils ein Handelsgeschäft sein kann, rücksichtlich des andern nicht (einseitiges Handelsgeschäft). Wer z. B. von einem Kaufmann zu seinem eigenen Bedarf Waaren kauft, schließt ein gewöhnliches civilrechtliches Geschäft, während der Verkäufer ein Handelsgeschäft macht. Aehnlich verhält es sich mit Spekulationsgeschäften, welche auch in Betreff von Nichtkaufleuten Handelsgeschäfte sind.«<sup>109</sup>

Folglich käme aber unterschiedliches Recht vor verschiedenen Gerichten zum Tragen. Denn, je nachdem, welche Seite betroffen ist, wäre einmal allgemeines Zivilrecht durch die Zivilgerichte anzuwenden und einmal Handelsrecht durch die Handelsgerichte. Daher hatte diese Trennung zwischen sog. einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften bereits bezogen auf den Code de commerce und den Frankfurter Entwurf scharfe Kritik ausgelöst, insbesondere durch Brinckmann, der stattdessen eine einheitliche rechtliche Beurteilung durch ein zuständiges Gericht gefordert hatte.<sup>110</sup> Dem haben die Motive zum Preußischen Entwurf – abgesehen von der subjektiven Theorie – wenig entgegenzusetzen, so dass sie das Konzept des einseitigen Handelsgeschäfts letztlich zu rechtfertigen versuchen, indem sie die »Natur der Sache« bemühen:

---

nicht zu seinen Gunsten sollten geltend gemacht werden können, so würde dies nicht selten zu den größten Härten führen und leicht unlösbare Verwickelungen veranlassen.«

<sup>108</sup> Vgl. hierzu Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 2, S. 21 f. – Grundsätzlich zustimmend BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 389.

<sup>109</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 101 f.

<sup>110</sup> CARL HEINRICH LUDWIG BRINCKMANN, Lehrbuch des Handelsrechts – mit Auschluss der Lehren des Wechsel-, See- und Assekuranzrechtes, Heidelberg 1853, § 2 III, S. 6: »Das Geschäft kann nur eine und dieselbe rechtliche Natur haben. Rechte und Pflichten der Kontrahenten können nur nach demselben Rechte, also entweder nach dem gemeinen Zivilrechte von dem gemeinen Zivilgerichte, oder aber nach dem Handelsrechte von dem Handelsgerichte, wo ein solches vorhanden ist, beurtheilt werden. Ein Handelsgeschäft ist für beide oder alle Kontrahenten ein Handelsgeschäft.« – Diese Kritik ist aus der Sicht von Brinckmann auch folgerichtig, da er als Anhänger des objektiven Systems an das Handelsgeschäft als solches anknüpft, vgl. DERS., AcP 32 (1849), 356, 362 ff.

»Die Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften hat Widerspruch gefunden. Es ist behauptet worden, dasselbe Geschäft könne auch nur ein und dieselbe rechtliche Natur haben und müsse entweder für alle Kontrahenten ein Handelsgeschäft, oder überhaupt kein Handelsgeschäft sein (vergl. Brinckmann Handelsrecht S. 6). Dem würde beigestimmt werden müssen, wenn die Eigenschaft eines Geschäfts als eines Handelsgeschäfts in der rechtlichen Natur desselben an und für sich begründet wäre. Sie ist aber, wie erwähnt, durch den Gewerbebetrieb der Kontrahenten, beziehungsweise durch die Absicht bedingt, in welcher das Geschäft eingegangen wird, und hierin liegt eben die Nothwendigkeit, bei einseitigen Handelsgeschäften die Verbindlichkeit beider Theile, soweit eine Trennung derselben überhaupt möglich ist, abgesondert zu beurtheilen. Es würde auch der Natur der Sache widersprechen, wenn derjenige Theil, in dessen Person das Geschäft kein Handelsgeschäft ist, gleichwohl in allen Beziehungen, z. B. in Ansehung des Gerichtsstandes, der Personalhaft u. s. w., dem Handelsrechte unterliegen sollte.«<sup>111</sup>

Anders als der Preußische Entwurf hatte der Frankfurter Entwurf in Tit. 1 Art. 10 dieser Problematik bei einseitigen Handelsgeschäften zumindest teilweise Rechnung getragen und in zwei Fällen auch denjenigen, für den es kein Handelsgeschäft darstellt, dem Handelsrecht unterworfen, nämlich beim Spekulationseinkauf sowie beim Spekulationsverkauf nach Tit. 1 Art. 7 Nr. 1 und 2:

Tit. 1 Art. 10 »Ein Geschäft der in Artikel 7 Nro. 1 und 2 bezeichneten Art wird, auch wenn es nur in Betreff Eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist, nach dem Handelsrecht beurtheilt, unbeschadet der besondern Bestimmungen über den Personalarrest.«

Da hier die Spekulationsabsicht des einen dem anderen nicht verborgen geblieben sein könne, sei es gerechtfertigt, letzteren insoweit ebenfalls den handelsrechtlichen Regelungen zu unterwerfen.<sup>112</sup>

Von Detailfragen abgesehen folgt der Preußische Entwurf wie schon bei der Kaufmannseigenschaft auch bei der Bestimmung der Handelsgeschäfte dem Frankfurter Entwurf (1849).

<sup>111</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 211, S. 102.

<sup>112</sup> Vgl. Frankfurter Entwurf (1849), Motive zu Tit. 1 Art. 10, S. 31: »Die Beurtheilung nach dem Handelsrecht ist dadurch gerechtfertigt, daß das Geschäft, was den Speculanten betrifft, eben durch die Speculation den kaufmännischen Charakter hat, und ist für den anderen Contrahenten nicht benachtheiligend, weil es sich von selbst versteht, daß er um die speculirende Absicht des letzteren, welche eben das Geschäft zum Handelsgeschäft macht, gewußt haben muß. Da hiernach die Beurtheilung nach dem Handelsrecht ohne sein Wissen gar nicht eintreten kann, so ist er stets in der Lage, vor oder beim Abschluß des Geschäftes sich gegen die Anwendung des Handelsrechts zu verwahren.« – Kritisch BRINCKMANN, AcP 32 (1849), 356, 396, 399.

### 3. Das Sechste Buch »Von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen«

Unmittelbare Auswirkungen hat das Verständnis des Kaufmanns und des Handelsgeschäfts schließlich auch auf die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte, die der Preußische Entwurf im Sechsten Buch (»Von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen«) in den Art. 986–991 regelt.<sup>113</sup> Wie die Motive einräumen, wäre es zwar theoretisch durchaus denkbar, alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften den Handelsgerichten zuzuweisen und dabei keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob es sich um ein- oder beiderseitige Handelsgeschäfte von Kaufleuten handelt.<sup>114</sup> Dies sei jedoch in der Praxis nicht umsetzbar, da dann selbst Klagen gegen »Konsumenten« vor den Handelsgerichten anhängig würden. Auf diese würde eine kaum mehr zu bewältigende Zahl von Prozessen zurollen, bei denen es überdies gar nicht auf eine spezifische Expertise des Handelsverkehrs ankomme.<sup>115</sup>

Daher würden schon nach rheinischem Recht nur Streitigkeiten unter Kaufleuten (Art. 631 Nr. 1 Code de commerce)<sup>116</sup> in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen sowie Streitigkeiten bezüglich eines Handelsgeschäfts (Art. 631 Nr. 2 Code de commerce)<sup>117</sup>, wenn das Geschäft – wie es die dortige Praxis verlange – für den Beklagten ein Handelsgeschäft darstellt.<sup>118</sup> Demgegenüber

<sup>113</sup> Die örtliche Zuständigkeit der Handelsgerichte bestimmt sich nach Art. 992–999 des Preußischen Entwurfs.

<sup>114</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 537: »Von dem theoretischen Standpunkte aus ließe sich behaupten, daß die Kompetenz der Handelsgerichte auf alle Civilrechtsstreitigkeiten zu erstrecken sei, welche aus Handelsgeschäften entstehen, gleichviel, ob die Geschäfte auf Seiten einer der beiden Parteien, oder auf beiden Seiten Handelsgeschäfte seien, und ob die Parteien, sei es der Kläger oder der Beklagte, zu den Kaufleuten gehören oder nicht.«

<sup>115</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 537: »Eine solche Ausdehnung der Kompetenz hat aber sehr erhebliche praktische Bedenken gegen sich. Dadurch würde namentlich die zahllose Menge von Klagen, welche gegen die Konsumenten der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse angestellt werden, vor die Handelsgerichte gewiesen; und würden einestheils wegen des Umfangs des Geschäftskreises die Handelsgerichte zum mindesten für größere Bezirke unhaltbar werden oder ihren Zweck nicht erreichen können, andernteils diese Gerichte mit sehr vielen Prozessen befaßt, bei welchen in der Regel die eigenthümlichen Verhältnisse des Handelsverkehrs nicht in Frage kommen.«

<sup>116</sup> Vgl. die deutsche Fassung nach BROICHER/GRIMM, Handelsgesetzbuch der Preußischen Rheinprovinzen (o. Fn. 72), S. 228 f.: »1. über alle Streitigkeiten, welche sich auf Verpflichtungen und Vereinbarungen (*engagemens et transactions*) unter Handeltreibenden, Kaufleuten und Wechslern beziehen«. – Hierzu aaO., Note b.

<sup>117</sup> Vgl. die deutsche Fassung nach BROICHER/GRIMM, Handelsgesetzbuch der Preußischen Rheinprovinzen (o. Fn. 72), S. 230: »2. zwischen allen Personen, über Streitigkeiten, welche sich auf Handelsgeschäfte beziehen«. – Hierzu aaO., Note c, insbesondere in Nr. 2: »Ist das Geschäft nur rücksichtlich des einen der Contrahenten ein Handelsgeschäft, rücksichtlich des andern aber nicht, so richtet sich die Kompetenz nach der Natur des Geschäftes in Ansehung desjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet wird.«

<sup>118</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 537 f.

möchte der Preußische Entwurf die Zuständigkeit der Handelsgerichte noch enger fassen in Übereinstimmung mit der in Deutschland herrschenden Meinung und der bisherigen Gesetzgebung, insbesondere dem Preußischen Gesetz vom 3. April 1847 (§§ 18 und 21)<sup>119</sup>: Um die ehrenamtlich tätigen, kaufmännischen Handelsrichter nicht über Gebühr zu belasten, soll nur in den Fällen auf ihre Fachkunde zurückgegriffen werden, wo dies unbedingt erforderlich erscheint, nämlich bei Streitigkeiten unter Kaufleuten sowie bei Streitigkeiten aus einem Handelsgeschäft, wenn (zumindest) der Beklagte Kaufmann ist.<sup>120</sup> Hier weicht der Preußische Entwurf also bewusst vom rheinischen Handelsrecht ab, welches insoweit nur verlangt, dass das Geschäft für den Beklagten ein Handelsgeschäft darstellt. Gerade mit Blick auf die objektiven Handelsgeschäfte nach Art. 212 des Preußischen Entwurfs kann also keine Klage bei den Handelsgerichten erhoben werden, wenn der Beklagte kein Kaufmann ist.<sup>121</sup> Dieser Ansatz, der lediglich für die Rheinprovinz eine Ausnahme durch das Einführungsgesetz erfahren soll,<sup>122</sup> wird folglich in Art. 986 Abs. 1 des Preußischen Entwurfs zusammengefasst und an die Spitze der Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte gestellt:

Art. 986 Abs. 1 »Zur Kompetenz der Handelsgerichte gehören alle Klagen gegen Kaufleute aus Handelsgeschäften derselben.«<sup>123</sup>

Teilweise durchbrochen wird dieser Grundsatz vom Preußischen Entwurf bei folgenden beiden Konstellationen.<sup>124</sup> Zum Ersten kann ein Nichtkaufmann vor dem Handelsgericht nach Art. 986 Abs. 2 verklagt werden, wenn er Erbe oder Rechtsnachfolger eines Kaufmanns ist und es um einen Anspruch aus einem Handelsgeschäft des letzteren geht. Ein etwaiger Streit über die Rechtsnachfolge selbst bleibt jedoch den ordentlichen Gerichten vorbehalten:

<sup>119</sup> Gesetz über die Errichtung von Handelsgerichten in denjenigen Theilen der Monarchie, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft haben, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1847, Nr. 16, S. 182, 185 f.

<sup>120</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 538 f.

<sup>121</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 539 f.

<sup>122</sup> Preußischer Entwurf, Theil I (1857), S. 188 Anm. \* i.V.m. S. 185 Anm. \*: »Für die Rheinprovinz sind mit Rücksicht auf die dort bestehende Gesetzgebung und Gerichtsverfassung einige besondere Bestimmungen erforderlich, namentlich über die Kompetenz der Handelsgerichte für Klagen gegen Nichtkaufleute aus Handelsgeschäften derselben [...]. Diese Bestimmungen werden in dem Einführungsgesetz zu treffen sein.«

<sup>123</sup> Insoweit wird der Tatbestand aus § 1047 Abs. 1 Nr. 2 des vorangegangenen Preußischen Entwurfs von 1856 unverändert übernommen. Weggelassen werden dagegen die Tatbestände aus § 1047 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3: Letzterer hatte den Weg zu den Handelsgerichten auch für Klagen gegen Nichtkaufleute eröffnet bei einem absoluten Handelsgeschäft (nach § 220). Dieses Regelungsmodell der Zuständigkeit war auch von der Berliner Sachverständigenkommission nicht beanstandet worden, vgl. SCHUBERT (Hrsg.), Protokolle (o. Fn. 28), S. 106, 108 ff. (21. Nov. 1856).

<sup>124</sup> Preußischer Entwurf, Theil II (1857), Motive zu Art. 986–989, S. 540.