

# Handelsgesetzbuch

mit Kommentar

herausgegeben von

**H. Makomer.**

---

**Dreizehnte Auflage**

bearbeitet von

**F. Makomer, Rechtsanwalt.**

**Erster Band.**

**Buch I und II (Handelsstand, Gesellschaften).**



Berlin 1906.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.



# Inhaltsübersicht.

## Erstes Buch. Handelsstand.

### Erster Abschnitt. Kaufleute.

- § 1. Kaufmann. Handelsgrundgeschäfte.
- § 2. Handelsgewerbe durch Art und Umfang.
- § 3. Land- und Forstwirtschaft. Nebengewerbe.
- § 4. Minderkaufleute.
- § 5. Wirkung der Eintragung.
- § 6. Handelsgesellschaften.
- § 7. Öffentlichrechtliche Verbote.

### Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

- § 8. Registergericht.
- § 9. Öffentlichkeit. Bescheinigungen.
- § 10. Bekanntmachung der Eintragungen.
- § 11. Bezeichnung der Blätter für Veröffentlichungen.
- § 12. Anmeldung. Zeichnung von Unterschriften.
- § 13. Zweigniederlassung.
- § 14. Ordnungsstrafe.
- § 15. Wirkung der Nichteintragung und Eintragung.
- § 16. Prozeßgericht und Handelsregister.

### Anhang zum zweiten Abschnitt.

Anszug aus dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

### Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

- § 17. I. Begriff der Firma.  
II. Bildung einer neuen Firma.
- § 18. Einzelkaufmann.
- § 19. Offene Handels- und Kommanditgesellschaft.
- § 20. Aktien- und Kommanditaktiengesellschaft.  
III. Fortführung einer bestehenden Firma.
- § 21. Namensänderung eines Geschäftsinhabers.
- § 22. Vollständiger Wechsel der Geschäftsinhaber.
- § 23. Verbot einer Veräußerung der Firma ohne das Geschäft.
- § 24. Teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaber.  
IV. Übergang der Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten.
- § 25. Erwerb unter Lebenden.

- § 26. Haftung des Verkäufers. Verjährung.
- § 27. Erwerb durch Beerbung.
- § 28. Hinzutritt eines Gesellschafters zu einem Einzelkaufmann.  
V. Anzumeldende Tatsachen.
- § 29. Neue Firma.
- § 30. Unterscheidbarkeit der Firmen.
- § 31. Änderungen, Verlegung, Erlöschen.
- § 32. Konkurs.
- § 33. Juristische Person. Neue Firma.
- § 34. Juristische Person. Änderung, Auflösung, Konkurs.
- § 35. Juristische Person. Zeichnung der Unterschrift.
- § 36. Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.
- § 37. VI. Schutz gegen widerrechtlichen Firmengebrauch.

#### Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

- § 38. I. Verpflichtung zu Aufzeichnungen.  
II. Inventar und Bilanz.
- § 39. Zeit der Aufstellung.
- § 40. Währung, Bewertung.
- § 41. Unterzeichnung, Aufbewahrung.
- § 42. Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.  
III. Buchführung und Aufbewahrungspflicht.
- § 43. Außerlichkeiten der Aufzeichnungen.
- § 44. Dauer der Aufbewahrungspflicht.  
IV. Vorlegung der Bücher.
- § 45. Vorlegung im Rechtsstreit.
- § 46. Umfang der erforderlichen Offenlegung.
- § 47. Rolle Offenlegung bei Vermögensauseinandersetzungen.

#### Fünfter Abschnitt. Procura und Handlungsvollmacht.

- I. Procura.
- § 48. Erteilung.
- § 49. Umfang der Vertretungsmacht.
- § 50. Beschränkung des gesetzlichen Umfangs.
- § 51. Zeichnung des Procuristen.
- § 52. Widerruflichkeit. Unübertragbarkeit. Tod des Procuragebers.
- § 53. Anmeldung.  
II. Handlungsvollmacht.
- § 54. Begriff. Umfang. Beschränkungen.
- § 55. Fernreisende.
- § 56. Ladenangestellte.
- § 57. Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.
- § 58. Übertragung der Handlungsvollmacht.

#### Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

- I. Handlungsgehilfen.
- § 59. Begriff. Dienste. Vergütung.
- § 60. Verbot eigenen Handels.
- § 61. Folgen der Übertretung des Verbots.
- § 62. Rücksicht auf Gesundheit, Sittlichkeit, Anstand, Religion.
- § 63. Dienstbehinderung durch unverschuldete Unglück.
- § 64. Gehaltszahlung am Monatschluß.

- § 65. Provisionsberechtigter Handlungsgehilfe.
- § 66. Gesetzliche Kündigungsfrist.
- § 67. Vertragliche Kündigungsfrist.
- § 68. Hohes Gehalt. Außereuropäische Niederlassung.
- § 69. Handlungsgehilfe zu vorübergehender Aushilfe.
- § 70. Fristlose Kündigung.
- § 71. Wichtige Kündigungsgründe des Handlungsgehilfen.
- § 72. Wichtige Kündigungsgründe des Geschäftsherrn.
- § 73. Zeugnis für den Handlungsgehilfen.
- § 74. Vertragliches Wettbewerbsverbot.
- § 75. Einfluß der Kündigung auf Wettbewerbsverbot. Vertragsstrafe.  
II. Handlungslehrlinge.
- § 76. Pflichten des Lehrherrn und des Handlungslehrlings.
- § 77. Lehrzeit. Probezeit. Kündigung.
- § 78. Übergang zu anderem Gewerbe oder Beruf.
- § 79. Ansprüche wegen unbefugten Austritts.
- § 80. Zeugnis für den Lehrling.
- § 81. Bürgerliche Ehrenrechte des Lehrenden.
- § 82. Pflichtwidrigkeit des Lehrherrn. Strafvorschrift.
- § 83. III. Andere Bedienstete des Kaufmanns.

#### Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

- § 84. Begriff des Handlungsagenten. Pflichten.
- § 85. Abschluß durch Vermittlungsagent.
- § 86. Vollmacht des Platzagenten.
- § 87. Vollmacht des fernreisenden Agenten.
- § 88. Provisionsanspruch.
- § 89. Bezirksagent.
- § 90. Kosten und Auslagen.
- § 91. Buchauszug bei Abrechnung.
- § 92. Kündigung.

#### Achter Abschnitt. Handelsmakler.

- § 93. Begriff des Handelsmaklers.
- § 94. Schlußnote.
- § 95. Vorbehalt nachträglicher Nennung des Vertragsgegners.
- § 96. Aufbewahrung von Proben.
- § 97. Mangelnde Vollmacht zur Empfangnahme.
- § 98. Verschulden des Maklers.
- § 99. Maklerlohn.
- § 100. Tagebuch.
- § 101. Auszug aus dem Tagebuch.
- § 102. Vorlegung des Tagebuchs.
- § 103. Strafvorschrift betr. Tagebuchführung und -aufbewahrung.
- § 104. Warenmakler im Kleinverehr.

### Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

#### Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

##### Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

- § 105. Begriff. Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage.
- § 106. Anmeldung bei Errichtung.

- § 107. Anmeldung bei Änderungen.
- § 108. Form der Anmeldung. Firmen- und Unterschriftszeichnung.

### Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

- § 109. I. Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Gesetz.
- § 110. II. Aufwendungen und Sonderverluste eines Gesellschafters.  
III. Pflichtverletzungen.
- § 111. Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahme.
- § 112. Verbot von Sondergeschäften.
- § 113. Folgen der Übertretung des Verbots.  
IV. Geschäftsführung.
- § 114. Geschäftsführungsbefugnis.
- § 115. Geschäftsführung durch mehr als einen Gesellschafter.
- § 116. Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.
- § 117. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis.
- § 118. Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters.
- § 119. Beschlußfassung der Gesellschafter.  
V. Gewinn, Verlust, Kapitalanteil, Entnahmen.
- § 120. Gewinn- und Verlustanteil.
- § 121. Höhe der Gewinn- und Verlustanteile.
- § 122. Verminderung des Kapitalanteils. Entnahmen.

### Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

- § 123. I. Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft.
- § 124. II. Rechtsfähigkeit.  
III. Vertretung.
- § 125. Vertretungsermächtigte.
- § 126. Umfang der Vertretungsmacht. Beschränkung des Umfangs.
- § 127. Entziehung der Vertretungsmacht.  
IV. Haftung der Gesellschafter.
- § 128. Haftung als Gesamtschuldner.
- § 129. Zulässige Einwendungen des Gesellschafters.
- § 130. Haftung neu eintretender Gesellschafter.

### Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

- I. Auflösung der Gesellschaft.
- § 131. Auflösungsgründe.
- § 132. Kündigungsfrist.
- § 133. Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund.
- § 134. Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft.
- § 135. Kündigung durch Privatgläubiger.
- § 136. Geschäftsführung nach Auflösung.
- § 137. Einstweilige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters.  
II. Ausscheiden von Gesellschaftern.
- § 138. Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag.
- § 139. Fortsetzung mit den Erben.
- § 140. Ausschließung eines Gesellschafters.
- § 141. Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters.
- § 142. III. Gesellschaft von zwei Gesellschaftern.
- § 143. IV. Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden.
- § 144. V. Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -Einstellung.

**Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.**

- § 145. Notwendigkeit der Liquidation.
- § 146. Liquidatoren.
- § 147. Abberufung von Liquidatoren.
- § 148. Anmeldung, Eintragung, Zeichnung.
- § 149. Geschäftskreis und Vertretungsmacht der Liquidatoren.
- § 150. Mehrere Liquidatoren.
- § 151. Beschränkung der Befugnisse.
- § 152. Anordnungsrecht der Beteiligten.
- § 153. Zeichnung der Liquidatoren.
- § 154. Bilanzen.
- § 155. Verteilung.
- § 156. Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation.
- § 157. Anmeldung des Erlöschens der Firma. Bücher und Papiere.
- § 158. Andere Art der Auseinandersetzung.

**Sechster Titel. Verjährung.**

- § 159. Verjährungsfrist. Beginn der Verjährung.
- § 160. Unterbrechung.

**Anhang zum ersten Abschnitt.**

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft.

**Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.**

- § 161. I. Begriff. Vorschriften über offene Handelsgesellschaft als Grundlage.
- § 162. II. Anmeldung, Bekanntmachung.
- III. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.
- § 163. Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Gesetz.
- § 164. Geschäftsführung. Procura.
- § 165. Sondergeschäfte der Kommanditisten.
- § 166. Mitteilung der Bilanz. Einsicht in Bücher und Papiere. Aufklärungen.
- § 167. Gewinn- und Verlustanteil. Begrenzte Zuschreibung des Gewinns. Begrenzung des Verlustes.
- § 168. Gewinn- und Verlustanteile.
- § 169. Kommanditist. Gewinnausszahlung; Verbot der Minderung des Kapitalanteils.
- IV. Verhältnis der Kommanditisten zu Dritten.
- § 170. Ausschluß der Vertretungsmacht.
- § 171. Haftung des Kommanditisten.
- § 172. Einlage des Kommanditisten.
- § 173. Haftung neueintretender Kommanditisten.
- § 174. Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten.
- § 175. Anmeldung der Erhöhung oder Herabsetzung der Einlage.
- § 176. Geschäftsbeginn vor Eintragung.
- § 177. V. Tod des Kommanditisten.

**Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.**

**Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.**

- § 178. Grundkapital. Beteiligung und Haftung der Gesellschafter.
- § 179. Mitgliedscheine; Unteilbarkeit; Ausgabe vor Vollzahlung.
- § 180. Mindestnennbetrag.
- § 181. Unterzeichnung der Mitgliedscheine.
- § 182. Satzung.

- § 183. Namenaktien als Regel. Umwandlung.
- § 184. Ausgabebetrag.
- § 185. Aktiengattungen.
- § 186. Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen, Gründungsaufwand.
- § 187. Gründer.
- § 188. Gleichgründung.
- § 189. Stufengründung. Zeichnung.
- § 190. Erster Aufsichtsrat und Vorstand.
- § 191. Gründererklärung.
- § 192. Prüfung des Gründungshergangs.
- § 193. Umfang der Prüfung. Prüfungsbericht.
- § 194. Meinungsverschiedenheiten, Auslagen, Vergütung.
- § 195. Anmeldung.
- § 196. Errichtungsversammlung.
- § 197. Generalversammlungen vor Eintragung.
- § 198. Eintragung.
- § 199. Bekanntmachung.
- § 200. Rechtsverhältnisse vor Eintragung.
- § 201. Zweigniederlassung: Anmeldung, Bekanntmachung, Eintragung.
- § 202. Haftung der Gründer und Mitwirkender.
- § 203. Haftung der Ankündiger.
- § 204. Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.
- § 205. Vergleiche, Verzicht bei Ansprüchen aus Gründung.
- § 206. Verjährung der Ansprüche aus Gründung.
- § 207. Nachgründung.
- § 208. Vor Eintragung vereinbarte Nachgründung.
- § 209. Richtige Mitgliedscheine.

### Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

- § 210. Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft, Handelsgesellschaft.
- § 211. Kapitaleinlagen.
- § 212. Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs.
- § 213. Vermögensrechte des Aktionärs.
- § 214. Höhe der Gewinnanteile.
- § 215. Verteilung des Reingewinns, Zinsen.
- § 216. Vergütung für wiederkehrende Leistungen.
- § 217. Gesehwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre.
- § 218. Verzögerte Einzahlung.
- § 219. Verlustigerklärung.
- § 220. Rückgriff gegen Rechtsvorgänger; Verkauf des Anteilrechts.
- § 221. Erlaß. Aufrechnung.
- § 222. Namenaktien: Eintragung im Aktienbuch, Übertragung.
- § 223. Aktienbuch; Anmeldung des Übergangs, Wirkung der Eintragung.
- § 224. Interimscheine: Eintragung im Aktienbuch, Übergang.
- § 225. Mitberechtigung am Anteilrecht.
- § 226. Erwerb oder Pfandnahme eigener Mitgliedscheine.
- § 227. Einziehung von Anteilrechten.
- § 228. Kraftloserklärung.
- § 229. Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung.
- § 230. Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine. /

Anhang zum ersten und zweiten Titel.

Entsprechende Anwendung der Vorschriften des BGB. über Inhaberschuldverschreibungen auf Inhaberaktien.



Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

I. Vorstand.

- § 231. Vertretungsmacht; Mitgliederzahl; Widerruf.
- § 232. Gesamtvertretung.
- § 233. Zeichnung.
- § 234. Anmeldung von Änderungen.
- § 235. Beschränkung der Vertretungsbefugnis oder der Vertretungsmacht.
- § 236. Verbot von Sondergeschäften.
- § 237. Gewinnanteil.
- § 238. Bestellung eines Prokuristen.
- § 239. Buchführung.
- § 240. Verlust in Höhe des halben Grundkapitals. Zahlungsunfähigkeit, Überduldung.
- § 241. Haftung der Vorstandsmitglieder.
- § 242. Stellvertreter.

II. Aufsichtsrat.

- § 243. Bestellung. Widerruf.
- § 244. Bekanntmachung von Änderungen.
- § 245. Vergütung für Tätigkeit.
- § 246. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats.
- § 247. Vertretungsmacht.
- § 248. Unvereinbare Stellungen.
- § 249. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder.

III. Generalversammlung.

- § 250. Ausübung der Gesamtrechte der Aktionäre.
- § 251. Beschlußfassung.
- § 252. Stimmrecht.
- § 253. Berufung der Generalversammlung.
- § 254. Minderheitsrecht auf Berufung oder Anfechtung.
- § 255. Form und Frist der Berufung. Aktienhinterlegung. Anmeldung zur Teilnahme.
- § 256. Tagesordnung. Anträge.
- § 257. Besondere Mitteilung durch eingeschriebenen Brief.
- § 258. Verzeichnis der Teilnehmer.
- § 259. Protokoll.

IV. Bilanz, Gewinnverteilungsbeschluß, Entlastung.

- § 260. Beschluß der Generalversammlung.
- § 261. Aufstellung der Bilanz.
- § 262. Reserverfonds.
- § 263. Auslegung der Vorlagen, Abschrift.
- § 264. Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung.
- § 265. Bekanntmachung. Einreichung.

V. Revisoren.

- § 266. Bestellung.
- § 267. Prüfung, Bericht, Kosten. Haftung der Antragsteller.

VI. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung.

- § 268. Beschluß, Minderheitsrecht, Vertretung im Rechtsstreit.
- § 269. Verfahren bei Geltendmachung gemäß Minderheitsverlangen.
- § 270. Verzicht oder Vergleich nach erfolgtem Minderheitsverlangen.

VII. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.

- § 271. Anfechtungsberechtigte. Frist.
- § 272. Verfahren bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses.
- § 273. Nichtigserklärung. Haftung der Kläger.

## Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

## I. Gemeinsame Bestimmungen.

- § 274. Beschluß. Ankündigung der Tagesordnung.
- § 275. Erforderliche Mehrheiten.
- § 276. Auferlegung wiederkehrender Leistungen.
- § 277. Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung

## II. Erhöhung des Grundkapitals.

- § 278. Erhöhungsbeschluß.
- § 279. Nicht bare Einlagen.
- § 280. Anmeldung des Beschlusses.
- § 281. Zeichnung.
- § 282. Bezugsrecht der Aktionäre.
- § 283. Zusicherung von Bezugsrechten.
- § 284. Anmeldung des Erfolgsteils. Bekanntmachung.
- § 285. Verbindung beider Anmeldungen und Eintragungen.
- § 286. Zweigregister.
- § 287. Beschränkungen vor Eintragung des Erfolgsteils.

## III. Herabsetzung des Grundkapitals.

- § 288. Herabsetzungsbeschluß.
- § 289. Anmeldung des Beschlusses. Sicherung der Gläubiger.
- § 290. Kraftloserklärung behufs Ausführung der Herabsetzung.
- § 291. Anmeldung des Erfolgsteils.

## Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

## I. Auflösung.

- § 292. Auflösungsgründe.
- § 293. Anmeldung der Auflösung.

## II. Liquidation.

- § 294. Notwendigkeit. Rechtsverhältnisse während Liquidation.
- § 295. Liquidatoren.
- § 296. Anmeldung, Eintragung, Zeichnung.
- § 297. Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger.
- § 298. Geschäftsführung und Vertretung durch Liquidatoren.
- § 299. Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht; Entlastung; Revisoren.
- § 300. Verteilung.
- § 301. Sperrzeit.
- § 302. Beendigte Liquidation.

## III. Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen.

- § 303. Allgemeine Regeln.
- § 304. Übertragung an deutsche staatliche Körperschaft.
- § 305. Übertragung an AG. oder PAAG. gegen Aktiengewährung.
- § 306. Ausschluß der Liquidation bei Übertragung gegen Aktiengewährung.
- § 307. IV. Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft.
- § 308. V. Anfechtung des Übertragungsbeschlusses nach Erlöschen der Firma.

## VI. Nichtigkeit der Gesellschaft.

- § 309. Nichtigkeitsklage.
- § 310. Heilung von Mängeln des Gesellschaftsvertrages.
- § 311. Rechtsverhältnisse der nichtigen Gesellschaft.

## Sechster Titel. Strafvorschriften.

- § 312. Untreue.
- § 313. Falsche Angaben zwecks Eintragung oder in Ankündigung.

- § 314. Unwahre Berichte, Verstöße bei Ausgabe von Mitgliedscheinen.
- § 315. Nichtbildung beschlußfähigen Aufsichtsrats. Unterbleiben des Konkursantrags.
- § 316. Fälschung von Stimmrechtsnachweisen.
- § 317. Besondere Vorteile für Stimmen in gewissem Sinn oder Nichtstimmen.
- § 318. Mißbräuchliche Benutzung fremden Anteilsrechts.
- § 319. Ordnungsstrafen.

Anhang zum dritten Abschnitt.  
Vorschriften des BGB. und des EGBGB. über Vereine.

**Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.**

- § 320. I. Begriff; Vorschriften über KG. und AG. als Grundlage.  
II. Gründung.
- § 321. Feststellung der Satzung. Gründer.
- § 322. Inhalt der Satzung.
- § 323. Zeichnungsschein. Anmeldung. Errichtungsversammlung. Eintragung.
- § 324. Nachgründung.  
III. Verfassung und Geschäftsführung.
- § 325. Anwendung von Vorschriften über den Vorstand der AG.
- § 326. Verbot von Sondergeschäften.
- § 327. Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Generalversammlung.
- § 328. Aufsichtsrat.
- § 329. Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter.  
IV. Auflösung, Ausscheiden, Liquidation.
- § 330. Auflösung. Ausscheiden.
- § 331. Liquidatoren.  
V. Umwandlung in Aktiengesellschaft.
- § 332. Umwandlungsbeschluß.
- § 333. Anmeldung. Fortbestehen als Aktiengesellschaft.
- § 334. Gläubigerschutz.

**Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.**

- § 335. Einlage des stillen, Rechtsstellung des haftenden Gesellschafters.
- § 336. Höhe des Gewinn- und Verlustanteils.
- § 337. Gewinn- und Verlustberechnung. Gewinnauszahlung, Verlustbegrenzung.
- § 338. Mitteilung der Bilanz, Einsicht in Bücher und Papiere, Aufklärungen.
- § 339. Kündigung. Tod des stillen Gesellschafters.
- § 340. Auseinandersetzung.
- § 341. Rechte des stillen im Konkurs des haftenden Gesellschafters.
- § 342. Rückgewähr oder Erlaßvertrag im letzten Jahr vor Konkursöffnung.

## Abkürzungen.

- ADG. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861 (mit späteren Änderungen bis 1896).
- AG. = Aktiengesellschaft.
- Behrend = Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886.
- BerlHandelsgebr. = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Im Auftrage des Ältesten-Kollegiums herausgegeben von Heinrich Dove und Max Apt. Berlin 1899/1900. Zweite Folge herausgegeben von Max Apt. Berlin 1905.
- BernFrachtÜb. = Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr 14 X 90.
- BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
- Bolz = A. Bolz, die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig 1886 ff.
- BreslHandelsgebr. = Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr. Im amtlichen Auftrage der Handelskammer zu Breslau bearbeitet, erläutert und herausgegeben von Conrad Ernst Riesenfeld. Breslau 1900.
- Busch = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch (und anderen). Leipzig 1863 ff.
- CosackR. = Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Konrad Cosack. 4. Aufl. Jena 1904.
- CosackH. = Lehrbuch des Handelsrechts. Von Konrad Cosack. 6. Aufl. Stuttgart 1903.
- CPD. = Civilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
- D. = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. VI. Session. 1895/97. Zu Nr. 632.
- Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens von Heinrich Dernburg. 2. Aufl. Halle a. S. 1899 ff.
- Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg. Mannheim, Bd. I: 1898, Bd. II: 1901, Bd. III: 1903.
- EGHB. = Einführungs-gesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
- E. I = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichs-Justizamt. Berlin 1896.
- E. II = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, vorgelegt dem Reichstag am 22. Januar 1897. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session. 1895/97. Nr. 632.
- EntschG. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte. Berlin 1900 ff.
- Esser = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des BGB. vom 10. Mai 1897 dargestellt und erläutert von Robert Esser und Ferdinand Esser. 2. Aufl. Berlin 1899.
- FG. = Reichs-Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
- Fuld = Das Recht der Handlungsgehilfen von Ludwig Fuld. Hannover 1897.
- G. = Gesetz.
- Gareis = Das Deutsche Handelsrecht von Karl Gareis. 7. Aufl. Berlin 1903.
- Gen. = Genossenschaft.

- GmbH. = Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
- Goldmann = Das HGB. vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) erläutert von Samuel Goldmann. Bb. 1 Berlin 1901, Bb. 2 Berlin 1901/05.
- GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preussische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts, begründet von F. A. Gruchot.
- GS. = Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten. Berlin.
- GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
- Hahn = Friedrich v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1877. Von der 4. Aufl. 1894 der erschienene Teil bis Art. 172.
- HGB. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
- HoltbeimsM Schr. = Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Paul Holtbeim, später von Heilbrunn. Berlin.
- Horrwiz = Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge von Hugo Horrwiz. 2. Aufl. Berlin 1905.
- Jacusiel = Das Recht der Agenten und Makler von Kurt Jacusiel. Berlin 1899, 1900.
- JMBL. = Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege. Berlin.
- Zimmerwahr = Das Recht der Handlungsagenten von Walter Zimmerwahr. Breslau 1900.
- JW. = Juristische Wochenschrift. Berlin.
- KAG. = Kommanditgesellschaft auf Aktien.
- KB. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des HGB. sowie den Entwurf eines GG. zu demselben. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session 1895/97. Nr. 735.
- KB. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Aktiengesetzes von 1884. Reichstagsdrucksachen. 5. Legislatur-Periode. IV. Session 1884. Nr. 128.
- Reyhner = Hugo Reyhner und A. Reyhner, Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Berlin 1900.
- KG. = Kommanditgesellschaft.
- KG. (mit folgendem Datum der Entscheidung) = Kammergericht Berlin.
- KGBL. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
- KGZ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
- KO. = Konkursordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
- Lehmann = Das Handelsgesetzbuch. Von R. Lehmann und B. Ring. Berlin 1899 ff.
- M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Zweiter Teil: Motive. Berlin 1857.
- M. = Motive zum G. vom 18. Juli 1884.
- Mosse = Handelsgesetzbuch von F. Littauer. 13. Aufl. In Verbindung mit M. Thiele und A. Cohn, herausgegeben von A. Mosse. Berlin 1905.
- oHG. = offene Handelsgesellschaft.
- OLGRspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
- Or. = Entscheidungen des Königl. Geheimen Obergerichts, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.
- Vertmann = Das Recht der Schuldverhältnisse. Erläutert von Paul Vertmann. Berlin 1899.
- Pland = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von G. Pland in Verbindung mit A. Achilles, F. André, M. Greiff, F. Ritgen, D. Strecker, R. Unzner. Berlin 2. Aufl. 1897 ff., 3. Aufl. 1903 ff.
- P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz.
- Rehm = Die Bilanzen der AG. und GmbH., KAG., Gen., Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. Von Hermann Rehm. München 1903.

- RG.** = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.  
**RG.** (mit folgendem Datum der Entscheidung) = Reichsgericht.  
**RGBl.** = Reichs-Gesetzblatt.  
**RGSt.** = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.  
**Ring** = Das Handelsgesetzbuch von K. Lehmann und B. Ring, §§ 178—334 bearbeitet von B. Ring.  
**ROh.** = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen, Stuttgart.  
**Rudorff** = HGB. vom 10. Mai 1897. Mit Erläuterungen von D. Rudorff. Stuttgart 1898.  
**Simon** = Die Bilanzen der AG. und der RAAG. Von Hermann Beit Simon. 3. Aufl. Berlin 1899.  
**Staub** = Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Von Hermann Staub. Sechste und siebente Aufl. Berlin 1900.  
**Steg.** = Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig, herausgegeben von A. Stegemann. Berlin 1871 ff.  
**StenB.** = Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines HGB. und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1897.  
**Str.** = Striethorst. Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königl. Obertribunals. Berlin.  
**Thöl** = Heinrich Thöl, das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875 ff.; Bb. III. 1. Aufl. 1880.  
**UnlW.** = Unlauterer Wettbewerb, Zeitschrift.  
**VerfO.** = Eisenbahn-Verkehrsordnung.  
**ZBl.** = Centralblatt für das Deutsche Reich.  
**Zentralorgan** = Zentralorgan für den Deutschen Handelsstand. Herausgegeben von Löh r. Köln, sodann Elberfeld 1862 ff.  
**ZHR.** = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt und anderen.  
**ZZP.** = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
-

## Entstehung des Handelsgesetzbuchs.

---

### 1. Bis zur Feststellung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.<sup>1</sup>

Bereits in den Jahren 1836 und 1846 brachte die württembergische Regierung bei Beratung der Zollvereinsstaaten eine möglichst gleichmäßige Gesetzgebung im Gebiet des Handelsrechts in Anregung.

Der erste Versuch, zu einem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch die Einleitung zu treffen, wurde von dem Reichsministerium der Justiz in Frankfurt gemacht, eine von ihm zur Fertigung eines Entwurfs berufene Kommission arbeitete über eine Anzahl von Materien des Handelsrechts Gesetzesvorschläge aus, die im Jahr 1849 im Druck veröffentlicht wurden.<sup>2</sup>

Seitens der preußischen Regierung wurden im Jahr 1850 juristische Kommissarien mit der Vorbereitung eines Handelsrechts-Entwurfs besonders befaßt, und im Mai desselben Jahres die verschiedenen Gesichtspunkte und Prinzipien in Ministerialkonferenzen mit Sachverständigen, die aus dem Handelsstand der verschiedenen Provinzen dazu entsendet waren, in spezielle Beratung genommen. Die Sache wurde sodann nach einer durch die Bearbeitung der Konkursordnung veranlaßten Unterbrechung um so angelegentlicher verfolgt, als bei den Generalkonferenzen des Zollvereins von der württembergischen und mehreren anderen Staatsregierungen der Wunsch an den Tag gelegt worden war, daß die preußische Regierung mit dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsrechts zum Zweck einer Vereinbarung der Deutschen Staaten vorgehen möge. Im Anfang des Jahres 1856 waren die Vorarbeiten bis zur Zusammenstellung eines vollständigen Entwurfs gediehen.

Am 21. Februar 1856 beantragte die bairische Regierung bei der Bundesversammlung die Niedersetzung einer Kommission zur Entwerfung und Vorlage eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten. Demgemäß beschloß die Bundesversammlung am 17. April 1856 die Niedersetzung einer

---

<sup>1</sup>) Dieser Abschnitt ist auszugsweise entnommen aus der Begründung zum Preussischen Einführungsgesetz v. 1861. — Genaueres s. in v. Hahn, Kommentar, Einleitung.

<sup>2</sup>) Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland. Frankfurt a. M. F. D. Sauerländer's Verlag, 1849.

Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten und lud die Bundesregierungen ein, Rechtsgelehrte oder Sachverständige dahin abzuordnen. Sie wählte am 18. Dezember desselben Jahres die Stadt Nürnberg zum Sitz der Konferenz.

Inzwischen wurde der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Preußen vollendet und in den Ministerien, sowie in besonderen Konferenzen, die in den Monaten Oktober bis Dezember 1856 stattfanden, einer eingehenden Beratung unterworfen. Mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Beratung ist sodann der preussische Entwurf nochmals bearbeitet und festgestellt worden.<sup>1</sup>

Die Handelsrechtskonferenz in Nürnberg wurde am 15. Januar 1857 eröffnet. Bei ihr waren durch Bevollmächtigte vertreten die Staatsregierungen von Österreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, Kurhessen, Großherzogtum Hessen, der sächsischen Herzogtümer, von Nassau, Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Anhalt-Deßau, Lübeck, Frankfurt, Bremen und Hamburg. Außer den Bevollmächtigten der einzelnen Staaten war eine erhebliche Zahl ausgezeichneten Männer des Kaufmannsstandes von den verschiedenen Regierungen, als Sachverständige zu den Konferenzen gesendet. Die Konferenz beschloß, den preussischen Entwurf zur Grundlage der Beratungen zu nehmen, dabei auch dem von der österreichischen Regierung vorgelegten Entwurf volle Beachtung zuzuwenden.

Nach 98 Sitzungen wurde am 2. Juli 1857 die Beratung der ersten drei Bücher des preussischen Entwurfs (die im wesentlichen den vier ersten Büchern des in Nürnberg zuletzt festgestellten Entwurfs und den drei ersten Büchern des Handelsgesetzbuchs von 1897 entsprechen) in erster Lesung beendet, und eine zweimonatliche Vertagung der Konferenz beschlossen, damit eine von dem Fassungsausschuß gefertigte Redaktion der bisherigen Beschlüsse den Regierungen vorgelegt, und das Material zur zweiten Lesung gesammelt werden konnte.

Zu dieser zweiten Lesung trat die Konferenz am 15. September 1857 wieder zusammen; sie schloß dieselbe am 3. März 1858. Die Ergebnisse wurden sowohl den Regierungen vorgelegt, wie auch nebst den Protokollen über die Beratung durch den Druck veröffentlicht. Es wurde vorbehalten, nach Beratung des Seerechts noch eine kurze dritte Lesung der vier ersten Bücher vorzunehmen.

Als Ort für die Verhandlungen über das Seerecht wurde Hamburg gewählt, und die Bevollmächtigten der Regierungen von Österreich, Preußen, Bayern, Hannover, der sächsischen Herzogtümer, von Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Oldenburg, Lübeck, Bremen und Hamburg traten dort am 26. April 1858 zusammen. Das Seerecht wurde ebenfalls auf der Grundlage des preussischen Entwurfs beraten; die erste Lesung war am 25. Oktober 1859 beendet, und nachdem das Ergebnis der Verhandlungen den Regierungen mitgeteilt, und das Material zu einer nochmaligen Beratung gesammelt war, die zweite und letzte Lesung des Seerechts in der Zeit vom 9. Januar bis zum 22. August 1860 durchgeführt und an diesem Tage beendet.

<sup>1</sup>) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven. Berlin 1857. R. v. Decker's Verlag.



Während der Dauer der Beratungen über das Seerecht wurde von einzelnen Regierungen, insbesondere von Württemberg und von Bayern, eine sofortige unveränderte Annahme des aus der zweiten Lesung in Nürnberg hervorgegangenen Entwurfs der ersten vier Bücher in Anregung gebracht.

In Veranlassung jener Anregungen verständigte sich die preussische Regierung mit der österreichischen und bayerischen dahin, die sämtlichen übrigen Regierungen einzuladen, daß sie die von ihnen gewünschten wesentlichen Abänderungen des Entwurfs zweiter Lesung unter Beschränkung der Erinnerungen auf das geringste Maß und unter Vermeidung von Wiederholungen an die Konferenz einsenden möchten, und daß die dritte Lesung der vier ersten Bücher auf die Erledigung dieser Erinnerungen beschränkt werde. Nachdem das Einverständnis der übrigen Regierungen nicht zweifelhaft war, wurde auf den Antrag des preussischen Bevollmächtigten am 24. Oktober 1859 auch von der Konferenz in diesem Sinn beschloffen.

Die Erinnerungen der Regierungen gingen bis zum August 1860, dem Zeitpunkt der Beendigung der Beratungen über das Seerecht, ein. Allein die Zusammenstellung derselben ergab, daß, während ein Teil der Regierungen, unter anderen insbesondere auch Oesterreich und Preußen, in Festhaltung des mit so vielen Schwierigkeiten verbundenen Ziels, ein gemeinsames Gesetzbuch zustande zu bringen, und in Würdigung des für die Gesamtheit daraus erwachsenden Vorteils sich den Mehrheitsbeschlüssen der Konferenz möglichst gefügt und gar keine oder doch nur sehr wenige Erinnerungen eingebracht hatten, von anderen Regierungen aus abweichenden Gesichtspunkten in einer für die Einigung nicht zuträglichen Weise eine sehr große Zahl von Erinnerungen aufgestellt war. Das in sehr langwierigen Verhandlungen nach zweimaliger Lesung durch Mehrheitsbeschlüsse der Bevollmächtigten unter Mitwirkung der sachverständigen Kaufleute endlich gewonnene Ergebnis erschien durch die gegen die 394 Artikel erhobenen 500 Einwendungen wesentlich gefährdet.

Von der Absicht geleitet, den Wünschen der sämtlichen Regierungen und den Bedürfnissen und berechtigten Erwartungen des Handelsstandes entgegenzukommen, führten die Regierungen von Oesterreich, Preußen und Bayern, auf Anregung der preussischen Regierung, die Sache auf den von anderen Seiten verlassenen Standpunkt zurück. Es wurde von den erwähnten drei Regierungen durch übereinstimmende Noten vom 12., 18. und 23. Oktober 1860 den sämtlichen Bundesregierungen vorgeschlagen, an dem vorliegenden Entwurf zweiter Lesung möglichst festzuhalten, in eingreifende Veränderungen der Prinzipien und des organischen Zusammenhangs nicht einzugehen, Ansichten und Vorschläge, die bereits in der Konferenz durchberaten worden, nicht zu nochmaligen Debatten und Abstimmungen wieder aufzunehmen, und Bemängelungen von Fassungen ohne praktische Bedeutung oder sonstige unerhebliche Dinge nicht zum Gegenstand von Verhandlungen des Plenums der Konferenz zu machen. Zu diesem Zweck fügten die genannten drei Regierungen ihren Noten ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen bei, welchen gegenüber an dem in zweiter Lesung beschlossenen Entwurf festgehalten, und welche daher von der dritten Lesung auszuschneiden wären, ferner ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen, welche durch einen Redaktionsauschuß zu erledigen wären.

Bei der dritten Lesung der vier ersten Bücher, die hierauf am 19. November

1860 in Nürnberg eröffnet wurde, stellte der preussische Bevollmächtigte den Antrag, es möge der Abschluß des Werks im Sinn der erwähnten Noten erfolgen. Nach Einsprache von anderen Seiten wurde von dem Präsidenten durch Umfrage festgestellt, daß die Mehrheit der in der Versammlung vertretenen Regierungen dem vorgeschlagenen Verfahren beigetreten war, und daß außerdem noch eine weitere Zahl von augenblicklich in der Versammlung nicht vertretenen Regierungen zugestimmt hatte. Die dritte Lesung fand nunmehr in dem durch die Mehrheit angenommenen Verfahren statt, und auch die Dissidentierenden nahmen, unter Wahrung aller Zuständigkeiten ihrer Regierungen, an den Beratungen und Abstimmungen regen Anteil.<sup>1</sup>

Am 12. März 1861 wurde die Konferenz in Nürnberg geschlossen und der Entwurf des Handelsgesetzbuchs der Bundesversammlung und den Bundesregierungen vorgelegt.<sup>2</sup>

## 2. Seit Verkündung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch wurde durch besondere einzelstaatliche Gesetze (in Preußen durch das Einführungs Gesetz vom 24. Juni 1861, GS. 449) im Lauf der Jahre 1861—1865 in allen einzelnen Staaten des damaligen Deutschen Bundes eingeführt mit Ausnahme von Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe und preussisches Jadegebiet.<sup>3</sup>

Durch Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 1867 (BGBI. 4) wurde festgesetzt: „Der Beaufsichtigung seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen . . . 13. die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren.“ Auf Grund dieser Bestimmung erging das Bundesgesetz v. 5. Juni 1869 (BGBI. 379). Durch dies Gesetz wurde das Handelsgesetzbuch zum Bundesgesetz erklärt und (unbeschadet des Bundesgesetzes über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867, BGBI. 35) als solches in das gesamte Bundesgebiet eingeführt (§ 1). Von den landesrechtlichen bei oder nach Einführung des Handelsgesetzbuchs erlassenen Vorschriften wurden — mit Ausnahme einiger ausdrücklich hervorgehobenen (§§ 3—5)<sup>4</sup> nur diejenigen als

<sup>1</sup>) Über das bei der dritten Lesung eingeschlagene Verfahren vgl. S. 4493 ff. und Thöl, Zur Geschichte des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Göttingen, Verlag der Dietrich'schen Buchhandlung, 1861.

<sup>2</sup>) Die Protokolle (P.) sind im Auftrag der Kommission herausgegeben von F. Luz. Würzburg 1868 ff.

<sup>3</sup>) Die meisten Einführungs Gesetze sind abgedruckt bei v. Luz, Protokolle. Die Einführung erfolgte in Holstein und Schleswig durch B. 5 VII 67 (Pr. GS. 1113), in Lauenburg durch G. 21 X 68 (Offizielles Wochenblatt für Lauenburg 473), in Schaumburg-Lippe und im Preussischen Jadegebiet durch das Bundesgesetz 5 VI 69 (BGBI. 379). Vgl. auch Pr. G. 9 III 70 (GS. 248) betr. die Einführungsbestimmungen zum A.D.H. für das Jadegebiet und die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften in dasselbe.

<sup>4</sup>) Die in § 4 jenes Gesetzes genannten Vorschriften (mit einer Ausnahme) sind auch jetzt aufrecht erhalten durch Art. 19 E.G.H.G.B. Vgl. auch Art. 21.

Landesgesetze in Kraft belassen, die nur eine Ergänzung, keine Abänderung des Handelsgesetzbuchs enthielten (§ 2). Die oben erwähnte Bestimmung des Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes wurde übernommen in Art. 4 der Verfassung v. 15. November 1870 des durch Beitritt Südhessens und Badens begründeten Deutschen Bundes (BGBl. 627) und in Art. 4 der Reichsverfassung v. 16. April 1871 (BGBl. 66); durch Gesetz vom 20. Dezbr. 1873 (RGBl. 379) wurde die Fassung des Art. 4 Nr. 13 Reichsverfassung dahin geändert, daß der Beaufsichtigung des Reiches und der Gesetzgebung desselben unterstellt wurde: „... 13. die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren.“ Das Gesetz v. 5. Juni 1869 wurde als Bundesgesetz eingeführt in Südhessen und Baden durch die Verfassung des Deutschen Bundes v. 15. November 1870 Art. 80 zu I 15 (BGBl. 627), in Württemberg durch Vertrag v. 25. November 1870 Art. 1 (BGBl. 654), und die Einführung in Bayern wurde durch Vertrag v. 23. November 1870 Art. II § 26 zu I 14, Art. III § 8 (BGBl. 71 17, 21) in Aussicht gestellt. Die vorerwähnten Vereinbarungen mit den süddeutschen Staaten wurden bestätigt im G. betr. die Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871 § 2 (BGBl. 63). Die Einführung des Gesetzes v. 5. Juni 1869 in Bayern erfolgte durch Reichsgesetz v. 22. April 1871 (BGBl. 87).

In Elsaß-Lothringen wurde das Handelsgesetzbuch eingeführt durch Reichsgesetz v. 19. Juni 1872 § 1 (Gesetzbl. für ElßLoth. 213); in Helgoland das Handelsgesetzbuch und das G. v. 5. Juni 1869 durch kaiserl. Verordnung v. 22. März 1891 Art. I zu X 1 (RGBl. 22).

Erheblichere Änderungen des Handelsgesetzbuchs durch die Bundes- und Reichsgesetzgebung erfolgten auf dem Gebiet des Aktienrechts durch die Gesetze v. 11. Juni 1870 (BGBl. 375) und 18. Juli 1884 (RGBl. 123), auf dem Gebiet des Seerechts durch das G. betr. die Nationalität der Rauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867 (BGBl. 35) und die Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872 (RGBl. 409). Die beiden letzterwähnten Gesetze wurden später ersetzt durch das G. betr. das Flaggenrecht der Rauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899 (RGBl. 319) und die Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (RGBl. 175).

An ergänzenden Gesetzen sind namentlich hervorzuheben das Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 (BGBl. 415), geändert durch G. v. 1. Mai 1889 (RGBl. 55, neue Fassung RGBl. 98 810), das Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (RGBl. 207)<sup>1</sup>, die Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. 73)<sup>2</sup>, das Gesetz betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister v. 30. März 1888 (RGBl. 129)<sup>3</sup>, das Gesetz betr. Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. April 1892 (RGBl. 477, neue Fassung RGBl. 98 846), das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt v. 15. Juni 1895 (RGBl. 301, neue Fassung RGBl. 98 868), das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei v. 15. Juni 1895 (RGBl. 341), das Börsengesetz v.

<sup>1</sup>) Geändert durch GGWB. Art. 42.

<sup>2</sup>) Geändert durch G. 30 XII 01 (RGBl. 02 1).

<sup>3</sup>) Aufgehoben durch Art. 8 Nr. 1 GGWB.

22. Juni 1896 (RGBl. 157)<sup>1</sup> und das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 (RGBl. 183).

Infolge der Neuordnung des Bürgerlichen Rechts in Deutschland durch das Bürgerliche Gesetzbuch v. 18. August 1896 (RGBl. 195) wurde eine Umarbeitung des Handelsgesetzbuchs erforderlich. Das Reichsjustizamt veröffentlichte 1896 einen „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift.“<sup>2</sup> (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf I“ bezeichnet.) Unter Berücksichtigung der erfolgten Besprechungen dieses Entwurfs und der gemachten Änderungsvorschläge wurde dann ein zweiter Entwurf im Reichsjustizamt aufgestellt und im Bundesrat beraten und demnächst mit der entsprechend geänderten Denkschrift von der Reichsregierung dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegt. (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf II“ bezeichnet, und auf diese Fassung der Denkschrift beziehen sich die Verweisungen auf letztere).<sup>3</sup> Der Entwurf wurde vom Reichstag<sup>4</sup> nach erfolgter Kommissionsberatung<sup>5</sup> mit nicht sehr erheblichen Änderungen angenommen und demnächst als Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 verkündet. Nach Art. 1 des gleichzeitig verkündeten Einführungsgesetzes trat der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898, der übrige Teil des Handelsgesetzbuchs gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, also am 1. Januar 1900, in Kraft.

<sup>1</sup>) Geändert durch Art. 14 GGGB.

<sup>2</sup>) Erschienen bei J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1896.

<sup>3</sup>) Drucksachen des Reichstags IX LP. Sess. 1895/97 Nr. 632 und zu Nr. 632.

<sup>4</sup>) Die Beratungen des Reichstages fallen in die Zeit vom 8. Februar bis 7. April 1897. Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung 1897.

<sup>5</sup>) Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sowie den Entwurf eines Einführungsgesetzes zu demselben (Drucksachen des Reichstags IX LP. Sess. 1895/97 Nr. 735 mit Zusammenstellung der Vorlage mit den Beschlüssen der Kommission).

# Erstes Buch. Handelsstand.

## Erster Abschnitt.

### Kaufleute.

#### § 1.

#### Kaufmann. Handelsgrundgeschäfte.

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

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Speditoure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

ADH. Art. 4, 271, 272 Abs. 1.

Entw. I § 1.

Entw. II § 1.

#### A. Handelsgewerbe.

I. Handelsgewerbe als grundlegender Begriff.

II. Gewerbe.

III. Handelsgewerbe.

#### B. Kaufmann.

IV. Begriff.

V. Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zum Eintragungszwang.

VI. Geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Kaufmann.

VII. Kauffrau.

#### C. Handelsgrundgeschäfte.

VIII. Allgemeines.

IX. Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren.

X. Bearbeitung oder Verarbeitung.

XI. Versicherung gegen Prämie.

XII. Bankier- und Geldwechslergeschäfte.

XIII. Beförderungsgewerbe.

XIV. Kommissionäre, Speditöre, Lagerhalter.

XV. Handlungsagenten, Handelsmäkler.

XVI. Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.

XVII. Druckereien.

## A. Handelsgewerbe.

**I. Handelsgewerbe ist der für Abgrenzung des Anwendungsgebiets des HGB. grundlegende Begriff.** Im ADH. war grundlegender Begriff: Handelsgeschäfte (Art. 271 ff.). Im HGB. wird der Begriff des Handelsgewerbes zugrunde gelegt, und dieser Begriff in den §§ 1—3 bestimmt. Auf den Begriff des Handelsgewerbes nimmt Bezug die Begriffsbestimmung des Kaufmanns (§ 1 Abs. 1) und die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte (§ 343).

## II. Gewerbe.

a. **Begriff.** Ein Gewerbe liegt nur vor, wenn die folgenden vier Merkmale gegeben sind:

1. Gewinnerzielungsabsicht muß vorliegen, der Wille darf nicht nur auf Deckung der Selbstkosten oder auf Ersparnisse (RG. 37 297) gerichtet sein. Das RG. 3 407 läßt dahingestellt, ob die auf Erlangung eines unmittelbaren Vermögensgewinns gerichtete Absicht ein wesentliches Kriterium der Gewerbemäßigkeit, ob nicht vielmehr die Absicht, die betreffenden Geschäfte gegen Entgelt auszuführen, ausreichend ist. Das RG. 30 137 verlangt eine „zum Zwecke des Erwerbes als unmittelbare Einnahmequelle betriebene dauernde Tätigkeit“. Es müsse beabsichtigt sein, daß aus der Tätigkeit selbst Einnahmen gezogen werden; es genüge nicht ein sonstiges irgendwie geartetes Interesse an der Tätigkeit (RG. 38 22). Wenn der Gewinn zufließen soll, ob dem Gewerbetreibenden oder einem Dritten, ist unerheblich. Ebenso — selbst wenn durch Satzung festgelegt — wozu der gehoffte Gewinn bestimmt ist, ob zur Verschaffung des Lebensunterhaltes oder zur Erhöhung der Einnahmen und zur Vergrößerung des Vermögens, oder zur Verwendung für gemeinnützige (RG. 24 VI 01 Entschf. 2 177), kirchliche oder öffentliche Zwecke, auch ob neben der Erzielung eines Gewinnes zugleich Wohlfahrts- oder andere öffentliche Zwecke erstrebt werden sollen (RGZ. 13 18); auch dann, wenn der Gewinnerzielungszweck erst in zweiter Reihe steht (Düringer-Hachenburg III b; dagegen Lehmann Nr. 6).

Gewerbe sind daher diejenigen Betriebe des Staates und eines öffentlichen Verbandes, bei denen Erzielung von Gewinn und Verwendung des so erzielten Gewinns für andere öffentliche Zwecke beabsichtigt ist (vgl. unten Anm. IV d 2). Hierzu gehört auch die Ausübung eines diesen Zweck verfolgenden staatlichen Herstellungs- oder Handels-Monopols, z. B. eines Staatsmonopols in Tabak (dagegen P. 1260). Aus demselben Grund ist Gewerbe derjenige Betrieb eines kirchlichen Vereins, durch den dieser Verein die Einnahmen erzielen will, die erforderlich sind, um auf anderem Gebiet die Vereinszwecke verfolgen zu können (RG. 18 IV 04 Entschf. 4 203 RGZ. 28 A 36 DQMRpr. 9 17). Betreibt ein kirchlicher Verein ein Unternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung, gleichzeitig aber auch zu dem ausgesprochenen Zweck, damit dies Unternehmen kirchlich-sittlichen oder gemeinnützigen Zwecken diene (z. B. Mütterlicher Wäschereibetrieb zur Ausbildung junger Mädchen, christliches Hospiz zur Darbietung eines Heimes mit christlicher Hausordnung an Reisende besserer Stände), so ist Tatfrage, ob der zweitemwähnte Zweck ein selbstständig erstrebter, oder ob dessen Erwähnung nur eine besondere Form der Reklame zur Unterstützung des ersteren Zweckes ist. In letzterem Fall liegt Gewerbe vor. Aber auch in ersterem Fall (vgl. RGZ. 13 18), außer wenn der zu kirchlich-sittlichen oder gemeinnützigen Zwecken und gleichzeitig zur Gewinnerzielung unterhaltene Betrieb nur einer der mehreren Zweige der Tätigkeit dieses Vereins ist und der erzielte Überschuß für die anderen rein kirchlichen Zweige verwendet wird (RG. 18 IV 04 Entschf. 4 205 RGZ. 28 A 37 DQMRpr. 9 18).

Kein Gewerbe, weil nur Deckung der ganzen oder eines Teils der Betriebskosten bezweckend, sind in der Regel die Betriebe von Sparkassen, landschaftlichen Kreditinstituten (D. 11; dagegen Düringer-Hachenburg III b) und Gegenseitigkeitsversicherungen (unten Anm. XI). Ebensovienig diejenigen Teile der Strafanstaltsbetriebe, in denen Gefangene mit gewinnbringenden Arbeiten beschäftigt werden (P. 1260). Auch nicht der Betrieb eines nichtrechtsfähigen Konsumvereins, der Waren nur an die Mit-

glieder verkauft und den hierbei erhobenen Preisaufschlag zunächst zur Deckung der Verwaltungskosten und dann zur Rückzahlung an die Mitglieder nach Verhältnis des Preises der von einem jeden bezogenen Waren verwendet (RG. 17 XII 00 Entschf. 2 21, RGZ. 21 A 77 OLGKspr. 2 123). Dagegen ist auch der Betrieb einer Spartasse Gewerbebetrieb, wenn im Einzelfall neben dem gemeinnützigen Zweck auch die Erzielung von nicht nur zur Verstärkung des Reservefonds bestimmten Überschüssen bezweckt wird, wenngleich diese Überschüsse wiederum wohlthätigen oder gemeinnützigen Zwecken zugute kommen sollen (OLG. Jena 20 XII 00 Entschf. 2 23 RGZ. 21 D 14). Kein Gewerbebetrieb ist die Herstellung guten Kriegsmaterials in eigenen Anstalten des Staates zur eigenen Verwendung, oder der Betrieb einer lediglich militärischen Zwecken dienenden Eisenbahn (RG. 37 297), überhaupt die Herstellung von Erzeugnissen, die lediglich dem eigenen Gebrauche des Erzeugenden dienen sollen, und bei denen ein Umfaß, sei es des zunächst und unmittelbar hergestellten, sei es eines unter dessen Verwendung hergestellten weiteren Erzeugnisses nicht geplant ist (RG. 37 298). Kein Gewerbe liegt in einer Herstellung zu Studienzwecken oder für den persönlichen oder häuslichen Bedarf (RG. 39 33).

Un erheblich ist, ob jedes einzelne Geschäft in dem zusammenhängenden Betrieb die Erzielung von Gewinn bezweckt (Staub Anm. 14; vgl. HGB. § 343 Anm. III 48). Ebenso, ob tatsächlich in dem betreffenden Betrieb Gewinn erzielt wird. Einerseits ist Gewerbe ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen, selbst wenn der erhoffte Ertrag nicht erzielt wird (RG. 18 IV 04 Entschf. 4 205 RGZ. 28 A 35 OLGKspr. 9 18). Andererseits ist kein Gewerbe ein zu gemeinnützigen Zwecken betriebenes Unternehmen, wenn ein Überschuß nicht als das Ergebnis einer hierauf gerichteten Willensrichtung, sondern nur als Folgeerscheinung einer vorsichtigen Wirtschaft verbleibt (RG. 18 IV 04 Entschf. 4 205 RGZ. 28 A 38 OLGKspr. 9 20).

- Un erheblich ist, ob eine öffentlich-rechtliche Pflicht zu dem betreffenden Gewerbebetrieb besteht; ein Gewerbe ist daher z. B. auch der Betrieb der Apotheker (M. 6, P. 513, RGZ. 3 10, RGSt. 24 426, OLG. Frankfurt a. D. 22 II 04 RWBl. 85; vgl. unten Anm. IV e).
2. Fortgesetztes Betreiben muß beabsichtigt sein (ROH. 14 118: „dauernde Einnahmequelle, regelmäßig, nicht bloß gelegentlich“, RG. 39 137). Sahn<sup>4</sup> Art. 4 § 10 will dieses Merkmal allein entscheiden lassen; die auf ein fortgesetztes Betreiben gerichtete Absicht ergebe sich aus der Errichtung von hierzu erforderlichen Anstalten, wie Läden, Niederlagen, Anstellung von Hilfspersonen oder aus Erklärungen, wie Annahme einer Firma, Versendung von Rundschreiben, Anmeldung zum Handelsregister. Ob fortgesetztes Betreiben beabsichtigt war, ist Tat-, nicht Rechtsfrage (ROH. 9 436, 17 158). Unter Umständen kann schon aus einem nachgewiesenen Geschäft (RG. 10 102) oder zwei mit der hinzugehörigen Abwicklungstätigkeit sich auf längere Zeit erstreckenden Geschäften (RG. 20 VI 04 OLGKspr. 9 239) hierauf geschlossen werden. Andererseits genügt nicht das Vorliegen mehrerer gleichartiger Geschäfte, bei deren jedem die Absicht auf Gewinnerzielung gerichtet war (Bolze 2 Nr. 712). Der Wille muß vielmehr von vornherein auf das Betreiben der ganzen Reihe von Geschäften gerichtet sein (RG. 38 20). Die Absicht, möglichst bald einen anderen Betrieb zu beginnen, schließt nicht aus, daß der erste, nur einstweilige Betrieb ein Gewerbebetrieb ist (RG. 15 III 99 JW. 282<sup>16</sup>). — Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob in gewissen Beziehungen ein einzelnes Rechtsgeschäft des Gewerbetreibenden, trotzdem es außerhalb des Rahmens eines bestehenden Gewerbebetriebes liegt, dennoch diesem Gewerbebetrieb zuzurechnen ist; hierüber vgl. § 343 Anm. II c 3.
3. Kundgegeben gegenüber der Allgemeinheit muß der auf fortgesetzte Gewinnerzielung gerichtete Wille sein (ROH. 22 303, RG. 9 XI 93 JW. 94 19<sup>16</sup>, Düringer-Hachenburg Anm. III c, Lehmann Nr. 7, Goldmann A Anm. 1; dagegen Staub Anm. 19, 29). Kein Gewerbebetrieb liegt daher z. B. vor, wenn jemand, der einen anderen Hauptberuf hat, durch einen Kommissionär an der Börse dauernd spekuliert. Wird der Wille des Gewerbetreibens kundgegeben, so kann ein Handelsgewerbe auch

dann vorliegen, wenn nach außen verheimlicht wird, daß Gegenstand des Gewerbebetriebes Handelsgeschäfte sind (Polze 18 Nr. 253).

4. Gegenstand des Betriebes darf nicht sein die Ausübung eines rein wissenschaftlichen oder rein künstlerischen Berufs, eines staatlichen, gemeindlichen oder kirchlichen Amtes (RÖ. 39 137). In diesen Beschäftigungszweigen überwiegt der Umsatz von Gedanken oder körperlichen Fertigkeiten des Unternehmers im Gegensatz zu einem Umsatz von Diensten Dritter oder Gegenständen; eine scharfe Grenze läßt sich allerdings nicht ziehen. Auch in diesen Berufen geht zwar in den meisten Einzelfällen die Absicht ausschließlich oder überwiegend auf Gewinnerzielung; indessen ist nach den herrschenden Anschauungen dieser Zweck doch kein so notwendig mit jenen Tätigkeiten verknüpft und kein für die nähere Art der Ausübung so ausschlaggebend, wie in anderen, insbesondere den kaufmännischen Betrieben. Rein Gewerbe im Sinne des § 50. ist hiernach z. B. der Betrieb des Rechtsanwalts (D. 11, vgl. RÖ. 39 137), des Patentanwalts (vgl. RÖ. 6 IV 04 DÖWRspr. 9 369), des Arztes (D. 11, RÖ. 6 III 02 JW. Beilage S. 228<sup>ss</sup>, RÖ. 14 I 01 Entschf. 2 25 RÖZ 21 A 251 DÖWRspr. 2 277) und des Erziehers. Indessen ist der Sprachgebrauch in dieser Beziehung kein fester; bei Auslegung gewerbepolizeilicher und steuerlicher Gesetze ist daher mitunter das Gegenteil angenommen worden; so wurde als Gewerbe erachtet bei Auslegung des Doppelbesteuerungsgesetzes der Betrieb des Arztes (RÖ. 39 137) und des Rechtsanwalts (RÖ. 55 167); dagegen nicht als Gewerbe bei Auslegung des Gewerbesteuergesetzes der Betrieb des Arztes (PrDWB. 5 V 98 DZ. 98 331). Die Gewerbeordnung ist auf den Betrieb des Rechtsanwalts nicht, auf den Betrieb des Arztes nur insoweit anwendbar, als die GewD. ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält (GewD. § 6). — Selbst wenn man aber den Betrieb des Arztes an sich nicht als Gewerbe ansieht, so wird er dennoch hierzu, und sogar zu einem Handelsgewerbe (unten Anm. III a), wenn er sich auf Unterhaltung einer Irren-, Heil- oder Pflegeanstalt gegen ein Entgelt erstreckt, das die Selbstkosten einschließlich mäßiger Verzinsung übersteigen soll (PrDWB. 5 V 98 DZ. 98 331, RÖ. 6 III 02 JW. Beilage S. 228<sup>ss</sup>, RÖ. 14 I 01 Entschf. 2 26 RÖZ. 21 A 254 DÖWRspr. 2 278, 9 XI 03 DÖWRspr. 8 89 ZfR. 55 284; dagegen DAR. 14 IV 74 ZfR. 22 275), denn hierin liegt zugleich die Ausübung einer gastwirthlichen Tätigkeit (unten Anm. IV f „Wirt“). Entsprechend bei Anstalten, in denen Schüler untergebracht und verpflegt und nebenbei auch unterrichtet werden (RÖ. 9 XI 03 DÖWRspr. 8 92 ZfR. 55 284). Dagegen liegt im Betreiben einer solchen Heil- oder Unterrichtsanstalt kein Gewerbe, wenn sie nur zur eigenen Fortbildung, zu Lehrzwecken oder für wissenschaftliche Untersuchungen unterhalten wird (RÖ. 14 I 01 Entschf. 2 27 RÖZ. 21 A 254). Entsprechend ist auch ein Schauspielunternehmen, selbst höherer Art, Gewerbe, außer wenn ausnahmsweise der Unternehmer das Theater nur betreibt, um seine sonstige literarische oder künstlerische Tätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern (DÖ. Dresden 7 VII 03 DÖWRspr. 8 249, RÖ. 26 X 03 RÖZ. 26 A 213 DÖWRspr. 8 247). Kein Gewerbe betreibt ein Architekt, der sich nur mit dem Entwurf von Bauten künstlerischer Art und der Bauleitung bei solchen Bauten beschäftigt (vgl. DÖWRspr. 9 365).
- b. Beginn des Gewerbebetriebes liegt bereits in den ersten Bestellungen und Ankäufen zwecks Weiterveräußerung (RÖSt. 27 227, § 343 Anm. II c 3); ebenso im Erbieten zur Veräußerung, z. B. durch Versendung von Proben oder Preislisten (Polze 3 Nr. 795). Schon der Abschluß eines einzigen Rechtsgeschäfts kann ein Betreiben des Gewerbes enthalten (RÖ. 10 102), z. B. unter Umständen das Unterschreiben eines einzigen Wechsels mit der Firma (RÖ. 1 132, 12 413). Im Ankauf eines Geschäfts, um es demnächst selbst zu betreiben, liegt noch kein Beginn dieses Gewerbebetriebes (vgl. § 25 Anm. III a 2, jedoch auch § 343 Anm. III 60); doch kann ein solcher Ankauf zu einem schon vorher begonnenen anderen Gewerbe gehören. Ob auch im Sinn der §§ 60, 112, 236 in Vorbereitungs-handlungen für späteren eigenen Betrieb ein Gewerbebetrieb liegt, vgl. § 60 Anm. Ib, § 112 Anm. Id; ob ein Geschäftsbeginn im Sinn des § 123,



vgl. § 123 Anm. III b; ob Handelsgeschäfte, vgl. § 343 Anm. III 60. Im Sinn des Reichsstempelgesetzes beginnt der Betrieb des Bergwerks erst mit der ersten bergmännischen Förderung (RG. 52 191). Der Beginn des „Gewerbes“ ist nach dem Sprachgebrauch des HGB. zu unterscheiden von dem Beginn eines „Geschäfts“ (§ 39 Anm. II a 2), aber gleichbedeutend mit „Beginnen der Geschäfte“ (§ 123 Anm. III b).

- c. **Aufhören des Gewerbebetriebs.** Vgl. § 22 Anm. I b 2. Der Gewerbebetrieb hört auf durch vollständige Einstellung der hierauf gerichteten Tätigkeit. So z. B. durch Konkursöffnung (RG. 13 152, Staub Anm. 24; abweichend RDJ. 19 38, Düringer-Hachenburg Anm. XV); betreibt der Gemeinschuldner nach Konkursöffnung ein Handelsgewerbe, so wird er sogleich wieder Kaufmann (§ 39 Anm. II a 1). Der Gewerbebetrieb endet nicht bereits durch Liquidation (RDJ. 22 329, 23 144, Düringer-Hachenburg Anm. XV, Staub Anm. 24; dagegen Simon, Bilanzen § 120; vgl. RDJ. 13 225), sondern erst durch Vollbeendigung der Liquidation. Die gewerbliche Tätigkeit besteht dauernd sowohl im Unternehmen neuer, wie im Liquidieren früherer Abchlüsse; auch das Liquidieren soll Gewinn bringen. Eine Liquidation ist ebenso „dauernde Gewinnquelle“ (Merkmal des Gewerbebetriebes) wie andere von vornherein zeitlich beschränkte Betriebe, z. B. ein nur für die Zeit einer Ausstellung gegründetes Unternehmen. Auch wäre die gegenteilige Ansicht nicht durchführbar für den Fall des Einzelkaufmanns, wo der bestimmte Einschnitt des Eintretens der Liquidation fehlt. Eine zwecks Erwerbs und Liquidierung eines fremden Handelsgeschäfts eingegangene Gesellschaft unternimmt daher einen Gewerbebetrieb und kann mithin offene Handelsgesellschaft sein (RDJ. 3 367; dagegen RG. 11 I 02 GoldheimsRSchr. 138). — Ist das Erlöschen einer Firma nicht eingetragen oder nicht bekannt gemacht, so kann nach § 15 derjenige, in dessen Angelegenheiten jene Tatsache einzutragen war, das Erlöschen der Firma, und mithin z. B. das Aufhören der Kaufmannseigenschaft des Betreibenden oder die Vollbeendigung der Gesellschaft, einem Dritten nicht entgegensetzen, außer wenn diesem die Tatsache bekannt war; nicht dagegen § 5 schließt den Einwand aus, daß ein Gewerbe nicht mehr bestehe (§ 5 Anm. II c 1). Über sonstige Rechtsverhältnisse bei Nichtlösung der Firma trotz Aufhörens des Gewerbebetriebs vgl. § 17 Anm. II a, § 30 Anm. II a, § 31 Anm. III b.

### III. Handelsgewerbe.

- a. **Begriff.** Die §§ 1—4, 6, 7 bestimmen, unter welchen Umständen ein Gewerbebetrieb „Handelsgewerbe“ ist, der § 5 und für weitere Fälle der § 15 schreiben vor, unter welchen Umständen trotz Nichtbestehens eines Handelsgewerbes der Einwand des Nichtbestehens nicht erhoben werden kann. Die Worte „als Handelsgewerbe gilt“ in § 1 und § 2 haben keine andere Bedeutung als „Handelsgewerbe ist“. — Trotzdem die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Handelsgewerbe ist (unten Anm. XI), sind nach PrivVUntG. §§ 16, 53 die in betreff der Kaufleute (also auch die in betreff des Handelsgewerbes) im ersten und dritten Buch des HGB. gegebenen Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1—7 entsprechend anwendbar auf die größeren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, soweit das PrivVUntG. nichts anderes bestimmt.
- b. **Handelsgewerbe vermöge Betriebs von Handelsgrundgeschäften.** Dies ist der in § 1 Abs. 2 behandelte Fall eines Handelsgewerbes. Um Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 zu sein, muß der Gewerbebetrieb die dort bezeichneten Arten von Geschäften „zum Gegenstande“ haben. Nicht genügt, daß die Handelsgrundgeschäfte nur vereinzelt oder ausnahmsweise oder nur (§ 4 Anm. II b 5, vgl. RGSt. 35 347) als nebensächliche Vorbe- reitungs- oder Ergänzungs- geschäfte für die eigentliche Gewerbetätigkeit abgeschlossen werden. Sehr weit in der Verneinung eines Handelsgewerbes geht RGSt. 21 209, dessen Ausführungen indessen wegen Änderung der Fassung des § 4 nicht unmittelbar anwendbar sind. — Andererseits kann nicht verlangt werden, daß ausschließlich oder wenigstens zum überwiegenden Teil (als Hauptberuf) Handelsgrundgeschäfte bei dem Gewerbebetrieb abgeschlossen werden (RGSt. 8 148). Es genügt, daß Handelsgrundgeschäfte unter anderen Geschäften einen regelmäßigen Teil des Gewerbebetriebes bilden mit allen Merkmalen des letzteren, namentlich also auch mit der auf Erzielung eines Gewinns durch die Handelsgrundgeschäfte gerichteten Absicht. Häufig kommt namentlich die Verbindung von Wert-

verträgen und Warenumsatzgeschäften in einem einheitlichen Gewerbebetrieb vor, z. B. im Handwerksbetrieb wenn der Handwerker bei einem Teil der erhaltenen Bestellungen den Stoff zur Herstellung des Werkes für eigene Rechnung beschafft und bei anderen, die über den Umfang des handwerksmäßigen Betriebes nicht hinausgehen, nur fremden Stoff verarbeitet. In solchen Fällen ist in der Regel der ganze Gewerbebetrieb, in Übereinstimmung mit der früheren (auf anderer Fassung des Gesetzes aufgebauten) Rechtsprechung, wenn auch im Gegensatz zum gewöhnlichen Sprachgebrauch, als Handelsgewerbe anzusehen. Ob als vollkaufmännisches, ist abhängig davon, ob der nichthandwerksmäßige Teil des Gewerbebetriebes über den Umfang des Kleingewerbes hinausreicht (§ 4 Anm. III a). Welche Arten handwerksmäßiger Betriebe hiernach als Handelsgewerbe und welche Arten von Handwerkern somit als Kaufleute zu erachten sind, vgl. unten Anm. IV f. — Über den Fall mehrerer getrennter Betriebe derselben Person, wenn nicht alle diese Betriebe handels-gewerbliche sind, vgl. unten Anm. IV b.

## B. Kaufmann.

- IV. Begriff. Nach § 1 Abs. 1 ist Kaufmann „im Sinne dieses Gesetzbuchs wer ein Handelsgewerbe betreibt“. Ferner ist Kaufmann eine AG., KAG., GmbH. oder Gen., auch wenn der Gegenstand des Betriebes kein Handelsgewerbe ist (unten zu c). Nach §§ 5, 15 kann außerdem unter Umständen jemand gegenüber bestimmtem Personen als Kaufmann gelten, ohne es zu sein.
- a. „Im Sinne dieses Gesetzbuchs“ ist der Begriff in § 1 Abs. 1 bestimmt. Indessen ist der gleiche Begriff für maßgebend zu erachten auch bei Anwendung der gleichzeitig mit dem HGB. in Kraft getretenen Gesetze, z. B. der Vorschrift des HGB. § 196 Ziff. 1 über kurze Verzählung (dagegen Lehmann Nr. 1) und gemäß Art. 3 EGHGB. (dagegen Goldmann Vorbem. II zu § 1) auch bei Anwendung älterer Gesetze, in denen die Bezeichnung „Kaufmann“ auf die Begriffsbestimmung des AGH. zurückverwies. Das HGB. § 101 Nr. 1 nennt ausdrücklich den „Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs“. Dagegen umfaßt z. B. in HGB. § 113 (neue Fassung G. 20 III 05) das Wort „Kaufmann“ jedenfalls den offenen Handelsgesellschafter und den persönlich haftenden Gesellschafter der KAG., selbst wenn man (unten Anm. IV d 3) für das HGB. das Gegenteil annehmen sollte.
- b. „Wer betreibt“ ist einschränkend auszulegen als „insoweit er betreibt“. (AGH. 11 343; D. 13: „erlangt für das Nebengewerbe die Eigenschaft eines Kaufmanns“). — Vom streng logischen Standpunkt aus könnte man allerdings sagen: Eine Person kann Kaufmann sein vermöge bestimmter Handlungen und außerdem etwas anderes vermöge bestimmter anderer Handlungen; man kann die Handlungen in bestimmte Gebiete trennen und jedes Gebiet bestimmten Regeln unterwerfen, die Person läßt sich nicht teilen; die Trennung der Handlungen in bestimmte Gebiete ist in §§ 343 ff. erfolgt; der Versuch, den Begriff des Kaufmanns dahin zu beschränken, daß jemand Kaufmann nur insoweit sei, als er ein Handelsgewerbe betreibt, beruht auf einem Hineintragen jener Unterscheidung bezüglich der Handlungen in den Begriff des Kaufmanns. — Dieser streng logische Standpunkt entspricht indessen nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, in dem es als ungebührlich empfunden wird, wenn bezüglich einer Person, die gleichzeitig mehrere Berufe hat, die Bezeichnung eines dieser Berufe und zumal eines Nebenberufes, angewendet wird auch bei Angelegenheiten, die mit diesem Beruf nichts zu tun haben, wenn z. B. ein Landwirt, der ein kaufmännisches Nebengewerbe hat, auch in seinen landwirtschaftlichen Geschäften als Kaufmann, oder wenn ein Kaufmann, der zugleich Reserveoffizier ist, auch in nicht militärischen Angelegenheiten als Reserveoffizier bezeichnet würde. Das Handelsgesetzbuch hat sich diesem gewöhnlichen Sprachgebrauch angeschlossen (vgl. den früheren Art. 5 Abs. 2: „in den Grenzen ihres Handelsbetriebes“); wo es allgemein von Pflichten „des Kaufmanns“ spricht, sind in der Regel nur die Pflichten für den Kreis seines kaufmännischen Betriebes gemeint. — Zutreffend für den Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs wäre daher, wenn man den offenen Handelsgesellschafter überhaupt als Kaufmann erachtet (dagegen unten Anm. IV d 3), die Behauptung, der offene

- Handelsgesellschafter, der nur durch die Handelsgesellschaft ein Gewerbe betreibt, sei „Kaufmann aber nicht Einzelkaufmann“ (Högl § 38, RÖG. 16 380; dahingestellt RÖG. 14 210, RÖ. 18 49). Der offene Handelsgesellschafter, der nicht noch außerdem ein Handelsgewerbe betreibt, ist daher höchstens in bezug auf seine Teilhaberschaft an der Handelsgesellschaft zur Buchführung verpflichtet (RÖSt. 31 348). Der Staat und andere öffentliche Körperschaften, die ein Handelsgewerbe betreiben, sind nicht in jeder Beziehung, sondern nur in Ansehung dieses handelsgewerblichen Betriebes Kaufleute (Volze 23 Nr. 310). -- Doch wird zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Betrieb nur unterschieden wo ersterer von letzterem getrennt ist; kommen dagegen innerhalb des selben Betriebes handelsgewerbliche und nichthandelsgewerbliche Geschäfte vor, z. B. Warenumsatzgeschäfte und nicht über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehende Bearbeitungs geschäfte, so ist der ganze Betrieb ein handelsgewerblicher (oben Anm. III b) und mithin der Gewerbetreibende bezüglich des ganzen Betriebes Kaufmann. Eine offene Handelsgesellschaft, die neben ihrem Handelsgewerbe Nichthandelsgeschäfte betreibt, bleibt auch in Ansehung der letzteren offene Handelsgesellschaft (§ 105 Anm. II c), ist aber insoweit nicht Kaufmann. — Ob der Kaufmann auch in Ansehung seiner nichtkaufmännischen Tätigkeit und des nicht betriebszugehörigen Vermögens zur Buchführung verpflichtet ist, vgl. § 38 Anm. Ia 2. Ob der Vollkaufmann, der gleichzeitig auch ein minderkaufmännisches Geschäft führt, auch für letzteres die Pflichten eines Vollkaufmanns erfüllen muß, vgl. § 4 Anm. Ib. — Daß Kaufmann nicht nur ist, wer im Hauptberuf ein Handelsgewerbe betreibt, vgl. oben Anm. III b.
- c. „Ein Handelsgewerbe“ (oben Anm. III a) muß Gegenstand (oben zu b) des Betriebes sein. Indessen ist diese Begrenzung verlassen für die Fälle der Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft. Diese Gesellschaften gelten als Kaufleute bzw. als Handelsgesellschaften (so daß also die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf sie Anwendung finden, § 6 Abs. 1) selbst dann, wenn sie kein Handelsgewerbe und sogar wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreiben (§ 6 Anm. III).
- d. „Betreibt“.
1. Im Rechtsinn betreibt, in wessen Namen betrieben wird (RÖ. 13 146). Sowohl wer selbst in eigenem Namen den Betrieb leitet, wie auch, in wessen Namen von einem anderen der Betrieb geleitet wird. In diesem Rechtsinn, nicht im Sinn einer persönlichen Tätigkeit des Geschäftsinhabers ist „betreibt“ in § 1 Abs. 1 verstanden. Betrieben wird im Namen desjenigen, für den als Geschäftsinhaber nach außen aufgetreten wird, gleichgültig, ob die Firma auf denselben oder einen anderen Namen lautet. Kein Betreiben ist ein eigenes Handeln durch einen Geschäftsunfähigen oder durch einen der erforderlichen Genehmigung entbehrenden beschränkt Geschäftsfähigen. Daß derjenige, in dessen Namen betrieben wird, Kaufmann ist, gilt auch dann, wenn der Betrieb in keinem Sinn für seine Rechnung geht (dagegen RÖ. 8 VI 03 GoldheimsMSchr. 04 49); wer zuläßt, daß in seinem Namen ein anderer ein Handelsgewerbe leitet, der betreibt dies Handelsgewerbe und haftet dem Dritten, auch wenn er im inneren Verhältnis zu dem anderen gar nicht an dem Gewerbe beteiligt ist (RÖ. 19 197, 37 61; ob er seinen Namen als Firma anmelden darf, vgl. § 18 Anm. III a), wenn er z. B. den Ertrag des Unternehmens ganz oder teilweise an andere auskehren muß, und andere ihm für Fehlbeträge einstehen (RÖ. 26 X 03 RÖG. 26 A 214). Die Haftung entspringt nicht aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, was nur eine Schadensersatzforderung zur Folge hätte, sondern aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Vertrag und der Zustimmung des Vertretenen, sich vertreten zu lassen (RÖ. 19 197). Entsprechend bei dem Betreiben eines Gewerbes unter einer Firma, die den Vertretenen als Mitgesellschafter erscheinen läßt (vgl. § 123 Anm. IV). Umgekehrt ist nicht Kaufmann wer mit Zustimmung eines anderen unter dessen Namen, wenngleich für eigene Rechnung das Handelsgewerbe leitet (vgl. § 182 Anm. II c; dagegen RÖSt. 25 121); dagegen ist er Kaufmann, wenn der andere dem Gebrauchen seines Namens nicht zugestimmt hat, vielmehr dieser Name nur zum Schein gebraucht wird, und zwar auch dann, wenn dieser Name im Handelsregister eingetragen worden ist. Die erwähnten abweichenden Entscheidungen des Reichsgerichts wären nur auf-

rechtzuhalten, falls man als maßgebend nicht erachten wollte, in wessen Namen, sondern für wessen Rechnung betrieben wird. Unerheblich ist, ob derjenige, der in eigenem Namen betreibt, Eigentümer der Betriebsmittel und Betriebsanlagen ist (RG. 26 X 03 RGZ. 26 A 214). Ebenso, ob er wirtschaftlich mehr oder weniger unselbständig ist, ob er z. B. verpflichtet ist, alle Waren von einem bestimmten anderen Kaufmann zu beziehen und diesem alle über einen bestimmten Betrag hinausgehenden Überschüsse abzuliefern (ObLG. München 4 X 01 EntschZG. 2 234 RGZ. 23 D 16 OLGHspr. 3 406).

2. Kaufmann ist der Geschäftsunfähige, der beschränkt Geschäftsfähige, die Körperschaft, der rechtsfähige Verein, die Handelsgesellschaft, in deren Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird. Kaufmann ist auch eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die ein Handelsgewerbe betreibt (§§ 36, 42), so der Staat (P. 540, 1260), z. B. als Beförderer von Gütern und Personen im Eisenbahn- und Postbetrieb (ROG. 3 405, 12 314, 15 35, 17 127, 23 11, RG. 20 122, Bolze 23 Nr. 305), als Unternehmer von Banken, Schiffsahrtbetrieben, Fabriken (D. 42), als Lagerhalter (OLG. Hamburg 2 VI 04 OLGHspr. 9 241), als Darbieter eines Kanals zur Benutzung gegen Entgelt mit der Absicht einer Gewinnerzielung (vgl. RG. 39 184), eine Gemeinde als Unternehmerin von Straßenbahnen, Gasanstalten usw. (D. 42, RGZ. 12 18). Nach ausdrücklicher, neu aufgenommenen Bestimmung (§ 452) gelten jedoch die Postverwaltungen des Reichs und der deutschen Bundesstaaten nicht als Kaufleute im Sinn des HGB. Die Reichsbank ist Kaufmann (RG. 54 332, vgl. Bankgef. § 66); ob sie uG., vgl. § 178 Anm. I a. Vereinigen sich mehrere öffentliche Körperschaften zu gemeinsamem Betrieb eines Handelsgewerbes, so ist diese Vereinigung eine Handelsgesellschaft, wenn die sonstigen Merkmale einer der Handelsgesellschaftsformen vorliegen (bezweifelt RG. 52 148 bezüglich der Preussisch-Hessischen Eisenbahngemeinschaft). Unter welchen Umständen bei öffentlichen Körperschaften das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist, vgl. oben Anm. II a 1. Die öffentliche Körperschaft ist Kaufmann nur in Ansehung des einzelnen Betriebes, der ein Handelsgewerbe enthält (oben Anm. IV b).
3. Nicht Kaufmann dagegen ist der in einem Handelsgewerbe Angestellte als solcher (RG. 44 61, RG. 2 VII 02 JW. 424<sup>20</sup>). Nicht das Vorstandsmitglied oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft. Nicht der stille Gesellschafter (P. 888). Nicht das Mitglied einer Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit. Within (§ 320 Anm. II) auch nicht der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditaktiengesellschaft (ebenso Staub § 320 Anm. 11, Lehmann Nr. 13; dagegen Düringer-Hachenburg III d, Goldmann A Anm. 2 I).

Zweifelhaft ist, ob der Gesellschafter einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Gesellschaft zur gesamten Hand, wie die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, Kaufmann ist. Das HGB. setzt die Verneinung voraus, denn in § 236 ist neben dem „Betreiben eines Handelsgewerbes“ noch besonders die „Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter“ aufgeführt, letzteres also nicht als in ersterem enthaltend angesehen. Der § 60 kann nicht für das Gegenteil angeführt werden, denn zwar ist in § 60 unter „Betreiben eines Handelsgewerbes“ das Betreiben als persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft einbegriffen (ebenso in den Bestimmungen des HGB. über das Betreiben eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau; unten Anm. VII b 4); indessen bleibt offen, ob in der Teilnahme an einer Handelsgesellschaft ein Betreiben in eigenem oder ob in fremdem Namen liegt. Nach herrschender Meinung ist der offene Handelsgesellschafter Kaufmann (ROG. 14 210, RG. 55 126, Hahn 4 Art. 4 § 5 im Gegensatz zu seiner ersten Auflage, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg III d, Lehmann Nr. 13, Goldmann A Anm. 2 I), der Kommanditist der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft nicht Kaufmann (P. 1259, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg III c, Goldmann A Anm. 2 I; dagegen Lehmann Nr. 13); doch ist es keinesfalls angängig, beides verschieden zu entscheiden, denn die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 knüpft die Eigenschaft als Kaufmann weder an die unbeschränkte Haftung (so Staub), noch an die

Zulässigkeit der Aufnahme des Namens in die Firma (so Düringer-Hachenburg und Goldmann). Geht man von der Ansicht aus, daß es gedanklich ein Umbing ist, die Summe der Gesamthandgefellschafter in Ansehung der Gesellschaftsangelegenheiten als gleichbedeutend zu behandeln mit einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Art der Gesamthandgefellschafter (§ 105 Anm. I c 2), so wird weder der offene Handgefellschafter als solcher noch der Kommanditist als solcher als Kaufmann zu erachten sein. Legt man dagegen die herrschende Meinung zugrunde, wonach der offene Handgefellschafter Kaufmann ist, so muß dies auch von dem nichtvertretungs-ermächtigten und nichtgeschäftsführungsbefugten Handgefellschafter, und auch von dem Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgefellschafter gelten, von allen Handgefellschaftern jedoch nur (oben Anm. IV b), insoweit sie durch die Gesellschaft betreiben, an sich nicht auch in ihren sonstigen Rechtsbeziehungen.

Wird namens eines nichtrechtsfähigen Vereins, einer gemeinbürgerlichen Geellschaft oder einer Erbengemeinschaft ein Handgegewerbe betrieben, so sind diese Gebilde nicht Kaufmann (so bezüglich des nichtrechtsfähigen Vereins RÖ. 2 VII 00 OLGMSpr. 1 357). Vielmehr sind Kaufleute in Ansehung dieses gemeinschaftlichen Betriebes (Anm. IV b) die Vereinsmitglieder, Handgefellschafter, bzw. Miterben. Über die Eintragungsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins vgl. § 33 Anm. II, der Erbengemeinschaft vgl. § 105 Anm. I d 2.

- e. **Von sonstigen Merkmalen ist die Kaufmannseigenschaft nicht abhängig.** Nicht allgemein (vgl. jedoch § 1 Abs. 2, 9, § 2) von einem erheblicheren Umfang des Betriebes: auch die Minderkaufleute (§ 4) sind Kaufleute; nur daß einzelne Vorschriften des HGB. auf sie nicht Anwendung finden. Nicht von einem Beitritt zu einer etwa vorhandenen kaufmännischen Körperschaft (RÖ. d. preuß. Herrenhauses 1861 S. 5). Nicht davon, daß der Gegenstand des Unternehmens sich auf bewegliche, nicht selbstgewonnene Sachen beschränkt; Kaufleute sind, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, eingetragene Unternehmer, welche nur selbstgewonnene Rohstoffe verarbeiten, z. B. in Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken, oder welche die selbstgewonnenen Rohstoffe unbearbeitet, z. B. im Betrieb von Bergbau, Brüchen, Salinen, veräußern (D. 6), ferner die Besitzer kaufmännischer Auskunfteien, größerer Leihbüchereien, die Bauunternehmer (D. 6) und Händler mit unbeweglichen Sachen (D. 6, RÖ. 9 XI 03 RÖZ. 26 A 209). Die Kaufmannseigenschaft ist ferner damit vereinbar, daß eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Ausübung des Gewerbes besteht; auch der Apotheker ist mithin Kaufmann (RÖZ. 3 10, RÖSt. 24 426, RÖ. 26 III 95 JVB. 228<sup>20</sup>; vgl. oben Anm. II a 1). Öffentlich-rechtliche Verbote oder Beschränkungen des Gewerbebetriebes schließen die Kaufmannseigenschaft des jenen Verboten Zuwiderhandelnden nicht aus (§ 7). Dasselbe muß aber auch von privatrechtlichen Verböten gelten (dagegen Staub Anm. 12), Kaufmann ist daher der gewerbsmäßige Wucherer, der gewerbsmäßige Börsen-Terminhändler in Getreide. Nicht etwa kann man sagen (so Staub a. a. O., Lehmann § 7 Nr. 4), daß überhaupt kein Gewerbe vorliege, wenn sämtliche Rechtsgeschäfte wegen bestehenden Verböts nichtig sind; denn eine solche Begründung würde nicht nur das privatrechtlich verbotene Gewerbe, sondern auch das öffentlich-rechtlich verbotene Gewerbe treffen, für das letztere ist aber diese Folgerung ausdrücklich durch § 7 ausgeschlossen.
- f. **Die einzelnen Berufe.** Aus der bisherigen Rechtsprechung und dem RÖ. ist hervorzuheben:

Apotheker ist Kaufmann (oben Anm. II a 1, IV e). Ob Apothekergehilfen Handlungsgelhilfen sind, vgl. § 59 Anm. I c.

Architekt. Vgl. § 1 Anm. II a 4.

Arzt ist nicht Kaufmann, außer soweit er in einer Anstalt zwecks Gewinnerzielung Gast- oder Speisewirtschaft betreibt (oben Anm. II a 4).

Bäcker ist Kaufmann, wenn er Mehl zum Backen und Veräußern der Backwaren ankauft (RÖSt. 4 240); doch ist er in der Regel Minderkaufmann (RÖSt. 24 356).

Bauhändler, Bauunternehmer vgl. unten Anm. IX d 3.

Beamter ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).

Buchbinder ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (R. B. 3).  
Brauereibesitzer ist Kaufmann (R. D. S. 12 97), aber unter Umständen Minderkaufmann (D. L. S.

München 16 I 03 D. L. S. R. Spr. 6 234; unten Anm. X d).

Brenner kann Handwerker sein (unten Anm. X d).

Drucker vgl. unten Anm. XVII.

Fleischer ist Kaufmann, da er Fleisch einkauft zur Weiterveräußerung in bearbeitetem oder verarbeitetem Zustand als Fleisch und Wurst. In der Regel ist er nur Handwerker und daher Minderkaufmann (R. G. Z. 9 14, 27 A 61, R. G. St. 31 178). Geht jedoch der betreffende Betrieb nicht nur nach seinem Umfang, sondern auch nach seiner Art über den handwerksmäßigen hinaus, so ist er Vollkaufmann nach § 1 Nr. 2 (unten Anm. X d 1 β), nicht (was R. G. 10 XII 00 R. G. Z. 21 A 71, 9 XI 03 R. G. Z. 27 A 63 D. L. S. R. Spr. 8 94 annimmt) nach § 2 (§ 2 Anm. I c 3 α).

Frisör ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (R. B. 3).  
Gärtner. Vgl. § 3 Anm. II a 3 β. Soweit er nur züchtet, ist er nicht Kaufmann (Anm. IX a 2, D. L. S. Hamburg 11 X 04 D. L. S. R. Spr. 10 341).

Gastwirt s. Wirt.

Geistlicher ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).

Gepäckträger. Vgl. § 458 Anm. III c.

Gerber ist Kaufmann, jedoch in der Regel Minderkaufmann (R. D. S. 2 443).

Lehrer als Inhaber eines Pensionats. Vgl. oben Anm. II a 4.

Installateur ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (R. B. 3). Ob schon dann, wenn er die anzubringenden Gegenstände liefert, vgl. unten Anm. IX d 3.

Konditor ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (R. B. 3).

Kutscher. Vgl. unten Anm. XIII d.

Lotteriekollektor ist Kaufmann (R. D. S. 23 214).

Maler. Sein Gewerbebetrieb fällt nie unter § 1 Ziff. 1, jedoch unter Umständen unter § 1 Ziff. 2 (R. G. St. 28 60; vgl. unten Anm. IX b).

Maurermeister ist Kaufmann (R. D. S. 10 251; dagegen R. G. 23 X 01 J. B. 844<sup>27</sup>; vgl. unten Anm. IX d 3), wenn er in eigenem Namen den Stoff, mit dem er seine Bauten für andere ausführt, beschafft.

Müller, der Getreide zwecks Verarbeitung und Weiterveräußerung des Mehles ankauft, ist Kaufmann (R. D. S. 11 241).

Patentanwalt. Vgl. oben Anm. II a 4.

Pfandleiher. Vgl. unten Anm. XII b 4.

Rechtsanwalt ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).

Restaurateur s. Wirt.

Rolfsfuhrunternehmer. Vgl. § 458 Anm. III d.

Schankwirt s. Wirt.

Schlosser ist Kaufmann, wenn er auf Vorrat arbeitet (R. G. 4 X 00 J. B. 754<sup>22</sup>)  
ob anders, wenn der Vorrat nur zwecks Verwendung in Bauten gefertigt, vgl. unten Anm. IX d 3.

Schmied ist nicht notwendig Kaufmann, weder nach § 1 noch nach § 2 (R. G. 51 123).

Schneider. Kaufmann, wenngleich nicht notwendig Vollkaufmann (R. G. St. 21 211), ist der Schneider, der außer den erforderlichen Zutaten auch sonstige Rohstoffe für eigene Rechnung auf Vorrat anschafft, nicht auch der Lohnschneider, selbst wenn er Zutaten (z. B. Futter und Knöpfe) selbst anschafft (R. D. S. 7 240). Ersterer aber auch dann, wenn er die Rohstoffe nicht in größerem Maßstab ankauft, als das Bedürfnis seiner Handwerkskunden es erfordert (dagegen R. G. St. 24 81).

Speisewirt s. Wirt.

Tischler ist Kaufmann, wenn er Holz auf Vorrat anschafft. Auch dann, wenn die Anschaffungen wenig umfangreich sind (R. G. 20 127).

Töpfer, der Tschalen kauft, um sie, in Bauten zu Ofen verarbeitet, weiter zu ver-

äußern, ist Kaufmann (RG. 23 X 01 JW. 844 <sup>27</sup>). Ein solcher Betrieb kann unter Umständen sogar ein vollkaufmännischer sein (RG. 57 386).

Uhrmacher, wenn er Uhren ankauft und weiterveräußert, ist insoweit Kaufmann (RGSt. 8 148). Gehen diese Umsätze nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist er nach neuem Recht Minderkaufmann (gegenteilig nach altem Recht: RGSt. 8 148).

Begebauer. Vgl. unten Anm. IX d 3.

Wirt. Kaufmann ist der Schank- oder Speisewirt, der seinen Gästen Getränke oder Speisen verabfolgt, auch wenn kein Verkauf über die Straße stattfindet (Str. 66 286, RG. 47 227, RG. 20 VI 99 JW. 494 <sup>32</sup>, Folge 9 Nr. 232, RG. 13 V 01 EntschfG. 2 132, 19 I 03 OLGPr. 6 466). Der Gastwirt als Zimmervermieter betreibt kein Handelsgrundgeschäft, ist jedoch auch in Ansehung der Gastwirtschaft (oben Anm. IV b) Kaufmann, wenn er in demselben Betrieb gleichzeitig Schank- oder Speisewirtschaft betreibt, oder wenn er, weil sein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2).

V. Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zum Eintragungszwang. Wer weder ein Handelsgrundgewerbe betreibt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann nicht Kaufmann sein (D. 8). Die Eintragung allein bewirkt nicht den Erwerb der Kaufmannseigenschaft (§ 5 Anm. II b), hat aber unter Umständen in gewisser Hinsicht ähnliche Wirkungen (§§ 5, 15). Nur wer als Kaufmann, als Vorstandsmitglied einer AG., als Geschäftsführer einer GmbH., oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen ist oder war, ist ernennbar zum Amt eines Handelsrichters (§ 113 OBG. Fassung 20 III 05). Die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes 16 V 94 finden nach dessen § 8 keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Die Abs. 1 und 2 Art. 4 des Wuchergesetzes 19 VI 93 finden nach Abs. 3 Ziff. 3 a. a. D. keine Anwendung auf den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist. — Zu unterscheiden sind:

a. Kaufleute kraft gewerblichen Betriebs von Handelsgrundgeschäften (§ 1 Abs. 2). Sie sind Kaufleute, auch wenn nicht eingetragen („*Mußkaufleute*“), außer wenn im Einzelfall das Handelsgrundgewerbe nur Nebengewerbe eines damit verbundenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes ist (§ 3).

b. Kaufleute kraft Eintragung, wenn letztere zu gewissem Betriebsinhalt oder gewisser Betriebsart hinzukommt. Unter letzteren wiederum sind zu unterscheiden:

1. Die zur Eintragung Verpflichteten („*Sollkaufleute*“). Dies sind die Unternehmer eines Gewerbes, das, ohne Handelsgrundgewerbe zu sein, einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2), mit Ausnahme des Reichs, der Bundesstaaten und der inländischen Kommunalverbände (§ 36).

2. Die zur Eintragung Berechtigten („*Kannkaufleute*“). Dies sind das Reich, die Bundesstaaten und die inländischen Kommunalverbände als Unternehmer eines Gewerbes, das, ohne Handelsgrundgewerbe zu sein, einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 36), und ferner die Unternehmer eines mit dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft verbundenen Nebengewerbes, das entweder Handelsgrundgewerbe ist oder einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3).

c. Kaufleute kraft bestimmter Vereinigungsform („*Formkaufleute*“). Über sie vgl. § 6 Anm. III.

VI. Geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Kaufmann. Vgl. Frankfurter in GoldheimsM Schr. 99 91.

a. Eigene Handlungen des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen. Geschäftsunfähige (Minderjährige bis 7 Jahr, anhaltend Geistesgestörte, wegen Geisteskrankheit Entmündigte, BGB. § 104) können durch eigene Vornahme von Rechts-

geschäften kein Handelsgewerbe betreiben (vgl. RG. 51 288). Dagegen können sie durch einen in ihrem Namen handelnden Vertreter ein Handelsgewerbe betreiben (oben Anm. IV d 1) und mithin Kaufmann sein. Beschränkt Geschäftsfähige (Minderjährige über 7 Jahr, wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte, nach BGB. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellte, BGB. §§ 106, 114) bedürfen zu Willenserklärungen, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters, des Gewaltinhabers bzw. des Vormundes. Eine Reihe solcher mit jedesmaliger Einwilligung des Vertreters erfolgender Rechtsgeschäfte kann den Betrieb eines Handelsgewerbes enthalten. Der Vertreter kann die Einwilligung aber auch allgemein erteilen. Hierüber bestimmt BGB. § 112:

„Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.“

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden.“

Führt ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne die für jedes einzelne Geschäft oder allgemein erteilte Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ein Erwerbsgeschäft, so wird er hierdurch nicht Kaufmann (RGSt. 26 94, 36 357).

- b. **Des Vertreters Handlungen.** Der Vormund und der Gewaltinhaber bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unter anderem zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist sowie zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (BGB. § 1822 Nr. 3, §§ 1643, 1686, 1897). Der Vertreter, der namens des Vertretenen einen solchen Vertrag abgeschlossen hat, ist dem Vertragsgegner nicht verpflichtet, das Seinige zur Herbeiführung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu tun (OLW. Cassel 10 X 04 OLWRspr. 10 11). Der Vormund und der Gewaltinhaber soll nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des beschränkt Geschäftsfähigen beginnen (BGB. §§ 1823, 1645, 1686, 1897), der Vormund auch ein bestehendes Erwerbsgeschäft des beschränkt Geschäftsfähigen nicht auflösen (BGB. §§ 1823, 1897). Der mehr als achtzehnjährige Mündel soll, soweit tunlich, vor Entscheidung über die einem Vormund zu erteilende Genehmigung gehört werden (BGB. §§ 1827 Abs. 2, 1897). Zur Fortführung eines dem beschränkt Geschäftsfähigen unentgeltlich erworbenen oder vor Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit gehörigen Geschäfts bedarf es keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Hat das Vormundschaftsgericht die Führung eines Erwerbsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt, so bedarf dieser dennoch für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erforderlich, kann jedoch das Vormundschaftsgericht zu bestimmten Arten der so seiner Genehmigung vorbehaltenen Rechtsgeschäfte dem Vormund und dem Gewaltinhaber die Ermächtigung allgemein erteilen (BGB. §§ 1825, 1643 Abs. 3, 1686, 1897). Da BGB. § 1645 nur eine Ordnungsvorschrift gibt („soll“), so darf das Registergericht die Eintragung der vom Vormund oder Gewaltinhaber angemeldeten Firma des im Namen des Mündels betriebenen Erwerbsgeschäfts nicht aus dem Grund ablehnen, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Betrieb fehlt (RG. 6 VI 00 EntschZ. 1 105 RGZ. 20 A 163 OLWRspr. 1 287). Wird namens eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ein Handelsgewerbe betrieben, so ist der so Vertretene als Geschäftsherr in das Handelsregister einzutragen (RG. 23 IX 01 EntschZ. 2 228 RGZ. 23 A 84). — Mit Rücksicht auf BGB. §§ 181, 1795 Abs. 2 darf ein Vertreter nicht mehrere Personen bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages unter diesen mehreren Personen vertreten (RG. 18 XI 01 EntschZ. 3 22 RGZ. 23 A 92 OLWRspr. 4 451). Ein Gesellschaftsvertrag liegt auch in der Vereinbarung über Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluß eines Gesellschafters (§ 138 Anm. II); daher können:



bei einer solchen Vereinbarung gleichfalls nicht mehrere Gesellschafter von einer Person vertreten werden (R. 13 V 01 R. 22 A 104 O. R. 20).

- c. **Das erworbene Vermögen.** Was das gewaltunterworfenen Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach BGB. § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird sein freies Vermögen (BGB. § 1651 Ziff. 1).

VII. **Kauffrau.** Vgl. Frankfurter in Goldheims Schr. 99 68, Bschimmer in B. 52 485, Ullmann in J. 02 49.

- a. **Kaufmannseigenschaft.** Die Frau, die ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Dies gilt sowohl von der unverheirateten, wie auch von der verheirateten Frau. Von der letzteren, da sie selbständig verpflichtungsfähig bleibt (BGB. §§ 1399, 1412, 1441, 1460, 1526, 1532, 1549), auch dann, wenn sie ohne Zustimmung oder gegen den Widerspruch des Ehemanns das Handelsgewerbe betreibt (ebenso Bschimmer B. 52 486). Der Handelsregisterrichter darf daher die Eintragung der Frau nicht von der Zustimmung des Ehemanns abhängig machen (Staub Allg. Einl. Anm. 67). Auch für das öffentliche Recht bestimmt Gew. D. § 11: „Das Geschlecht begründet in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes keinen Unterschied“. Vom Börsenbesuch sind Personen weiblichen Geschlechts ausgeschlossen (BörsG. § 7 Nr. 1).

- b. **Rechtsverhältnis der Kauffrau zu ihrem Ehemann.**

1. **Ehemännliche Zustimmung zum Gewerbebetrieb.** Weder das BGB. noch das B. enthält eine allgemeine Vorschrift darüber, ob die Ehefrau im Verhältnis zu ihrem Ehemann verpflichtet ist, dessen Zustimmung zu ihrem Gewerbebetrieb einzuholen. In Betracht kommt namentlich die Bestimmung des BGB. § 1354, wonach dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht (Abs. 1), die Frau jedoch nicht verpflichtet ist, dieser Entscheidung Folge zu leisten, wenn sie sich als Mißbrauch des Rechts des Ehemanns darstellt (Abs. 2). Die Frau bedarf daher grundsätzlich nicht der Zustimmung des Ehemanns zum Gewerbebetrieb. Doch darf der Ehemann dem Gewerbebetrieb der Frau widersprechen (D. 20). Dies Widerspruchsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn der Gewerbebetrieb so beschaffen ist, daß er das gemeinschaftliche eheliche Leben (BGB. § 1354 Abs. 1) nicht berührt, wenn z. B. der Gewerbebetrieb so eingerichtet ist, daß dabei die Ehefrau von jeder persönlichen Tätigkeit frei ist, oder wenn kraft eines der Ehefrau zustehenden Rechts oder mit Willen des Ehemanns keine häusliche Gemeinschaft besteht. Ein Mißbrauch des ehemännlichen Rechts wird z. B. in der Regel in der Vorenthaltung der Zustimmung zu einem Gewerbebetrieb liegen, der zwar persönliche Tätigkeit der Ehefrau erfordert, zu dem sie sich aber mit Zustimmung des Ehemanns oder gemäß BGB. § 1358 Abs. 2 ergänzter Zustimmung des Vormundschaftsgerichts verpflichtet hatte. Ist im Einzelfall die Ehefrau im Verhältnis zum Ehemann verpflichtet, den Gewerbebetrieb zu unterlassen, so wird anzunehmen sein, daß der Ehemann hierauf auch klagen (R. 11, Pland<sup>3</sup> § 1356 Anm. 4; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 7, Staub Allg. Einl. Anm. 89) kann. Denn bezüglich der Zulässigkeit einer Klage ist nirgend das Gegenteil bestimmt, vielmehr sogar ausdrücklich die weitergehende Klage auf das Tun der Herstellung des ehelichen Lebens zugelassen. Eine solche Klage auf Unterlassung ist aber nichts anderes als eine Klage aus BGB. § 1354 (R. 59 32) und folgt daher den für letztere geltenden Regeln. Daher ist ein in diesem Verfahren ergehendes Urteil auf Unterlassung des Gewerbebetriebes nicht vollstreckbar (R. 59 32), denn in dem Zwang auf Unterlassung des Gewerbebetriebes würde ein Zwang liegen, in gewisser Hinsicht das eheliche Leben herzustellen, ein solcher Zwang ist aber nach E. D. § 888 Abs. 2 unzulässig. — Der Ehemann kann eine Erklärung überhaupt unterlassen oder auch die Zustimmung ausdrücklich durch Einspruchserhebung gegen das Betreiben versagen oder endlich (außer soweit BGB. §§ 1358 Abs. 2, 1354 Abs. 2 eingreifen) eine etwa erteilte Zustimmung später mit Wirkung für die Zukunft zurücknehmen. Das Unterlassen einer Erklärung trotz Wissens des Ehemanns vom Geschäftsbetrieb der Ehefrau gilt als Einwilligung zum Geschäftsbetrieb (BGB. § 1405

Abf. 2), und zwar nicht nur im Verhältnis zu Dritten, sondern auch im Verhältnis zur Ehefrau (BGB. § 1405 Abf. 2, verglichen mit Abf. 3). Überhaupt braucht die Ehefrau keine ausdrückliche Erklärung des Ehemanns einzuholen, sondern darf zunächst das Gewerbe betreiben und abwarten, ob etwa der Ehemann Einspruch erhebt. — Das Einspruchsrecht des Ehemanns im erwähnten Umfang besteht auch, wenn schon vor Etingehung der Ehe die Ehefrau das Gewerbe betrieben hatte.

2. Ehemännliche Kündigung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen die Ehefrau einem Dritten zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet ist. Nach BGB. § 1358 kann während bestehender häuslicher Gemeinschaft der Ehemann, welcher jener Verpflichtung nicht zugestimmt hatte, auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht ermächtigt werden, die fristlose Kündigung eines solchen Rechtsverhältnisses auszusprechen, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Kündigt er nach Ermächtigung, so wirkt dies sowohl gegenüber der Ehefrau wie auch gegenüber dem Dritten; Zustimmung der Ehefrau ist auch für die Wirksamkeit gegenüber dem Dritten nicht erforderlich (ebenso Staub Allg. Einl. Anm. 99; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 8), indessen kann die Ehefrau, da sie selbständig verpflichtungsfähig ist (oben zu a), durch Vertrag mit dem Dritten sofort für ihr Verhältnis zum Dritten die Folgen der Kündigung wieder aufheben. Kündigt der Ehemann ohne Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts, so ist die Kündigung wirkungslos (vgl. BGB. §§ 111, 182); auch nachträgliche Erteilung der Ermächtigung setzt die frühere Kündigung nicht in Kraft. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ist Gegenstand der Kündigung das ganze Rechtsverhältnis, nicht etwa nur die Verpflichtung der Ehefrau zu persönlichen Leistungen (dagegen Staub Allg. Einl. Anm. 99). Als derartiges Rechtsverhältnis kann z. B. in Betracht kommen ein von der Ehefrau abgeschlossener Dienstvertrag, Werkvertrag, Agenturvertrag oder Gesellschaftsvertrag, wenn im Einzelfall damit eine Verpflichtung zu persönlicher Tätigkeit verknüpft ist (Mot. zu BGB. 4 111). Auf diesem Weg kann daher unter Umständen der Ehemann einem Gewerbebetrieb seiner Ehefrau oder ihrer Beteiligung an einem Gewerbebetrieb unmittelbar ein Ende bereiten.
3. Rechte der Ehegatten an dem nicht im Geschäftsbetrieb der Ehefrau erworbenen Teil ihres Geschäftsvermögens. Das Geschäftsvermögen der Ehefrau ist rechtlich nicht von ihrem sonstigen Vermögen abgegrenzt. Nimmt die Ehefrau, sei es bei Beginn ihres Gewerbebetriebes, sei es später, Gegenstände ihres Vermögens zur Benutzung oder sonstigen Verwendung in ihrem Gewerbebetrieb, so bleiben mithin die nach dem betreffenden Güterrecht an den einzelnen Gegenständen bestehenden Rechte des Ehemanns unverändert (Staub Allg. Einl. Anm. 72). Bei gesetzlichem Güterrecht werden daher mangels gegenteiligen Ehevertrages (BGB. § 1368) auch die Gegenstände, die zu einem von der Frau vor der Ehe betriebenen Geschäft gehören, außer soweit sie Arbeitsgeräte sind (BGB. § 1366), nicht Vorbehaltsgut (Staub a. a. O., Goldmann A. Anm. 3, Zschimmer ZfR. 52 490; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 11, der das ganze Geschäftsvermögen als „Arbeitsgerät“ behandeln will, DRG. Dresden 27 I 04 DLRGPr. 9 148, das gleichfalls das ganze Geschäftsvermögen als Vorbehaltsgut erachtet; dahingestellt RG. 59 29), sondern eingebrachtes Gut (BGB. § 1363). Jene Gegenstände, einschließlich der Arbeitsgeräte, werden bei allgemeiner Gütergemeinschaft Gesamtgut (BGB. § 1438), bei Ertrungenschaftsgemeinschaft eingebrachtes Gut (BGB. §§ 1520, 1526), bei Fahrnisgemeinschaft Gesamtgut soweit beweglich (BGB. § 1549), eingebrachtes Gut soweit unbeweglich (BGB. § 1551). An den einzelnen zum Geschäftsvermögen der Ehefrau gehörenden Gegenständen können daher verschiedene Rechte des Ehemanns bestehen.
4. Rechte der Ehegatten an dem im Geschäftsbetrieb der Ehefrau Erworbenen. Was die Frau durch den selbständigen Betrieb eines — gleichgültig, ob mit oder ohne Zustimmung ihres Ehemanns betriebenen — Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird ihr Vorbehaltsgut bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. § 1367); der Ehemann hat

keine Nutznießung an dem Erwerbsgeschäft der Ehefrau (RG. 29 IX 04 JW. 05 23<sup>23</sup>; dagegen DLG. Dresden 28 I 02 DLGRspr. 4 342, Zschimmer JSR. 52 495). Das von der Frau so Erworbene wird Gesamtgut bei allgemeiner Gütergemeinschaft (BGB. § 1438), Errungenschaftsgemeinschaft (BGB. §§ 1519, 1524 Abs. 1 Cap 2, DLG. Karlsruhe 18 II 04 DLGRspr. 9 454) und Fahrnisgemeinschaft (BGB. §§ 1549, 1554), außer — falls zum Geschäftsvermögen Vorbehaltsgut gehört — insoweit der Erwerb erfolgt auf Grund eines zu diesem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu diesem Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstandes oder durch ein auf dieses Vorbehaltsgut bezügliches Rechtsgeschäft (BGB. §§ 1370, 1440 Abs. 2, 1526 Abs. 1, 1549). Vorbehaltsgut werden daher bei gesetzlichem Güterrecht nicht etwa nur der erzielte Reingewinn, sondern alle durch den Betrieb erworbenen Vermögensgegenstände, namentlich auch die Geschäftsforderungen (Staub Allg. Einl. Anm. 76). Unter dem „selbständigen Betrieb“ ist in BGB. § 1367 — allerdings abweichend von BGB. § 112 — nichts anderes verstanden als unter „Betreiben“ (oben Anm. IV d) im § 68, nämlich ein Betreiben im Namen der Ehefrau (Staub Allg. Einl. Anm. 74; dagegen Cosack HR. § 11 III 3b) im Gegensatz zu einem Arbeiten der Frau im Geschäft des Mannes (BGB. § 1356 Abs. 2). Und zwar ist hierbei (vgl. oben Anm. IV d 3) ein Betreiben der Frau in der Eigenschaft als offener Handelsgesellschafter (DLG. Dresden 28 I 02 DLGRspr. 4 342) oder Kommanditist (§ 161 Anm. II a; dagegen DLG. Dresden 28 I 02 DLGRspr. 4 342) mitbegriffen. Nicht aber eine Beteiligung als stiller Gesellschafter (DLG. Dresden 28 I 02 DLGRspr. 4 342). Ob die Frau persönlich im Geschäft tätig und ob sie als Gesellschafter vertretungsermächtigt, ist unerheblich (DLG. Dresden a. a. D.). Sie kann auch durch einen Dritten in ihrem Namen betreiben lassen, und dieser andere kann auch der Mann sein (DLG. Dresden a. a. D., vgl. DLG. Karlsruhe 18 II 04 DLGRspr. 9 454).

5. **Gewerbebetrieb des Ehemanns im Namen und für Rechnung der Ehefrau.** Das Verwaltungsrecht des Ehemanns gibt ihm nicht die Befugnis, auf den Namen der Ehefrau ein Gewerbe zu betreiben (BGB. §§ 1375, 1443 Abs. 2, RG. 59 31; dagegen DLG. Dresden 28 I 02 DLGRspr. 4 342). Bei gesetzlichem Güterrecht kann er gegen den Willen der Frau nicht beanspruchen, daß ihm das vor der Ehe von ihr betriebene Geschäft als Ganzes zur eigenen Verwaltung überlassen werde (RG. 59 32). Er kann daher auch nicht Übertragung der Firma an ihn verlangen (RG. 59 32), und er kann nicht kraft seines ehemännlichen Rechts das Geschäft in der Weise fortführen, daß die Frau allein aus dieser Fortführung berechtigt und verpflichtet würde (RG. 59 31). Selbst wenn er den Gewerbebetrieb der Ehefrau genehmigt hat, bleibt er aber berechtigt, über die zum Geschäftsvermögen (oben b 3, 4) gehörenden eingebrachten oder Gesamtguts-Gegenstände in demselben Umfang zu verfügen wie über andere Vermögensgegenstände des Eingebachten bezw. des Gesamtguts (Staub Allg. Einl. Anm. 93; dahingestellt RG. 59 32).

#### c. Rechtsverhältnis der Ehegatten zu Dritten.

1. **Eintragung in den maßgebenden Güterrechtsregistern oder Wissen des Dritten sind erforderlich, damit gegenüber dem Dritten der Einspruch des Ehemanns gegen den Gewerbebetrieb der Frau oder der Widerruf der Einwilligung hierzu (BGB. § 1405 Abs. 3) oder eine vertragliche Ausschließung oder Änderung der Verwaltung oder Nutznießung des Ehemanns (BGB. § 1453 Abs. 1) oder die Aufhebung oder Änderung der im Güterrechtsregister eingetragenen Regelung geltend gemacht werden können.** Dem Wissen des Dritten steht nicht dessen Wissenmüssen gleich. Nur die zum Einspruch hinzukommende Eintragung dieses Einspruchs ist wirksam, nicht diese Eintragung allein; trotz Eintragung eines Einspruchs ist daher der Gewerbebetrieb ein genehmigter, wenn in Wahrheit der Ehemann keinen Einspruch erhoben, sondern z. B. als Handlungsbevollmächtigter die Ehefrau in deren Gewerbebetrieb unterstützt hat (Staub Allg. Einl. Anm. 87). Können die erwähnten Tatsachen geltend gemacht werden, so dürfen sowohl gegenüber einem zwischen dem Dritten und einem Ehegatten

vorgenommenen Rechtsgeschäft wie auch gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil Einwendungen daraus hergeleitet werden. Die Eintragung muß erfolgen in dem für den Wohnsitz des Ehemanns maßgebenden Güterrechtsregister (BGB. § 1558) und, damit eine Wirkung in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes der Ehefrau sich beziehenden Rechtsverhältnisse eintritt, auch in dem für den Ort der betreffenden Handelsniederlassung oder der Hauptniederlassung maßgebenden, etwa von dem des Wohnsitzes des Ehemanns verschiedenen Güterrechtsregister (EGBGB. Art. 4 Abs. 1). Verlegt nach der Eintragung der Mann seinen Wohnsitz oder die Frau die Handelsniederlassung oder Hauptniederlassung, so müssen die Eintragungen in dem für den neuen Ort maßgebenden Güterrechtsregister wiederholt werden (BGB. § 1559, EGBGB. Art. 4 Abs. 2).

2. Nichtkenntnis des Dritten von der Eigenschaft der Frau als Ehefrau ist unerheblich; der Dritte muß die Beschränkungen, denen die Frau nach BGB. §§ 1395—1403 unterliegt, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist (BGB. § 1404). Die Vorschriften über gutgläubigen Rechtsverkehr vom Nichtberechtigten sind nicht anwendbar (§ 366 Anm. V b 3).
3. Erweiterung der Verfügungsfähigkeit der Ehefrau durch Einwilligung des Ehemanns zu ihrem Gewerbebetrieb.

α. Gesetzliches Güterrecht. Der § 1405 Abs. 1 BGB. bestimmt:

„Erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen.“

Hiernach kann in solchem Fall, soweit der betreffende Geschäftsbetrieb es mit sich bringt, die Ehefrau, ohne Zuziehung des Ehemanns, sowohl vertragliche und einseitige dingliche Verfügungen nicht nur über vorbehaltenes, sondern auch über eingebrachtes Gut wirksam für Frau und Mann vornehmen (BGB. §§ 1405, 1395), wie auch durch andere Rechtsgeschäfte Verpflichtungen übernehmen, für die dann nicht nur ihr vorbehaltenes, sondern auch ihr eingebrachtes Vermögen haftet (BGB. § 1412). Allerdings sagt BGB. § 1405 nicht ausdrücklich, daß die zum Betrieb des Erwerbsgeschäfts gehörigen Rechtsgeschäfte auch dem Mann gegenüber wirksam sind, und man könnte zweifeln, ob BGB. § 1399 Abs. 2, der im Fall des gleichfalls die Zustimmung des Ehemanns für „nicht erforderlich“ erklärenden BGB. § 1399 Abs. 1 trotz BGB. § 1412 gilt, etwa auch neben BGB. § 1405 trotz BGB. § 1412 zur Anwendung kommt; da indessen im Fall des BGB. § 1405 dingliche Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut auch dem Mann gegenüber wirksam sind, so kann für forderungrechtliche Verfügungen der Frau keine geringere Wirksamkeit angenommen werden. Das eingebrachte (und das vorbehaltene) Gut der Frau haften auch für eine Verbindlichkeit der Frau, die nach Eingehung der Ehe infolge eines zum vorbehaltenen (oder eingebrachten) Gut gehörenden Rechts oder des Besizes einer zum vorbehaltenen (oder eingebrachten) Gut gehörenden Sache entsteht, wenn das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäft gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (BGB. § 1414). Das eingebrachte Gut haftet ferner auch dann für eine Verbindlichkeit der Frau aus einem von ihr abgeschlossenen Rechtsgeschäft, wenn der Ehemann zwar nicht zu dem ganzen Gewerbebetrieb, aber doch zu dem betreffenden Rechtsgeschäft seine Zustimmung erteilt hatte (BGB. § 1412).

β. Allgemeine Gütergemeinschaft. Der § 1452 BGB. bestimmt:

„Auf den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau finden die Vorschriften des § 1405 entsprechende Anwendung.“

Hiernach kann die Ehefrau, die mit Einwilligung des Ehemanns ein Erwerbsgeschäft betreibt, soweit der betreffende Betrieb es mit sich bringt, dingliche Verfügungen

über Vorbehaltsgut und (Pland<sup>2</sup> § 1452 Anm. 1; dagegen Cosack RR.<sup>4</sup> § 295 Nr. 1) Gesamtgut vornehmen und sich durch Rechtsgeschäfte verpflichten. Für diese Rechtsgeschäfte haftet außer dem Vorbehaltsgut der Frau auch das Gesamtgut (BGB. § 1460). Das Gesamtgut (und das Vorbehaltsgut der Frau) haften ferner für nach Eintritt der Gütergemeinschaft entstehende Verbindlichkeiten der Frau insofern eines zu ihrem Vorbehaltsgut (oder zum Gesamtgut) gehörenden Rechts oder des Besitzes einer zum Vorbehaltsgut (oder zum Gesamtgut) gehörenden Sache, wenn das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäft gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (BGB. § 1462). Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der Frau haftet auch der Ehemann persönlich als Gesamtschuldner (BGB. § 1459 Abs. 2). — Über den Sonderfall einer oHG. zwischen gütergemeinschaftlichen Ehegatten *Gildemeister* ZSR. 54 99 ff.

7. Errungenschaftsgemeinschaft. Für sie gilt dasselbe wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1519 Abs. 2, 1532, 1533, 1530 Abs. 2). Ferner haftet das eingebrachte Gut der Frau in gleicher Weise wie bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. § 1525 Abs. 2).
8. Fahrnisgemeinschaft. Für sie gilt dasselbe wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (BGB. § 1549); das eingebrachte Gut der Frau haftet in gleicher Weise wie bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. §§ 1550 Abs. 2, 1525 Abs. 2).
4. Verfügungsfähigkeit der Ehefrau bei Gewerbebetrieb ohne Einwilligung des Ehemanns in denjenigen Fällen, die nicht nach BGB. § 1405 Abs. 2 der erteilten Einwilligung gleichstehen, also wenn der Ehemann entweder in einer gegenüber dem Dritten wirksamen Weise (oben zu 1) Einspruch erhoben hat oder von dem Gewerbebetrieb nichts weiß. Die nachstehenden Regeln kommen selbst dann zur Anwendung, wenn (oben zu b 1) die Ehefrau im Verhältnis zum Ehemann auch ohne dessen Zustimmung berechtigt zum Gewerbebetrieb ist. Die Ehefrau kann dingliche Verfügungen ohne Zustimmung des Ehemanns wirksam nur über ihr Vorbehaltsgut vornehmen. Ein dinglicher Vertrag über Eingebrachtes ist, solange die Zustimmung des Ehemanns fehlt, in der Schwebe (BGB. §§ 1396, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2), und bis dahin auch für die Frau unverbindlich (RG. 54 46). Ein einseitiges Rechtsgeschäft der Frau, durch das sie ohne Einwilligung des Ehemanns über eingebrachtes Gut (dinglich) verfügt, ist unwirksam (BGB. §§ 1398, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2). Ebenso eine dingliche Verfügung der Frau über Gesamtgut (BGB. §§ 1442 Abs. 1, 1519 Abs. 2, 1549, *Gildemeister* ZSR. 54 135). Ein Rechtsgeschäft, durch das sich die Frau (sowohl derungsrechtlich) zu einer Leistung verpflichtet, ist wirksam gegenüber der Frau, aber mangels Zustimmung des Ehemanns nicht wirksam gegenüber dem Mann (BGB. §§ 1399, 1460, 1532, 1549); aus einem solchen Rechtsgeschäft haftet daher die Frau mit ihrem Vorbehaltsgut; nicht dagegen haftet das Eingebrachte und das Gesamtgut, solange beides nicht als freies Gut an die Frau zurückfällt, und zwar selbst dann nicht, wenn es zum Geschäftsvermögen (oben zu b 3, 4) der Frau gehört.
5. Rechtsstreit der Kauffrau. Die Kauffrau ist förmlich prozessfähig (CPO. § 52 Abs. 2), sie kann selbständig klagen und (vgl. RG. 39 310) verklagt werden, selbst wenn der Ehemann Einspruch gegen den Gewerbebetrieb, auf den sich der Rechtsstreit bezieht, erhoben und der Führung des Rechtsstreits nicht zugestimmt hat. Hieron ist zu unterscheiden, ob im Einzelfall die Kauffrau sachlich zur Klage ohne Zustimmung des Mannes berechtigt (aktiv legitimiert) oder in Ansehung des Gegenstandes der Klage die richtige Verklagte (passiv legitimiert) ist. Die letztere Frage ist nach den für die Verfügungsfähigkeit der Kauffrau maßgebenden Grundsätzen zu entscheiden, also verschieden, je nachdem der Ehemann zu dem Gewerbebetrieb eingewilligt hat (oben zu 3) oder nicht (oben zu 4). Hat er nicht eingewilligt, so kann insbesondere die Frau — außer wenn der Rechtsstreit bereits bei Eheschließung bzw. bei Eintritt der Gütergemeinschaft schwebt (BGB. §§ 1407 Nr. 1, 1454) — ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht, auch wenn es Teil des Geschäftsvermögens (oben zu b 3, 4) ist, in der

Regel (Ausnahmen in BGB. § 1407) nur mit Zustimmung des Mannes im Wege der Klage geltend machen (BGB. § 1400 Abs. 2), ein zum Gesamtgut gehörendes Recht nach gesetzlicher Regel (BGB. § 1443; Ausnahmen: §§ 1449, 1450) überhaupt nicht, jedoch ausnahmsweise im Einzelfall gleichfalls mit Zustimmung des Mannes (RG. 13 II 05 JW. 176<sup>20</sup>) oder unter dessen Beitritt (RG. 19 I 05 JW. 176<sup>19</sup>). Das Urteil in einem von der Frau als Klagende oder Beklagte (RG. 56 76) ohne Zustimmung des Mannes geführten Rechtsstreit ist gegenüber dem Mann unwirksam in Ansehung des Eingebrachten (BGB. § 1400 Abs. 1) und des Gesamtguts (BGB. § 1460 Abs. 1, RG. 56 77); nur haftet das Gesamtgut für die Kosten des Rechtsstreits der Frau (BGB. § 1460 Abs. 2). Die Unwirksamkeit hat die Tragweite, daß nicht nur gegenüber dem Mann keine förmliche Rechtskraft eintritt, sondern daß der Mann trotz der gegen die Frau eingetretenen Rechtskraft künftig auch sachlich noch geltend machen darf, daß der seiner Frau abgesprochene Anspruch dennoch besteht, bzw. daß der zugesprochene Anspruch gegen seine Frau dennoch nicht besteht (RG. 56 77). — Bei gesetzlicher Gütergemeinschaft haftet der Mann den Gläubigern der Frau als Gesamtschuldner für die Kosten des von der Frau allein geführten Rechtsstreits (BGB. §§ 1387 Nr. 1, 1388), falls gegenüber dem Mann das Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist (BGB. § 1416 Abs. 2).

6. Zwangsvollstreckung gegen die Kauffrau. Für die Vollstreckung in Vorbehaltsgut genügt ein gegen die Ehefrau allein ergangenes Urteil. Für die Vollstreckung in eingebrachtes Gut ist in der Regel die Verurteilung der Ehefrau zur Leistung und die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich (EPO. § 739), für die Vollstreckung in Gesamtgut ist in der Regel die Verurteilung des Ehemanns erforderlich und genügend (EPO. § 740). Eine Ausnahme von den Regeln der §§ 739, 740 EPO. bestimmt EPO. §§ 741, 774:

§ 741: „Betreibt die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ein gegen die Ehefrau ergangenes Urteil genügend, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch des Ehemanns gegen den Betrieb des Erwerbsgeschäfts oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb im Güterrechtsregister eingetragen war.“

§ 774: „Findet nach § 741 die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau oder in das Gesamtgut statt, so kann der Ehemann nach Maßgabe des § 771 Widerspruch erheben, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtguts ihm gegenüber unwirksam ist.“

Indem § 741 EPO. die Erlangung eines Urteils nur gegen die Ehefrau für „genügend“ erklärt, schließt er nicht aus, daß der Gläubiger nach der Regel des § 739 EPO. auch ein Urteil gegen den Ehemann sich verschafft; auch der Ehemann einer Ehefrau, die selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, muß sich gefallen lassen, auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt zu werden (RG. 9 III 03 RWB. 05 5). — Der Fall des § 774 EPO., daß trotz bei Rechtshängigkeit nicht erfolgter Eintragung des Einspruchs das gegen die Frau ergangene Urteil nicht wirksam gegenüber dem Ehemann ist, liegt z. B. vor, wenn dem Rechtsstreitgegner der Ehefrau der nicht eingetragene Einspruch bekannt war (BGB. §§ 1435, 1405 Abs. 3), oder (Staub Allg. Einl. Anm. 80) wenn zwar nicht mehr bei Eintritt der Rechtshängigkeit aber zu dem früheren Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts der Einspruch des Ehemanns im Güterrechtsregister eingetragen und auch zu dem betreffenden einzelnen Rechtsgeschäft der Ehemann keine Zustimmung erteilt hatte. — In dem gegen die Ehefrau auf Leistung und gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung angestellten Rechtsstreit ist die Streitgenossenschaft der Ehefrau und des Ehemanns keine notwendige (RG. 21 XI 04 JW. 05 49<sup>21</sup>).

7. Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann in das Geschäftsvermögen (oben b 3, 4) der Frau ist unzulässig insoweit dies Geschäftsvermögen aus Vorbe-

haltenem und Eingebraehtem, dagegen zulässig in soweit es aus Gesamtgut besteht. Wird trotzdem auf Grund eines nur gegen den Mann lautenden Schuldtitels Vorbehaltenes oder Eingebraehtes der Frau gepfändet, so kann sie Widerspruchsklage erheben (E. P. D. § 771). Ob sie, falls die Pfändung in ihrem besonderen Geschäftsraum geschieht, außerdem auch eine Einwendung gegen die Art der Zwangsvollstreckung (E. P. D. § 766) mit Erfolg erheben kann (verneinend Goldmann A Anm. 3), hängt davon ab (E. P. D. §§ 808, 809), ob im Einzelfall der Ehemann Mitbesitz an jenem besonderen Geschäftsraum hat. Staub Allg. Einl. Anm. 97 will den Mitbesitz des Ehemanns allgemein verneinen, außer wenn die Frau nur zum Schein als Geschäftsinhaberin auftritt. Indessen können die Einzelfälle verschieden liegen; in der Regel wird entscheidend sein, ob der Mietvertrag bezüglich des Geschäftsraums auch auf den Namen des Mannes lautet. Ist dies der Fall, so ist eine Einwendung der Frau gegen die Art der Zwangsvollstreckung nicht für gerechtfertigt zu erachten.

d. **Ausländischem Güterrecht unterliegende Kaufrau.** Für deren Gewerbebetrieb im Inlande sind maßgebend E. P. D. B. Art. 15, 16, Gew. D. § 11 a. Der § 11 a Gew. D. bestimmt:

„Betreibt eine Ehefrau, für deren güterrechtliche Verhältnisse ausländische Gesetze maßgebend sind, im Inlande selbständig ein Gewerbe, so ist es auf ihre Geschäftsfähigkeit in Angelegenheiten des Gewerbes ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist.“

Soweit die Frau in Folge des Güterstandes in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt ist, finden die Vorschriften des § 1405 des B. G. Anwendung. Hat die Frau ihren Wohnsitz nicht im Inlande, so ist der Einpruch des Mannes gegen den Betrieb des Gewerbes und der Widerruf der erteilten Einwilligung in das Güterrechtsregister des Bezirkes einzutragen, in welchem das Gewerbe betrieben wird.

Betreibt die Frau das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes oder gibt die Einwilligung nach § 1405 Abs. 2 des B. G. als erteilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetrieb ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen.“

### C. Handelsgrundgeschäfte.

VIII. **Allgemeines.** Handelsgrundgeschäfte sind diejenigen Geschäfte deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ohne Rücksicht darauf darstellt, ob der Betreibende im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Die Aufzählung im § 1 Abs. 2 (vgl. Art. 2, 212 Preuß. Entwurf v. 1857) entspricht im wesentlichen der Zusammenstellung im früheren A. D. G. Art. 271 (absolute Handelsgeschäfte) und Art. 272 (relative Handelsgeschäfte) unter Beseitigung des Unterschiedes zwischen absoluten und relativen Handelsgeschäften. Neu hinzugefügt sind die Geschäfte der Schlepsschiffahrtunternehmer und der Lagerhausunternehmer. Einzelne Gewerbebetriebe können gleichzeitig unter mehrere der in § 1 Abs. 2 aufgeführten Handelsgrundgewerbsarten fallen, z. B. Anschaffungs geschäfte in Wertpapieren unter Ziff. 1, 4 und 6, Anschaffungs geschäfte in Büchern unter Ziff. 1 und 8. — Die Aufzählung der Handelsgrundgeschäfte in § 1 ist erschöpfend und keiner ausdehnenden Auslegung fähig (R. G. 30 IX 01 Entsch. F. G. 2 230). — Das einzelne Handelsgrundgeschäft braucht nicht Handelsgeschäft zu sein; es ist dies dann nicht, wenn es im Einzelfall nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört.

IX. **Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren (Art. 1).**

a. **Anschaffung** ist jeder abgeleitete entgeltliche Erwerb zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden (W. Z. N. O. 31 18; vgl. R. G. 45 101). Unter „Anschaffung“ ist also nicht das dem Eigentumserwerb zugrund liegende forderungsrechtliche Rechtsgeschäft (Anschaffungs geschäft) verstanden (R. G. 52 323, 56 431; dagegen Goldmann B Anm. 2, R. G. 38 31). Tatsächlich sind nur wenige Arten der nachstehend aufgeführten Anschaffungs geschäfte regelmässiger Gegenstand eines Gewerbebetriebes.

1. **Anschaffungs geschäfte**, d. h. auf Anschaffung gerichtete Rechtsgeschäfte sind nach obiger Begriffsbestimmung z. B. folgende Geschäfte: Kauf auf Seite des Käufers; ins-

besondere auch ein Reportgeschäft (RG. 19 145). Kauf (RG. 38 31). Werkvertrag auf Seite des Bestellers; jedoch nur, wenn Gegenstand des Werkvertrages die Herstellung oder Veränderung einer Sache (unten d 1) ist. Auf Seite des Pfandnehmers uneigentliche Verpfändung (RG. 21 36), d. h. ein Verpfändungs-(Sombard-)geschäft, bei dem der Empfänger befugt ist, statt der empfangenen Gegenstände andere gleicher Art zurückzugewähren. Auf Seite des Leihers, Mieters oder Verwahrers (Depotnehmers) uneigentliche Leihe, Miete oder Verwahrung (RG. 42 14). Auf Seite des Kommittenten die Einkaufskommission (RG. 9 VII 04 JW. 496<sup>20</sup>). Annahme an Zahlungsstatt (RGSt. 11 148, 20 50), z. B. eine solche Annahme von Wechseln (RGSt. 11 148).

2. Keine Anschaffung liegt z. B. im Erwerb von Todes wegen, in den Arten des ursprünglichen Eigentumserwerbes (Aneignung, Fruchtziehung, Gewinnung von Rohstoffen usw.), unentgeltlichem Erwerb, einem Erwerb bloßer Gebrauchsrechte (WZS. RG. 31 18). Daß die Gewinnung von Rohstoffen (z. B. Ziegelerde, gebrochene Steine, Bernstein, Erzeugnisse des Bergbaus) keine Anschaffung sei, ist durch die Rechtsprechung erst allmählich festgestellt worden (näheres Auflage 11 dieses Kommentars Anm. 3b zu Art. 271, R.D.F. 9 192, RG. 6 8, 50 157, 51 112). So auch, wenn der Eigentümer des Grundstücks nicht selbst die Rohstoffe vom Grundstück trennt, sondern die Trennung durch einen Unternehmer besorgen läßt (R.D.F. 15 237). Ebenso, wenn das Grundstück, aus dem die Gewinnung erfolgt, ein fremdes ist (RG. 50 157). Daher liegt keine Anschaffung in der Gewinnung von Rohstoffen aus einem zu diesem Zweck erpachteten fremden Grundstück (RG. 6 5); denn der Pachtvertrag als Ganzes ergreift eine unbewegliche Sache und kann nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt eines Anschaffungsgeschäfts hinsichtlich der bei Trennung beweglich werdenden Bestandteile oder Früchte aufgefaßt werden (unten zu d3). Dagegen liegt in dem Kauf der aus einem fremden Grundstück zu gewinnenden Rohstoffe (RG. 29 I 02 JW. Weil. 02 202) ein Anschaffungsgeschäft über eine bewegliche Sache (unten zu d3) selbst dann (dagegen RG. 27 263), wenn Selbstgewinnung durch den Käufer vereinbart ist. Ob ersteres oder letzteres gewollt, ist Tatfrage; für die Vertragsauslegung ist erheblich namentlich, in welchem Umfang Verfügungsrechte am Grundstück eingeräumt sind, und ob der Preis unter Wegnahme auf die Zeitdauer oder auf die Menge der entnommenen Rohstoffe bestimmt ist. — Der Gewerbebetrieb der Invertehrbringer von Rohstoffen wird aber in vielen Fällen dem § 2 unterstehen (Beispiel: RG. 1 VII 04 JW. 475<sup>20</sup>). — Kein Anschaffungsgeschäft liegt in einem eigentlichen Verpfändungsgeschäft, selbst wenn dem Pfandnehmer bei Ausbleiben der Tilgung der Schuld das Recht der Veräußerung zusteht (RG. 21 36). Nicht in einer Annahme von Wechseln zur Einziehung (RG. 11 149). Nicht in der Annahme von Gegenständen, die in Erfüllung einer auf Hingabe wahlweise von Geld oder Gegenständen gerichteten früher begründeten Verpflichtung des Vertragsgegners seitens des letzteren übergeben werden (RGSt. 20 51). Nicht in einem Rechtsgeschäft, bei dem die Sache, die Gegenstand des Geschäfts ist, nicht bereits vorher, schon als solche rechtlich bestehend, sich in fremdem Eigentum befunden hat (RG. 39 128). Nicht daher liegt ein Anschaffungsgeschäft in einer Übernahme von Gesellschaftsanteilen bei Errichtung einer Gesellschaft oder bei späterem Beitritt mit hierbei neuerschaffenen Anteilrecht. Bei der AG. also nicht bei Gleichgründung (WZS. RG. 31 20), Stufengründung und Kapitalserhöhung (Staub Anm. 34); die im Reichsstempelgesetz 27 IV 94/14 VI 00 Tarif 4a Abs. 2 im Gegensatz zur Entscheidung RG. 31 18 erfolgte Gleichstellung der Grundkapitalübernahme bei Errichtung der AG. mit einem Anschaffungsgeschäft gilt nicht auch für den im HGB. verwendeten Begriff der Anschaffung (RG. 41 140, 51 355, 52 323).
- b) **Weiterveräußerung** wird vermöge der Zusammenstellung mit Anschaffung in entsprechender Weise auszulegen sein als jede entgeltliche Übertragung von Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Ein auf Herstellung einer Sache (unten d 1) gerichteter Werkvertrag ist hiernach auf Seite des Unternehmers Weiterveräußerungsgeschäft, wenn dieser die Beschaffung des Stoffes übernimmt hat, und zwar gleichgültig, ob die herzustellende



Sache vertretbar oder nicht vertretbar (vgl. BGB. § 651, HGB. § 381) ist. Nicht jedoch, wenn der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Nebensachen (BGB. § 651 Abs. 2) zu beschaffen hat (vgl. BGB. § 651 Abs. 2). Keine Weiterveräußerung liegt, da die Farben nur Zutaten sind, in der Lieferung von Malerarbeiten (RGSt. 28 60).

- c. Anschaffung und Weiterveräußerung müssen Gegenstand des Gewerbebetriebes sein, nicht eines ohne das andere; es muß ein Umsatz stattfinden. Nicht hierher gehören daher Gewerbebetriebe, in denen Anschaffungen erfolgen zum Zweck eigener Benutzung des An-  
geschafften (z. B. zwecks Gebrauchs im eigenen Betrieb, RDH. 11 342, 22 117, RG. 42 236) oder zum Zweck der Überlassung des Gebrauchs, nicht des Eigentums, an andere (z. B. bei Anschaffungen von Gastwirten zu Zwecken der Beherbergung, RDH. 22 329; von Büchern oder anderen Gegenständen zum Verleihen, RDH. 23 400 oder bei Anschaffungen zum Zweck nicht der Veräußerung sondern nur der Versändung, Bolze 23 Nr. 311 a). Eben-  
sowenig Gewerbebetriebe, in denen Veräußerungen erfolgen sollen ohne Anschaffung, z. B. bei Erzeugung von Rohstoffen (oben zu a 2). Unerheblich dagegen ist, in welcher Reihenfolge die Anschaffung und Weiterveräußerung in der Regel erfolgt, ob erstere der letzteren zeitlich vorhergeht oder nachfolgt. Das Wort „Weiterveräußerung“ statt „Veräußerung“ (vgl. § 93) ist nicht gewählt, um zu betonen, daß die Veräußerung zeitlich der Anschaffung folgen muß, sondern deutet (im Anschluß an die Fassung des früheren Art. 271 Nr. 1 RDH.) nur an, daß der Anschaffende die Durchgangsperson ist.

d. **Bewegliche Sachen (Waren).**

1. Sache ist nach BGB. § 90 nur ein körperlicher Gegenstand. Diese Bedeutung ist auch für das HGB. zugrund zu legen (vgl. RG. 26 44, 47 106). Keine Sache in diesem Sinn ist ein Recht, z. B. ein Anteilrecht an einer Gesellschaft, ein Patentrecht oder sonstiges Urheberrecht, ein Firmenrecht. Der Inhalt eines Buches ist keine Sache, weder bearbeitetes oder verarbeitetes Papier, noch verarbeitete Handschrift (RG. 5 67). Eine Sache ist z. B. auch das zugeleitete Wasser oder Gas (RG. 17 273). Ebenso ein körperlicher Gegenstand, dessen Hauptwert in seiner auf der Stoffbeschaffenheit beruhenden (chemischen) Spannung liegt, z. B. das verkaufte Dynamit. Nicht aber die übermittelte auf äußeren Einwirkungen beruhende (physikalische) Spannung (z. B. elektrischer Strom, RGSt. 32 180, vgl. jedoch RG. 17 272, 56 404), selbst wenn sie mit einem an sich wertlosen Körper verbunden ist (z. B. Dampfkraft). Ein Vertrag über Lieferung von Elektrizität oder Dampfkraft ist nicht als Kauf, noch überhaupt als Anschaffung, sondern je nach dem näheren Vertragsinhalt als Dienst- oder als Werkvertrag aufzufassen.
2. Waren sind alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, und hierzu müssen an sich alle Arten beweglicher Sachen gerechnet werden (D. 10, RGSt. 13 440), also z. B. auch Edelmetalle, Geldsorten, Schiffe (D. 75). Geld z. B., wenn es sich um Ankauf ausländischer Geldsorten (M. 59 zum BÜrG.; anders BÜrG. § 80), von Münzen für Sammler oder zur Verarbeitung durch den Goldschmied oder zum Einschmelzen handelt. Auch nicht vertretbare Sachen können Waren sein (vgl. § 381 Abs. 2). — Unklar ist, welche Bedeutung der Zusatz „(Waren)“ zu „bewegliche Sachen“ in § 1 Nr. 1 haben soll. Die Fassung legt die Vermutung nahe, daß beides einander gleichgestellt, also eine Begriffsbestimmung von „Waren“ gegeben werden sollte. Allerdings wird an anderen Stellen des HGB. dennoch der Ausdruck „bewegliche Sachen“ gebraucht (§§ 366, 369, 375, 381 Abs. 2, 406 Abs. 2), und zwar in umfassenderer Bedeutung als in einigen Fällen der gleichfalls wiederholt vorkommende (§§ 1 Nr. 2, 39 Abs. 3, 55 Abs. 3, 56, 86 Abs. 2, 93 ff., 261, 360, 362 Abs. 2, 373, 376, 377 ff., 383, vgl. BGB. § 764) Ausdruck „Waren“. Man könnte geneigt sein, mit Düringer-Hachenburg Anm. VI 2c aus BGB. § 92 den Begriff der Waren als „zur Veräußerung bestimmte bewegliche Sachen“ abzuleiten. Hiermit würde der Gebrauch des Ausdrucks „Waren“ in HGB. § 261 Nr. 1, verglichen mit § 261 Nr. 3, übereinstimmen. Diese Begriffsbestimmung wäre aber mißlich schon aus dem Grund, weil ein Gegenstand, der für den Verkäufer „zur Veräußerung bestimmt“ ist, dies

nicht auch für den Käufer zu sein braucht, und umgekehrt; wie z. B. bei Verkauf einer Gemäldesammlung an den Kunsthändler infolge unvorhergesehenen Geldbedürfnisses des Eigentümers der Gemäldesammlung. Auch muß an anderen Stellen der Ausdruck „Ware“ als ebenso umfassend gesetzt werden wie „bewegliche Sache“. So z. B. in § 373, da letzterer Ausdruck in § 375 (vgl. auch § 381 Abs. 2) vorkommt und § 373 den Fall des § 375 umfaßt. Ebenso in § 1 Nr. 2 (unten Anm. X b). Die Begriffsbestimmung Staubs Anm. 36 (ebenso RG. 47 106), wonach die beweglichen Sachen, um als „Waren“ bezeichnet werden zu können, Gegenstand des Handelsverkehrs sein müssen, ist zwar richtig (vgl. § 93), führt aber nicht weiter, da erst der einzelne Fall zeigt, was Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann. In § 1 würde überdies, wenn man den so beschränkten Begriff einsetzen wollte, der zu bestimmende Begriff „Handelsgewerbe“ durch den auf diesen Begriff zurückweisenden Begriff „Handelsverkehr“ erklärt werden, also eine ordnungsmäßige Begriffsbestimmung von „Handelsgewerbe“ nicht vorliegen. Wollte man aber statt „Handelsverkehr“ etwa „Gewerbeverkehr“ einsetzen, so wäre zwar jener Fehler vermieden, aber keine Übereinstimmung mit § 93 mehr vorhanden, und § 1 würde dann immer noch ein Doppeltsgen enthalten, denn daß ein Gewerbebetrieb nicht die Anschaffung und Weiterveräußerung von Sachen, die nicht Gegenstand des Gewerbeverkehrs sind, zum Gegenstand haben kann, ist selbstverständlich. In § 1 Nr. 1 ist daher das Wort „Waren“ in der Tat lediglich gleichbedeutend mit „bewegliche Sachen“ (ebenso Goldmann B Anm. 2 Ziff. 1 II 1), und es ist nur zuzugeben, daß das Wort „Waren“ nicht an allen Stellen des HGB., an denen es vorkommt, in gleich umfassender Bedeutung gebraucht ist, vielmehr die Bedeutung für jeden einzelnen Fall des Vorkommens besonders ermittelt werden muß.

3. Bewegliche Sache. Anschaffung oder Weiterveräußerung von Beweglichem muß vorliegen, nicht etwa ein Anschaffungs- oder Weiterveräußerungsgeschäft über Bewegliches. Der Zeitpunkt, in dem die Beweglichkeit vorhanden sein muß, ist mithin der Zeitpunkt des Eigentümerserwerbs bzw. der Eigentümersentäußerung, nicht der Zeitpunkt des dem Erwerb bzw. der Entäußerung zugrund liegenden Rechtsgeschäfts. Und zwar muß die Beweglichkeit zu beiden Zeitpunkten, sowohl bei Erwerb wie bei Entäußerung vorhanden sein.

Kein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 liegt mithin vor, wenn entweder die Sache noch über den Eigentümerserwerb hinaus unbeweglich bleibt, oder wenn sie bereits vor Eigentümersentäußerung unbeweglich geworden ist. Mithin z. B. einerseits nicht bei Erwerb von Grundstücken behufs späterer Ausbeutung der darin enthaltenen Kieslager; andererseits nicht bei Veräußerung von auf eigenem Grundstück selbst erbauten Häusern. Da die angeschaffte Sache nicht vor Eigentümersentäußerung unbeweglich geworden sein darf, ist es insbesondere auch nicht zulässig, daß sie vorher Bestandteil einer unbeweglichen Sache geworden ist (RG. 13 344). Soweit dagegen die veräußerte Sache (z. B. unter Umständen eine Maschine) trotz der Verbindung nicht Bestandteil der unbeweglichen Sache, sondern nur Zubehör wird, bleibt sie beweglich selbst nach der Verbindung (RG. § 97, RG. 55 118). Die bloße Zweckbestimmung, später als Bestandteil mit einer unbeweglichen Sache verbunden zu werden, ändert nicht die bewegliche Eigenschaft einer veräußerten beweglichen Sache (RG. 19 III 00 JW. 347<sup>15</sup>, RG. 50 125); daher ist der Handel mit Baustoffen Handelsgrundgewerbe (RG. 58 190).

Ein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 liegt vor, wenn zwar zur Zeit des Anschaffungsgeschäfts, aber nicht mehr zur Zeit des darauf gegründeten Eigentümerserwerbs die Sache Bestandteil einer unbeweglichen ist. So z. B. bei gewerbmäßigem Kauf von Steinen, die erst aus dem Steinbruch genommen werden sollen (RG. 25 V 00 JW. 529<sup>23</sup>; dagegen RG. St. 27 263 bei Selbstgewinnung durch den Käufer; anders bei Pachtung des Steinbruchs, oben zu a 2), von Früchten auf dem Palm (Str. 83 350), von Holz auf dem Stamm (Steg. 2 224, RG. 15 II 94 JW. 144<sup>20</sup>), von Gebäuden behufs Abbruchs und Veräußerung der durch den Abbruch beweglich

gewordenen Bestandteile (Handels-App.-Ger. Nürnberg 14 IV 64 35R 8 633 und bei Busch 4 369). Ebenso, wenn die Sache bei Verkauf aber nicht mehr bei Eigentumsentäußerung unbeweglich ist, z. B. wenn der Händler, der Früchte auf dem Stalm gekauft hat, diese Früchte, noch bevor er in ihren Besitz gelangt ist, weiter verkauft.

Als genügend wird hierbei angesehen werden müssen, wenn Eigentumswerb frühestens gleichzeitig mit Beweglichwerden eintritt. Dies ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, z. B. in dem oben erwähnten Fall des Abbruchunternehmers. Dann muß aber andererseits das Gleiche auch gelten, also gleichfalls ein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 anerkannt werden, wenn die Eigentumsentäußerung spätestens gleichzeitig mit Unbeweglichwerden eintritt. So namentlich im Fall des Bauunternehmers, der mit selbstbeschafftem Stoff auf fremdem Grund und Boden für die Eigentümer der Grundstücke Bauten aufführt, und im Fall des Bauhandwerkers, der die von ihm gelieferten Sachen mit dem fremden Grundstück verbindet. Bauunternehmer und Bauhandwerker kaufen bewegliche Sachen, erwerben Eigentum an beweglichen Sachen, verkaufen bewegliche Sachen und entäußern sich dann vertragsgemäß ihres Eigentums, indem sie bereits gleichzeitig mit dieser Eigentumsentäußerung die Sachen zu unbeweglichen (BGB. § 94 Abs. 2) machen. Daß (worauf RGSt. 33 422 Gewicht legt) die Leistung des Bauhandwerkers sich erst mit Ablieferung des dem Gebäude verbundenen Werks vollendet, ist unerheblich, da der Begriff der Weiterveräußerung nur, wie oben ausgeführt, auf den Zeitpunkt der Eigentumsentäußerung, nicht aber auf den Zeitpunkt der Vollendung der Vertragserfüllung verweist.

Nichtsdestoweniger rechnet fast ständig die Rechtsprechung das Gewerbe der Bauhandwerker, weil bei ihnen eine Weiterveräußerung unbeweglicher Sachen vorliegt, nicht zu den Handelsgrundgewerben (RG. 14 233, RGSt. 28 60, 33 421, Volze 3 Nr. 461, 9 Nr. 711 a, RG. 25 V 00 JW. 528<sup>26</sup>, 4 X 00 JW. 755<sup>27</sup>). Ebenso, auch wenn der Unternehmer den Stoff beschafft, nicht das Gewerbe der auf fremdem Grundstück bauenden Bauunternehmer (RGSt. 18 364, Volze 6 Nr. 631, RG. 15 II 00 JW. 314<sup>13</sup>), der Unternehmer von Straßenherrichtungen (RDJ. 15 258), Wegherstellungen (RG. 31 III 05 JW. 337<sup>4</sup>) und Herstellungen des Eisenbahnunterbaues (RG. 14 233). Die gleiche Ansicht herrscht bei den Schriftstellern (Staub Ann. 43 ff., Goldmann B Ann. 2 Ziff. 1 III 1, Lehmann Nr. 51). Hiernach würden die genannten Gewerbetreibenden nur nach § 2 Kaufleute sein können. Mitunter ist indessen gegenteilig entschieden worden; so wurde als Handelsgrundgewerbetreibender erachtet der Maurermeister (RDJ. 19 251; dagegen RG. 23 X 01 JW. 844<sup>27</sup>) und der Parkettleger (Volze 7 Nr. 365). Auch wurde als Anschaffungsgeſchäft ein Vertrag erachtet, inhaltlich dessen jemand zur Lieferung von Baustoffen sich verpflichtet, auch wenn er gleichzeitig die Einfügung übernimmt, vorausgesetzt nur, daß nach dem Willen der Beteiligten jedes von beiden einen rechtlich selbständig für sich bestehenden Teil der getroffenen Vereinbarungen und nicht beides zusammen einen einheitlichen Vertrag darstellt (RDJ. 13 345, RGSt. 33 423); so insbesondere, wenn getrennt vom Entgelt für seine Arbeit der Preis der gelieferten Stoffe in Rechnung gestellt werden soll (RDJ. 13 345).

Unerheblich für die Entscheidung, ob ein Handelsgrundgewerbe vorliegt, ist, ob die von dem Veräußerer abgeschlossenen Verträge als Kauf oder als Werkvertrag aufzufassen sind; denn auch ein Werkvertrag kann unter Umständen ein Weiterveräußerungsgeſchäft sein (oben zu b). Erheblich dagegen ist, ob die Verträge als Weiterveräußerungsgeſchäfte (sei es Kauf, sei es Werkvertrag) oder als Werkverträge der Art, daß sie nicht Weiterveräußerungsgeſchäfte sind, aufzufassen sind. Liegt der letztere Fall vor, hat also (oben zu b) der Unternehmer entweder keinen Stoff oder nur Zutaten oder sonstige Nebensachen zu beschaffen, so ist das Gewerbe nicht Handelsgrundgewerbe. In diesem Zusammenhang kann erheblich sein, ob bei den betreffenden Verträgen die übernommene Lieferung von Gegenständen zurücktritt gegenüber der übernommenen Leistung sonstiger Arbeiten. So erachtete das Reichsgericht (Volze 7 Nr. 365) das übernommene Legen des Parketts als Nebenleistung gegenüber der übernommenen Lieferung der Parkettplatten.

Auch die herrschende Meinung rechnet zu den Handelsgrundgewerben die Lieferung und Befestigung von Gegenständen, die nicht Bestandteil, sondern nur Zubehör des Unbeweglichen werden (RG. 23 X 01 JW. 844<sup>27</sup>), und die Lieferung und Befestigung von Gegenständen an Gebäuden (z. B. Schaubuden), die nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden verbunden und mithin (BGB. § 95) nur Zubehör sind (Goldmann B Anm. 2 II 1). Nur Zubehör werden z. B. die im Fabrikgebäude aufgestellte Akkumulatorenbatterie (RG. 56 289) und die in einem Gebäude aufgestellten Kachelöfen (RG. 23 X 01 JW. 844<sup>27</sup>).

4. Ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden. Handelsgrundgewerbe ist mithin namentlich auch der Gewerbebetrieb der Fabrikanten (M. 6, S. 513) und der auf Vorrat einkaufenden, die Stoffbeschaffung übernehmenden Handwerker (oben Anm. III b, IV f). Ein Gewerbebetrieb, der hauptsächlich auf Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtet ist, untersteht dem § 1 Nr. 1 und nicht dem § 1 Nr. 2 oder den Vorschriften über Handwerksbetriebe, wenn dem Weiterverkauf ein nach Verkehrsanschauung minder erhebliches Maß von Zubereitung vorausgeht (RGSt. 31 180). „Bearbeitung“, „Verarbeitung“ vgl. unten Anm. X a.

e. **Wertpapiere.** Gemeint sind Papiere, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit, als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen; auch Wechsel, Schecks und ähnliche Papiere gehören hierzu (D. 10). Ebenso neue Rechte (RG. 54 351, vgl. 47 106). In Art. 271 Nr. 1 ADF. waren auch „Staatspapiere, Aktien“ genannt; beides soll nach D. 10 von dem Begriff „Wertpapiere“ in § 1 Nr. 1 mitumfaßt werden. Über die Frage, ob alle Arten von Aktien, namentlich auch Namen-Kleinaktien, die nach § 222 Abs. 4 nur mittels einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung und nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung übertragen werden können, mit Recht zu den Wertpapieren gezählt werden, vgl. § 179 Anm. IV b. Der Begriff der Wertpapiere wird dahin zu beschränken sein, daß darunter die Inhaber- und Orderpapiere und ferner diejenigen Namenpapiere zu verstehen sind, die durch Indossament übertragbar sind, nicht aber in der Regel Papiere, die nur durch Abtretung, sei es auch namenlos (blanko) übertragen werden können (RG. 24 258, RG. 16 85, 40 134). Nicht Wertpapiere sind daher der Hypotheken- (RG. 26 45, 42 334, D. 227) und der auf Namen gestellte Grundschulden- und Rentenbrief (vgl. jedoch RG. 42 334). Dagegen sind Wertpapiere (Staub Anm. 39) der Inhaber-Grundschuldbrief (vgl. BGB. § 1195) und der Inhaber-Rentenbrief (vgl. BGB. § 1199); auf diese ist § 952 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar (Pland<sup>2</sup> § 952 Anm. 2 b). Wertpapier ist nicht das Ausweis- (Legitimations-)papier, z. B. das Sparfassenbuch und die gewöhnliche Namenpolize. Ebenso nicht (wegen GmbHG. § 15 Abs. 3) der etwa über den Geschäftsanteil an der GmbH. lautende Anteilsschein. — Im BorsG. § 80 sind Wechsel von den Wertpapieren unterschieden, ein Teil der Vorschriften des Borsengesetzes über Wertpapiere aber für anwendbar auf Wechsel erklärt. Im Aufnahmengesetz § 5 VII 96 werden als Wertpapiere bezeichnet unter anderem: Aktien, Rufe, Interimscheine, Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen.

#### X. Bearbeitung oder Verarbeitung, wenn über den Umfang des Handwerks hinausgehend (Nr. 2).

a. **Bearbeitung oder Verarbeitung** liegt nicht nur dann vor, wenn an dem Stoff des Gegenstandes eine innere oder äußere Veränderung vorgenommen werden soll, sondern schon dann, wenn durch Arbeit die Herstellung eines bestimmten veränderten Zustands des Gegenstandes beabsichtigt wird, wodurch der Gegenstand zu einem gewissen Gebrauch geeignet, mehr geeignet oder minder geeignet gemacht wird (RGSt. 22 272; vgl. auch BGB. § 950). Eine Bearbeitung enthält daher auch der Betrieb einer Dampfwaschanstalt und einer Anstalt zur Kleiderreinigung (RGSt. 22 272). Eine Verarbeitung kann auch im Hineinarbeiten einer beweglichen Sache in eine unbewegliche liegen (dagegen Staub Anm.

43, 51); nur kann in diesem Fall zweifelhaft sein (oben Anm. IX d 3), ob Waren verarbeitet sind. Der zugrunde liegende Vertrag wird in der Regel ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag sein. Der Fall der Nr. 2 liegt daher z. B. vor, wenn jemand für Zeitlohn oder Stücklohn den Getreideausbruch übernimmt und hierzu Dreschmaschine und Arbeiter stellt, aber nicht, wenn er lediglich die Dreschmaschine zu eigener Benutzung durch den anderen diesem vermietet (RG. 30 IX 01 Entschf. 2 230 RGZ 23 A 87 OLGMSpr. 4 457; vgl. auch § 425 Anm. Ia 1). — Ist Hauptgegenstand des Gewerbebetriebs nicht die Be- oder Verarbeitung, sondern die Anschaffung und Weiterveräußerung, so unterliegt jener Gewerbebetrieb dem § 1 Nr. 1, nicht dem § 1 Nr. 2 oder den Vorschriften über Handwerksbetriebe, selbst wenn dem Weiterverkauf ein nach Verkehrsanschauung minder erhebliches Maß von Zubereitung vorausgeht (oben Anm. IX d 4).

b. **Waren** ist in Nr. 2 als gleichbedeutend mit „bewegliche Sachen“ zu erachten (vgl. oben Anm. IX d 2). Jedenfalls ist aus Nr. 2 keine Beschränkung mit Rücksicht auf die Bestimmung der Gegenstände zur Weiterveräußerung zu entnehmen; vgl. das zu a angeführte Beispiel einer Anstalt zur Kleiderreinigung. In welchen Fällen eine bewegliche Sache vorliegt, vgl. oben Anm. IX d 1, 3.

c. **Für andere.** Auf Grund welchen Rechtsgeschäfts die Bearbeitung oder Verarbeitung erfolgt, ist unerheblich. In der Regel wird ein Werkvertrag, sei es ohne Stoffbeschaffung, sei es unter Stoffbeschaffung des Bestellers vorliegen; Werkverträge unter Stoffbeschaffung des Unternehmers fallen nicht unter Nr. 2, sondern möglicherweise unter Nr. 1 (oben Anm. IX b). Gewöhnlich werden im Fall der Nr. 2 die zu bearbeitenden oder verarbeitenden Sachen vom Besteller dem Unternehmer übergeben; dieser hat die Arbeit gegen Entgelt vorzunehmen und dieselben Sachen zurückzugeben (§. 530). Dabin gehören die Betriebe der Färbereien (RGZ. 1 132), Bleichen, Appreturanstalten, Rattendruckerien, Spinnereien, Eisenhämmer. Ob der Besteller der Eigentümer der Waren ist, macht keinen Unterschied.

d. **Über den Umfang des Handwerks hinausgehender Betrieb.**

Die bisherige Rechtsprechung legt dies wie folgt aus: Nicht allein entscheidend sei die Ertragsfähigkeit des Umsatzes und die Zahl der Angestellten (RGZ. 9 16). Ebenjowenig die Benennung des Geschäfts als Manufaktur- oder Fabrikgeschäft, die Höhe der Gewerbesteuer, die Art der Buchführung (N. 7). In Betracht komme die Art und Weise der Herstellung der Erzeugnisse, die Einrichtung der Betriebsstätte, Größe und Beschaffenheit der hierzu gehörenden Räumlichkeiten, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Tätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteiligen Verfahrens (RGSt. 24 357, 25 5, 31 179). Der § 1 Nr. 2 verlange nach seiner Fassung nur, daß der Betrieb über den „Umfang des Handwerks“ hinausgeht. Diese Redewendung sei nicht notwendig gleichbedeutend damit, daß der „Umfang des Betriebes“ ein mehr als handwerksmäßiger sein müsse. In der Tat sei (entsprechend der Fassung des § 2) auch auf die Art des Betriebes Rücksicht zu nehmen. Auch wenn daher der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger sei, wenn also z. B. ein Verkauf im großen stattfindet, der Absatz sehr bedeutend ist, der Handwerker in größerem Umfange Wechselkredit in Anspruch nimmt oder gewährt, falle der Betrieb dennoch nicht unter § 1 Nr. 2, wenn nur die Art des Betriebes eine handwerksmäßige geblieben ist (RGSt. 1 381, 24 357, 31 179, RGZ. 9 16, Düringer-Hachenburg § 4 Anm. II; vgl. RGStr. 24 80). So könne z. B. auch die Brennerei (RGSt. 25 5) und Brauerei (ObdW. München 16 I 03 OLGMSpr. 6 234) handwerksmäßig betrieben werden.

Diese Rechtsprechung kann aber nach dem Zusammenhang mit §§ 2, 4 nicht aufrechterhalten werden (dagegen Düringer-Hachenburg § 4 Anm. II). Denn, wäre es richtig, daß nicht Kaufmann nach § 1 Nr. 2 ist, wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in großem Umfang aber in handwerksmäßiger Art betreibt, so könnte der in § 4 als möglich vorausgesetzte Fall (RB. 9), daß ein Handwerker, ohne Kleingewerbetreibender zu sein, Mindeverkaufmann ist, nie vorkommen. Vielmehr wäre, wer in großem Umfang betreibt, entweder

Vollkaufmann nach § 1 Nr. 1, oder aber, wenn § 1 Nr. 1 nicht auf ihn Anwendung fände, Nichtkaufmann, weil weber § 1 Nr. 2, noch § 2 (§ 2 Anm. I c 3) anwendbar wäre. Daher wird man sich streng an den Wortlaut des § 1 Nr. 2 halten und für dessen Anwendung nur den Umfang, nicht auch die Art, des Gewerbebetriebes entscheiden lassen müssen, wobei unter „Umfang des Handwerks“ derjenige Umfang des Betriebes zu verstehen ist, bei dessen Überschreitung die handwerksmäßige Art des Betriebes verlassen zu werden pflegt, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Einzelfall verlassen ist. Dann ergibt sich:

1. Wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in einem über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Umfang betreibt, ist Kaufmann nach § 1 Nr. 2. Aber von der Art des Betriebes ist abhängig, ob er Handwerker oder nicht, und mithin Minderkaufmann oder Vollkaufmann ist.

a. Wird das über einen handwerksmäßigen Umfang hinausgehende Gewerbe in handwerksmäßiger Art betrieben, so ist § 2 nicht anwendbar (§ 2 Anm. I c 3), und daher nach § 4 der Gewerbetreibende — weil Handwerker — Minderkaufmann (§ 4 Anm. II a).

β. Wird das über einen handwerksmäßigen Umfang hinausgehende Gewerbe in einer über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Art betrieben, so kann § 4 nicht zur Anwendung kommen, denn wegen des mehr als handwerksmäßigen Umfangs liegt kein „Kleingewerbe“ vor (§ 2 Anm. I c 4) und wegen der mehr als handwerksmäßigen Betriebsart ist der Gewerbetreibende nicht „Handwerker“ (§ 4 Anm. II b 1). Der Gewerbetreibende ist daher dann Vollkaufmann nach § 1 Nr. 2, und er kann möglicherweise gleichzeitig auch nach § 1 Nr. 1 Kaufmann und, weil nicht Kleingewerbetreibender, Vollkaufmann sein. Für eine Anwendung des § 2, der nur in Betracht kommt, wo nicht schon § 1 anwendbar, ist daher auch in diesem Fall kein Raum.

2. Wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in einem nicht über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Umfang betreibt, ist Nichtkaufmann, außer wenn er etwa im Einzelfall nach § 1 Nr. 1 oder aus sonstigem besonderen Grund Kaufmann ist.

**XI. Versicherung gegen Prämie (Nr. 3).** Handelsgrundgeschäft ist nur die Versicherung gegen Prämie, nicht auch die Versicherung auf Gegenseitigkeit, weil es bei der letzteren an der auf Gewinnerzielung gerichteten Absicht fehlt (W. 7, 104, P. 5057, 5064). Indessen bestimmt bezüglich der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit PrivVUntG. § 16 (nicht anwendbar auf solche „kleinere Vereine“ nach § 53): „Die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buche des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1 bis 7, finden auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt.“ Der Gegenseitigkeitsverein ist daher keine Handelsgesellschaft im engeren Sinn (§ 6 Anm. I a, Str. 58 327). Falls Gegenseitigkeitsvereine Einzahlungen unter dem Namen „Prämie“ fordern, so sind dies nicht Prämien im Sinn des HGB., sondern Vorschüsse zur Bestreitung der Ausgaben vorbehaltlich demnächstiger Berechnung des Gewinn- oder Verlustanteils (RdF. 4 201, RG. 14 238). Richtet ein Gegenseitigkeitsverein seinen Gewerbebetrieb nicht nur auf Gegenseitigkeitsversicherung seiner Mitglieder, sondern außerdem auf Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie (vgl. PrivVUntG. § 21 Abs. 2), so fällt der letztere Teil seiner Tätigkeit unter § 1 Nr. 3 HGB. (RG. 28 314). Die Nr. 3 setzt nicht voraus, daß bewegliche Sachen versichert sind; daher gehört hierher jede Art der Versicherung, z. B. Hagelversicherung (P. 1290), Versicherung von Gebäuden gegen Feuergefahr (RdF. 5 12). — Nach PrVGHGB. Art. 5 bedürfen Versicherungsverträge, wenn sie Handelsgeschäfte sind, zu ihrer Gültigkeit nicht der schriftlichen Form.

**XII. Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Nr. 4).**

a. **Allgemeines.** Das Geldwechslergeschäft ist eine Art des Bankiergeschäfts, nichts davon Verschiebendes (Düringer-Sachenburg Anm. IX a, Staub Anm. 64, Goldmann B Anm. 2 Ziff. 4 II). Ein Bankergewerbe liegt vor, wenn gewerbsmäßig entweder die Verwaltung fremden Anlagevermögens in Geld oder Wertpapieren übernommen oder der Umsatz von Wertpapieren oder verschiedener Sorten ausländischen oder inländischen Geldes gegen ein-

ander vermittelt oder die Verrechnung von auf Wertpapiere oder Geld gerichteten Forderungen vorgenommen oder Darlehn gegen oder ohne Sicherheit (jedoch anders als nach Art des gewöhnlichen Pfandleihgewerbes) gewährt wird. Dem größeren Teil dieser Geschäftsarten gemeinsam ist die Heranziehung fremder Gelder oder Wertpapiere und deren Rückgabe unter Geben und Nehmen von Zins (vgl. RG. 24 VI 01 EntschG. 2 176 RÖZ. 22 A 287 OLGPr. 3 415). Im Einzelfall kann das Bankgewerbe mehrere dieser Geschäftszweige umfassen oder sich auf einen beschränken. Die übrigen im Bankgewerbe vorkommenden Geschäfte sind nicht Handelsgrundgeschäfte nach Nr. 4, sondern Hilszhandelsgeschäfte (vgl. § 343). Unerheblich ist, ob der Bankier Einzelperson oder Gesellschaft ist.

b. Die einzelnen Handelsgrundgeschäfte des Bankgewerbes.

1. Verwaltung fremden Anlagevermögens. Kein Bankgewerbe liegt in der Verwaltung des eigenen, wenngleich bedeutenden Vermögens. Nicht in der unentgeltlichen Verwaltung fremden Vermögens, z. B. mehrerer Verwandter. Nicht in der Verwaltung eines werbenden Vermögens, z. B. eines kaufmännischen Geschäfts, eines Mietshauses, eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks. Für die Scheidung des Anlagevermögens vom werbenden Vermögen ist maßgebend, ob nach Verkehrsanschauung der betreffende Vermögensgegenstand vorwiegend der Erhaltung des bestehenden oder dem Hinzuerwerb neuen Vermögens dienen soll. Zur Verwaltung des Anlagevermögens gehört namentlich auch die Sorge für sichere Aufbewahrung von Wertpapieren und anderen Wertgegenständen, ferner die Annahme der vorübergehend flüssigen Gelder als Depositen, d. h. zu Eigentum des Bankiers gegen Zinsgewährung.
2. Umsatz von Wertpapieren und Geldsorten. Sowohl, wenn der Bankier als Eigenhändler, wie auch, wenn er als Kommissionär oder als Makler auftritt. Hierzu gehören die Börsentermingeschäfte (vgl. § 1 Anm. IV e), die Geschäfte bei erstmaligem Inverkehrbringen von Wertpapieren (Emissionen), bei Vermittlung von Zeichnung oder Umtausch (Konvertierung), das Geldwechslergeschäft, die Arbitrage. Ankauf von Wertpapieren zum Zweck der Vermögensanlage und Verkauf von Wertpapieren behufs anderweiter Anlage des erhaltenen Kaufpreises sind an sich zwar nicht Bankiergeschäfte (RG. 24 VI 89 JRB. 344 \*), werden jedoch zu solchen, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden.
3. Verrechnung von Forderungen, die auf Wertpapiere oder Geld gerichtet sind. Hierzu gehört der Betrieb der Berechnungs-(clearing-)häuser, z. B. des Berliner Kassenvereins. Ebenso die Unterhaltung eines Scheck- und Anweisungsverkehrs. Endlich auch der Giroverkehr. Nicht Sache der Girobank ist es, die bei ihr einlaufenden Überweisungsaufträge auf ihre Richtigkeit zu prüfen; sie ist Kassenhalterin nicht Ratgeberin ihrer Girokunden (RG. 54 333). Die Umbuchung in den Büchern der Bank, ohne hinzukommende Mitteilung, hat bereits die Wirkung einer Mehrung bezw. Minderung der Forderung des betreffenden Girokunden (RG. 54 332). Die bloße Abschreibung auf dem Konto des Girozahlers kommt dem Giroempfänger noch nicht zugut (OLG. Hamburg 3 XI 02 OLGPr. 6 77). Für Verzögerung in Vollziehung der Überweisung haftet die Girobank (RG. 54 333). Eine auf Grund gefälschten Umschreibungsauftrags erfolgte Umschreibung braucht der Girokunde nicht gegen sich helfen zu lassen, sofern er sie nicht verschuldet hat (RG. 56 411). Ist nach den zugrund gelegten Girobedingungen das Konto in bestimmten Zwischenräumen abzustimmen, so braucht der Girokunde zwar nicht persönlich die Vergleichen vorzunehmen, hat jedoch nach RWB. § 278 das Verschulden desjenigen zu vertreten, dessen er sich hierzu bedient (RG. 56 413). Vgl. auch Brodmann, Zur Lehre vom Girovertrage ZHR. 48 121; Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden ZHR. 55 181.
4. Darlehen gegen oder ohne Sicherheit. Hierher gehört die Einräumung von Kredit, die Diskontierung von Wechseln, das Lombardgeschäft. Indessen wohl nicht dann, wenn der Geschäftsherr nur mit eigenem Kapital wirtschaftet und kein fremdes Kapital heranzieht (zweifelnd RÖZ. 24 36). Ein mit Sparkassenbetrieb verbundenes Darlehnsgewerbe ist Bankgeschäft (RG. 24 VI 01 EntschG. 2 176). Die Geschäfte der

Personen, die statt des Eigentümers die Baugelderraten von den Baubanken in Empfang nehmen und an die Bauhandwerker verteilen, sind Bankiergeschäfte, wenn die Tätigkeit gewerbsmäßig geschieht, und die Absicht auf Gewinn durch diese Tätigkeit (nicht nur durch damit zusammenhängende Grundstückspekulationen) geht (R.G. 38 20). — Das gewöhnliche Pfandleihgewerbe wird nach der für die Auslegung des § 1 Nr. 4 maßgebenden Verkehrssitte nicht zu den Bankgeschäften gerechnet (R.D.G. 24 37, R.G. 29 II 04 Entsch.G. 4 154 R.G.Z. 27 A 201 OLGKspr. 8 379); doch kann der Pfandleiher eintragungspflichtig nach § 2 sein (§ 2 Anm. I d.). Das Pfandleihgewerbe unterscheidet sich von dem zu den Bankgeschäften gehörenden Lombardgeschäft nur durch den beleiheten Gegenstand. Der Pfandleiher beleihet hauptsächlich Gebrauchsgegenstände, der Bankier vornehmlich Wertpapiere, Edelmetalle und Handelswaren (R.D.G. 24 37, R.G. 29 II 04 Entsch.G. 4 157 R.G.Z. 27 A 205). Der mit dem Pfandleihgewerbe in der Regel verbundene Verkauf der verfallenen Gegenstände fällt nicht unter § 1 Nr. 1 (zweifelnd R.G. a. a. O.), weil die eigentliche Verpfändung nicht Anschaffung ist (oben Anm. IX a 2).

**XIII. Beförderungsgewerbe (Nr. 5).** Die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten sind nicht Kaufmann (§§ 452, 663).

a. **Beförderung von Gütern zur See.** Vgl. §§ 556 ff.

b. **Beförderung von Reisenden zur See.** Vgl. §§ 664 ff.

c. **Geschäfte der Frachtführer.** Frachtführer ist der gewerbsmäßige Beförderer von Gütern zu Land oder auf Binnengewässern (§ 425).

d. **Geschäfte der zur Beförderung von Personen zu Land oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten.** Nur Anstalten, nicht auch kleinere Unternehmungen, gehören hierher. So z. B. Omnibus-, Droschken-, Straßenbahn-, Dampfschiffunternehmungen. Das Wort „Anstalten“ weist nicht nur auf einen größeren Umfang des Betriebes, sondern auch auf eine mehr kaufmännische Betriebsart hin (P. 1294). Nicht unter § 1 Nr. 5 fallen z. B. die Geschäfte der einfachen Lohnfuhrer.

e. **Schleppschiffahrtsunternehmer.** In der Kommission war der Antrag gestellt, nur die Geschäfte der „größeren“ Schleppschiffahrtsunternehmer für Handelsgrundgeschäfte zu erklären; es kämen z. B. im Hafenverkehr auch kleine Petroleumbaraffen, kleine Schleppbote usw. vor, die sich nicht als kaufmännische Betriebe darstellten. Die Kommission war inbessener Ansicht, daß derartigen Kleinbetrieben durch § 4 Abs. 1 hinreichend Rechnung getragen sei (R.B. 5). In welchen Fällen der Schleppvertrag eine Art des Frachtvertrages, in welchen anderen er Dienst- oder Werkvertrag ist, vgl. § 425 Anm. II e 4.

**XIV. Kommissionäre, Speditöre, Lagerhalter (Nr. 6).** Kommissionär vgl. § 383 Anm. VII, VIII, § 406 Anm. III. Speditör vgl. § 407 Anm. II. Lagerhalter vgl. § 416 Anm. II. Über den buchhändlerischen Kommissionär vgl. § 383 Anm. VI g, über den Kommissionsverlag vgl. § 383 Anm. VI e 3, über den Anzeigenspeditor vgl. § 413 Anm. V, über Zeitungsdebit vgl. § 425 Anm. II e 5.

**XV. Handlungsagenten, Handelsmakler (Nr. 7).** Handlungsagent vgl. § 84 Anm. II. Handelsmakler vgl. § 93 Anm. III. Kursmakler kann nur sein wer „Handelsmakler“ ist (§ 93 Anm. I b 1), er betreibt daher ein Handelsgewerbe (Wörf.G. § 32 Abs. 2: „kein sonstiges Handelsgewerbe“). In der D. 11 ist bemerkt: „Andere Arten der gewerbsmäßigen Geschäftsvermittlung als diejenige der Agenten und Makler rechnet der Entwurf nicht zum Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2. Wollte man entsprechend der bisherigen Bestimmung jede gewerbsmäßige Vermittlung oder Abschließung von Handelsgeschäften dahin zählen, so würde dies mit Rücksicht auf den dem § 334 des Entwurfs (HöB. § 343) zugrunde liegenden Begriff der Handelsgeschäfte zu dem Ergebnisse führen, daß die Vermittlung von Geschäften, die zum Gewerbebetrieb eines Kaufmanns gehören, auch für den Vermittler die Eigenschaft als Kaufmann begründe. Dies ist aber in solcher Allgemeinheit keine genügende Grundlage für die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft. Es ist z. B. nicht abzusehen, weshalb die gewerbsmäßige Vermittlung von Mietverträgen, wenn sie sich auf die Miete von Läden oder sonstigen Geschäftsräumen erstreckt, als Handelsgewerbe gelten sollte, während die Vermittlung der Miete von Wohnungen diese Wirkung nicht hätte, oder weshalb ein Auktionator Kaufmann sein



sollte, wenn die von ihm zur Versteigerung gebrachten Waren im Eigentume von Kaufleuten stehen oder von solchen erstanden werden, wogegen er im anderen Falle kein Kaufmann wäre. Neben der ergänzenden Vorschrift des § 2 wird es auch an jedem Bedürfnisse fehlen, die Tätigkeit anderer Geschäftsvertreter als der Handlungsagenten und Handelsmakler unter die Grundhandelsgeschäfte aufzunehmen.“

**XVI. Geschäfte des Buch- und Kunsthandels; insbesondere Verlagsgeschäfte (Nr. 8).**

Darunter fallen alle Geschäfte des Verlags- und Sortimentsbuchhandels, des Verlags von Zeitungen, Zeitschriften, Zeichnungen, Musikalien und Kunstwerken aller Art (R. 1296), dagegen nicht die Geschäfte der Leihbüchereien (RdH. 23 400; vgl. oben Anm. IX c). Auch das Verlegen der eigenen Werke kann unter Umständen als Gewerbebetrieb geschehen (RG. 5 69). Die wesentliche Tätigkeit des Verlegers besteht in der Vornahme der erforderlichen Arbeiten für Herstellung des Buchs und im Ausbieten zum Verkauf; gleichgültig ist, ob er das zu bedruckende Papier anschafft oder selbst herstellt, ob er den Druck selbst vornimmt oder durch andere vornehmen läßt, und ob er „Verlagsverträge“ über das Recht auf den Inhalt des Buchs (Urheberrecht) abschließt oder den Inhalt ohne solche Verträge entnimmt; alle letzt-erwähnten Geschäfte, wenn im Einzelfall abgeschlossen, gehören aber zu den Verlagsgeschäften (RG. 5 68). Zu den Verlagsgeschäften gehört auch der Kommissionsverlag (RdH. 16 252); ob der Kommissionsverlagsvertrag Kommissionsgeschäft ist, vgl. § 383 Anm. VI e. — Das Verlagsrecht ist geregelt durch G. 19 VI 01 (RGBl. 217).

**XVII. Druckerei, wenn über den Umfang des Handwerks hinausgehend (Nr. 9).**

Unerheblich ist, ob der bedruckte Stoff Papier oder ein anderer, z. B. Pergament, Seide, Kattun, ist. Ebenso, welches der Inhalt des Druckes ist, ob Worte, Noten, Bilder, Verzierungen, Warenzeichen, Tapetenmuster. Auch, ob in schwarz oder in anderer Farbe, in nur einer oder gleichzeitig in mehreren gedruckt wird. Endlich auch, welches das genaue Verfahren bei Ausführung des Druckes ist. Zu den Druckereien gehören daher z. B. die lithographischen Anstalten. Ebenso — nach der jetzigen Fassung, in welcher die Nr. 9 von der Nr. 8 getrennt ist — die Zeug- oder Kattundruckereien und die Tapetenfabriken (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. XIV, Staub Anm. 76, Lehmann Nr. 70, Goldmann zu Riff. 9). Auch die photographischen Anstalten sind hierher zu rechnen (Düringer-Hachenburg Anm. XIV). Über den Umfang des Handwerks hinausgehend vgl. oben Anm. X d.

## § 2.

### Handelsgewerbe durch Art und Umfang.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

ADH. —

Entw. I § 2.

Entw. II § 2.

**I. Gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.**

- a. **Gewerbliches Unternehmen.** Dieser Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem in § 1 gebrauchten Ausdruck „Gewerbebetrieb“. Vgl. daher § 1 Anm. II, IV d. Nur deutet „Unternehmen“ auf einen etwas größeren Umfang (ähnlich wie „Anstalt“ in § 1 Nr. 5), hat jedoch keine selbständige Bedeutung, da auch in dem ausdrücklichen Zusatz „das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert“ auf einen größeren Umfang hingewiesen ist. — Unerheblich ist, ob der Unternehmer eine Einzelperson oder eine Personenvereinigung ist. Ob ein nichtrechtsfähiges Gebilde als solches Unternehmer sein kann, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Auf Bergwerksgesellschaften ohne

juristische Persönlichkeit findet § 2 keine Anwendung (GGWB. Art. 5). Gegenseitigkeitsversicherung ist kein Gewerbe (§ 1 Anm. IIa 1), § 2 findet daher auf sie keine Anwendung (PrivWirtG. § 16).

- b. **In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb.** Die Einrichtung verschiedener kaufmännischer Geschäftszweige ist sehr verschieden; als das Wesentliche und daher Gemeinsame der kaufmännischen Geschäftsbetriebe wird die kaufmännische Buchführung (vgl. §§ 38 ff.) anzusehen sein.
- c. **Nach Art und Umfang erfordernd.**

1. **Erfordernd.** Das Unternehmen muß einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Damit ist nur gemeint, daß bei dem betreffenden Betrieb genügende Übersichtlichkeit des Vermögensstandes und geordnete Erledigung der einzelnen Geschäfte sich ohne kaufmännische oder diesen gleichwertige Betriebsrichtungen nicht erzielen lassen. Dagegen liegt im Sinn des § 2 das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes auch dann vor, wenn der Geschäftsherr den Betrieb nach dem Muster staatlicher Unternehmungen einrichtet oder sonst durch andere als kaufmännische Einrichtungen die nötige Übersicht und Ordnung erzielt oder erzielen kann (RG. 23 IX 01 EntschFG. 2 227 RGS. 23 A 83). Unerheblich ist auch, ob der betreffende Gewerbetreibende die Buchführung versteht, Zeit zur Buchführung hat und Geld zu deren Einführung aufwenden müßte (RG. 13 V 01 EntschFG. 2 133 OLGMRspr. 3 406). Der § 2 ist nicht anwendbar, wenn der Betrieb kaufmännisch eingerichtet ist, ohne daß er eine solche Einrichtung erfordert (Staub Anm. 6). Umgekehrt ist § 2 anwendbar, wenn der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, aber — falls nicht seine Art entgegensteht — nach seinem Umfang eine solche Einrichtung erfordert. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß § 2 auch anwendbar sei, wenn der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, aber — falls nicht sein geringer Umfang entgegensteht — nach seiner Art eine solche Einrichtung erfordert; denn hierbei wäre das Gesuchte vorausgesetzt. Zwar kann man vorschreiben, daß ein bestimmter Betriebsumfang eine kaufmännische Betriebsart erfordere; nicht aber, daß eine nichtkaufmännische Betriebsart eine kaufmännische Betriebsart erfordere. Insoweit erscheint der Eingang des § 2 unrichtig gefaßt und wird daher auszulegen sein wie wenn er lautete:

„Ein gewerbliches Unternehmen, das in kaufmännischer Art betrieben wird und nach seinem Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, . . .“

2. „Und“. Der § 2 stellt das doppelte Erfordernis auf, daß sowohl nach Art wie nach Umfang das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern muß (RG. 29 X 00 EntschFG. 1 191 OLGMRspr. 2 143, 11 III 01 OLGMRspr. 2 396, 20 XI 00 RWSl. 01 18, 10 XII 00 RGS. 21 A 71, 25 XI 01 RWSl. 02 28; dagegen Staub Anm. 7, Dpet ZfR. 49 52 Anm. 2). Der Umstand, daß hohe Gewerbesteuer gezahlt wird, genügt daher für sich allein noch nicht für die Unterstellung des betreffenden Betriebes unter § 2 (RG. 11 III 01 OLGMRspr. 2 395).
3. **Art.** Das Gewerbe muß, damit § 2 Anwendung findet, zu einer Art gehören, die unter Umständen — nämlich, wenn das Merkmal eines genügenden Umfangs hinzukommt — einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Oder klarer in verneinender Fassung: der § 2 ist nicht anwendbar auf Gewerbe, die in keinem Fall, selbst nicht bei großem Umfang, einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. In dieser Hinsicht kommen namentlich folgende Arten von Betrieben in Betracht:
- a. **Handwerk.** Unter Handwerk ist ein Betrieb zu verstehen, der in handwerksmäßiger Art erfolgt, ohne Rücksicht, ob der Umfang ein kleiner oder ein großer ist (§ 4 Anm. IIa). Ist der Umfang ein kleiner, so kann die Anwendung des § 2 ohnedies nicht in Frage kommen (unten zu 4). Aber auch, wenn der Umfang ein großer, ist § 2 nicht anwendbar. Denn wollte man den § 2 auf einen Betrieb handwerksmäßiger Art aber großen Umfangs anwenden, so würde in § 4 die be-

sondere Erwähnung der Handwerker (ohne Rücksicht auf Betriebsumfang) neben den Kleingewerbetreibenden nicht mehr erklärlich sein, weil dann jeder Großgewerbetreibende, auch wenn er Handwerker ist, eintragungspflichtig nach § 2 wäre, und mithin § 4 nur noch auf diejenigen Handwerker, die Kleingewerbetreibende (und außerdem Kaufleute) sind, anwendbar bliebe. Darum muß § 2 so ausgelegt werden, daß durch die Worte „nach Art“ ausgedrückt werden sollte, ein in handwerksmäßiger Art tatsächlich geführter Betrieb erfordere, selbst bei großem Umfang nicht einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Die Eigenschaft des Unternehmers als eines Handwerkers hindert daher die Anwendung des § 2 (dagegen RG. 20 XI 00 RObI. 01 19, 9 XI 03 RObZ. 27 A 63, OLG. Raumburg GoldheimsWsch. 04 125); selbst bei erheblichem Betriebsumfang fällt der Handwerker nicht unter § 2 (RG. 29 X 00 EntschZG. 1 191, 10 XII 00 RObZ. 21 A 70, OLG. München 16 I 03 OLGWspr. 6 234; dagegen RG. 9 XI 03 RObZ. 27 A 61). So auch, wenn der große Handwerksbetrieb den Umfang eines kleinen Fabrikbetriebs annimmt (OLG. München 11 XII 03 EntschZG. 4 104 RObZ. 27 A 301). Über den Begriff des Betriebens „in handwerksmäßiger Art“ vgl. § 1 Anm. X d, § 4 Anm. II a. — Betreibt jemand, der sich als Handwerksmeister bezeichnet, sein Gewerbe in einer über die handwerksmäßige Art hinausgehenden Weise, so wird er in der Regel Kaufmann nach § 1 Nr. 1, 2 oder 9 sein. Ist er dies ausnahmsweise nicht, so kann § 2 auf ihn Anwendung finden. So wurde z. B. ein Maurermeister als unter § 2 fallend angesehen (dagegen vgl. § 1 Anm. IX d 3, X b, d), wenn er in erheblichem Betrag Baustoff anschafft und hierfür Stundung gegen Wechsel in Anspruch nimmt (RG. 20 XI 00 RObI. 01 19) oder auch ohne Wechselverkehr Bauwerke herstellt und veräußert (RG. 30 III 03 OLGWspr. 7 146); dagegen als nicht unter § 2 fallend, wenn die Besteller die Baustoffe liefern, die Ausgaben sich im wesentlichen auf Lohnzahlungen beschränken und kein Wechselverkehr stattfindet (RG. 20 XI 00 RObI. 01 19).

- β. Wissenschaftlicher oder künstlerischer Beruf, staatliches, gemeindliches oder kirchliches Amt. Ein hierunter fallender Betrieb ist in der Regel nicht Gewerbe (§ 1 Anm. II a 4). Ist aber ausnahmsweise der Betrieb ein gewerbemäßiger, so wird der Betreibende meist Kaufmann nach § 1 Nr. 1 sein. In beiden Fällen kann daher die Anwendbarkeit des § 2 kaum je in Frage kommen. Daß § 2 solche Ausnahmefälle von der Anwendung seiner Bestimmungen ausschließen wollte, ist nicht anzunehmen (dagegen Düringer-Sachenburg Note III). Tanz-, Turn- oder Schwimmunterrichtsanstalten werden — ebenso wie andere Unterrichtsanstalten — entweder im Einzelfall nicht Gewerbebetriebe sein (§ 1 Anm. II a 4) oder aber, wenn im Einzelfall dennoch Gewerbebetrieb vorliegt, dem § 2 unterstehen (dagegen Lehmann Nr. 5).
- γ. Land- oder Forstwirtschaft. Der § 2 findet auf diese Betriebe nicht Anwendung; dies folgt indessen ohnedies aus § 3 Abs. 1, selbst wenn es nicht aus den Worten „nach Art“ in § 2 abzuleiten wäre. Auf Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft findet § 2 Anwendung, soweit nicht § 3 Abs. 2 Abweichendes bestimmt.
- δ. Unternehmen öffentlicher Körperschaften. Ebenso wenig wie von der Anwendbarkeit des § 1 (vgl. § 1 Anm. IV d 2) sind derartige Unternehmungen von der Anwendbarkeit des § 2 ausgeschlossen.
- ε. Gewerbe, deren Gegenstand unbewegliche Sachen sind, unterliegen dem § 2 (unten zu d).

Hiernach ergibt sich, daß die in den Worten „nach Art“ enthaltene Einschränkung, soweit sie über § 3 Abs. 1 hinausreicht, nur auf den Gegensatz zur handwerksmäßigen Betriebsart zu beziehen ist. — Daneben ist allerdings die fernere, aber in § 2 nicht erwähnte, Einschränkung zu machen, daß § 2 unanwendbar ist auf Betriebe, bezüglich deren mit Rücksicht auf die Bereinigungsform des Betreibers Sondervorschriften über ihre Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zur Eintragung bestehen. So

nicht auf Eingetragene Genossenschaften und nach PrivWUntG. § 16 auch nicht auf Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

4. Umfang. Die Worte „nach Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderlich“ in § 2 sind gleichbedeutend mit den Worten „über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend“ in § 4 (D. 12 zu § 2: es erscheine nicht ratfam, „die Gesellschaftsformen des Handelsrechts jedermann, also auch den Kleingewerbetreibenden, zugänglich zu machen“, D. 18: „... wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen“). Die erwähnten, in § 4 gebrauchten Worte (und mit hin auch die in § 2 gebrauchten) sind aber auch gleichbedeutend mit den Worten „über den Umfang des Handwerks hinausgehend“ in § 1 Nr. 2, 9. Denn sonst würde der Fall vorkommen können, daß ein seiner Art nach mehr als handwerksmäßiger Be- oder Verarbeitungsbetrieb zwar über den Umfang des Handwerks hinausgeht, aber, weil nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend, dennoch nicht eintragungspflichtig ist. — Daher ist über den Begriff des Erforderns eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs § 1 Anm. X d, § 4 Anm. III zu vergleichen. Ein Kleingewerbetreibender kann nie eintragungspflichtig nach § 2 sein. — Für die Beantwortung der Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen nach Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, kommen in Betracht der Umfang Ausgaben für Anschaffungen und Löhne, Einnahmen), Ertrag, Anlage- und Betriebskapital (als Anhalt für Ertrag und Kapital die Gewerbesteuer), Größe, Beschaffenheit und Einrichtung der dem Betrieb dienenden Räumlichkeiten, Art und Beschaffenheit der gewerblichen Hilfsmittel, Werkzeuge und Maschinen, Zahl und Ausbildungsgrad der im Betrieb beschäftigten Personen, Zahl der Lieferer und der Kunden, mehr oder minder verwickelte Gestaltung der Beziehungen zu ihnen und zu den Angestellten, Umfang des gegebenen und in Anspruch genommenen Kredits und des Wechselverkehrs (RG. 9 XI 03 RGZ. 27 A 64).

- d. Beispiele von Gewerbezweigen, die unter § 2 fallen können: Veräußerung selbstgewonnener Rohstoffe in unbearbeitetem Zustand, z. B. Bergbau, Betrieb eines Bruches oder einer Saline (D. 6), Fischerei, soweit nicht unselbständiger Teil der Landwirtschaft. Veräußerung selbstgewonnener Rohstoffe in bearbeitetem Zustand, z. B. Ziegelei, Rübenzuckerfabrik (D. 6). Auskunftei (D. 6, vgl. RG. 8 V 01 RGBl. 97). Mietbücherei (D. 6) und sonstige Mietanstalten. Bauunternehmen (D. 6) und Bauhandwerk, insofern sie nicht unter § 1 fallen (hierüber vgl. § 1 Anm. IX d 3, X b, d). Handel mit Grundstücken (D. 6, RG. 9 XI 03 RGZ. 26 A 209; dagegen Marcus in GoldheimsM Schr. 03 197), insbesondere Ankauf von Grundstücken und Veräußerung nach Zerteilung (RG. 20 VI 04 OLGMSpr. 9 238). Größeres Theaterunternehmen (RG. 26 X 03 RGZ. 26 A 215 OLGMSpr. 8 247; vgl. § 1 Anm. II a 4). Pfandleihgewerbe (RG. 29 II 04 EntschZ. 4 154 RGZ. 27 A 201 OLGMSpr. 8 379); es fällt nicht unter § 1 Nr. 4 (§ 1 Anm. XII b 4). Anzeigenvermittlung. Wohnungsvermittlung. Stellenvermittlung (dagegen Lehmann Nr. 5). Aufkauf und Einziehung von Forderungen und Einziehungsvermittlung.

II. **Eintragungspflicht.** Die Gewerbetreibenden, deren Betrieb den im § 2 bezeichneten Voraussetzungen entspricht, sind nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister zu verlangen und sind hierzu durch Ordnungsstrafen anzuhalten (D. 11). Andererseits darf eine Eintragung nur stattfinden, wenn — abgesehen von den Fällen des § 1 — die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind (D. 12). Betreibt ein Verein, so sind die Vorstandsmitglieder, betreibt eine Gesellschaft (im Sinn des BGB.) oder sonstige Gemeinschaft, so sind die sämtlichen Gemeinschaftler verpflichtet zur Bewirkung der Eintragung. Bei Anmeldungen auf Grund des § 2 ist die Prüfungspflicht des Registerrichters keine umfangreichere als bei Anmeldungen auf Grund des § 1 (abweichend Düringer-Hachenburg Note V); in der Anmeldung sind daher die Tatsachen zu behaupten, aus denen das Vorliegen der in Anm. I hervorgehobenen Merkmale hervorgeht, diese Behauptungen sind aber vom Registerrichter als wahr zu unterstellen, falls nicht besondere Zweifelsgründe vorliegen (§ 12 Anm. VI a 2).

III. **Wirkung der erfolgten Eintragung:** das Unternehmen „gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs“.

a. **Begründende Wirkung.** Erst die Eintragung begründet im Fall des § 2 die Eigenschaft des Gewerbes als eines Handelsgewerbes; es ist nicht Handelsgewerbe, solange es nicht eingetragen ist. Die Gewerbetreibenden des § 2 sind Sollkaufleute (§ 1 Anm. V b 1), sie sind Kaufleute nur, nachdem die Eintragung erfolgt ist. Wie entsprechend in anderen Fällen begründender Eintragungen (vgl. z. B. § 200 mit § 309), reicht aber auch hier die Wirkung nicht so weit, daß jedes auf Grund des § 2 im Handelsregister eingetragene Gewerbe hierdurch zum Handelsgewerbe wird. Vielmehr ist es trotz Eintragung nicht Handelsgewerbe, wenn die sachlichen Voraussetzungen für die Eintragung (oben Anm. I) nicht vorliegen; indessen enthält § 5 eine Abschwächung dieser Folgerung. Über die Unterscheidung der in § 2 bestimmten Wirkung der Eintragung von der in § 5 bestimmten vgl. § 1 Anm. III a, § 5 Anm. II b. — Die Wirkung ist an die Eintragung geknüpft. Welche Wirkung einer hinzukommenden Bekanntmachung zukommt, ist durch § 15 geregelt. Über die Wirkung des Geschäftebeginns einer offenen Handelsgesellschaft, die ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreibt, vgl. § 123 Anm. III c; über die Wirkung des Geschäftebeginns einer solchen Kommanditgesellschaft vgl. § 176 Anm. II e.

b. **„Gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs.“** „Gilt“ vgl. § 1 Anm. III a. „Im Sinne dieses Gesetzbuchs“ vgl. § 1 Anm. IV a. „Handelsgewerbe“ vgl. § 1 Anm. I. Unerheblich ist, ob nach der Verkehrsanschauung das Unternehmen dem Handel zugerechnet wird (RG. 14 I 01 Entsch. 25 RGZ. 21 A 250). Die Zulegung der Eigenschaft als Handelsgewerbe hat unter anderem die Folge (§ 105 Anm. II c), daß eine Gesellschaft, deren Zweck der Betrieb eines unter § 2 fallenden Gewerbes ist, offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft sein kann. Und zwar für das innere Verhältnis der mehreren Gesellschafter zueinander schon vor Eintragung (§ 105 Anm. II a).

c. **„Auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen.“** Diese Worte sollen nur ausdrücken, daß ein Handelsgewerbe nicht nur nach § 1, sondern auch nach § 2 bestehen kann. Sie haben daher keine selbständige Bedeutung. Nicht etwa ist mit dem Wort „auch“ gemeint, daß § 2 die umfassendere, auch die Fälle des § 1 einschließende Bestimmung sei, so daß in einem Einzelfall gleichzeitig § 1 und § 2 anwendbar sein könnten. Vielmehr kann die Anwendung des § 2 nur in Frage kommen, wenn im Einzelfall § 1 nicht anwendbar ist.

IV. **Löschung.** Der Unternehmer ist zum Antrag auf Löschung verpflichtet, sobald dauernd nicht mehr die Voraussetzungen (oben Anm. I) vorliegen, die das Recht zur Eintragung begründeten (§ 31 Anm. III b). Über die Wirkungen einer nichtsdestoweniger fortdauernden Eintragung bestimmen §§ 5, 15. Durch Löschung erlischt die etwa bis dahin noch bestehende Kaufmannseigenschaft, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgte (§ 5 Anm. III); der Gewerbetreibende ist aber in diesem Fall verpflichtet zur Wiederanmeldung (Staub Anm. 14).

### § 3.

#### Land- und Forstwirtschaft. Nebengewerbe.

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

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß

§ 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

ADH. —

Entw. I § 3.

Entw. II § 3.

I. **Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb (Abs. 1).** Das frühere *ADH.* erreichte den Ausschluß der Geschäfte der Land- und Forstwirtschaft vom Gebiet des Handelsrechts dadurch, daß nach ihm der Verkauf selbstgewonnener Waren und der Handel mit Grundstücken nicht Handelsgeschäft war. Weibes ist durch den jetzigen § 2 *HGB.* geändert. Infolgedessen war nunmehr die ausdrückliche Vorschrift des § 3 Abs. 1 erforderlich, daß die Anwendung des § 2 auf solche Betriebe ausgeschlossen sein solle. Nach früherem Recht begründete andererseits der Abschluß von Handelsgrundgeschäften die Kaufmannseigenschaft, selbst wenn der Abschluß im Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft erfolgte. Dies ist geändert durch die Vorschrift des § 3 Abs. 1, daß § 1 keine Anwendung finden solle, und durch die Bestimmung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2. Sind Handelsgrundgeschäfte Bestandteil des Hauptbetriebes der Land- oder Forstwirtschaft (unten Anm. II a 3 a) oder Gegenstand eines wenig umfangreichen Nebengewerbes, so wird der Betrieb hierdurch niemals zum Handelsgewerbe (§ 3 Abs. 1); sind die Handelsgrundgeschäfte Gegenstand eines umfangreichen Nebengewerbes der Land- oder Forstwirtschaft, so wird das Nebengewerbe zum Handelsgewerbe, wenn der Gewerbetreibende von seinem Eintragungsrecht Gebrauch macht, andernfalls nicht (unten Anm. II b); nehmen endlich die Handelsgrundgeschäfte oder die sonstigen Geschäfte des gleichzeitig betriebenen Gewerbes einen solchen Umfang an, daß sie als Hauptgewerbe sich darstellen (vgl. unten Anm. II a 3 b), so finden auf sie §§ 1, 2 *HGB.* Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Land- oder Forstwirtschaft betrieben wird (*RB.* 8). — Unerheblich für die Anwendung des § 3 ist, ob der Betreibende Eigentümer der Grundstücke ist (§ 1 Anm. IV d 1).

II. **Nebengewerbe eines Land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs (Abs. 2).**

a. **Begriff des eintragungsfähigen Nebengewerbes.**

1. „Des“, d. h. des betreffenden einzelnen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes Nebengewerbe muß das Unternehmen sein. Der § 3 Abs. 2 des Entw. II lautete im Eingang: „Ist mit dem Betriebe der Land- und Forstwirtschaft ein Nebengewerbe verbunden, so findet . . .“ Nach *RB.* 8 stellte sich ein Einverständnis der Kommission darüber fest: „Es kämen in erster Reihe solche Betriebe in Frage, welche zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft ausschließlich oder der Hauptsache nach dienen, oder solche Betriebe, in denen im Nebengewerbe ausschließlich oder in der Hauptsache auf dem Eigentum des Gewerbeunternehmers erzeugte oder vorhandene Bestandteile zur Gewinnung oder Verarbeitung gelangen.“ In der ersten Lesung der Kommission wurde der Antrag angenommen, als Abs. 3 aufzunehmen: „Als Nebengewerbe ist nur ein solches Unternehmen anzusehen, welches ausschließlich oder der Hauptsache nach zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der mit dem Nebengewerbe verbundenen Land- und Forstwirtschaft dient.“ Bei der zweiten Lesung der Kommission einigte man sich auf die mit der jetzigen Fassung des Gesetzes übereinstimmende Fassung der Redaktionskommission. — Hiernach bestimmte der in der ersten Lesung angenommene Antrag den Begriff des Nebengewerbes so, daß nur der zweite Teil dessen, worüber die Kommission nach dem *RB.* angeblich als von jenem Begriff umfaßt, einverstanden war, dadurch gedeckt wird. In der Tat kann man als Nebengewerbe nicht einen Betrieb ansehen, der zur Verarbeitung von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft überhaupt, gleichgültig wer sie erzeugt hat, dient (auch wenn der Gewerbetreibende zugleich Landwirt ist), sondern nur einer solchen, bei dem die verarbeiteten Waren im wesentlichen von dem Gewerbetreibenden selbst in seinem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen sind.

2. **Sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenbetrieb ist erforderlich.** Weber genügt ein nur persönlicher Zusammenhang (vgl. *RDG.* 11 342),

3. B. wenn ein Gutsbesitzer nebenbei auch Bankgeschäfte betreibt, noch eine sonstige zufällige Berührung, z. B. örtliche Nachbarschaft der Betriebsstätten. „Nebengewerbe“ ist nicht gemeint im Sinn des räumlich gleichberechtigten Nebeneinanderstehens, sondern im Sinn einer infolge Unselbständigkeit erforderlichen seitlichen Anlehnung. Hithin gehören hierher nur solche Gewerbe, bei denen entweder die im Hauptgewerbe gewonnenen Waren einer ferneren, sie wertvoller machenden Be- oder Verarbeitung unterzogen werden, oder solche, die dazu dienen sollen, die im Hauptgewerbe gewonnenen Abfälle nutzbar zu machen, solche also, bei welchen der eigene land- und forstwirtschaftliche Betrieb den einzigen oder hauptsächlichsten Stützpunkt für das Nebengewerbe bildet (RG. 1 267), nicht aber solche, bei denen der Gewerbetreibende erst den Hauptteil der zu verarbeitenden Waren, auch wenn sie land- oder forstwirtschaftlich erzeugt sind, von anderen Personen erwerben muß. Kein Nebengewerbe ist daher z. B. eine auf dem Gut betriebene größere Ziegelei, wenn der Ton nur zu einem Drittel des Werts dem Gut, zu zwei Dritteln des Werts aber dem hinzugepachteten, nicht landwirtschaftlich bewirtschafteten fremden Land entnommen wird (RG. 22 II 04 EntschFG. 4 151 RGZ. 27 A 207). Dagegen verliert das Gewerbe nicht die Eigenschaft als Nebengewerbe schon dadurch, daß ein verhältnismäßig kleiner Wertteil der zur Verarbeitung oder als Zutaten erforderlichen Stoffe durch mit Dritten abgeschlossene Anschaffungsgefächte bereitgestellt wird (RG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 RGZ. 22 A 86 OLGMRpr. 3 404, OLG. München 9 V 03 OLGMRpr. 7 380).

3. Nebengewerbe. Darin liegt, daß der Betrieb einerseits nicht nur Bestandteil des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptbetriebes, andererseits nicht ein von dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb zu unterscheidender Hauptbetrieb sein darf.

a. Nicht nur Bestandteil des Hauptbetriebes. Bestandteil des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ist nicht nur die Gewinnung, sondern unter Umständen auch die in einfachen Formen ausgeführte erstmalige Herrichtung oder Bearbeitung tierischer und pflanzlicher Rohstoffe (vgl. RG. 3 VI 01 EntschFG. 2 136 RGZ. 22 A 85 OLGMRpr. 3 402). Nicht Bestandteil sondern Nebengewerbe ist dagegen die gewerbsmäßige Gewinnung und Verarbeitung anorganischer Rohstoffe (RG. a. a. O.). Doch berücksichtigt § 3 Abs. 2 überhaupt nur ein Nebengewerbe, bezüglich dessen Art und Umfang die Voraussetzungen des § 2 vorliegen (unten zu 5). Ein Nebengewerbe, bezüglich dessen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist wie ein Bestandteil des landwirtschaftlichen Hauptbetriebes zu behandeln (RG. 22 XII 02 OLGMRpr. 6 234).

β. Nicht Hauptgewerbe. Ein Nebengewerbe liegt nur vor, wenn das betreffende Gewerbe im Verhältnis zur Landwirtschaft von nebensächlicher Bedeutung ist; es muß in dieser seine Stütze finden und als ihr Ausfluß erscheinen (RG. 22 II 04 EntschFG. 4 150 RGZ. 27 A 206). Dabei kommt in Betracht namentlich der Umfang des Gewerbebetriebes, also die Höhe des einerseits in der Landwirtschaft, andererseits in dem besonderen Gewerbe verwendeten Anlage- und Betriebskapitals (RG. 22 II 04 EntschFG. 4 150 RGZ. 27 A 206) und die Zahl der beschäftigten Personen. Ebenso die Höhe des Umsatzes (dagegen RG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 RGZ. 22 A 88 OLGMRpr. 3 403, 22 XII 02 OLGMRpr. 6 233, 22 II 04 EntschFG. 4 150 RGZ. 27 A 206). Nicht dagegen — weil von Zufälligkeiten abhängig — die Höhe des Reingewinns (RG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 RGZ. 22 A 88 OLGMRpr. 3 403, 22 II 04 EntschFG. 4 150 RGZ. 27 A 206). Hebt sich das frühere Nebengewerbe in seiner Bedeutung, so entsteht entweder eine Verbindung gleichberechtigter Gewerbe (RG. 22 II 04 EntschFG. 4 153 RGZ. 27 A 210), oder das land- oder forstwirtschaftliche Gewerbe sinkt sogar zum Nebengewerbe herab; in beiden Fällen findet dann § 1 und 2, nicht mehr § 3 Abs. 2 Anwendung. Ist das Unternehmen ein selbständiger Gewerbebetrieb, so findet § 3 nicht Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Erzeugnisse oder Abfälle, die der Gewerbetreibende in einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen hat, zur Verwendung kommen. Die Selbständigkeit wird auch dadurch nicht auf-

gehoben, daß Betriebskapital, Betriebsanlagen, Arbeitskräfte, Tiere, bald in dem landwirtschaftlichen, bald in dem anderen Gewerbebetrieb zur Verwendung gelangen (RG. 22 II 04 Entschf. 4 153 RGZ. 27 A 210). Eine solche Selbständigkeit des Unternehmens ist namentlich dann anzunehmen, wenn dies Unternehmen von einer mit besonderer Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Personenvereinigung betrieben wird, deren Mitglied der Landwirt ist (RG. 10 II 02 Entschf. 3 77 RGZ. 24 A 67 DLRspr. 4 460). Aber auch dann, wenn der Landwirt mit anderen Personen eine besondere offene Handelsgesellschaft zum Betrieb dieses Unternehmens bildet (vgl. § 105 Anm. I c; dagegen RG. 10 II 02 Entschf. 3 76 RGZ. 24 A 66 DLRspr. 4 459). — Ein Nebengewerbe ist z. B. die Vermietung der im eigenen Betrieb verwendeten landwirtschaftlichen Maschinen an andere während der Zeit, in der sie im eigenen Betrieb nicht gebraucht werden (RG. 3 VI 01 Entschf. 2 138 DLRspr. 3 403; über Bohndruck vgl. auch § 1 Anm. X a). In der Reichstagskommission (RB. 7) erwähnte der Regierungsvertreter, daß als derartige Nebengewerbe namentlich vorkommen Kunstgärtnereien (nach D. 15 hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob eine Handelsgärtnerei nach §§ 1—3 ein Handelsgewerbe ist oder nicht), Torfbereitung, Schieferbrüche, Sand-, Kies- und Kalkgewinnung, Tongrabbereien und Tonröhrenfabrikation, Holzkohlen- und Holzteergewinnung, Harz- und Pechgewinnung, Talgsiederei, Seifensiederei, Ölmüllerei, Lohmühlen, Holzzurichtung und -Konservierung, Mühlenbetrieb, Butter- und Käsebereitung, Brauerei einfacher Biere, Obstwein- und Essigfabrikation, Branntweinbrennerei, Viehmästung, nur selten Zuckerfabriken. Einige der hier erwähnten Betriebe sind indessen in der Regel nicht zu den Nebengewerben zu stellen, sondern als Bestandteil des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptgewerbes anzusehen (oben zu a). Als Nebengewerbe kommen z. B. auch Ziegeleien und Dachsteinfabriken vor (RG. 3 VI 01 Entschf. 2 138 RGZ. 22 A 88 DLRspr. 3 403).

4. Nebengewerbe. Nur derjenige Nebenbetrieb kommt in Betracht, der ein gewerbsmäßiger (§ 1 Anm. II) ist.
5. Gemäß § 2 eintragungsfähig muß das Nebengewerbe sein. Dies folgt aus § 3 Abs. 2 Satz 1. Gemeint ist, daß ein Nebengewerbe der Land- oder Forstwirtschaft — gleichgültig, ob dessen Gegenstand Handelsgrundgeschäfte oder andere Geschäfte bilden — eintragungsfähig nur ist, wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, also in mehr als handwerksmäßiger Art betrieben wird und mehr als kleingewerblichen Umfang hat (§ 2 Anm. I). Ein Land- oder Forstwirt, der in Ansehung des Nebengewerbes, für das er die Eintragung nachsucht, nur Minderkaufmann wäre, soll daher nicht eingetragen werden. — Die Fassung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ist etwas ungenau. Die Worte „werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen“ sollten, wie aus „dessenungeachtet“ hervorgeht, das Vorliegen der Voraussetzung des § 1 bezeichnen; sie stehen daher im Sinn von „hat das Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art zum Gegenstand“; nicht auf den Abschluß einzelner Handelsgrundgeschäfte kommt es an, sondern darauf, daß der Gewerbebetrieb auf den Abschluß von Handelsgrundgeschäften gerichtet ist.
- b. Eintragsrecht ohne Eintragungspflicht. Während in Ansehung des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptgewerbes weder Recht noch Pflicht zur Eintragung besteht, begründet das Nebengewerbe zwar gleichfalls keine Pflicht, aber ein Recht zur Eintragung. Die Wirkung einer etwa erfolgten Eintragung des Nebengewerbes ist die gleiche, wie die Wirkung jeder anderen nach § 2 erfolgenden Eintragung (vgl. daher § 2 Anm. III). Durch die Eintragung wird jedoch der Geschäftsherr Kaufmann nur in Ansehung des Nebengewerbes, nicht auch in Ansehung des Hauptgewerbes (§ 1 Anm. IV b). Bieweit die Verpflichtung zur Buchführung reicht, vgl. § 38 Anm. I a 2.
- c. Lösung der Firma. Sie folgt den allgemeinen Regeln; vgl. daher § 31. Durch § 3 Abs. 2 Satz 2 sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die Lösung eines eingetragenen Nebengewerbes nicht, wie die Eintragung, von dem Willen des Unternehmers abhängig



sein soll. Über die Wirkungen einer zu Unrecht fortdauernden Eintragung vgl. §§ 5, 15. Über die Wirkungen einer zu Unrecht erfolgten Löschung vgl. § 5 Anm. III.

d. **Rechtsnachfolge bezüglich des als Nebengewerbe betriebenen Geschäfts.**

1. Wird das Nebengeschäft ohne Firma veräußert, so ist die bisherige Firma zu löschen. Der neue Erwerber, wenn er das Geschäft nicht als Nebengewerbe zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb führt, unterliegt der Eintragungspflicht nach § 1 oder § 2. Führt er es dagegen als Nebengewerbe zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb — sei es dem mitveräußerten Hauptbetrieb des früheren Unternehmers, sei es einem eigenen — so hat er nach § 3 ein Eintragsrecht, aber keine Eintragungspflicht. Läßt er nicht eintragen und veräußert er dann das Geschäft zurück an den ersten Inhaber, so würde dieser zur erneuten Eintragung nur dann verpflichtet sein, wenn Veräußerung und Rückveräußerung zwecks Umgehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 Satz 2 erfolgt sind.
2. Wird das Nebengeschäft mit Firma veräußert, so ist der Erwerber Kaufmann seit dem Erwerb, da die eingetragene Firma nunmehr seine Firma ist. Daher ist er auch nicht zu willkürlicher Löschung befugt (§ 3 Abs. 2 Satz 2); dagegen ist er befugt zu einer Änderung der Firma.
3. Wird das Nebengeschäft ererbt, so steht dies in Ansehung des Löschungsrechts einem Erwerb unter Lebenden mit Firma (oben zu 2) gleich. Der Erbe ist daher nicht zur willkürlichen Löschung (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. VII, Staub Anm. 8), aber zur Änderung der Firma befugt.

## § 4.

### Minderkaufleute.

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

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

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

ADH. Art. 10.

Entw. I § 5.

Entw. II § 4.

I. **Begriff des Minderkaufmanns.**

- a. **Verhältnis zum früheren Recht.** Das ADH. führte in dem entsprechenden Art. 10 auf: „Höfer, Tröddler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe [das „dergleichen“ wurde ausgelegt als auf die Art des Geschäfts hindeutend, so daß nicht das ganze Kleingewerbe umfaßt war], ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht.“ Im jetzigen § 4 ist auf die Art des Gewerbebetriebes nur bezüglich des Handwerks Rücksicht genommen, im übrigen kommt es nur auf den Umfang des Geschäftsbetriebes an, darauf, daß nur Kleingewerbe vorliegt.
- b. **Eigenschaft als Kaufmann.** Der § 4 bezieht sich (da anderenfalls die in ihm enthaltenen Vorschriften selbstverständlich wären und nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchten) nur auf solche Handwerker und Kleingewerbetreibende, die Kaufleute sind (Str. 76 297, RWSt. 31 178). Die in § 4 bezeichneten Gewerbebetreibenden bleiben daher Kaufleute trotz der in § 4 bestimmten Einschränkungen. Man bezeichnet sie als „Minderkaufleute“ im

Gegenjaß zu „Vollkaufleuten“. Nur wer nach § 1 Kaufmann ist, kann Minderkaufmann sein. Unternehmer der in § 2 und 3 erwähnten Betriebe können nie Minderkaufleute, sondern nur entweder Nichtkaufleute oder aber Vollkaufleute sein (RG. 11 IV 04 Entschf. 4 162 RGZ. 27 A 213), weil Voraussetzung dafür, daß Unternehmer jener Betriebe Kaufleute werden können, das Vorliegen eines Unternehmens ist, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, hierdurch aber Handwerker (§ 2 Anm. I c 3) und Kleingewerbetreibende (§ 2 Anm. I c 4) ausgeschlossen sind. — Über die Wirkung der Eintragung eines minderkaufmännischen Geschäfts in das Handelsregister vgl. § 5. Sinkt ein früher vollkaufmännisches Geschäft dauernd zu einem minderkaufmännischen hinab, so wird § 4 anwendbar (vgl. RGSt. 35 289), und die Löschung hiermit nicht vereinbarter Eintragungen, z. B. der Firma und einer Procura, kann erzwungen werden (RG. 24 VI 01 OLGPr. 3 405). — Wer nebeneinander ein minderkaufmännisches und ein vollkaufmännisches Geschäft führt, braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns nur bezüglich des vollkaufmännischen Geschäfts zu erfüllen (vgl. entsprechend § 1 Anm. IV b, ebenso RGSt. 25 171; dagegen OLG. Marienwerder 27 IV 94 JZ. 46 466); vgl. jedoch bezüglich der Buchführungspflicht die in § 38 Anm. I a 2 angeführten Entscheidungen.

## II. Handwerker.

- a. **Begriff.** In § 4 Abs. 1 gehören die Worte „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“ nur zu „Personen“, nicht auch zu „Handwerker“, denn anderenfalls wäre die besondere Erwähnung der „Handwerker“ überflüssig (ebenso RG. 9 XI 03 OLGPr. 8 92 RGZ. 27 A 61). Daraus folgt, daß § 4 das Vorhandensein auch von „Handwerkern“ voraussetzt, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, und daß mithin der Begriff des Handwerkers unabhängig ist vom Umfang des Betriebes (vgl. RGSt. 35 289). Daher kann der Begriff des Handwerkers nur durch Bezugnahme auf die Art des Betriebes bestimmt werden. Handwerker ist hiernach wer in handwerksmäßiger Art betreibt. Der handwerksmäßigen Art wesentlich ist, daß bei der den Gegenstand des Betriebes bildenden Be- oder Verarbeitung oder sonstigen Werkthätigkeit der Unternehmer persönlich in erheblicherem Umfang mit Hand anlegt und nicht etwa nur bei der Oberleitung des Betriebes oder dem Vertrieb der Waren sich beteiligt. Als unterstützende Merkmale kommen ferner in Betracht die Einrichtung und Größe der Betriebsstätte, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Tätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteilenden Verfahrens (RGSt. 24 80, 357, 25 5, OLG. München 6 XII 86 JZ. 34 561). Indessen macht nicht schon das Fehlen einer gemeinsamen Arbeitsstätte den auf Herstellung von Gegenständen gerichteten Gewerbebetrieb zu einem handwerksmäßigen (RG. 57 387). Auf die Gattung des hergestellten Gegenstandes kommt es nicht an (vgl. z. B. § 1 Anm. X d über Brennerei und Brauerei); das Handelsgesetzbuch begrenzt, abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, den Begriff des Handwerkers nicht in Anlehnung an die früheren Innungseinrichtungen. Daher kann Handwerker im Sinn des HGB. z. B. auch ein Drucker sein (§ 1 Nr. 9), trotzdem Druckerinnungen wohl nicht bestanden haben. Über die einzelnen Gegenstände des Gewerbebetriebs vgl. § 1 Anm. IV f. — Bei Auslegung des HGB. § 196 hält RG. 31 III 05 JW. 337<sup>4</sup>, teilweise abweichend von vorstehenden Ausführungen, den „geschichtlich eingeschränkten“ Begriff des Handwerkers fest und erklärt als Handwerker einen „Gewerbetreibenden, der nach althergebrachter Arbeitsteilung innerhalb gewisser Grenzen im kleineren Umfang durch Alleinarbeit oder doch unter eigener Mitarbeit gewisse Verbrauchs- oder Gebrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet.“
- b. **Die Begriffe Handwerker und Kaufmann in ihrem Verhältnis zueinander.** Ein Handwerker kann Nichtkaufmann oder er kann Kaufmann sein. Der § 4 bezieht sich nur auf diejenigen Handwerker, die Kaufleute sind (RGSt. 31 178), also nur auf Gewerbetreibende der unten zu 4 erwähnten Gattung. Ob im Einzelfall ein Handwerker Kaufmann, ist nach § 1 zu beurteilen. Auf Grund des § 2 kann nie ein Handwerker zum Kaufmann werden

(§ 2 Anm. I c 3); mithin auch nicht auf Grund des § 3 (§ 3 Anm. II a 5). Ist ein Handwerker nach § 1 Kaufmann, so ist er ein Minderkaufmann (§ 4 Abs. 1, 2). Ein Handwerker kann in Ansehung desselben Betriebes nie Vollkaufmann sein (RG. 51 123), auch wenn der Handwerksbetrieb im großen erfolgt (RB. 9, ObLG. München 11 XII 03 OLGPr. 8 250). Ist ein Gewerbetreibender Vollkaufmann, so ist er nicht mehr Handwerker im Sinn des HGB, selbst wenn er selbst sich als Handwerksmeister bezeichnet. Hieraus in Verbindung mit der Auslegung des § 1 ergeben sich nachstehende Folgerungen:

1. Vollkaufmann, aber nicht Handwerker ist, wer in nicht handwerksmäßiger Art ein Handelsgewerbe von mehr als kleingewerblichem Umfang betreibt. So, wer in großgewerblichem Umfang Anschaffungs- und Weiterveräußerungsgeschäfte abschließt, z. B. die Stoffbeschaffung für das auszuführende Werk übernimmt (§ 1 Anm. IX b). Ebenso wer in nicht handwerksmäßiger Art und mehr als handwerksmäßigem Umfang ein Be- oder ein Verarbeitungsgewerbe (§ 1 Anm. X d 1 $\beta$ ) oder eine Druckerei (§ 1 Anm. XVII) betreibt. Werden in einem Betrieb, in dem der Schwerpunkt auf der Gewinnerzielung durch den Unterschied im Anschaffungs- und Weiterveräußerungspreis liegt, die Waren nur einem geringen Maß von Zubereitung vor Weiterveräußerung unterzogen, so macht diese Zubereitung, da sie nur eine Nebentätigkeit ist, den Gewerbetreibenden selbst dann nicht zum Handwerker, wenn er persönlich dabei mit tätig ist (RGSt. 31 180).
2. Vollkaufmann und Handwerker kann niemand in Ansehung eines einzigen Betriebes sein. Dagegen kann ein Unternehmer zwei voneinander unabhängige Betriebe haben, von denen der eine ein vollkaufmännischer, der andere ein handwerksmäßiger ist. Dann ist er Vollkaufmann in Ansehung des ersteren, Handwerker in Ansehung des letzteren Betriebes (§ 1 Anm. IV b).
3. Minderkaufmann, aber nicht Handwerker ist, wer in nicht handwerksmäßiger Art ein Handelsgewerbe von nur kleingewerblichem Umfang betreibt. So z. B. wenn ein bisheriger Handwerker die handwerksmäßige Betriebsart gegen die kaufmännische vertauscht, aber nur einen kleinen Umfang des Gewerbetriebes erzielt.
4. Minderkaufmann und Handwerker ist, wer in handwerksmäßiger Art betreibt, aber nach § 1 Kaufmann ist. So namentlich, wenn in demselben Betrieb kleingewerbliche Anschaffungsgeschäfte und handwerksmäßige Tätigkeit gleichberechtigt nebeneinander hergehen, wie bei den meisten Gattungen von Handwerkern, wenn sie den Stoff und nicht nur nebensächliche Zutaten beschaffen (§ 1 Anm. III b, IV f). So ferner, wenn ein (nicht mit eigener Stoffbeschaffung verbundener) Be- oder Verarbeitungsbetrieb oder eine Druckerei in handwerksmäßiger Art, aber in einem mehr als handwerksmäßigen Umfang betrieben wird (§ 1 Anm. X d 1 $\alpha$ ; dagegen Staub Anm. 2). Auch kann ein Unternehmer mehrerer selbständiger Betriebe in Ansehung des einen nur Handwerker (und nicht Kaufmann), in Ansehung des anderen kleingewerbetreibender Minderkaufmann (und nicht Handwerker) sein (oben zu 2).
5. Handwerker, aber nicht Kaufmann ist, wer in handwerksmäßiger Art betreibt, ohne daß der Betrieb Handelsgewerbe ist. So, wenn in einem in handwerksmäßiger Art geführten Betrieb nur nebensächliche Handelsgrundgeschäfte vorkommen (RGSt. 21 213, 31 179, RG. 25 XI 01 RGBl. 02 29), z. B. wenn der Besteller den Stoff liefert, der Handwerker aber die Zutaten beschafft.

### III. Kleingewerbetreibender.

- a. Begriff. Wie aus der Vergleichung mit § 2 sich ergibt, ist Kleingewerbe dasjenige Handelsgewerbe, das wegen seines geringen Umfangs einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 2 Anm. I c 4, RG. 13 V 01 EntschG. 2 133, 19 I 03 OLGPr. 6 466). Die Grenze zwischen Vollgewerbe und Kleingewerbe ist an verschiedenen Orten (z. B. Gebirgsgegend und Seehandelsstadt) an verschiedener Stelle zu ziehen (§. 527). Nicht die Größe des möglichen, sondern nur die Höhe des wirklichen Umfangs des Gewerbetriebes ist entscheidend (RGSt. 33 191). Und zwar des Umfangs zur Zeit der Entscheidung über den Eintragungsantrag, nicht auch der nur für später er-

hofften Erweiterung, außer wenn das Unternehmen noch nicht voll zur Entfaltung gekommen ist und baldige Steigerung in Aussicht steht (RÖ. 22 XII 02 OÖRspr. 7 147). Zu berücksichtigen ist Anlagekapital, Umsatz, Ertrag, Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der Geschäftsräume, Betriebseinrichtung, insbesondere ob das Hauptgewicht auf der persönlichen Arbeitsleistung des Geschäftsherrn liegt oder ob eine größere Zahl von Angestellten unter Anwendung des Grundsatzes der Arbeitsteilung beschäftigt werden, Maß und Inanspruchnahme des Kredits, Wechselverkehr, mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu Lieferanten, Kunden, Angestellten (RÖ. 13 V 01 EntschZ. 2 132 RÖZ. 22 A 278; dagegen Staub Anm. 8, der lediglich den Wert der Geschäfte entscheiden lassen will). Die Geringfügigkeit des Umsatzes ist mithin nicht bedeutungslos (RÖSt. 33 191). Ein Betrieb wird nicht dadurch allein zum Kleingewerbe, daß er zeitweise einen geringen oder selbst gar keinen Reingewinn ergibt (RÖ. 29 II 04 EntschZ. 4 158). Kommen in einem einheitlichen Betrieb HandwerkerGeschäfte und WarenumsatzGeschäfte vor (vgl. § 1 Anm. III b), so entscheidet für die Frage, ob Kleingewerbe vorliegt, nicht der Gesamtumfang des Gewerbes, sondern der Umfang der WarenumsatzGeschäfte allein (RÖSt. 31 109), da die HandwerkerGeschäfte, selbst bei größtem Umfang, den Betrieb nicht zu einem vollkaufmännischen machen können (§ 1 Anm. X d 1 a).

- b. **Abgrenzung durch Landesgesetz.** Durch § 4 Abs. 3 ist den Landesregierungen gestattet, durch Bezugnahme auf die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht, und in deren Ermangelung nach anderen Merkmalen das Kleingewerbe vom Großgewerbe abzugrenzen. In Preußen ist durch UGHGB. Art. 1 Abs. 1 diese Befugnis dem Justizminister und dem Minister für Handel und Gewerbe gemeinsam übertragen und vorgeschrieben, daß vor Erlass solcher Bestimmungen in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören sind. Ähnliche Bestimmungen finden sich in den Ausführungsgesetzen von Anhalt (12. Aufl. Bb. III S. 449), Baiern (S. 453), Braunschweig (S. 454), Lippe (S. 468), Mecklenburg-Schwerin (S. 471) und =Strelitz (S. 475), Meuß j. L. (S. 482), Sachsen (S. 486), Sachsen-Altenburg (S. 489), Sachsen-Roburg und Gotha (S. 491), Sachsen-Meiningen (S. 492), Schwarzburg-Rudolstadt (S. 495), Waldeck (S. 498). Eine Vorschrift wegen Ermittlungen über die Eigenschaft eines einzelnen Betriebes als eines handwerklichen oder kleingewerblichen in zweifelhaften Fällen enthält das UG. von Meuß ä. L. (S. 480). In Preußen ist von der Ermächtigung des § 4 Abs. 3 bisher nicht Gebrauch gemacht worden. Wohl auch nicht in den übrigen Staaten, außer in Schwarzburg-Rudolstadt, wo durch B. d. Ministeriums v. 21 XII 99 § 1 bestimmt ist: „Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 Mk., noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 Mk. erreicht.“ — Da in erster Reihe eine Bezugnahme auf die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht vorgeschrieben ist, so würde, wenn eine nach dem Geschäftsumfang bemessene Gewerbesteuer besteht, eine Bezugnahme z. B. auf die Höhe der Einkommensteuer unzulässig sein.

#### IV. Die auf Minderkaufleute unanwendbaren Vorschriften des UGB.

- a. **Allgemeines.** Aus der Eigenschaft der Minderkaufleute als Kaufleute (oben Anm. I b) folgt die Anwendbarkeit der von Kaufleuten handelnden Vorschriften des UGB., so z. B. auch der Vorschriften über Handlungsvollmacht, Handlungsgehilfen und HandelsGeschäfte. Das Nähere hierüber bei den einzelnen Paragraphen. Eine Ausnahme machen nur die in § 4 Abs. 1, 2 und die in § 351 bezeichneten Vorschriften. Diese sind nicht anwendbar auf Minderkaufleute. Inessen sind die in § 4 Abs. 1 als unanwendbar auf Minderkaufleute erklärten Bestimmungen dennoch anwendbar auf minderkaufmännische Vereine, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Gesetzes Kaufmann sind (§ 6 Abs. 2); ob auch die in § 351 erwähnten Bestimmungen, vgl. § 351 Anm. II. — Wenn § 4 Abs. 1 „die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura“ erwähnt, so ist darin nur ein anderer Ausdruck für „die Vorschriften der Abschnitte 3, 4 und 5 bis § 53“ zu erblicken; daraus folgt, daß die Vorschriften jener Abschnitte, auch wenn sie anderes enthalten als jene Worte besagen (z. B. §§ 32, 35, 38 Abs. 2), nicht auf Minderkaufleute anwendbar sind.

## b. Die einzelnen Vorschriften.

1. **Firma-Vorschriften.** Bedienen sich die im § 4 bezeichneten Personen eines Handelsnamens, so ist dieser nicht eine Firma im Sinn des HGB. Sie haben daher weder das Recht noch die Pflicht, ihn in das Handelsregister eintragen zu lassen. Über die Wirkung der dennoch erfolgten Eintragung einer minderkaufmännischen Firma vgl. § 5. Ob die Grundsätze über die Haftung des Erwerbers eines Geschäfts für frühere Geschäftsschulden auch auf Minderkaufleute anwendbar sind, vgl. § 25 Anm. II b. Unter welchen Umständen § 28 anwendbar, vgl. § 28 Anm. I. Ob § 37 auf minderkaufmännische Handelsnamen anwendbar, vgl. § 37 Anm. Ia 2. Die Handelsnamen der Minderkaufleute sind gegen einen Gebrauch durch Unbefugte geschützt nicht durch die Vorschriften zum Schutz von „Firmen“, sondern nur durch die Vorschriften zum Schutz von „Namen“ oder „Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäfts“ (§ 17 Anm. II b, § 37 Anm. III a, b 2 β). Über die Rechtsnachfolge in minderkaufmännische Handelsnamen vgl. § 17 Anm. II b. Schließt ein Minderkaufmann unter einer von seinem Familiennamen verschiedenen Firma einen Vertrag, so wird das Rechtsgeschäft ebenso beurteilt, wie wenn ein Nichtkaufmann unter Annahme eines ihm nicht zustehenden Namens den Vertrag geschlossen hätte; die Gültigkeit des Vertrages wird hierdurch nicht berührt. — Wie lange ein Minderkaufmann Dritten gegenüber, nachdem er sich ihnen als Inhaber des Handelsgewerbes kundgemacht hat, sich gefallen lassen muß, als solcher angesehen zu werden, obgleich er den Betrieb ausgegeben hat, ist nach ähnlichen Grundsätzen, wie sie in § 15 aufgestellt sind, zu beurteilen, nur daß die Bedeutung, die nach § 15 der Eintragung und Bekanntmachung oder der Nichteintragung zukommt, hier der sonstigen Kundmachung oder Nichtkundmachung beizulegen ist (RG. 12 12, 15 36). Ob in der Führung eines Handelsnamens nach Art einer Firma durch einen Minderkaufmann eine gegenüber Dritten erfolgte Kundmachung seiner Eigenschaft als Vollkaufmann liegt, vgl. § 5 Anm. II a. — Die Vorschrift der GewD. § 15 a (abgedruckt § 18 Anm. II), wonach Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, ihren Namen in dort näher bestimmter Weise außen anzubringen haben, trifft auch Minderkaufleute.
2. **Handelsbücher-Vorschriften.** Der Minderkaufmann ist nicht verpflichtet zur Buchführung oder zur Fertigung und Aufbewahrung von Abschriften der abgeforderten Handelsbriefe. Auch nicht zur Aufstellung von Bilanzen und Inventaren. Über die Verpflichtungen des Minderkaufmanns, der zugleich ein vollkaufmännisches Geschäft führt, vgl. § 38. Über die Befreiung der Warenmaler im Kleinverkehr vom Schlußnotenzwang und von der Tagebuchführung s. § 104 Anm. III.
3. **Prokura-Vorschriften.** Erteilt ein Minderkaufmann eine Prokura, so ist sie als Vollmacht soweit aufrecht zu halten, wie der Vollmachtswille sich erstreckt (HGB. § 140, Thöl 1 § 56 Nr. 4, Hahn<sup>4</sup> § 5 zu Art. 10) oder dem Dritten kundgegeben ist (HGB. §§ 171 ff.). Im Zweifel liegt in der Prokuraerteilung durch einen Minderkaufmann die Erteilung einer Vollmacht des in § 49 bezeichneten Inhalts, ohne daß jedoch auf diese Vollmacht die §§ 50—53 anwendbar sind. Zu weit dagegen geht die Ansicht (B. 1278), daß wer, ohne Vollkaufmann zu sein, eine Prokura erteilt, und dadurch den anderen in Irrtum führt, diese seine eigene Handlung nicht anfechten dürfe und die Wirkung der Prokura (also z. B. auch die Wirkung des § 50) vertreten müsse.
4. **Offene Handelsgesellschafts- und Kommanditgesellschafts-Vorschriften.** Vereinigungen zum Betrieb eines minderkaufmännischen Gewerbes werden nicht nach den Vorschriften über offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, sondern nach den Vorschriften über gemeinbürgerliche Gesellschaften (HGB. §§ 705 ff.), und wenn die Vereinigung nicht in Gesellschaftsform, sondern in Vereinsform erfolgt ist, nach den Vorschriften über die betreffende Vereinsart beurteilt (vgl. § 6 Abs. 2). So sind z. B. auf einen in Form einer Aktiengesellschaft gegründeten minderkaufmännischen Verein die Vorschriften über Aktiengesellschaften anwendbar (§ 210 Anm. III). Auf die Beteiligung eines Gesellschafters als stillen an einem minderkaufmännischen Geschäft finden

die Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft Anwendung (§ 335 Anm. Va 1). Auch ein gemeinschaftlicher minderkaufmännischer Betrieb von Eheleuten kann unter Umständen als eine gemeinbürgerliche Gesellschaft der Eheleute aufgefaßt werden (OLG. Colmar 11 XI 04 OGHspr. 10 277). — Ob, wenn eine minderkaufmännische Vereinigung in Gesellschaftsform, also eine gemeinbürgerliche Gesellschaft, ein Handelsgewerbe betreibt, die Vereinigung Kaufmann ist, oder ob die einzelnen Gesellschafter es sind, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Die zu einem solchen Betrieb der Vereinigung gehörenden Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RG. 9 80, 47 227). Der Wille eines Gesellschafters, für die Vereinigung zu handeln, tritt erkennbar hervor durch Abgabe der Erklärung unter dem Handelsnamen der Vereinigung (RG. 47 228). — Die Gesellschafter jeder gemeinbürgerlichen Gesellschaft können indessen wirksam vereinbaren, daß für ihr inneres Verhältnis die Vorschriften über die oHG. oder über die KG. zur Anwendung kommen sollen. Ob auf Grund der Kundgebung, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliege, die Gesellschafter einer Vereinigung des § 4 Abs. 2 nach außen so haften, als wären sie offene Gesellschafter, vgl. § 123 Anm. IV b. Ob eine solche Kundgebung bereits in Führung eines firmenartigen Handelsnamens liegt, vgl. § 5 Anm. II a.

5. Die Vorschriften der §§ 348—350 kommen nach § 351 nicht auf Minderkaufleute zur Anwendung. Diese Vorschriften betreffen die Unzulässigkeit der richterlichen Herabsetzung von Vertragsstrafen, den Ausschluß der Vorausklage-Einrede und die Gültigkeit formlos geleisteter Bürgschaften, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse.

## § 5.

### Wirkung der Eintragung.

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

ADH. —

Entw. I. —

Entw. II § 5.

### I. Verhältnis des § 5 zu der Regel der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen im Handelsregister.

a. Allgemeines. Ebenso wie nach dem früheren ADH. gilt auch nach dem jetzigen HGB. als Regel, daß Eintragungen und Löschungen im Handelsregister nur der Ordnung halber vorgeschrieben sind, daß sie für das beurkundete Rechtsverhältnis nicht begründende sondern nur erklärende Wirkung haben und sonst nur für den guten Glauben Dritter und die Verteilung der Last des Beweises für diesen guten Glauben erheblich sein können (§ 15 Anm. II a). Einzelne Abweichungen von diesem Grundsatz durch Beilegung einer begründenden Wirkung erwiesen sich jedoch von vornherein als nötig oder wurden später eingeführt (§ 15 Anm. II b). Eine Entwicklung nach derselben Richtung bezeichnen die Vorschriften in §§ 2 und 3, wonach in den dort behandelten Fällen die Eigenschaft als Kaufmann nicht schon bei dem Vorliegen aller sachlichen Voraussetzungen, sondern erst durch die Form der Eintragung entsteht. Auf die Fälle des § 1 ist jene Art von begründender Wirkung der Eintragung nicht ausgedehnt. Der § 5 geht nun noch einen Schritt weiter. Alle bisher erwähnten, eine begründende Wirkung der Eintragung anordnenden Vorschriften besagen, daß die durch die Eintragung zu bekundenden Rechtsverhältnisse nicht bestehen, wenn sie nicht eingetragen sind. Der § 5 fügt hinzu, daß, wenn bestimmte Rechtsverhältnisse eingetragen sind, gegenüber den sich auf die Eintragung berufenden Personen nicht behauptet werden könne, daß sie nicht bestünden. Er knüpft also insoweit (unten Anm. II b) an die Eintragung der Firma die Unterstellung, daß, wenn unter jener Firma überhaupt ein Gewerbe betrieben wird (unten Anm. II c 1), dies ein kaufmännisches ist.

b. Verhältnis des § 5 zu § 15. Die Vorschriften der §§ 5 und 15 bestehen nebeneinander,

ohne sich zu widersprechen. Jede von ihnen behandelt eine andere Frage: der § 5 die Frage, wann die Tatsache des Vollhandelsgewerbes als vorhanden unterstellt wird, der § 15 (§ 15 Anm. I b, c) die Frage, wann eine vorhandene Tatsache (also auch die nach § 5 als vorhanden unterstellte Tatsache des Vollhandelsgewerbes) als dem anderen bekannt zu gelten hat. — Beide Bestimmungen können nebeneinander auf denselben Einzelfall zur Anwendung kommen. Der Abs. 2 des § 15 ist hierbei anwendbar auf Fälle, in denen die Eintragung einer Firma zu Unrecht erfolgt ist, denn wegen der Unterstellung des § 5 kann der Gegner nicht erwidern, daß das Bestehen einer vollkaufmännischen Firma keine wahre Tatsache sei. Ist also ein nichtkaufmännisches oder ein minderkaufmännisches Gewerbe zu Unrecht eingetragen und die Eintragung bekannt gemacht, so kann der Gewerbetreibende diese Eintragung und die sich hieraus ergebende Unterstellung (§ 5) dem Dritten entgegenhalten, außer (§ 15 Abs. 2) wenn der Dritte die Eintragung weder kannte noch kennen mußte; dabei macht es keinen Unterschied (unter Anm. II b 1), ob der Dritte wußte, daß ein Vollhandelsgewerbe in Wahrheit trotz der Eintragung nicht vorliege. Kannte aber der Dritte, ohne fahrlässig gehandelt zu haben, weder das Bestehen eines Vollhandelsgewerbes noch die erfolgte Eintragung, so kann ihm trotz § 5 die Eintragung nicht entgegengehalten werden; denn er wendet nicht etwa ein, daß kein Vollhandelsgewerbe bestehe, sondern nur, daß er ohne Fahrlässigkeit dies Bestehen nicht kannte, und dies ist nach § 15 Abs. 2 zulässig. War die Eintragung noch nicht bekannt gemacht, so kann sie dem Dritten, der weder das Bestehen eines Vollhandelsgewerbes noch die erfolgte Eintragung kannte, nach § 15 Abs. 1 nicht entgegengehalten werden, selbst dann nicht, wenn seine Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhte. — Auch soweit § 15 eine Folgerung aus dem Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen ausspricht (§ 15 Anm. I a) steht § 15 nicht in Widerspruch zu § 5, weil die in § 15 allein ausgesprochene bejahende Regel, daß die nicht eingetragene Tatsache dem Dritten, der sie kennt, entgegengesetzt werden kann, auch auf den Fall der unterstellenden Wirkung der Eintragung (§ 15 Anm. II c) anwendbar ist und den Fall des § 5, der die Eintragung als erfolgt voraussetzt, nicht trifft. Nur bezüglich der entsprechenden, aber in § 15 nicht ausgesprochenen verneinenden Regel, daß ein nichtvorhandenes Rechtsverhältnis auch nicht durch Eintragung entsteht, enthält der § 5 eine Einschränkung des Grundsatzes der nur erklärenden Wirkung.

## II. Wirkung der Eintragung.

- a. **Eintragung.** Aus § 5 darf nicht der Wegschluß gezogen werden, daß nur im Fall der Eintragung die Wirkung des § 5 eintreten kann. Vielmehr knüpft sie sich unter Umständen auch an eine andere Kundgebung (§ 15 Anm. III d 3, § 123 Anm. IV, § 343 Anm. II c 1); dann nämlich, wenn in der Kundgebung eine öffentliche oder dem Betreffenden gegenüber abgegebene Erklärung liegt, daß der Erklärende Vollkaufmann sei. Keine solche Erklärung ist darin zu finden, daß ein Minderkaufmann einen ihm nicht zustehenden Namen nach Art einer Firma führt (RG. 55 85; dagegen OLG. Breslau 23 X 02 OLG. Rsp. 6 27, OLG. Dresden 2 X 03 OLG. Rsp. 8 96). In dessen liegt im Gebrauch eines ein tatsächlich bestehendes Gesellschaftsverhältnis andeutenden Handelsnamens seitens eines Minderkaufmanns die Kundgebung, daß er nicht nur in eigenem Namen, sondern gleichzeitig auch im Namen eines anderen oder mehrerer anderer handeln wolle (RG. 8 II 01 JW. 164<sup>10</sup>). Ob auf Grund der Kundgebung, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliege, die Gesellschafter einer minderkaufmännischen Vereinigung nach außen so haften, als seien sie offene Gesellschafter, vgl. § 123 Anm. IV b. — Die Bestimmung des § 5 erstreckt sich auch auf die vor 1. Januar 1900 eingetragenen Firmen (RG. 50 158). — Die Wirkung des § 5 tritt auch mit Bezug auf den Verkehr der Zweigniederlassung ein, wenn gleich nur im Register der Hauptniederlassung die Eintragung erfolgt ist (§ 13 Anm. II c 3).

### b. „Gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft.“

1. Nur gegenüber bestimmten Personen tritt die Wirkung des § 5 ein. Daraus folgt, daß die Eintragung nicht ein nichteintragungsberechtigtes Gewerbe zum Handelsgewerbe und nicht ein minderkaufmännisches Gewerbe zu einem vollkaufmännischen macht (dagegen Schirrmelzer BJK. 49 39). Beruft sich kein Beteiligter auf die Ein-

tragung, so ist trotz der Eintragung der bisherige nichteintragungsberechtigte Nichtkaufmann oder der bisherige Minderkaufmann auch künftig als Nichtkaufmann oder Minderkaufmann zu behandeln. — Jeder kann sich auf die Eintragung berufen. Sowohl der Eingetragene gegenüber einem Dritten, wie auch ein Dritter gegenüber dem Eingetragenen (D. 17). Ist eine Gesellschaft eingetragen, so können auch die eingetragenen Gesellschafter im Verhältnis zueinander sich auf § 5 berufen (RG. 50 158). — Auch wer die sachliche Unzulässigkeit der Eintragung kennt, darf sich auf die Eintragung berufen (Staub Anm. 4).

2. Nur in privatrechtlicher Beziehung. Die D. 17, 18 bemerkt: „Der Eintragung einer Firma wird demnach hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse des Unternehmers eine den Prozeßrichter bindende Wirkung beigelegt . . . Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden . . . Die Prüfung der Frage, ob die Eintragung sachlich gerechtfertigt war, läßt sich daher dem Strafrichter nicht entziehen. Ebensowenig kann die Eintragung die Wirkung haben, daß nunmehr der Eingetragene auch dem Registerrichter gegenüber unbedingt als eintragungsfähiger Kaufmann zu gelten hätte . . .“ — Inzwischen ist § 5 als maßgebend zu erachten auch für gewisse zivilprozeßualische Vorschriften, z. B. die in § 17 Abs. 2 ausgesprochene Zulässigkeit des Verklagens und Verklagtwerdens unter der Firma, die in § 101 gegebene Abgrenzung der Zuständigkeit der Kammern für Handelsfachen (Staub Anm. 4), die in § 113 behandelte Fähigkeit, zum Handelsrichter ernannt zu werden (Düringer-Sachenburg Note IV).

### c. Die unzulässigen Ausführungen.

1. Bestreiten, daß das Gewerbe Handelsgewerbe sei. So kann z. B. nicht angeführt werden, das Gewerbe sei kein nach §§ 2, 3 eintragungsfähiges gewesen, es sei ein landwirtschaftliches Hauptgewerbe, oder der für die Eintragung eines Nebengewerbes der Landwirtschaft erforderliche Antrag habe nicht vorgelegen. Eine Vereinbarung zum Betrieb eines Gewerbes, das kein Handelsgewerbe ist, gilt, wenn eingetragen, gegenüber dem sich auf die Eintragung Berufenden als offene Handelsgesellschaft, falls deren sonstige Merkmale vorliegen (RG. 50 158). — Dagegen bleibt die Anführung zulässig, daß aus anderem Grund als wegen Nichtbestehens eines eintragungsfähigen Handelsgewerbes die Eintragung unwirksam sei. So namentlich die Anführung, es habe überhaupt kein Gewerbebetrieb stattgefunden, z. B. weil keine Gewinnerzielungsabsicht vorliege (§ 1 Anm. II) oder weil gültige Geschäfte überhaupt nicht abgeschlossen seien, da als Geschäftsherr nur ein Geschäftsunfähiger ohne Vertreter abgeschlossen habe (§ 1 Anm. VI a); für die Anführung, daß ein Betrieb trotz Eintragung kein Gewerbebetrieb sei, ist beweispflichtig, wer dies behauptet, da das Gegenteil erfahrungsgemäß die Regel ist (Staub Anm. 7; dagegen Lehmann Nr. 2; vgl. auch § 15 Anm. III a 1, d 3 a). Zulässig ist auch die Anführung, ein Gewerbebetrieb finde jetzt nicht mehr statt (doch greifen in diesem Falle §§ 15 Abs. 1, 31 Abs. 2 ein). Ober: die eingetragene offene Handelsgesellschaft bestehe nicht, weil kein Gesellschaftsvertrag zugrunde liege (§ 105 Anm. I d), und daher seien z. B. die kurzen Verjährungsfristen des § 159 nicht maßgebend (§ 159 Anm. I). Ober: die eingetragene Firma dürfe von dem Geschäftsinhaber, selbst wenn er als Vollkaufmann zu gelten habe, nicht geführt werden (§ 17 Anm. II a).

2. Bestreiten, daß das Gewerbe vollkaufmännisch sei. Der § 4 Abs. 1 umfaßt minderkaufmännische Betriebe ohne Rücksicht darauf, ob ein Einzelkaufmann oder eine Vereinbarung betreibt. Auch auf eine eingetragene Vereinbarung findet daher § 5 Anwendung.

III. Wirkung der Löschung. Der § 5 erwähnt nichts über die Wirkung einer Löschung nach vorheriger Eintragung. Selbstverständlich ist, daß nach erfolgter Löschung die auf die Eintragung gegründete Vermutung des § 5 für die Folgezeit nicht mehr geltend gemacht werden



kann (D. 19, vgl. *RG.* 50 158). Da aber der § 5 an die Löschung nicht die Wirkung knüpft, daß gegenüber demjenigen, der sich auf die Löschung berufe, der Gelöschte als Nichtvollkaufmann gelte, so bewendet es in dieser Beziehung bei der allgemeinen Regel des § 15 über die Wirkung von Eintragungen im Handelsregister, d. h. die Tatsache der Löschung ist an sich nicht entscheidend für die Frage, ob der Gelöschte die Eigenschaft als Vollkaufmann verloren hat und sei es Minderkaufmann, sei es Nichtkaufmann geworden ist (§ 17 Anm. II c). Ist die Löschung zu Unrecht erfolgt, so kann daher auch der Gelöschte geltend machen, er sei Vollkaufmann nach § 1, und ihm gegenüber kann dies geltend gemacht werden. Dagegen ist — als Folgerung nicht aus § 5, sondern aus § 2 (wo das „eingetragen worden ist“ als identisch mit „eingetragen ist“ und nicht auch das „früher einmal eingetragen war“ einschließend aufgefaßt werden muß) und aus § 3 — anzunehmen, daß für die Fälle der §§ 2 und 3 der Einwand, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt sei, nicht mit der Wirkung erhoben werden kann, daß trotz Löschung die Kaufmannseigenschaft erhalten bleibt. Allerdings heißt es in der D. 15: „Wird die nach § 3 eingetragene Firma zu Unrecht gelöscht, so behält gleichwohl das Unternehmen die einmal begründete Eigenschaft eines Handelsgewerbes, solange die im § 2 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen in Ansehung der Art und des Umfangs des Betriebes fortbestehen.“ Hierdurch würde der Eintragung eine aus der Vorschrift in § 2 nicht zu folgernde Wirkung für alle Zukunft beigelegt werden, und derselbe Nachteil, den die §§ 2 und 3 für den Dritten vermeiden wollten, der mit einer Person abschließt, die er für einen Kaufmann hält und die sich später als Nichtkaufmann herausstellt, würde hier für den Unternehmer entstehen, der sich infolge der Löschung für einen Nichtkaufmann hält und dennoch später als Kaufmann in Anspruch genommen wird. Die zu Unrecht erfolgte Löschung nimmt daher einem Unternehmer, der nicht nach § 1 Kaufmann ist, die Kaufmannseigenschaft; nur besteht für die Zukunft, wenn die sachlichen Voraussetzungen des § 2 fortbauern, seine Wiedereintragungspflicht (§ 2 Anm. IV), wenn die des § 3 Abs. 2 fort dauern, sein Wiedereintragsrecht (§ 3 Anm. II b), in beiden Fällen ferner die Pflicht zur Duldung einer von Amts wegen geschehenden Löschung des Lösungsvermerks (*HGB.* § 142). Die gemäß *HGB.* § 142 erfolgende Löschung hat gegenüber Dritten keine rückwirkende Kraft, hebt mithin nicht die gemäß § 5 während des Bestehens der Eintragung eingetretenen Folgen wieder auf (*Düringer DZ.* 99 168).

## § 6.

### Handelsgesellschaften.

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

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

**ADH.** Art. 5 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2. **Entw. I** §§ 4, 5 Abs. 3. **Entw. II** §§ 6, 4 Abs. 3.

### I. Handel treibende Vereinigungen.

#### a. Die einzelnen Arten.

1. **Handelsgesellschaften.** Hierunter versteht das *HGB.* nur die *oHG.* (§ 105), die *KG.* (§ 161 Abs. 2), die *AG.* (§ 210 Abs. 2) und die *KAG.* (§ 320 Abs. 3). Ebenso „gilt“ (unten Anm. III) als Handelsgesellschaft im Sinn des *HGB.* die *GmbH.* (*GmbHG.* § 13 Abs. 3). Von diesen „Handelsgesellschaften“ sind nur die *oHG.* und die *KG.* „Gesellschaften“ im Sinn des *HGB.*; die übrigen sind „Vereine“ (Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3). Andererseits sind Personenvereinigungen in anderer als einer der obigen fünf Formen nicht „Handelsgesellschaften“, wenngleich sie ein Handelsgewerbe betreiben. Übrigens ist die Unterscheidung zwischen „Handelsgesellschaften“ und anderen ein Handelsgewerbe treibenden Personenvereinigungen gegenstandslos, da weder betreffs Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften (unten Anm. II) noch in

anderer Beziehung eine durchgreifende Verschiedenheit zwischen beiden Gruppen besteht. Auch paßt jene in Abs. 1 aufgestellte Unterscheidung nicht zu der Fassung des Abs. 2 (unten Anm. III). — Durch § 6 Abs. 1 sollte nicht darüber entschieden werden, ob allen Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit zukomme (R. 539, 1259).

2. **Eingetragene Genossenschaft.** GenG. § 17 Abs. 2 bestimmt: „Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des HGB., soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.“ Diese Gesetzesvorschrift ist maßgebend geblieben (EUGHG. Art. 2 Abs. 2). Die Genossenschaft ist daher Kaufmann, aber nicht „Handelsgesellschaft“ (D. 79). Besonders neben den Handelsgesellschaften wird die Genossenschaft aufgeführt z. B. in AuswG. § 3, SeemD. § 120.
3. **Gegenseitigkeitsversicherungs-Verein.** PrivBUntG. § 16 bestimmt: „Die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buch des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1—7, finden auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt.“ Die Gegenseitigkeitsversicherung ist aber kein Gewerbebetrieb (§ 1 Anm. II a 1) und daher ein solcher Verein nicht nur keine Handelsgesellschaft (Str. 58 327), sondern auch nicht Kaufmann, außer insoweit sie im Einzelfall auch die Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie betreibt. Über die Nichtanwendbarkeit der §§ 33 ff. vgl. § 33 Anm. I a.
4. **Kolonialgesellschaft.** Maßgebend ist SchutzgebG. 25 VII 00 §§ 11—13.
5. **Bergwerksgesellschaft.** Der in EUGHG. Art. 67 enthaltene Vorbehalt für landesgesetzliche dem Bergrecht angehörende Vorschriften beschränkt nur die Anwendung des gemeinbürgerlichen Rechts des BGB., nicht auch die Anwendung des HGB. Nach EUGHG. Art. 5 findet HGB. § 2 nicht Anwendung auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Bergwerksgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, namentlich also Gewerkschaften neueren Rechts, sind als solche in der Regel nicht Kaufleute nach § 1, weil nur Selbstgewonnenes veräußernd (§ 1 Anm. IX a 2). Dagegen sind sie eintragungspflichtig nach §§ 2, 33 ff. (D. 41).
6. **Anderer juristische Person.** Sie unterliegt, wenn handeltreibend, den Vorschriften des HGB., gleichgültig, ob die juristische Persönlichkeit auf Gesetz, auf Verleihung im Verwaltungswege oder auf Erfüllung der für die Erlangung aufgestellten Vorschriften beruht. Doch bestehen in einzelnen Beziehungen Ausnahmen. So z. B. bezüglich der Betriebe des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes (§ 36), der Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten (§§ 452, 663), der Reichsbank (BankG. § 66). Anders als durch Reichsgesetz können solche Ausnahmen nicht bestimmt werden. Unwirksam sind daher z. B. abweichende landesrechtliche Vorschriften für öffentliche Banken; der hierauf bezügliche Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 A.D.G. wurde als nicht unbedenklich nicht in das HGB. übernommen (D. 19).
7. **Nichtrechtsfähiger Verein.** Ob er Kaufmann sein kann, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob ein solcher Verein im Handelsregister eingetragen werden darf, vgl. § 33 Anm. II.
8. **Erbengemeinschaft, Fortgesetzte Gütergemeinschaft.** Ob sie Kaufmann sein können, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob sie im Handelsregister einzutragen sind, vgl. § 105 Anm. I d 2.
9. **Konsortium oder Syndikat.** Ein Konsortium oder Syndikat ist im Zweifel Gesamthandsgesellschaft nach gemeinbürgerlichem Recht (RG. 56 207). Daher zu vergleichen unten zu 12. Gemeinbürgerliche Gesellschaft ist auch ein Begebungskonsortium (RG. 56 210). Und zwar gleichgültig, ob im Einzelfall das Eigentum an den zu begebenden Werten nur der leitenden Bank zustehen und nur der Erlös Gesamteigentum der Konsorten werden, oder ob bereits die zu begebenden Werte Gesamteigentum der Konsorten werden sollten (RG. 56 210), ferner, ob das Eigentum unmittelbar vom Konsortium auf den Zeichner (RG. 56 300) oder zunächst vom Konsortium an die Zeichnungsstelle und erst von dieser an den Zeichner übergehen soll. — Der Betrieb

durch ein Konsortium oder Syndikat wird, weil ihm in der Regel das Merkmal der beabsichtigten Dauer (§ 4 Anm. II a 2) fehlt, meistens nicht Gewerbe sein.

10. Kartell. Nach früherem Recht wurde als nicht unter den Begriff der Gesellschaft fallend, wenngleich ihr nahestehend erachtet eine Vereinigung von Gewerbetreibenden zwecks Hinwirkung auf Festhaltung von Mindestpreisen gegenüber den Abnehmern der im übrigen ganz selbständig bleibenden Teilnehmer durch Vereinbarung von Vertragsstrafen für Unterbietung (RG. 53 22). Nach jezigem Recht werden indessen solche Vereinigungen in der Regel die Merkmale einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft aufweisen. Daher zu vergleichen unten zu 12. Derartige Vereinbarungen fallen nicht unter die Bestimmung der GewD. § 152 Abs. 2, wonach die dort erwähnten Verabredungen weder durch Klage noch Einrede geltend gemacht werden können und der Rücktritt von ihnen frei steht (RG. 38 161, 53 20). Doch hat der einzelne Teilnehmer das Recht, zurückzutreten, wenn eine größere Zahl der übrigen Teilnehmer durch ihr Verhalten die Erreichung des Vertragszwecks unmöglich macht (RG. 53 22).
  11. Minderkaufmännische Vereinigung. Vgl. § 4 Anm. IV b 4.
  12. Gemeinbürgerliche Gesellschaft. Ob sie Kaufmann sein kann, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob sie als solche, wenn ein vollkaufmännisches Gewerbe treibend, in das Handelsregister eingetragen werden kann, vgl. § 33 Anm. II. Über die Folgen einer solchen Eintragung vgl. § 105 Anm. II c.
  13. Stille Gesellschaft. Sie ist nicht Handelsgesellschaft (§ 335 Anm. I b), aber eine Gesellschaft im Sinn des HGB. (§ 335 Anm. I a). Die stille Gesellschaft kann im Handelsregister nicht eingetragen werden, da sie hierdurch die Eigenschaft als „stille“ verliere. Kaufmann ist nicht die stille Gesellschaft, auch nicht der stille, sondern nur der haftende Gesellschafter (§ 1 Anm. IV d 3).
  14. Sonstige Vereinigungsformen. Auch in anderen als den im HGB. und anderen Gesetzen ausgeprägten Formen darf ein Handelsgewerbe unter Beteiligung mehrerer Personen betrieben werden; jene Gesetze erschöpfen nicht die möglichen Formen (RDJ. 23 167, RGZ. 15 8).
- b. **Ausländische.** Ausländisch sind juristische Personen und Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit nur, wenn sie außerhalb Deutschlands ihren Sitz haben. Befindet sich dagegen der Sitz innerhalb eines deutschen Bundesstaates, so haben sie nach dem ausdehnend auszulegenden Art. 3 Reichsverfassung in einem anderen deutschen Bundesstaat gleiche Rechte mit den gleichartigen Vereinigungen des letzteren Staates (RG. 6 142 v. 14 IV 82, Effer § 201 Anm. 6; dagegen der [jetzt durch Bdg. d. Königs 16 XI 99 (GS. 562) Art. 6 ersetzte] Preuß. Erlaß 14 II 82 (GS. 18), PrHGBGB. Art. 7 § 2, Staub Anm. 3, Ring § 210 Nr. 1, Lehmann Recht d. WGen. 1 262). Über deutsche Handelsgesellschaften in Konsulatsbezirken vgl. unten zu c. Über ausländische, der oHG. ähnliche Bildungen vgl. § 105 Anm. IV.
1. **Rechtssähigkeit.** Nach früherem Recht war anerkannt (Str. 1 100, P. 371, RDJ. 22 148, RG. 6 137 ff., 21 4, M. 190), daß — entsprechend den Bestimmungen bet natürlichen Personen — die privatrechtliche Rechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft, die im Ausland ihren Sitz hat, auch im Inland dann anzunehmen ist, wenn die Rechtsfähigkeit nach dem ausländischen, am Ort des Sitzes maßgebenden Recht besteht. — Es scheint, daß HGBGB. § 10 dahin ausgelegt werden muß, daß dies nicht geändert werden sollte. Die in Betracht kommenden Bestimmungen lauten:
 

HGB. § 22: „Ein Verein“ (hierin sind diejenigen Handelsgesellschaften und Kaufleute, die juristische Personen sind, mitbegriffen, Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3), „dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat.“ (§ 23 bezieht sich nur auf die auch im Ausland nicht rechtsfähigen ausländischen Vereine.)

HGBGB. Art. 10: „Ein einem fremden Staat angehörender und nach dessen

Gesetzen rechtsfähiger Verein, der“ (hier ist, um den beabsichtigten Sinn zu erhalten, einzuschalten: „wenn er seinen Sitz im Inland hätte“) „die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 BGB. erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats anerkannt ist. . . .“

Da nach Reichsrecht die inländischen Handelsgesellschaften und Genossenschaften Rechtsfähigkeit auch ohne staatliche Verleihung erlangen, findet auf sie § 22 BGB. nicht Anwendung. Nithin auf entsprechende ausländische Gesellschaften auch nicht BGBB. Art. 10 (ebenso DLG. Hamburg 7 XI 03 DLGRspr. 8 12, 23 III 04 DLGRspr. 9 29, 22 XI 04 DLGRspr. 10 129). Anders allerdings bei solchen ausländischen Gesellschaften, deren Verfassung so stark von den Verfassungen inländischer Gesellschaftsformen abweicht, daß sie keiner der letzteren in den wesentlichen Punkten entspricht. — Die rechtliche Natur einer Gesellschaft ist nach dem an ihrem Sitz geltenden Recht zu beurteilen (RG. 36 394). — Über Verlegung des Sitzes einer inländischen AG. in das Ausland vgl. § 292 Anm. Ie 3. — Auch für die Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft im Inland ist das am Sitz jener Gesellschaft geltende Recht, also, wenn sie nur im Ausland ihren Sitz hat, das ausländische Recht maßgebend (DLG. Hamburg 14 VI 04 DLGRspr. 9 253).

2. Kaufmannseigenschaft. Sie richtet sich nach inländischem Recht, soweit der betreffende Gewerbebetrieb im Inland stattfindet.
3. Staatsverträge. Die 1884 geltenden Bestimmungen sind wie folgt zusammengestellt in der Begründung zum Aktiengesetz v. 1884 S. 190: „Die vom Deutschen Reich mit der Schweiz (Bundesrats-Druckf. 1869 Nr. 102, Prot. §§ 289, 318), Großbritannien (ZBl. 74 143; Bundesrats-Druckf. Nr. 83, Prot. § 293 von 1873), Belgien (ZBl. 73 380; Bundesrats-Druckf. Nr. 166, Prot. § 568 von 1873), Italien (Konvention 8 VIII 73 ZBl. 73 288; Bundesrats-Druckf. Nr. 144, Prot. § 527 von 1873; vgl. auch Handels- und Schiffsahrtsvertrag 4 V 83, RGBl. 109, Schlußprotokoll zu Art. 2), Serbien (Handelsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Serbien 6 I 83, RGBl. 41, Art. 2 und Schlußprotokoll zu diesem) und Spanien (Handels- und Schiffsahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Spanien 12 VII 83 RGBl. 307, Art. 4) abgeschlossenen Vereinbarungen haben nur die rechtliche Anerkennung der gegenseitigen Aktiengesellschaften geregelt, dagegen die Vorschriften der einzelnen Landesgesetze über die Befugnis zum Geschäftsbetriebe, sowie über die wegen des Gegenstandes des Unternehmens erforderliche staatliche Konzession und Aufsicht unberührt gelassen. Dasselbe findet sich ausgesprochen in Artikel 19 der Handelsverträge mit Österreich-Ungarn 16 XII 78 (RGBl. 371; vgl. noch Bundesrats-Druckf. Nr. 7 und Prot. § 333 von 1872) und 23 V 81 (RGBl. 129).“ Einige der vorstehend erwähnten Verträge sind jedoch inzwischen außer Kraft getreten. Das Abkommen mit der Schweiz 13 V 69 wegen gegenseitiger Anerkennung der AGen. ist unter Festsetzung einer einjährigen Kündigungsfrist und unter Ausdehnung des Abkommens auf das ganze Deutsche Reich verlängert worden (Erl. d. RR. 24 VIII 99 ZBl. 306). Aus den späteren Staatsverträgen enthalten ausdrückliche Bestimmungen über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften diejenigen mit Griechenland (Handels- und Schiffsahrtsvertrag 9 VII 84 Art. 4, RGBl. 85 23), Italien (Handels-, Zoll- und Schiffsahrtsvertrag 6 XII 91 Schlußprotokoll zu Art. 2, RGBl. 92 97), Orange-Freistaat (Freundschafts- und Handelsvertrag 28 IV 97, Art. 5, RGBl. 98 95, alle Rechte der meistbegünstigten Nation), Österreich-Ungarn (Handels- und Zollvertrag 6 XII 91 Art. 19 Abs. 5, RGBl. 92 3, Zulassung auch zum Geschäftsbetrieb für AG., RA. und Versicherungsgesellschaften), Rumänien (Handelsvertrag 21 X 93, Vorbehalt im angehängten Schreiben v. 3/15 X 93 Abs. 4, RGBl. 94 105: der Vertrag habe nur die physischen, nicht auch die juristischen Personen im Auge; die Gewährung der Erlaubnis zur Niederlassung und die Kontrolle über den Geschäftsbetrieb von Gesellschaften kommerzieller, industrieller oder finanzieller Natur solle daher den Bestimmungen

der betreffenden Gesetze vorbehalten bleiben), Rußland (Vereinbarung 22 VIII 85, ZBl. Nr. 35, Handels- und Schiffsvertrags 10 II/20 I 94 Art. 4, RStBl. 153), Serbien (Handels- und Zollvertrag 21/9 VIII 92 Art. II Abs. 1 „oder in Gesellschaften“ und Abs. 5 alle „Rechte der meistbegünstigten Nation“, Schutzprotokoll zu Art. II, letzteres enthaltend Bestimmungen über gegenseitige Zulassung zur Verfolgung aller Rechte und über Gleichberechtigung der deutschen mit den serbischen Gesellschaften in Serbien, RStBl. 93 269), Südafrikanische Republik (Freundschafts- und Handelsvertrag 22 I 85, Art. 4, RStBl. 86 209, alle Rechte der meistbegünstigten Nation).

Über das in den einzelnen Staaten des Auslandes gegenüber deutschen Gesellschaften in dieser Beziehung geltende Recht s. Begründung zum Aktiengesetz von 1884 S. 184 ff. und die vorstehend erwähnten Staatsverträge.

2. Gewerbebetrieb. Der § 12 Abs. 1 GewD. bestimmt:

„Hinsichtlich des Gewerbebetriebes der juristischen Personen des Auslandes bewendet es bei den Landesgesetzen“.

Diejenigen ausländischen Handelsgesellschaften, die nicht juristische Personen sind, unterstehen hiernach nur den gewöhnlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung. Ob die oHG. und die englische partnership juristische Personen sind, vgl. § 105 Anm. I c, IV. Für Preußen kommen in Betracht Pr. GewD. 17 I 45 in der durch G. 22 VI 61 (GS. 441) abgeänderten Gestalt, § 18: „Juristische Personen des Auslandes dürfen, sofern nicht durch Staatsverträge ein anderes bestimmt ist, nur mit Erlaubnis der Ministerien in Preußen ein stehen des Gewerbe betreiben. Hinsichtlich ausländischer Unternehmer von Versicherungsanstalten, sowie hinsichtlich ausländischer Auswanderungsunternehmer bewendet es bei den bestehenden Gesetzen.“ Die beiden hier erwähnten Ausnahmen sind jetzt durch Reichsgesetz geordnet; für ausländische Versicherungsunternehmungen ist maßgebend PrivVerfUntG. §§ 85 ff., für ausländische Auswanderungsunternehmer AuswG. 9 VI 97 § 4. Bezüglich österreichisch-ungarischer, rumänischer, serbischer Gesellschaften und derjenigen der früheren südafrikanischen Republik und des früheren Oranjerestaats vgl. oben zu 1.

3. Erwerb von Grundeigentum. GGWB. Art. 88 bestimmt:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen.“

Das diesen Gegenstand früher regelnde Pr. G. 4 V 46 ist aufgehoben durch Pr. GGWB. Art. 89 Ziff. 13 und ersetzt durch Pr. GGWB. Art. 7 §§ 2, 3:

§ 2. „Juristische Personen, die in einem anderen Bundesstaat ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als fünftausend Mark der Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde.“

Der gleichen Genehmigung bedürfen ausländische juristische Personen zum Erwerbe von Grundstücken ohne Rücksicht auf den Wert.“

§ 3. „Die in den §§ 1, 2 vorgeschriebene Genehmigung ist nicht erforderlich zu einem Erwerbe, der auf Grund einer nach Maßgabe des Artikel 6 genehmigten Schenkung oder Zuwendung von Todes wegen erfolgt.“

und Preussische Verordnung des Königs v. 16 XI 99 (GS. 562) Art. 6:

„Die zum Erwerbe von Grundstücken nach Artikel 7 § 2 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch erforderliche Genehmigung wird Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, eingeschriebenen Hilfskassen, rechtsfähigen gegenseitigen Versicherungsgesellschaften und Gewerkschaften, die außerhalb Preußens in einem deutschen Bundesstaat ihren Sitz haben, von den zuständigen Ministern erteilt.“

Der Niederlassungsvertrag mit der Schweiz 31 V 90 ist nur auf natürliche Personen anwendbar (RG. 14 III 98 ZBl. 105). — Unter die vorerwähnten Bestimmungen des Pr. GGWB. fällt nicht der Erwerb von Bergwerkeigentum, da hierin kein

Grundstückserwerb liegt (Bescheid d. Ministers 8 VI 77 ZBergr. 20 396, Stranz-Gerhard *AGWB*. Art. 7 Anm. I 6).

4. Inländische Zweigniederlassungen f. § 13 Abs. 3, für *AG* und *AGW*. § 201 Abs. 5.

c. In Konsulargerichtsbezirken. *KonfGG*. 7 IV 00 § 2 bestimmt:

„Der Konsulargerichtsbarkeit“ (in den Ländern, in denen sie besteht, *KonfGG*. § 1) „sind unterworfen:

1. Deutsche, soweit sie nicht in dem Lande, in dem die Konsulargerichtsbarkeit ausgeübt wird, nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen das Recht der Exterritorialität genießen;

2. Ausländer, soweit sie für ihre Rechtsverhältnisse durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen dem deutschen Schutze unterstellt sind (Schutzgenossen).

Den Deutschen (Abs. 1 Nr. 1) werden gleichgeachtet Handelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und juristische Personen, wenn sie im Reichsgebiet oder in einem deutschen Schutzgebiet ihren Sitz haben, juristische Personen auch dann, wenn ihnen durch den Bundesrat oder nach den bisherigen Vorschriften durch einen Bundesstaat die Rechtsfähigkeit verliehen worden ist. Das Gleiche gilt von offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, die in einem Konsulargerichtsbezirk ihren Sitz haben, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter sämtlich Deutsche sind. Andere als die bezeichneten Handelsgesellschaften, eingetragenen Genossenschaften und juristischen Personen werden den Ausländern (Abs. 1 Nr. 2) gleichgeachtet.

Durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen kann bestimmt werden, daß die im Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Handelsgesellschaften, eingetragenen Genossenschaften und juristischen Personen, wenn Ausländer daran beteiligt sind, der Konsulargerichtsbarkeit nicht unterstehen.“

Hierzu erging die Anordnung des Reichskanzlers 27 X 00 betr. die Konsulargerichtsbarkeit über Schutzgenossen (*ZBl.* 00 574):

§ 2. „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkursfachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden dem deutschen Schutze unterstellt:

1. . . . .

2. Handelsgesellschaften und Genossenschaften, die nach § 2 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit den Ausländern gleichgeachtet werden, für alle sie betreffenden Rechtsverhältnisse, wenn sie in ein bei einem deutschen Konsulate geführtes Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragen sind;

. . . . .

§ 4. „Die den Ausländern gleichgeachteten Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§ 2 Nr. 2) sind in das Handels- oder Genossenschaftsregister nur dann einzutragen:

1. wenn sie für ihre Rechtsverhältnisse in dem Gesellschaftsvertrag oder in dem Genossenschaftsstatut ausdrücklich der Konsulargerichtsbarkeit unterworfen werden;

2. wenn sie einem erheblichen Interesse von Deutschen oder von Schutzgenossen der im § 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Art“ (Nr. 1: ehemalige Deutsche sowie Ehefrauen, Wittwen und Abkömmlinge von solchen, Nr. 2: Angehörige befreundeter Staaten; beides, wenn Schutzgenossen) „dienen, und diesem Interesse nicht ein überwiegendes Interesse von Angehörigen eines fremden Staates gegenübersteht;

3. wenn sie nicht allgemeine deutsche Interessen gefährden.

Lehnt der Konsul die Eintragung wegen Fehlens einer der im Abs. 1 angegebenen Voraussetzungen ab, so findet gegen diese Entscheidung ausschließlich Beschwerde an den Reichskanzler statt.

Eine in dem Register eingetragene Gesellschaft oder Genossenschaft kann auf Anordnung des Reichskanzlers gelöscht werden, wenn Umstände vorliegen, die nach den Vorschriften des Abs. 1 die Ablehnung der Eintragung rechtfertigen würden.“

II. Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1). Der § 6 Abs. 1 stellt klar, daß wo im *HGB* vom „Kaufmann“ gesprochen

wird, nicht nur der Einzelkaufmann gemeint ist. Der § 6 Abs. 1 ist aber zu eng gefaßt, da nicht nur die Handelsgesellschaften, sondern mindestens auch juristische Personen, die nicht Handelsgesellschaft sind und in mehr oder weniger großem Umfang auch andere Vereinigungsformen den für Kaufleute gegebenen Vorschriften unterliegen (oben Anm. Ia). — Ob unter Umständen die Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften bereits beginnen kann, bevor die Gesellschaft den Gewerbebetrieb begonnen hat, vgl. § 105 Anm. II a. Betreibt eine oHG. oder KG. außer ihrem Handelsgewerbe auch Nichthandelsgeschäfte, so ist sie zwar auch in Ansehung des letzteren Theils ihres Betriebs oHG. oder KG., aber insoweit nicht Kaufmann (§ 105 Anm. II c). Eine AG., KAG., GmbH. und Gen. dagegen ist Kaufmann auch wenn und insoweit sie Nichthandelsgeschäfte betreibt (unten Anm. III).

III. **Vollkaufmanns-Eigenschaft der Vereine, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Kaufmann sind (§ 6 Abs. 2).** Die in Abs. 1 aufgestellte Unterscheidung zwischen „Kaufmann“ und „Handelsgesellschaft“ ist in Abs. 2 bereits wieder verlassen. In Abs. 2 ist unter „Kaufmann“ die „Handelsgesellschaft“ mitbegriffen. Denn Abs. 2 will sich auf die AG., KAG., GmbH. und Gen. beziehen, während doch nach dem Gesez nur die Gen. als „Kaufmann“ (oben Anm. Ia 2), die AG., KAG. und GmbH. aber als „Handelsgesellschaft“ (§§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3, GmbHG. § 13 Abs. 3) gelten, auch wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. — Wenn § 6 Abs. 2 das in jenen Gesetzesvorschriften gebrauchte Wort „gelten“ so auslegt, daß dadurch jenen Vereinsformen die „Eigenschaft eines Kaufmanns beigelegt“ sei, so wird darin eine Bestätigung der Ansicht zu finden sein, daß jene Vereinsformen stets Kaufmann sind, nicht nur als solcher gelten, ohne es zu sein (§ 1 Anm. IV c). — Indem § 6 Abs. 2 die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 auf die AG., KAG., GmbH. und Gen. ausschließt, legt er diesen Vereinsformen die Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns selbst für den Fall bei, daß sie nur ein minderkaufmännisches oder daß sie gar kein Gewerbe betreiben. Ob § 351 auf diese Vereinsformen anwendbar, vgl. § 351 Anm. II.

## § 7.

### Öffentlichrechtliche Verbote.

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

ADH. Art. 11.

Entw. I § 6.

Entw. II § 7.

Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gewerbepolizeiliche und gewerbesteuerliche Vorschriften, sondern auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechtes, insbesondere auf diejenigen der Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Beamten (D. 19). Auch wenn die Handelsgeschäfte dem Zweck dienen, andere in strafbarer Weise zu täuschen (z. B. Anschaffung von Rohstoffen zur Herstellung künstlichen Mineralwassers, welches als natürliches verkauft werden soll), sind die Gewerbetreibenden Kaufleute (Bolz 18 Nr. 253). — Ob bezüglich privatrechtlicher Verbote etwas Gegenteiliges anzunehmen, vgl. § 1 Anm. IV e. — Die Bestimmungen, inhalts deren vor gewissen Eintragungen in das Handelsregister die Urkunde über die erfolgte staatliche Genehmigung beizubringen ist (§§ 195 Nr. 6, 284 Nr. 4, 320 Abs. 3, GmbHG. § 8 Nr. 4, PrivWUntG. § 31 Nr. 1), enthalten keine Ausnahme von § 7, denn nur die Entstehung der betreffenden Vereinsform oder die Wirksamkeit des betreffenden Erhöhungsbeschlusses, nicht die Anwendung der Vorschriften des HGB. über Kaufleute ist von der Beibringung jener Urkunden mittelbar abhängig (vgl. §§ 188 Anm. II b, 33 Anm. II). — Aus § 7 folgt, daß — außer in den erwähnten Fällen — der Registerrichter die Eintragung in das Handelsregister selbst dann nicht von Beibringung einer staatlichen Genehmigungsurkunde abhängig machen darf, wenn der Gegenstand des Gewerbes genehmigungspflichtig ist.

## Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

### § 8.

#### Registergericht.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

ADH. Art. 12 Abs. 1.

Entw. I § 7.

Entw. II § 8.

**I. Gerichte.** Der § 8 ordnet an, daß Gerichte — nicht Verwaltungsbehörden — das Handelsregister zu führen haben. Welche Gerichte zuständig sind, bestimmt das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hiernach sind zuständig die Amtsgerichte; durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden (FGG. § 125, abgedruckt hinter FGB. § 16). In den Konsulargerichtsbezirken wird das Handelsregister durch den Konsul geführt (KonsFG. 7 IV 00 § 7 Nr. 2), in den Schutzgebieten durch den vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten (SchutzgebG. 25 VII 00 § 2). — Unter Umständen können auch die übergeordneten Gerichte Eintragungen und Löschungen verfügen (FGG. §§ 19 ff., 143 Abs. 1, 144 Abs. 2). Das Amtsgericht ist als Registergericht zuständig auch gegenüber den Mitgliedern des hohen Adels (RG. 23 IX 01 EntschFG. 2 224 RGZ. 23 A 79).

**II. Verfahren.** Welches Verfahren zu beobachten, ist in FGB. §§ 10 ff., FGG. §§ 126 ff. (abgedr. hinter FGB. § 16) und den auf Grund des § 200 FGG. erlassenen landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen (für Preußen: PrFG. Art. 29, Vf. d. ZW. 7 XI 99 ZWBl. 313, abgedr. 12. Aufl. Bd. III S. 391 ff.) geordnet.

**III. Sonstige Register.** Außer dem Handelsregister sind zu führen das Musterregister (MustG. 11 I 76 § 9 Abs. 1), das Genossenschaftsregister (Vf. d. RR. 11 VII 89, RWBl. 150, § 1), die Börsenregister für Waren und für Wertpapiere (BörsG. § 54), die Schiffsregister für Seeschiffe (FlaggenG. 22 VI 99, RWBl. 319, §§ 4 ff.) und für Binnenschiffe (BinnenSchG. §§ 119 ff.), das Vereinsregister (FGB. §§ 159 ff.) und das Güterrechtsregister (FGB. §§ 161 f.). Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind in das Handelsregister einzutragen (PrivVUntG. §§ 16, 30 ff.).

### § 9.

#### Öffentlichkeit. Bescheinigungen.

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

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

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

ADH. Art. 12 Abs. 2.

Entw. I § 8.

Entw. II § 9.

**I. Einsicht (Abs. 1).** Die Einsicht kann nur während der Dienststunden verlangt werden (D. 23), aber auch außerhalb der etwa enger begrenzten Sprechstunden des Gerichtsschreibers (Staub Anm. 1). In dem Recht auf Einsicht liegt die Befugnis, Auszüge und Abschriften selbst zu fertigen.



- a. Das Handelsregister ist unbeschränkt öffentlich. Auch in Ansehung nicht bekanntgemachter Eintragungen (vgl. D. 112). Jeder, auch ohne Glaubhaftmachung eines Interesses, darf es einsehen. Der Inhalt der Eintragungen ist aber nicht offenkundig im Sinn des § 291 CPO. außer für das Gericht, welches das Register führt (RG. 13 371).
- b. Die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke sind ebenfalls unbeschränkt öffentlich. Hierunter sind die bei Gericht gefertigten Protokolle mitbegriffen (RG. 4 II 01 EntschZG. 2 71 RÖZ. 22 A 90 OLGHSpr. 2 310).
- c. Der übrige Inhalt der Registerakten. Bezüglich desjenigen Teiles der Gerichtsakten, der in anderem besteht als den zum Handelsregister eingereichten Schriftstücken, ist anwendbar die allgemeine Vorschrift des FGG. § 34: „Die Einsicht der Gerichtsakten kann jedem in soweit gestattet werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das Gleiche gilt von der Erteilung einer Abschrift; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.“ So z. B. bezüglich der in den Registerakten befindlichen richterlichen Verfügungen (RG. 4 III 01 OLGHSpr. 2 397).

II. Abschriften (Abs. 2). Ohne Glaubhaftmachung eines Interesses kann Abschrift der Eintragungen im Handelsregister, nur nach Glaubhaftmachung eines Interesses Abschrift der eingereichten Schriftstücke (Anm. I b) und (FGG. § 34) des übrigen Inhalts der Registerakten (Anm. I c) gefordert werden. Daß die Versicherung eines Beteiligten an Eidesstatt als Mittel der Glaubhaftmachung zulässig, bestimmt FGG. § 15 Abs. 2. Für die Erteilung einer Abschrift sind die Kosten zu erlegen (D. 23); für Preußen vgl. OGH. (GS. 00 326) § 74 Abs. 2 u. Vf. d. ZM. 31 III 96 (ZMBl. 117). Daß auch die Handelskammer zum Ersatz der Schreib- und Portoauslagen der auf ihren Antrag erteilten Abschriften verpflichtet, vgl. zu FGG. § 126 (hinter FGG. § 16). — Da das Gesetz keine Einschränkung enthält, so muß als zulässig auch das Verlangen angesehen werden, eine Abschrift des ganzen bei einem Gericht geführten Handelsregisters zu erteilen; ein Bedürfnis kann z. B. für Herausgeber von Adreßbüchern vorliegen, und die hierdurch vermehrte Bekanntmachung des Registerinhalts kann nur wünschenswert sein.

III. Bescheinigungen (Abs. 3). Der Abs. 3 bestimmt die Verpflichtung des Gerichts, in den dort angegebenen Fällen Bescheinigungen über Nichtvorhandensein von Eintragungen zu erteilen. Nicht auch in anderen Fällen besteht eine solche Verpflichtung, z. B. nicht, wenn die Anfrage allgemeiner lautet, ob bezüglich irgend einer Firma in dem betreffenden Handelsregister eine bestimmte Art von Eintragungen erfolgt ist. — Neben dem Recht auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift erkennt das FGG. kein Recht auf Erteilung einer Bescheinigung über erfolgte Eintragungen an. Daher kann nicht etwa auf Grund des § 9 Abs. 3 eine Bescheinigung darüber verlangt werden, daß die in einer überreichten Liste enthaltenen Firmen eingetragen sind. Dagegen ist das Gericht, wenngleich nicht zur Erteilung einer förmlichen Bescheinigung, dennoch zu einer Auskunftserteilung darüber verpflichtet, ob die in einer überreichten Liste aufgeführten Firmen eingetragen sind, denn, wenn der Antrag gestellt wäre, zu bescheinigen, daß sie nicht eingetragen sind, so würde bei Ablehnung dieses Antrages in der erforderlichen Begründung die erbetene Auskunftserteilung liegen (vgl. RG. 7 XII 03 EntschZG. 4 101 RÖZ. 27 A 215). Indessen braucht die Auskunftserteilung sich nur darauf zu erstrecken, ob bezüglich der betreffenden Firma überhaupt eine Eintragung vorhanden ist, nicht auch darauf, welches der genaue Inhalt dieser Eintragung ist (Düringer-Hachenburg Anm. IV). — Soweit nach deutschem Gesetz die Führung eines Nachweises durch Bescheinigung der Registerbehörde erforderlich ist, muß, falls das betreffende Handelsregister im Ausland geführt wird, die Bescheinigung der ausländischen Registerbehörde beigebracht werden; bezüglich der Länder, in denen ein Register geführt wird, genügt daher nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (RÖZ. 16 27).

IV. Zeugnis nach Grundbuchordnung § 33 insbesondere. Die GBO. § 33 bestimmt: „Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.

Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handels-

gesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.“

Hiermit ist dem Registerrichter nichts über § 9 Hinausgehendes aufgebürdet, er braucht z. B. nicht eine Bescheinigung auszustellen, „daß am 24. Juli 1894 A als alleiniger Vorstand der Gesellschaft B im Handelsregister eingetragen war“; vielmehr besteht das in § 33 GBD. erwähnte Zeugnis lediglich in einer Abschrift der im Handelsregister für den fraglichen Zeitpunkt sich vorfindenden Eintragungen mit hinzugefügter amtlicher Bescheinigung der Richtigkeit dieser Abschrift (RÖ. 28 VIII 00 EntschZö. 1 151). Indessen wird der Registerrichter für berechtigt zu erachten sein, das Zeugnis auch in kürzerer Form als durch Erteilung einer vollständigen Abschrift mit Richtigkeitsbescheinigung auszustellen, und auch ein solches Zeugnis, wenn es inhaltlich erschöpfend ist, muß dem Grundbuchrichter genügen. Derartige Zeugnisse des Registerrichters sind in entsprechender Anwendung des § 33 GBD. für zulässig und für den Grundbuchrichter genügend zu erachten auch bezüglich anderer als der im GBD. § 33 erwähnten Eintragungen, wie z. B. zum Nachweis, wer Liquidator einer AG. (Goldmann Anm. 3), oder wer Vorstand oder Liquidator einer nach § 33 eingetragenen juristischen Person oder Inhaber einer Einzelfirma (Düringer-Hachenburg Anm. IV; dagegen Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 3) ist. Statt der Urschrift der Bescheinigung genügt in der Regel eine öffentlich beglaubigte Abschrift (RÖ. 31 VII 00 RÖBl. 89, 8 X 00 RÖZ. 20 A 285). Der § 33 GBD. erklärt das dort erwähnte Zeugnis für genügend, nicht für erforderlich; statt des Zeugnisses genügt ein beglaubigter Auszug aus dem Handelsregister (RÖ. 2 IV 02 EntschZö. 3 106 RÖZ. 24 A 97 OLGMRpr. 4 464).

Der Grundbuchrichter hat im Einzelfall unter Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der Zeit, welche für die Bewirkung der nach § 15 erheblichen Bekanntmachung erforderlich ist, zu prüfen, ob die Fortdauer der Vertretungsmacht über die Zeit der Ausstellung des Zeugnisses hinaus als dargetan erachtet werden kann (RÖ. 14 V 00 RÖZ. 20 A 179 OLGMRpr. 1 193). Ein Zeitraum von 6 Wochen wurde als ein zu langer erachtet (RÖ. 6 VI 00 OLGMRpr. 1 194).

Wird das Handelsregister bei dem Gericht geführt, das die Grundbucheintragung zu bewirken hat, so liegt hinsichtlich der im Handelsregister befundeten Vorgänge Offenkundigkeit (GBD. § 29) vor (OLG. Colmar 23 II 03 OLGMRpr. 6 475).

**V. Vorläufige Bescheide des Registergerichts.** Das Recht zur Ausstellung von Bescheinigungen, daß einer bestimmten Eintragung Bedenken nicht entgegenstehen, ist dem Gericht nicht erteilt; derartige Auskünfte sind unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (RÖZ. 11 29). Über die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen solchen vorläufigen Bescheid vgl. zu FÖG. § 19 (hinter FÖB. § 16).

**VI. Auskunftspflicht auf Grund besonderer Gesetze.** Nach Sondergesetzen kann gegenüber bestimmten Behörden und bezüglich bestimmter Eintragungen eine über § 9 hinausgehende Auskunftspflicht des Gerichts bestehen. So z. B. nach Gewerbeunfallversicherungsgesetz § 144 gegenüber den mit dem Vollzuge dieses Gesetzes befaßten Behörden (RÖ. 7 XII 03 EntschZö. 4 101 RÖZ. 27 A 215 OLGMRpr. 8 385). Die Steuerbehörden sind berechtigt, sich durch Einsicht oder Abschriften aus dem Handelsregister und den eingereichten Schriftstücken Aufklärung über die Einlagen bestimmter steuerpflichtiger Personen zu verschaffen (RÖ. 11). Ein berechtigtes Interesse der Steuerbehörde, Abschrift des ganzen Handelsregisters zu verlangen, ist dagegen an sich nicht als vorliegend anzuerkennen (RÖ. 11); jedoch kann sie, wenn sie im Einzelfall ein solches Interesse glaubhaft macht, die Abschrifterteilung auf Grund des § 9 Abs. 2 beanspruchen (Goldmann Anm. 2).

## § 10.

### Bekanntmachung der Eintragungen.

Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. So-

weit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

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

ADH. Art. 13.

Entw. I § 9.

Entw. II § 10.

**I. Äußere Form** der Bekanntmachung. Die Bekanntmachung im Reichsanzeiger und in den anderen Blättern ist nur je einmal zu bewirken (D. 24, Vf. d. Pr. ZM. 7 XI 99 § 12 Abs. 4). Hat das Gericht mehrere andere Blätter bezeichnet (§ 11), so muß in jedem dieser Blätter bekannt gemacht werden, damit jeder, der auch nur eines dieser Blätter liest, sicher sein kann, alle von diesem Gericht ausgehenden Bekanntmachungen gelesen zu haben (B. 897). Die Eintragung und die Veröffentlichung sollen ungesäumt erfolgen; durch Ansammlung behufs gleichzeitiger Veröffentlichung darf keine Verzögerung eintreten (RB. 12, Vf. d. Pr. ZM. 7 XI 99 § 11). FGG. § 130 Abs. 2 ordnet neben der in FGG. § 10 bestimmten öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Bekanntmachung an den Antragsteller an, auf die jedoch verzichtet werden kann.

**II. Inhalt** der Bekanntmachung.

a. „Ihrem ganzen Inhalte nach“ ist die Eintragung zu veröffentlichen. Dies bedeutet nicht, daß sie notwendig wortgetreu veröffentlicht werden muß. Ob die bei den gewöhnlichen kleineren Eintragungen immer in gleicher Weise sich wiederholenden verbindenden Worte bei jeder einzelnen Eintragung in derselben Wortfolge wie im Handelsregister stehen und die einleitende Mitteilung, daß eingetragen sei, stets wiederkehrt, oder ob durch eine Anordnung in Tabellenform nur einmal für eine große Zahl gleichartiger Eintragungen jene Worte und jene Mitteilung gedruckt werden, ist unerheblich. Auch das letztere ist eine Veröffentlichung des „ganzen Inhalts“, sie empfiehlt sich durch Übersichtlichkeit (zumal bei der Zentralisation im Reichsanzeiger) und durch Billigkeit (vgl. S. Matower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurf eines FGG. S. 8 und in RZP. 20 24 ff.). Die Vf. d. Pr. ZM. 7 XI 99 § 12 bestimmt tunlichste Zusammenfassung mehrerer Bekanntmachungen desselben Gerichts und Fortlassung der Spaltenüberschriften des Registers, der Unterschrift des Gerichtsschreibers, der Verfügung, durch welche die Eintragung angeordnet ist, der Geschäftsnummer, etwaiger Verweisungen und der Namensunterschrift unter der Bezeichnung des Gerichts. — Nicht Eingetragenes ist nicht bekannt zu machen, selbst nicht auf Antrag der Beteiligten (vgl. R. 1098, § 12 Anm. V c), also z. B. nicht Geschäftszweig (§ 29 Anm. IV b 3 gegen D. 39, Vf. d. Pr. ZM. 12 VI 00), Ort des Geschäftsraums (§ 29 Anm. IV b 3 gegen D. 39), Ort der Wohnung des Geschäftsinhabers (§ 29 Anm. IV c 2, Staub Anm. 1 gegen Vf. d. Pr. ZM. 7 XI 99). Durch Hinzufügung solcher Angaben wird die Veröffentlichung nicht unwirksam. Indessen ist der Geschäftsinhaber, wenn er nicht die Bekanntmachung verlangt hat, nicht für verpflichtet zu erachten, die hierdurch entstandenen Mehrkosten zu tragen (abweichend Staub Anm. 1, Goldmann Anm. 1; Gegenteil auch vorausgesetzt in D. 39). — Weicht die Bekanntmachung inhaltlich in wesentlicher Weise von der Eintragung ab, so ist die Bekanntmachung unwirksam, während die Wirksamkeit der Eintragung unberührt bleibt (Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 7, Goldmann Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II).

b. „Soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt“. Veröffentlichung von mehr als dem Eingetragenen ist vorgeschrieben in §§ 199, 201, 277, 284 Abs. 5, 286, Fortlassung eines Teiles der eingetragenen Tatsachen in § 162 Abs. 2, 3, § 175, Unterlassung der Veröffentlichung in §§ 32, 34 Abs. 5. — Ob der Vermerk im Hauptregister über Errichtung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung zu veröffentlichen, vgl. § 13 Anm. II c 2.

**III. Zeitpunkt** der bewirkten Bekanntmachung. Der § 10 Abs. 2 bestimmt, daß bei mehreren Bekanntmachungen der Zeitpunkt der letzten, und daß nicht der Augenblick des Erscheinens, sondern erst der Ablauf des Tages, an dem das Erscheinen stattgefunden hat, maßgebend ist. Der Tag des Erscheinens ist der entscheidende, auch wenn das Blatt vordatiert ist (RZP. 2 23).

— Über Bestimmung des Zeitpunkts bei Bekanntmachungen der Gesellschaftsbehörden vgl. § 255 Anm. II, § 297 Anm. II.

## § 11.

### Bezeichnung der Blätter für Veröffentlichungen.

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

ADH. Art. 14.

Entw. I § 10.

Entw. II § 11.

I. **Bezeichnung der Blätter.** In welcher näheren Weise die „Bezeichnung“ zu erfolgen hat, kann durch Anordnung der Justizverwaltungsbehörde gültig vorgeschrieben werden (Ostf. Königsberg 9 X 03 OLGKspr. S 251, RG. 58 430); in Preußen ist dies durch Verfügung des Justizministers 4 XII 00 (ZMBl. 642) geschehen. Doch ist nur eine Art der Bezeichnung zulässig, durch welche unmittelbar oder mittelbar die Veröffentlichung der Bezeichnung erreicht wird (dagegen Goldmann II 2). Ungenügend ist daher ein nicht veröffentlichter Vermerk in den Akten (Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Note I); genügend aber eine Anheftung an die Gerichtstafel (dagegen Staub Anm. 2). — Daß die Bezeichnung „im Dezember“ erfolgen soll, ist nur Ordnungsvorschrift (abweichend Goldmann I); die Bezeichnung wird nicht dadurch ungültig, daß sie zu anderer Zeit geschieht; sonst wäre es ein Jahr lang unmöglich, eine versehentliche Unterlassung wieder gut zu machen oder im Fall des Eingehens eines bezeichneten Blattes (unten Anm. III) ein anderes zu bezeichnen. — Ist die Bezeichnung erfolgt, so kann sie — außer wenn ein bezeichnetes Blatt eingeht (unten Anm. III) — nicht wirksam im Lauf des Jahres geändert werden.

II. **Welche Blätter das Gericht bezeichnen will,** hat es nach freiem Ermessen zu bestimmen; die im Entwurf § 128 zum FGG. vorgeschlagene Vorschrift, daß die Landesjustizverwaltungen befugt sein sollen, den Registergerichten Anweisungen bezüglich der für die Bekanntmachung der Eintragungen zu bestimmenden Blätter zu erteilen, wurde vom Reichstag abgelehnt. Maßgebend für die Auswahl wird sein, welche Blätter in dem betreffenden Bezirk von Vollkaufleuten am meisten gelesen werden. Aus § 10 Abs. 1 geht hervor, daß der Reichsanzeiger nicht bezeichnet werden kann, daß genügend ist, wenn ein anderes Blatt bezeichnet wird (dagegen Goldmann II 3 mit Rücksicht auf § 11 „die Blätter“), daß aber auch mehrere andere Blätter bezeichnet werden können.

III. **Eingehen eines der bezeichneten Blätter.** Der Art. 14 der ADH. enthielt die Vorschrift: „Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen . . .“ Auch jetzt kann das Gericht ebenso verfahren. Statt dessen kann aber das Gericht, so lange die Vorschrift des § 10 Abs. 1 gewahrt bleibt, also mindestens ein bezeichnetes Blatt außer dem Reichsanzeiger noch vorhanden ist, bestimmen (Anm. I), daß künftig die Veröffentlichung in den übrigen Blättern genügen solle.

## § 12.

### Anmeldung. Zeichnung von Unterschriften.

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

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

ADH. Art. 19, 45 u. a.

Entw. I § 11.

Entw. II § 12.

- |  |  |
|--|--|
| I. Persönliches Bewirken bei dem Gericht oder Einreichung in öffentlich beglaubigter Form. | V. Eintragung.   |
| II. Anmeldung zur Eintragung.  | VI. Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters.           |
| III. Zeichnung der Unterschriften.   | VII. Eigenschaft des Registereintrags als öffentliche Urkunde. |
| IV. Einreichungen.   |  |

**I. Persönliches Bewirken bei dem Gericht oder Einreichung in öffentlich beglaubigter Form.** Die wahlweise Einhaltung einer dieser Formen ist in § 12 für die Anmeldung zur Eintragung (unten Anm. II), die Zeichnung (unten Anm. III) und die Anmeldungsvollmacht (unten Anm. II b 1) vorgeschrieben. Nicht auch für andere einzureichende Schriftstücke (unten Anm. IV).

**a. Persönliches Bewirken bei dem Gericht.**

1. **Persönlich.** Das Wort „persönlich“ gehört nur zu bewirken, nicht auch zu einreichen. Das „persönlich bewirken“ bildet den Gegensatz zu „einreichen“; ein „persönliches“ Bewirken kann, wie § 12 Abs. 2 Satz 1 ergibt, auch durch einen Bevollmächtigten und daher auch durch einen gesetzlichen Vertreter geschehen.
2. **Bei dem Gericht.** Hierunter ist verstanden, daß ein Bewirken sowohl zu Protokoll des Richters des Registergerichts („dem“), wie auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts zulässig sein soll. FGG. § 128 bestimmt: „Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen“. In Preußen sind nach Vf. d. RM. 7 XI 99 § 1 die Anmeldungen und Zeichnungen in der Regel von dem Gerichtsschreiber des Registergerichts zu Protokoll zu nehmen; der Richter hat sich der Aufnahme zu unterziehen, wenn bei dem Gerichtsschreiber die zur Beurteilung der Verhältnisse erforderliche Rechtskenntnis nicht zu erwarten ist. — Der weitergehende § 11 FGG., wonach Anträge und Erklärungen auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines anderen als des zuständigen Amtsgerichts erfolgen können, kommt für Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und für Zeichnungen nicht zur Anwendung (Begründung zu §§ 124, 125 Entwurf des FGG). Ein Bewirken zu Protokoll des Richters eines anderen als des zuständigen Gerichts erfüllt die Form der „öffentlichen Beglaubigung“ (unten zu b); daher muß dann die Einreichung hinzukommen.

**b. Einreichung in öffentlich beglaubigter Form.**

1. **Einreichung.** Wer einzureichen hat, ist nicht gesagt. Sowohl der Anmeldungs- oder Zeichnungspflichtige wie auch ein Bevollmächtigter oder auftragloser Geschäftsführer kann einreichen; die Einreichung durch einen auftraglosen Geschäftsführer wird aber — soweit nicht die Vorschriften über mehr als erklärende Wirkung von Eintragungen (§ 5 Anm. Ia) eingreifen — erst durch hinzukommende Zustimmung des Vertretenen für diesen bindend. Einreichung und Bevollmächtigung oder Zustimmung zur Einreichung können formlos geschehen; an eine bestimmte Form gebunden ist nur die Vollmacht zur Abgabe der Erklärung (vgl. z. B. unten Anm. II b), die einzureichen ist. Ob der Registerrichter die Befugnis des Einreichenden zur Einreichung prüfen muß, vgl. unten Anm. VI b.
2. **Öffentlich beglaubigte Form.**

**a. Grundlegend für die Form der öffentlichen Beglaubigung ist BGB. § 129:**

„Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittelst Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.“

Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.“

Indessen ist BGB. § 129, weil nur die Beglaubigung einer Erklärung betreffend, unmittelbar anwendbar nur auf die Beglaubigung der Anmeldung und der Vollmachtserteilung. Auf die Beglaubigung der Zeichnung kann BGB. § 129 nur

entsprechend angewendet werden in der Weise, daß nicht eine Unterschrift, sondern die Zeichnung selbst zu beglaubigen ist. Daher genügt nicht, daß nur die Unterschrift unter einem Schriftstück beglaubigt wird, in dem die Zeichnung als eigene anerkannt ist (RÖ. 54 172 gegen RÖ. 8 XII 02 EntschFÖ. 3 192).

- β. Zuständig für die Vornahme einer öffentlichen Beglaubigung ist ein Notar oder der Richter eines Amtsgerichts (FÖÖ. § 167). Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß außer den Amtsgerichten und Notaren auch andere Behörden oder Beamte zuständig sind (FÖÖ. § 191 Abs. 1, insbesondere auch Beamte des Amtsgerichts, die nicht Richter sind (Begr. zu Entwurf FÖÖ. § 163); auch kann die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ausgeschlossen werden (FÖÖ. § 191 Abs. 2). Wenngleich hiernach in der Regel jedes Amtsgericht zuständig zur Beglaubigung und auch zu der nach BÖB. § 129 Abs. 2 zugelassenen Beurkundung ist, so ist doch die Beurkundung einer Anmeldung zum Handelsregister keine den Gerichten durch Reichsgesetz übertragene Angelegenheit, und daher kann auf Bewirkung einer solchen Beurkundung nicht ein Rechtshilfeverlangen gerichtet werden (RÖ. 58 97). — Die Beglaubigungsbefugnis der deutschen Konsuln ist geregelt durch KonsFÖÖ. 7 IV 00 § 7 Nr. 2). — Anwendbar bleibt (EÖFÖB. Art. 2 Abs. 2, EÖBÖB. Art. 32, FÖÖ. § 185) RÖ. 1 V 78 (RÖBl. 89):

§ 1. „Urkunden, die von einer inländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes aufgenommen oder ausgestellt sind, bedürfen zum Gebrauch im Inlande einer Beglaubigung (Legalisation) nicht.“

§ 2. „Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.“

- γ. Verfahren bei Beglaubigung. Über das Verfahren bei Beglaubigung durch Notare oder Amtsgerichte bestimmt FÖÖ. §§ 167, 183. Die Beglaubigung einer Anmeldung oder Anmeldevollmacht darf hiernach nur geschehen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder Notars vollzogen oder anerkannt wird (FÖÖ. § 183). Für die Beglaubigung der Zeichnung dagegen, da sie keine Unterschrift ist (oben zu α), genügt nicht jede der in FÖÖ. § 183 zugelassenen Formen; vielmehr muß aus dem Inhalt des Beglaubigungsvermerks das persönliche Vollziehen, nicht nur die Anerkennung der Zeichnung durch den Zeichnenden hervorgehen (RÖ. 54 172).

## II. Anmeldung zur Eintragung.

- a. **Anmelder.** Wer anzumelden hat, ist in § 12 nicht entschieden, sondern für die einzelnen Fälle besonders geregelt. Die von mehreren Anmeldungspflichtigen zu bewirkende Anmeldung kann in mehreren getrennten Urkunden erfolgen (RÖ. 24 II 99 ZB. 232<sup>25</sup>).
- b. **Vertretung** bei Anmeldung ist zulässig. Sowohl Vertretung durch einen Bevollmächtigten wie auch durch einen gesetzlichen Vertreter.
1. **Vollmacht.** Der § 12 Abs. 2 Satz 1 setzt die Zulässigkeit der Anmeldung durch einen Bevollmächtigten voraus, wie auch für Anmeldungen zum Vereinsregister Bevollmächtigung zulässig ist (RÖ. 5 X 03 EntschFÖ. 4 33 RÖZ. 26 A 237). Keine Bevollmächtigung indessen ist zulässig bezüglich der bei Anmeldung abzugebenden sonstigen Erklärungen, z. B. in den Fällen der §§ 195 Abs. 3, 284 Abs. 3 (RÖ. 28 XI 04 RÖZ. 28 A 235; dagegen LG. I Berlin 12 VI 96 Goldheims MSchr. 274). Die Vollmacht zur Anmeldung bedarf nach § 12 Abs. 2 Satz 1 derselben Form (oben Ann. I) wie die Anmeldung; hierin liegt eine Ausnahme von BÖB. § 167 Abs. 2. Anmeldevollmacht kann sowohl seitens einer natürlichen Person wie auch seitens der zur Anmeldung verpflichteten Vertreter einer juristischen Person erteilt werden (RÖ. 28 XI 04 RÖZ. 28 A 235). — Daß die Anmeldevollmacht als Sondervollmacht erteilt werde, ist nicht vorgeschrieben (dagegen Lehmann Nr. 4); auch nicht für

- die Fälle, in denen sämtliche, auch die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter anzumelden haben (dagegen *RG. I Berlin 4 VI 03 RWBl. 87*); vielmehr ist auch eine Allgemeinvollmacht oder sonstige umfassende Vollmacht für genügend zu erachten. Abweichendes gilt nur in bestimmten Fällen von Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch die übrigen (§ 125 Anm. III b, § 232 Anm. I). — Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen (*HGB. § 129 Satz 1*).
2. **Gesetzliche Vertretungsmacht.** Ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, so hat — soweit das Gesetz für die betreffende Art von Anmeldungen keine besonderen Vorschriften enthält — der Vertreter anzumelden; nicht der Vertretene. Die Formvorschrift des § 12 Abs. 1 ist nicht anwendbar auch auf die Ausweisurkunden der gesetzlichen Vertreter (dagegen *RG. 5 X 03 EntschHb. 4 35 RWBl. 26 A 237*); die Annahme des Kammergerichts, daß § 12 Abs. 2 Satz 1 nur eine einzelne aus § 12 Abs. 1 abzuleitende Folgerung enthält, ist, wie die Vergleichung mit *HGB. § 167 Abs. 2* ergibt, irrig. Vielmehr sind nur die allgemeinen Regeln über Prüfung der Berechtigung des Anmeldenden (unten Anm. VI a 3d) anwendbar; hiernach bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Form der Ausweisurkunden (vgl. *RG. 13 VIII 01 OLRspr. 3 260*); vielmehr hat der Richter im Einzelfall zu ermessen, ob ein besonderer Ausweis und welche Form desselben ihm erforderlich erscheint.
- c. **Zeit der Anmeldung.** Die Anmeldung hat zu geschehen, sobald die anzumeldende Tatsache vorliegt. Nachholung ist aber zulässig; und zwar sogar, nachdem die anzumeldende Tatsache wieder aufgehört hat, zu bestehen (§ 31 Anm. I a). In denjenigen Fällen, in denen die Anmeldung nicht erzwingbar ist, steht es — soweit öffentliches Recht in Betracht kommt — im Belieben der Anmeldspflichtigen, ob und wann sie anmelden wollen. Ob die offene Handelsgesellschaft bereits bei Gesellschaftsbeginn oder erst bei Betriebsbeginn anzumelden ist, vgl. § 106 Anm. IV.
- d. **Widerruf** ist wirksam, wenn er zur Kenntnis des Richters kommt, bevor dieser auf Grund der Anmeldung verfügt hat. Sind mehrere anmeldungspflichtig, und widerruft einer von ihnen, so liegt eine ausreichende Anmeldung nicht mehr vor (*RG. Hamburg 6 VII 04 GoldheimsMSchr. 303*).

### III. Zeichnung der Unterschrift.

- a. **Wer im Einzelfall zu zeichnen hat,** ist nicht aus § 12 zu entnehmen. Nicht immer sind zeichnungspflichtig dieselben Personen, welche anmeldungspflichtig sind. Die Zeichnungen mehrerer zeichnungspflichtiger können in getrennten Urkunden erfolgen (oben Anm. II a).
- b. **Vertretung bei Zeichnung.**
1. **Vollmacht.** Die Zeichnung enthält keine Willenserklärung (oben Anm. I b 2 α, γ), sondern nur die Beschaffung eines Wortbildes als Grundlage für eine spätere Handschriftenvergleichung. Aus diesem Grund ist die Zeichnung durch einen Bevollmächtigten z. B. einen Prokuristen, unwirksam.
  2. **Gesetzliche Vertretungsmacht.** Steht der zeichnungspflichtige unter gesetzlicher Vertretung, so hat nicht der Vertretene, sondern der Vertreter zu zeichnen (dahingestellt *RG. 6 VI 00 RWBl. 20 A 163*); Anwendungsfälle in §§ 35, 234 Abs. 3, 296 Abs. 4. Der Gesetzgebungsgrund, der zum Erfordern aufzubewahrender Firmenzeichnungen führte, findet auf die Firmenzeichnung des Vertreters Anwendung, wenn — wie in den Fällen gesetzlicher Vertretung — dessen Unterschrift die für den betreffenden Gewerbebetrieb künftig maßgebende sein wird. — Hört die gesetzliche Vertretung durch denjenigen, der gezeichnet hat, demnächst auf, so ist eine neue Unterschriftenzeichnung durch den neuen Vertreter bzw. den von Vertretung Freigewordenen zu bewirken. — Zu beachten aber ist, daß nicht in allen Fällen eine etwa bestehende gesetzliche Vertretung auch dasjenige Tätigkeitsgebiet ergreift, in dem der Vertretene zu zeichnen hat. So ist z. B. der gesetzliche Vertreter eines geisteskrank gewordenen Vorstandsmitglieds einer AG nicht stellvertretendes Vorstandsmitglied der AG. Die Zeichnungspflicht des Vertreters reicht nicht weiter als seine Vertretungsmacht.

- c. **Unmöglichkeit** der Zeichnung hindert nicht die Anmeldung und Eintragung; doch ist nach gehobenem Hindernis die Zeichnung nachzuholen. So bei Schreibensunkundigen (ebenso Zentralorgan 63 116, OGH. Wien 3 IX 78 AdCl. Nr. 772, Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 2; dagegen OGH. Wien 21 IX 64 RFR. 8 541, Düringer-Sachenberg § 14 Anm. IV) und bei den durch körperliche Gebrechen, z. B. Lähmung, am Schreiben Verhinderten (ebenso Zentralorgan 63 116, Staub Anm. 3, Düringer-Sachenberg § 14 Anm. IV). Blinde, wenn nicht Schreibensunkundig, sind nicht am Zeichnen verhindert und daher zeichnungspflichtig (ebenso Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 3). Ebenso sind an Zeichnung nicht verhindert und daher zeichnungspflichtig Personen, die nur die Firma schreiben können, im übrigen aber des Schreibens unkundig sind (Zentralorgan 62 139).
- IV. **Einreichungen.** Die Einreichung kann formlos geschehen. So auch wenn Gegenstand der Einreichung eine Anmeldung, eine Unterschriftszeichnung oder eine Anmeldevollmacht ist (oben Anm. I b 1). Einzureichende Schriftstücke, deren Inhalt nicht einzutragen ist, bedürfen keiner besonderen Form (D. 25), soweit nicht das HGB. im Einzelfall das Gegenteil vorschreibt. So sowohl dann, wenn die Einreichung in Zusammenhang mit einer Anmeldung (z. B. § 195 Abs. 2 Nr. 2, 3, 5), wie auch wenn sie ohne Zusammenhang mit einer Anmeldung (z. B. § 265 Abs. 2) stattzufinden hat.
- V. **Eintragung.** Eigenschaft des Eintrags als öffentliche Urkunde vgl. unten Anm. VII. Beweiskraft des Eintrags vgl. § 15 Anm. III a 1.
- a. **In der Regel nur auf Grund einer Anmeldung** kann eine Eintragung erfolgen. Eintragungen von Amts wegen sind jedoch vorgesehen in HGB. § 31 Abs. 2 (erloschene Firma), § 32 (Konkursöffnung, -aufhebung, -Einstellung), §§ 148 Abs. 2, 296 Abs. 3 (gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren), FGG. § 131 (Bermerk im Hauptregister über Eintragung und Erlöschen der Zweigniederlassung; vgl. jedoch § 13 Anm. II c 2), §§ 142 ff. (unzulässige Eintragung, nichtige Gesellschaften und Versammlungsbeschlüsse). — Weder das HGB. noch das FGG. enthält eine ausdrückliche allgemeine (vgl. jedoch § 33 Abs. 3, § 198 Anm. II) Bestimmung, daß nach erfolgter Anmeldung das Angemeldete einzutragen sei. Daß dies der Sinn des Gesetzes, geht jedoch mit genügender Klarheit aus dem Ausdruck „Anmeldung zur Eintragung“ (§§ 12, 29, 31, 106, 195 u. a.) hervor. Für einzelne Fälle sind abweichende Bestimmungen getroffen (§§ 13, 33 Abs. 3, 198, 201 Abs. 3, 323 Abs. 4).
- b. **Gerichtskostenvorschuß?** Die Eintragung darf nicht durch Landesrecht noch von anderen als den nach HGB. zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Für nicht anwendbar auf den Fall der Registereintragung ist daher die Vorschrift des Preuß. Gerichtskostenges. § 6 Abs. 1 Satz 2 zu erachten, wonach das Gericht die Vornahme einer beantragten Handlung abhängig machen kann von Zahlung eines Vorschlusses (Auerbach gegen Vf. d. AG-Präsidenten Berlin 31 V 04 RWRl. 78); da die Vorschußleistung nicht erzwingbar ist, wäre auf diesem Weg die Voraussetzung beseitigt, von der das HGB. ausgeht, daß nämlich der Anmeldungszwang im allgemeinen genüge, um die Herbeiführung der Eintragung zu sichern.
- c. **Nicht eintragungsfähige Tatsache.** Der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen ist beschränkt; freiwillige Eintragung noch anderer Tatsachen ist unzulässig (R. 10, P. 88, HVG. Nürnberg 28 V 69 RFR. 21 525, RG. 6 VI 00 RGZ. 20 A 270). So z. B. die Eintragung einer Handlungsvollmacht, die nicht Procura ist (§ 54 Anm. I b). Ob Eintragung des Geschäftszweiges und der Lage des Geschäftsraums zulässig, vgl. § 29 Anm. IV b 3. Zulässig erscheint die Eintragung der angemeldeten Änderung einer eingetragenen Tatsache, auch wenn die Anmeldung der betreffenden Änderung nicht vorgeschrieben ist (dagegen RG. 9 II 05 DRWRspr. 10 334), wie z. B. (§ 234 Anm. I d 1) bei Änderung des Standes oder des Wohnorts eines eingetragenen Vorstandsmitglieds der AG. Die Eintragung von Vormerkungen für eine künftige Eintragung (Löschung) erscheint zulässig (vgl. GenG. § 71; dagegen Staub Erg. zu § 8 Anm. 6, Lehmann § 8 Nr. 5, Goldmann § 8 Anm. 1); allerdings nicht auf Grund einseitigen Antrags, aber auf Grund einseitiger Verfügung des Prozeßgerichts (§ 16 Anm. Va). Dies sind nicht „freiwillige Eintragungen“ im obigen Sinn, es wird nicht der Kreis der ein-



tragungsfähigen Tatsachen erweitert, sondern innerhalb dieses Kreises wird der Dritte gewarnt, es sei streitig, ob eine bestimmte Eintragung zu Recht erfolgt oder eine andere erforderliche Eintragung zu Unrecht unterlassen ist. — Über die Wirkung von Eintragungen, die erfolgt sind, trotzdem das Gesetz sie nicht vorschreibt, vgl. § 15 Anm. III d 3 β.

- d. **Nur für die Zukunft in Aussicht Genommenes ist nicht eintragungsfähig**, sondern nur was spätestens gleichzeitig mit Eintragung eintritt (RG. 22 59). Sonst könnte vorkommen, daß infolge von Todesfällen oder aus anderen Gründen das in Aussicht Genommene nicht zur Ausführung gelangt, und dann würde der Registerinhalt irreführend werden. — Hierdurch ist aber nicht die Eintragung einer schon jetzt abgegebenen, aber bedingten oder betagten Erklärung ausgeschlossen; vgl. z. B. GenG. § 70, HGB. § 277 Anm. I e, IV, § 278 Anm. I a. — Über Vormerkungen oben zu c.

VI. **Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters.** Über den Umfang des Prüfungsrechts bei Anmeldung einer juristischen Person nach § 33 vgl. § 33 Anm. I e, einer oHG. vgl. § 106 Anm. V, bei Anmeldung des Erlöschens der Firma einer oHG. vgl. § 157 Anm. II c, bei Anmeldung der Errichtung oder Satzungsänderung einer AG. vgl. §§ 195 Anm. I g, 273 Anm. V.

a. **Bei Anmeldungen zur Eintragung.**

1. **Form der Anmeldung.** Der Richter hat zu prüfen, ob die vorgeschriebene Form der Anmeldung (oben Anm. I) beobachtet ist. Ebenso, ob die mit der Anmeldung einzureichenden Schriftstücke beiliegen.
2. **Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen.** Dies ist eine der sachlichen Voraussetzungen der Eintragung. Indessen braucht in der Regel der Richter nicht zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen richtig sind, und er soll dies in der Regel nicht prüfen (vgl. RG. 1 243, RGSt. 18 180, RGZ 8 15; dagegen Staub Erf. zu § 8 Anm. 10). Durch die Anmeldung übernimmt der Anmeldende, nicht durch die Eintragung der Richter, die Verantwortlichkeit dafür, daß die angemeldeten Tatsachen richtig sind. So hat beispielsweise, wenn die Eintragung einer neuen Firma oder der Verlegung des Sitzes des Geschäfts nachgefragt wird, in Ermangelung besonderer Umstände der Richter nicht nachzuforschen, ob der Anmeldende in der Tat das Geschäft eröffnet oder verlegt hat (D. 25). Dasselbe wird auch zu gelten haben bei Prüfung der Frage, ob ein Anmeldender Kaufmann und Wollkaufmann nach § 1 oder eintragungspflichtig bzw. -fähig nach § 2 oder 3 (§ 2 Anm. II) ist. Auch in diesen Beziehungen genügt daher in der Regel die Erklärung des Anmeldenden, daß er ein Gewerbe der betreffenden Art und des erforderlichen Umfangs betreibt (RGZ. 4 29; dagegen Lehmann Nr. 14 und bezüglich §§ 2, 3, Düringer-Hachenburg § 14 Anm. III 3 b). — Andererseits ist aber der Richter, auch soweit er nur Angemeldetenes einträgt, keine willenlose Maschine, man kann ihm nicht zumuten, daß er die staatliche Unterstützung leihe, wo sich ergibt, daß die angemeldeten Tatsachen nicht wahr sind. Daher hat der Richter die Eintragung abzulehnen, wenn er die Überzeugung von der Unwahrheit der angemeldeten Tatsache erlangt hat (RG. 9 VII 04 RGBl. 84). Um so mehr, wenn Verdacht dafür vorliegt, daß mit Anmeldung der falschen Tatsache eine Täuschung anderer beabsichtigt ist (vgl. OLG. Karlsruhe 9 I 94 BfM. 46 496). Überhaupt ist er zur Ablehnung der Eintragung in allen Fällen berechtigt, in denen er sofort wieder durch Ordnungsstrafen oder von Amts wegen die Beseitigung herbeiführen könnte. — Bestehen Zweifel über die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen, so hat gemäß FGG. § 12 (RG. 5 X 03 EntschFG. 4 30 RGZ. 27 A 59) das Registergericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranlassen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Hierbei haben die Organe des Handelsstandes die Registergerichte zu unterstützen (FGG. § 126). Nach Vf. d. Pr. ZM. 7 XI 99 § 3 hat der Richter in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Organe des Handelsstandes einzuholen, wenn die erforderliche Auskunft nicht auf andere Weise einfacher und schneller beschafft werden kann. — Eine weitergehende Prüfungspflicht bezüglich der anzumeldenden Tatsache ist dem Registergericht in den Fällen der §§ 143 Abs. 3, 148 Abs. 1 auferlegt. Eine solche weitergehende Prüfungspflicht ist ebenso anzunehmen auch in anderen Fällen einseitiger Anmeldung

durch eine Person, deren Berechtigung zum Eingriff in das eingetragene Recht eines anderen erst aus der Richtigkeit der angemeldeten Tatsache folgt (unten zu 3d). — Ist vorgeschrieben, daß mit der Anmeldung andere Schriftstücke einzureichen sind, so hat der Richter zu prüfen, ob aus dem Inhalt dieser anderen Schriftstücke sich Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen ergeben (unten zu b). — Die vorstehenden Regeln gelten ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall die Eintragung nur erklärende oder eine darüber hinausgehende Wirkung hat.

3. Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung.

- a. Das Einssein des Anmeldenden mit demjenigen, als den er sich ausgibt, wird bei Einreichung einer öffentlich beglaubigten Urkunde genügend durch den Beglaubigungsvermerk und bei persönlicher Bewirkung vor dem Gerichtsschreiber genügend durch den Vermerk des letzteren dargetan; trotzdem ist, wenn Anlaß zu Zweifeln vorhanden, Nachprüfung zulässig (FGB. § 12; CPO. §§ 415, 418 ist auf Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nicht anwendbar). Erfolgt die Anmeldung vor dem Richter des Registergerichts, so hat dieser das Einssein zu prüfen, ist aber nicht an eine bestimmte Form des Nachweises gebunden. — Dieselben Regeln gelten bei Prüfung des Einsseins des als gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter Anmeldenden mit demjenigen, dem die Vertretungsmacht zusteht. — Über Prüfung des Einsseins eines in der Anmeldung als Unterzeichner einer Anlage Bezeichneten mit dem wirklichen Unterzeichner vgl. unten Anm. VI b.
- β. Rechtsnachfolge. Hängt die Berechtigung zur Anmeldung davon ab, daß der Anmeldende in einem Rechtsnachfolgeverhältnis zu einem anderen steht, so hat der Registerrichter die Tatsache der Rechtsnachfolge zu prüfen. „Soweit tunlich,“ d. h. soweit ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten oder Kosten oder Zeitverluste tunlich, ist die Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 12 Abs. 2 Satz 2); anderenfalls in anderer Weise. Dies gilt sowohl bei Einzel- wie bei Allgemeinenachfolge, sowohl bei Nachfolge unter Lebenden, wie bei Nachfolge von Todes wegen. Ist auf Grund eines nicht öffentlich errichteten Testaments erworben, so wird, da dieses keine öffentliche Urkunde und die Beschaffung eines Erbscheins tunlich ist, ein solcher in der Regel zu beschaffen sein. Nicht tunlich ist die Beschaffung einer öffentlichen Urkunde z. B. wenn durch privatschriftlichen Kaufvertrag erworben und der Verkäufer demnächst gestorben ist; der Registerrichter kann — außer wenn die Gültigkeit des Vertrages streitig ist (FGB. § 127) — in solchem Fall nicht verlangen, daß der Käufer zunächst eine öffentliche Urkunde der Erben beibringt. — Eine Rechtsnachfolge bezüglich der Firma liegt in deren Fortführung auf Grund der Einwilligung des früheren Firmeninhabers (§ 23 Anm. II b); wollte man der gegen- teiligen herrschenden Meinung folgen, so würden für den Nachweis des Rechts auf die Firma die Regeln zu d Anwendung finden.
- γ. Vollmacht. Die Tatsache der Bevollmächtigung ist nachzuprüfen. Namentlich also, ob der Inhalt der Vollmacht eine genügende Bevollmächtigung ergibt (oben Anm. II b 1). Ferner ist zu prüfen, ob die vorgeschriebene Form der Vollmacht gewahrt (oben Anm. I), und ob der Vollmachtserteiler die Person ist, für die er sich ausgibt (oben zu a).
- δ. Andere Fälle. Für andere Fälle als Vollmacht und Rechtsnachfolge ist absichtlich nicht bestimmt, daß der zu einer Eintragung etwa erforderliche Nachweis nur durch öffentliche Urkunden erbracht werden könne (D. 25). Jede Art des Nachweises ist daher zulässig. So z. B. bei Prüfung der etwa zweifelhaften Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit des Anmelders. Ob auch bei Prüfung der etwa erforderlichen Zustimmung eines anderen zur Firmenfortführung, vgl. § 22 Anm. II a 2. Ob das gleiche bei Prüfung des Bestehens einer gesetzlichen Vertretungsmacht gilt, vgl. oben Anm. II b 2. Es gilt ferner z. B. auch für die Prüfung, ob alle Personen, die zur Anmeldung verpflichtet sind, hierbei mitgewirkt haben. Namentlich daher auch bei Prüfung der Frage, ob in den Fällen der §§ 143 Abs. 3, 148 Abs. 1 Satz 3 besondere Hinder-

niffe für die Mitwirkung an sich anmeldungspflichtiger Erben vorliegen. — Kann die Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung nur durch Prüfung der angemeldeten Tatsache entschieden werden, und wirkt der bisher nach Inhalt des Registers Berechtigte, in dessen Recht die angemeldete Tatsache eingreifen würde, nicht bei der Anmeldung mit, so ist jene einseitig angemeldete Tatsache besonders darzutun (RÖZ. 14 31); nicht greift in solchem Fall die Regel (oben zu 2) ein daß die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen nur bei Vorliegen besonderer Zweifelsgründe zu erforschen ist. So z. B. bei Anmeldung von Änderungen in der Person von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren durch die neuen Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren bei der AG. (§§ 234 Abs. 2, 296 Abs. 2) oder anderen juristischen Personen (OLG. Dresden 9 VI 03 OLGMpr. 8 254, 382).

4. **Schlüssigkeit der Anmeldung für die Eintragung.** Der Richter hat zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen — ihre Richtigkeit und die Wahrung der vorgeschriebenen Form der Anmeldung vorausgesetzt — genügen, um nach dem Gesetz zu einer Eintragung zu führen. Zu prüfen ist in dieser Hinsicht z. B. die Eintragungsfähigkeit (oben Anm. V c, d) und die gesetzliche Zulässigkeit des Angemeldeten. Unstatthaft ist z. B. die Eintragung von gesetzlich unzulässigen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis (RÖZ. 6 140, RÖZ. 12 37). Ferner kommen namentlich die beschränkenden Vorschriften des Firmenrechts und des Gesellschaftsrechts in Betracht. Wird „Erlöschen“ der Firma angemeldet, gleichzeitig aber die erfolgte gültige Übertragung der Firma an einen anderen mitgeteilt, so darf nicht „Erlöschen“ eingetragen werden (RÖ. 9 VII 04 OLGMpr. 9 246).

b. **Bei Einreichungen.** Zu prüfen ist, ob die für die betreffende Einreichung etwa vorgeschriebene Form (oben Anm. IV) gewahrt ist. Eine Prüfung der Berechtigung des Einreichenden zur Einreichung wird, wenn keine besonderen Zweifel vorliegen, entbehrlich sein, zumal (oben Anm. I b 1) Vollmächtserteilung und Zustimmungserteilung zur Einreichung formlos geschehen kann. Zu prüfen ist ferner, ob das eingereichte Schriftstück zu der Art von Schriftstücken gehört, die eingereicht werden soll, z. B. ob die Urkunde äußerlich fehlerfrei (RÖSt. 18 180), und ob, wenn eine Bilanz einzureichen, das eingereichte Schriftstück eine Bilanz ist (§ 265 Anm. III). Dagegen ist, wenn es sich nur um Einreichungen ohne Zusammenhang mit einer Anmeldung handelt, nicht zu prüfen, ob die in dem eingereichten Schriftstück enthaltenen Angaben wahr sind (vgl. z. B. § 265 Anm. III). Erfolgt eine Einreichung im Zusammenhang mit einer Anmeldung, so ist zu unterscheiden, ob nach dem Willen des Gesetzgebers die einzureichende Urkunde inhaltlich Teil der Anmeldung sein oder ob die Einreichung nur die Bedeutung einer selbstständig neben der Anmeldung zu erfüllenden Formvorschrift haben soll. Im ersteren Fall darf der Inhalt der eingereichten Urkunde in gleicher Weise wie die Anmeldung (oben zu a 2) auf seine Richtigkeit geprüft werden; so z. B. die Erklärung über erfolgte Barzahlung (§ 195 Abs. 3) oder die Berechnung des Gründungsaufwandes (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). Im letzterem Fall, z. B. bezüglich des Revisorenberichts (§ 195 Abs. 2 Nr. 5), der Zeichnungsscheine (§ 189), der Beitritte zu einer Genossenschaft, hat sich die Prüfung des Inhalts auf die Übereinstimmung dieses Inhalts mit dem Inhalt der Anmeldung zu beschränken; daher ist in solchen Fällen auch die Echtheit der Unterschriften und die Vertretungsbefugnis von als Vertreter unterzeichnenden Personen ohne weiteren Nachweis als vorhanden anzusehen, wenn nicht aus besonderem Grund Zweifel bestehen (vgl. Bef. d. R.R. betr. Führung d. Gen.Registers § 29 Abs. 4, RÖ. 19 IX 04 OLGMpr. 10 244).

VII. **Eigenschaft des Registereintrags als öffentliche Urkunde.** Nicht die Tatsache der Anmeldung, sondern die angemeldete Tatsache ist einzutragen. Diese Eintragung ist daher als öffentliche Beurkundung der Tatsache, nicht nur der Anmeldung anzusehen (dagegen RÖ. 1 243). Daraus folgt allerdings nicht, daß im Rechtsstreit der Registereintrag eine Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache auch in denjenigen Fällen begründe, bezüglich deren dem Registergericht keine Prüfungspflicht obliegt (§ 15 Anm. III a 1). Aber, da die Tatsache, nicht das Erfolgtsein der Anmeldung, einzutragen ist, so erscheint die vorsätzliche Herbeiführung einer

falschen Eintragung mittels Anmeldung falscher Tatsachen, auch wenn diese nicht prüfungspflichtig sind, strafbar als mittelbare Urkundenfälschung nach StGB. § 271 (Staub Exf. zu § 8 Anm. 17; dagegen RGEt. 18 180, Goldmann § 8 Anm. 3).

## § 13.

### Zweigniederlassung.

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

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

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

ADH. Art. 21, 86 u. a.

Entw. I § 12.

Entw. II § 13.

- |  |   |
|--|---|
| I. Begriff der Zweigniederlassung.   | IV. Verküperung der Zweigniederlassung.                                   |
| II. Anmeldung, Zeichnung, sonstige Einreichungen und Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung. | V. Auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkte Vertretungsmacht. |
| III. Firma der Zweigniederlassung.   |   |

I. **Begriff der Zweigniederlassung.** Vgl. Agricola in Siebenhaars Arch. für deutsches Wechsel- und Handelsrecht 12 279, Brendel in GruchotsBeitr. 33 213.

- a. **Zweigniederlassung** deutet auf ein Verhältnis späteren Entstehens, der Abhängigkeit, des geringeren Umfangs gegenüber der Hauptniederlassung. Die letztere befindet sich an demjenigen Ort, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ihren Ausgang nimmt (R.D.F. 16 52). Vor allem kommt auch in Betracht, wo der Geschäftsinhaber in der Regel in Person tätig ist. Hiernach muß aus den Umständen im Einzelfall beurteilt werden, welche von zwei zusammengehörenden Niederlassungen die Haupt- und welches die Zweigniederlassung ist. Ebenso ist aber auch Tatfrage, ob die beiden Geschäfte überhaupt im Verhältnis von Haupt- und Zweigniederlassung zueinander stehen, oder ob jedes selbständig ist. Ein solches selbständiges Nebeneinanderstehen mehrerer Geschäfte desselben Gewerbetreibenden an demselben Ort kann ebenso vorkommen wie ein Nebeneinanderstehen an verschiedenen Orten. Eine gleiche Firma wird in der Regel auf Zusammengehörigkeit, verschiedene Firmen auf Selbständigkeit deuten; entscheidend ist die Gleichheit oder Verschiedenheit der Firma nicht (R.G.Z. 14 12). So wird z. B. häufig ein mit fremder Firma hinzuverworbenes Geschäft unter Beibehaltung jener Firma in eine Zweigniederlassung des Hauptgeschäfts umgewandelt (R.G.Z. 20 A 40; vgl. § 17 Anm. III c). Mit den tatsächlichen Verhältnissen können alle jene Rechtsverhältnisse sich ändern, aus der Haupt- die Zweigniederlassung werden und umgekehrt, getrennte Geschäfte in das Verhältnis von zusammengehörigen treten, zusammengehörige sich trennen (vgl. § 22 Anm. Id).
- b. **Niederlassung.** Auch eine Zweigniederlassung ist eine „Niederlassung“ oder „Handelsniederlassung“ (§ 29 Anm. IV). Sie muß ständig, handelsgewerblich und bis zu gewissem Grad selbständig sein.
  1. **Ständig.** Eine Niederlassung ist nur vorhanden, wo ein dauerndes Verhältnis be-

abichtigt ist. Keine Niederlassung ist daher ein Marktstand (RG. I Berlin 8 XI 99 RGBl. 00 32). Eine Niederlassung (wenn auch in der Regel keine Handelsniederlassung und daher nicht unter § 13 fallend; § 1 Anm. IIa 4) liegt in dem Unterhalten eines außerhalb des Wohnsitzes belegenen Sprechzimmers, in dem der Arzt täglich während bestimmter Zeit anzutreffen ist (RG. 30 138).

2. **Handelsgewerblich.** Daß als Zweigniederlassung nur eine handelsgewerbliche in Betracht kommt, ist nicht unmittelbar aus dem Wort „Niederlassung“ zu folgern, denn eine Niederlassung kann ebensowohl auch zu anderen als handelsgewerblichen Zwecken bestimmt sein. Da aber das HGB. auch eine Hauptniederlassung nur insoweit beachtet, wie sie eine handelsgewerbliche ist (§ 29: „Handelsniederlassung“), so muß das Gleiche auch für die Zweigniederlassung gelten. Ein Handelsgewerbe liegt vor, wenn die Voraussetzungen der §§ 1—3 gegeben sind, wobei aber nur bezüglich des Gewerbebetriebes der Haupt- und Zweigniederlassung als Gesamtheit, nicht bezüglich der Zweigniederlassung für sich allein (vgl. RG. 21 4), verlangt werden darf, daß sie den in jenen Bestimmungen erforderlichen Umfang des Betriebes erreicht, um ihre Eintragungspflicht zu begründen (zust. RG. 11 IV 04 Entschf. 4 160 RGZ. 27 A 212). — Nicht überall, wo eine Niederlassung besteht, ist auch ein Wohnsitz des Geschäftsherrn (RG. 30 349).
3. **Selbständigkeit.** Nach feststehender Rechtsprechung wird das Vorliegen einer Zweigniederlassung nur angenommen, wenn das Zweiggeschäft in gewissem Maße selbständig ist, so daß es bei Wegfall der Hauptniederlassung befähigt wäre, als selbständiges Handelsgeschäft fortzubestehen (RG. 18 IV 98 RGZ. 18 18, 11 IV 04 Entschf. 4 160 RGZ. 27 A 211). Der Vorsteher des Zweiggeschäftes muß in nicht zu beschränktem Maß zu selbständigen Entschlüssen kaufmännischen Inhalts ermächtigt sein, z. B. darüber, ob er das einzelne Geschäft abschließen will oder nicht (RGZ. 17 315, RG. 23 428, 42 380, 50 430; vgl. EPO. § 22) oder in welcher Weise bei Streitfällen die Abwicklung vorgenommen werden soll (RG. 3 X 04 RGZ. 28 A 212). Das Zweiggeschäft darf daher nicht nur nach den von der Hauptniederlassung bis ins einzelne genau gegebenen Anweisungen, nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts, Verträge abschließen (RGZ. 14 402, RG. 50 430). Auch darf der Leiter des Zweiggeschäftes nicht nur die Stellung eines Vermittlers von Geschäften einnehmen (RGZ. 14 402, RG. 38 263, RG. 3 X 04 RGZ. 28 A 211). In der Regel muß ein nach innen gesondertes Geschäftsvermögen vorhanden sein (RG. 3 X 04 RGZ. 28 A 212). Die im Zweiggeschäft abgeschlossenen Geschäfte müssen für den Gesamtbetrieb wesentliche, nicht bloß nebensächliche sein (RG. 50 429, RG. 11 XI 84 RGZ. 5 22, 30 IV 94 RGZ. 14 12), nicht bloß den Abschluß oder die Ausföhrung der wesentlichen Geschäfte unterstützende oder erleichternde (RGZ. 14 402, RG. 3 X 04 RGZ. 28 A 211), nicht bloß Vorbereitungs- oder Ausführungsgeschäfte (RG. 18 IV 98 RGZ. 18 18, 11 IV 04 Entschf. 4 160 RGZ. 27 A 211).
4. **Beispiele.**
  - a. **Fabrik oder sonstige Herstellungsstätte.** Als solche ist sie keine Zweigniederlassung. Werden jedoch von dort aus selbständig Handelsgeschäfte, die für den Gesamtbetrieb wesentlich sind (oben zu 3), abgeschlossen, so wird sie zur Zweigniederlassung (RG. 41 69, 50 429). So z. B. eine Zuckersabrik, deren Leiter selbständig Rübenankäufe abschließt (RG. 24 V 97 RGBl. 81). Dieselbe Unterscheidung findet auch Anwendung auf eine Schiffswerft (Hahn Art. 21 § 2). Keine Zweigniederlassung ist eine Gasanstalt, wenn dort zwar Bücher geführt und das Gas zu Einheitspreisen abgegeben wird, der Kohlenetankauf und die Festsetzung der Gaspreise aber von einem anderen Mittelpunkt aus erfolgt (OLG. Dresden 4 XII 00 OLGMRpr. 2 91, RG. 10 VI 01 RGZ. 22 A 92). Bei etwas selbständigerer Stellung des Leiters der Zweiggasanstalt wurde aber Vorliegen einer Zweigniederlassung angenommen (OLG. Kofstod 9 VIII 00 OLGMRpr. 2 92).
  - b. **Warenniederlage mit Verkaufsstätte.** Niederlagen, Stättepläze, Schuppen, Speicher, wo Waren gelagert und aufbewahrt werden, sind als solche keine Zweigniederlassungen. Aber selbst wenn von dort aus unmittelbar Verkäufe stattfinden, liegt

keine Zweigniederlassung vor, wenn es hierbei an dem Merkmal der Selbständigkeit (oben zu 3) mangelt. Ebenso bei einer nicht mit einer Warenniederlage verbundenen Verkaufsstätte. Keine Zweigniederlassung ist daher eine Verkaufsstätte, wenn z. B. von dort aus nicht selbständig Anschaffungen vorgenommen, sondern nur die von der Hauptniederlassung überjandten Waren in Empfang genommen, verwogen und nach vorgeschriebenen Einheitspreisen verkauft werden (RG. 18 IV 98 RGZ. 18 19, 10 XII 00 DRWspr. 2 198). Keine Zweigniederlassung ist daher z. B. ein Stand in der Markthalle (AG. I Berlin 8 XI 99 RGBl. 00 32).

7. Agentur einer Versicherungsgesellschaft. Der Agent einer Versicherungsgesellschaft ist in der Regel nicht Handlungsgehilfe, sondern Handlungsagent (§ 84 Anm. II b 2), mithin der von ihm geleitete Betrieb eine Niederlassung des Agenten, nicht der Versicherungsgesellschaft. Ist im Einzelfall der Versicherungsagent Handlungsgehilfe und daher der von ihm geleitete Betrieb eine Niederlassung der Versicherungsgesellschaft, so ist Tatfrage, ob der betreffende Agent so selbständig (oben zu 3) gestellt ist, daß die Niederlassung als Zweigniederlassung anzusehen ist. Dies ist jedenfalls nicht anzunehmen bei Unteragenten. Verschieden ist entschieden worden bezüglich der Hauptagenten je nach der größeren oder geringeren dem betreffenden Agent nach Inhalt der Verträge eingeräumten Selbständigkeit. Für Eigenschaft der Hauptagentur als Zweigniederlassung: RDH. 17 315, RG. 11 XI 84 RGZ. 5 22, 29 VI 85 RGZ. 5 23, AG. Danzig in RGZ. 19 20; dagegen: RG. 3 X 04 RGZ. 28 A 209. Die Subdirektion, deren Gebiet mit den Grenzen eines Einzelstaates zusammenfällt, und die alle dort vorkommenden Versicherungsgeschäfte selbständig bearbeitet, bildet eine Zweigniederlassung (RDH. 14 402, vgl. AG. 2 388).

8. Betriebsstellen der Eisenbahn. Keine Zweigniederlassung ist die Station einer Eisenbahn, da (oben zu 3) Fahrkartenverkauf und Abschluß von Frachtverträgen nur nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts erfolgen und auch keine genügende Sonderung des Zweigvermögens von dem Gesamtvermögen vorhanden ist (RDH. 14 402, AG. 2 387, AG. 3 X 04 RGZ. 28 A 211, Hahn Art. 21 § 2; dagegen Dietrich in Busch 1 144, vgl. auch AG. 57 145). Auch die Betriebsinspektionen der Preussischen Staatsbahn sind keine Zweigniederlassungen; vielmehr nur die Eisenbahndirektionen (AG. 50 398).

c. Nicht am Sitz befindliche Hauptniederlassung. Bei der nSH. (vgl. § 106 Anm. IIe), der AG. und den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit (vgl. § 198 Anm. III c) ist im Sinn der Registervorschriften die vom Sitz getrennte Hauptniederlassung als „Zweigniederlassung“ und der Sitz als „Hauptniederlassung“ anzusehen (vgl. „Sitz“ in § 201 Abs. 5 statt „Hauptniederlassung“ in dem entsprechenden § 13 Abs. 3, DR. 71 98, RGZ. 13 45, AG. 20 III 00 RGZ. 20 A 39, 10 VI 01 RGZ. 22 A 93).

## II. Anmeldung, Zeichnung, sonstige Einreichung und Eintragung bei dem Gericht der Zweigniederlassung.

a. Voraussetzung der Verpflichtung zu Anmeldung, Zeichnung oder Einreichung ist das Bestehen einer Zweigniederlassung im Bezirk des Registergerichts.

1. Zweigniederlassung vgl. Anm. I.

2. Betreibt der Inhaber der Zweigniederlassung im Bezirk der Hauptniederlassung mehrere selbständige Handelsgewerbe, so ist zum Register der Zweigniederlassung nur anzumelden und einzureichen, was bezüglich desjenigen Hauptbetriebs, der in Verbindung mit der Zweigniederlassung steht, zum Register der Hauptniederlassung anzumelden und einzureichen ist.

3. Mehrere Niederlassungen eines einheitlichen Betriebes im Bezirk desselben Registergerichts. Der § 13 besagt nicht, daß „in Ansehung jeder Zweigniederlassung“ die Eintragungen, Anmeldungen und Einreichungen gesondert zu bewirken sind, sondern daß „bei jedem Registergericht“, in dessen Bezirk eine Zweigniederlassung besteht, die Eintragungen usw. stattzufinden haben. Hieraus ist abzuleiten, daß wenn im Bezirk eines Registergerichts mehrere Zweigniederlassungen bestehen, die Eintragungen

usw. dort nur einmal zu bewirken sind. Dann muß aber Entsprechendes auch gelten, wenn im Bezirk desselben Registergerichts sowohl die Hauptniederlassung wie auch eine Zweigniederlassung sich befinden (ebenso Staub Anm. 4; dagegen Goldmann Anm. I 14). Hierfür spricht sachlich die Ersparung unnützer Schreibereien und ferner auch der Wortlaut des § 13 Abs. 1, der voraussetzt, daß das dort erwähnte „Registergericht“ nicht dasselbe Gericht ist wie das „Gericht der Hauptniederlassung“. Dagegen allerdings D. 26: „Einer besonderen Vorschrift darüber, daß auch die Errichtung einer Zweigniederlassung, die sich in dem Bezirke des Registergerichts der Hauptniederlassung befindet, bei diesem Gerichte zur Eintragung anzumelden ist, bedarf es nicht. Die Verpflichtung zur Anmeldung ergibt sich aus § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 (jetzt 29), wonach auch der Ort der Niederlassung angemeldet und eingetragen werden soll. Das Nähere über die Art einer solchen Eintragung kann den Ausführungsvorschriften überlassen bleiben.“ Ort in § 29 bedeutet aber nicht etwa Straße und Hausnummer, sondern Handelsplatz, also einen die ganze Gemeinde oder sogar mehrere Gemeinden umfassenden Bezirk; die in D. 26 gegebene Begründung ihrer Auslegung ist daher nicht stichhaltig. — Bestehen mehrere Niederlassungen eines einheitlichen Betriebes im Bezirk desselben Registergerichts, so ist mithin bezüglich aller nur einmal anzumelden, einzureichen und einzutragen. Daß nur eine Eintragung stattfindet, ist auch vorausgesetzt in Vf. d. Pr. V. 7 XI 99 §§ 27, 29 Nr. 2, und zwar auch für den Fall, daß die mehreren Zweigniederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Anzumelden, einzureichen und einzutragen ist dort aber alles, was auch nur in Angelegenheiten einer der mehreren Niederlassungen einzutragen ist, daher namentlich auch die Errichtung oder Aufhebung jeder einzelnen Niederlassung, sowie im Zusammenhang mit der Errichtung der Ort der Niederlassung. Bezieht sich eine einzelne Eintragung nur auf den Betrieb einer einzelnen der mehreren Niederlassungen (z. B. im Fall des § 50 Abs. 3), so ist im Eintragungsvermerk diese Beschränkung kenntlich zu machen.

#### b. Anmeldung, Zeichnung und sonstige Einreichungen.

1. Form. Maßgebend hierfür sind die Vorschriften des § 12; vgl. daher § 12 Anm. I, IV. Über den mit der Anmeldung in der Regel zu verbindenden Nachweis der Eintragung im Register der Hauptniederlassung vgl. unten zu c 1.

#### 2. Inhalt.

α. Regel ist, daß zum Register der Zweigniederlassung dieselben Anmeldungen, Zeichnungen und sonstigen Einreichungen bewirkt werden müssen, die zum Register der Hauptniederlassung zu erfolgen haben. Unter „Einreichungen“ sind hierbei auch diejenigen mitbegriffen, die nicht bei Anmeldungen zu erfolgen haben oder zu Anmeldungen führen (RG. 9 VII 04 Entschf. 4 218). Als Angabe in der Anmeldung gilt auch eine in der Anmeldung enthaltene Bezugnahme auf den Inhalt eines beigefügten Auszugs aus dem Register der Hauptniederlassung (RG. 20 VIII 95 Rf. 47 106; vgl. jedoch OLG. Dresden 20 V 86 Rf. 35 241).

β. Ausnahmen von der Regel, daß zum Register der Zweigniederlassung das Gleiche wie zum Register der Hauptniederlassung anzumelden und einzureichen, ist vorgesehen für Anmeldungen oder Einreichungen in bestimmten Fällen bei juristischen Personen (§ 33 Abs. 2), Aktiengesellschaften (§§ 201, 207 Abs. 4, 234 Abs. 2, 265 Abs. 2, 267 Abs. 2, 286, 296 Abs. 2) und Kommanditaktiengesellschaften (§§ 320 Abs. 3, 333 Abs. 1). Eine fernere, wenngleich nicht ausdrücklich (vgl. jedoch § 15 Abs. 2) im Gesetz vorgesehene Abweichung ergibt sich daraus, daß Tatsachen, die nur auf den Betrieb anderer Niederlassungen Einfluß haben können, nicht auch zum Register der durch jene Tatsachen unberührten Niederlassung anzumelden sind (ebenso RG. 1 X 02 Rf. 546, OLG. Dresden 30 IV 86 Rf. 34 568, Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. III, Lehmann Nr. 10; dagegen Goldmann Anm. 1). So ist z. B. die erstmalige Erteilung einer gemäß § 50 Abs. 3 beschränkten Procura nur bei dem Register der Niederlassungen, auf die sie beschränkt ist, anzumelden und nur dort einzutragen (ebenso RG. 11 VII 02 OLG. Rf. 6 2). Ebenso die Änderung der Firma nur der Zweigniederlassung. Dagegen muß die nachträgliche Beschränkung einer früher unbeschränkt erteilten Pro-

kura und ebenso — weil stets die Einschränkung einer an sich bestehenden Vertretungsmacht enthaltend — eine nach § 126 Abs. 3 erfolgte Beschränkung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters der oHG. bei allen Registern zur Anmeldung und Eintragung gelangen, da sie für den Verkehr mit allen Niederlassungen erheblich ist (dagegen Lehmann S. 61 Fußnote 1).

3. **Erzwingbarkeit.** Die Anmeldung und Einreichung bei dem Registergericht der Zweigniederlassung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen nach § 14. Und zwar entsteht die Verpflichtung zu der betreffenden Anmeldung oder Einreichung in Ansehung der Zweigniederlassung gleichzeitig mit dem Entstehen dieser Verpflichtung in Ansehung der Hauptniederlassung, also schon vor Bewirkung der Eintragung im Register der Hauptniederlassung. Der § 13 Abs. 2 steht nicht entgegen, denn er behandelt nur die Voraussetzung der Eintragung, nicht die Voraussetzung der Verpflichtung zu Anmeldung und Einreichung. — Erzwingbar ist die Anmeldung und Einreichung zum Register der Zweigniederlassung auch in denjenigen Fällen, in denen die entsprechende Anmeldung zum Register des Sitzes nicht erzwingbar ist; in diesen Fällen beginnt aber die Erzwingbarkeit erst mit der Eintragung im Register des Sitzes (§§ 175 Anm. III, 319 Anm. III a). So auch in den Fällen der §§ 3 Abs. 2, 36. — Daß der in § 13 Abs. 2 verlangte Nachweis von dem Anmeldepflichtigen bezubringen, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber wohl gemeint. Daher ist auch die Einreichung eines diesen Nachweis erbringenden Schriftstücks nach § 14 erzwingbar. Auf diesem Wege kann seitens des Registergerichts der Zweigniederlassung mittelbar auch die etwa noch nicht erfolgte Anmeldung zum Register der Hauptniederlassung erzwungen werden. — Indessen gelangt das Vorgehen des Richters des Zweigregisters, und zwar nicht nur bezüglich Erzwingung des Nachweises des Abs. 2, sondern auch bezüglich der Anmeldung des Abs. 1, zum Stillstand, sobald sich ergibt, daß der Richter des Hauptregisters keine Eintragung bewirken will (unten zu c4).

#### c. **Eintragung.**

1. **Nachweis vorheriger Eintragung im Register der Hauptniederlassung** (§ 13 Abs. 2). Der Nachweis kann in beliebiger Weise erbracht werden, z. B. durch Einreichung einer beglaubigten Abschrift des Hauptregisters oder der betreffenden Eintragung in ihm. — Die Vorschrift in § 13 Abs. 2 wurde aufgenommen, um den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, die dadurch entstehen würden, daß die Eintragung einer Gesellschaft, deren Entstehung davon abhängt, daß ihre Eintragung bei demjenigen Gericht erfolgt ist, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, dort unterlassen und bei dem Gericht einer Zweigniederlassung erfolgt ist (R. 4661). Die Vorschrift ist indessen maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Eintragung nur erklärend wirkt oder eine weitergehende Wirkung hat. — Bei der oHG., der KG. und den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit ist der Nachweis der Eintragung im Register des Sitzes zu erbringen (oben Anm. I c). — Der § 13 Abs. 2 behandelt nur die Eintragung derjenigen Tatsachen, bezüglich deren auch eine Verpflichtung der Partei zur Anmeldung zum Register der Hauptniederlassung besteht. Keine solche Anmeldepflichtigkeit besteht bezüglich der Tatsache des Betreibens einer Zweigniederlassung, denn diese Tatsache ist nicht seitens der Partei, sondern nur später seitens des Gerichts (unten zu 2) zum Register der Hauptniederlassung mitzuteilen (RG. 20 III 00 RGF. 20 A 40). Weibet z. B. eine Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung beim Gericht der letzteren an, so kann dies Gericht nur den Nachweis fordern, daß die Aktiengesellschaft, nicht aber, daß die Zweigniederlassung im Register der Hauptniederlassung eingetragen sei (RG. a. a. O.). Keine Verpflichtung der Anmeldung zum Hauptregister besteht aber auch bezüglich derjenigen Tatsachen, die lediglich die Zweigniederlassung betreffen (oben Anm. II b 2β). Steht die Eintragung solcher Tatsachen in Frage, so kann daher gleichfalls nicht der in § 13 Abs. 2 vorgeschriebene Nachweis verlangt werden (RG. I X 02 JW. 545<sup>o</sup>; ebenso nach früherem Recht RGF. 14 244, 15 13; dagegen Goldmann Anm. 2). So z. B. bei Anmeldung einer gemäß § 50 Abs. 3 nur auf die betreffende Zweigniederlassung beschränkten Procura (RG. 11 VII 02 OLRspr. 6 2) oder bei Beräußerung nur der Zweigniederlassung.



2. Nachricht von Eintragung oder Aufhebung der Zweigniederlassung. Der § 131 FGG. bestimmt:
- „Die Eintragung einer Zweigniederlassung ist von Amts wegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken. Das Gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird.“
- Die Vorschrift wird auf Änderung der Firma nur der Zweigniederlassung entsprechend anzuwenden sein (Lehmann S. 61 Fußnote 2). — Der Vermerk im Hauptregister ist keine Eintragung im Sinn des FGG. und daher nicht bekannt zu machen (Staub Anm. 5) und nicht den Vorschriften des § 15 über die Wirkung der Nichtkenntnis einzutragender Tatsachen unterworfen (§ 15 Anm. Ib, c).
3. Wirkung des Unterlassens einer Eintragung. Maßgebend ist § 15 Abs. 3, 1. Inwieweit bezüglich der Eintragungen mit begründender Wirkung die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes ohne Rücksicht darauf maßgebend ist, ob die Eintragung im Register der Zweigniederlassung erfolgt ist, vgl. § 15 Anm. IV. Die in §§ 5 und 287 vorgesehenen Wirkungen sind nur an die Bedingung geknüpft, daß im „Handelsregister“, nicht daß im Register des betreffenden Registergerichts, die Eintragung erfolgt ist. Trotz gleicher Fassung wird aber im Fall des § 25 Abs. 2 abweichend zu entscheiden sein (§ 25 Anm. III d 3d).
4. Selbständigkeit des Registergerichts der Zweigniederlassung gegenüber dem Registergericht der Hauptniederlassung. Der Registerrichter der Zweigniederlassung ist grundsätzlich nicht an die Rechtsauffassung des Registerrichters der Hauptniederlassung gebunden und hat auch in tatsächlicher Beziehung (§ 12 Anm. VI) selbständige Prüfungsbefugnis (RG. 18 XI 01 EntschF. 3 23 RGZ. 23 A 94 OLGKspr. 4 453; dagegen Lehmann Nr. 10). Er hat daher z. B. selbständig zu prüfen, ob die im Hauptregister eingetragene und demnächst zum Zweigregister angemeldete Firma eine zulässige ist (dagegen OLG. Hamburg 14 VI 89 ZSR. 40 472). Ebenso, ob die im Hauptregister eingetragene Tatsache eintragungsfähig (§ 12 Anm. V c) ist (RG. 12 XII 04 OLGKspr. 10 233). Indessen sind zwei erhebliche Einschränkungen zu machen. Erstens ist der Richter des Zweigregisters an die Auffassung des Richters des Hauptregisters dann gebunden, wenn die Eintragung im Register der Hauptniederlassung rechtsbegründend wirkt, wie z. B. bezüglich der Fragen, ob eine eintragungsfähige Aktiengesellschaft oder ein gemäß § 2 eintragungspflichtiger Gewerbebetrieb vorliegt (RG. 11 IV 04 EntschF. 4 161 RGZ. 27 A 212). Zweitens folgt aus § 13 Abs. 2, daß die Selbständigkeit des Richters des Zweigregisters bei Eintragungen, die sowohl im Haupt- wie auch im Zweigregister zu erfolgen haben, endgültig nur bestehen kann, wenn der Richter des Zweigregisters eine Eintragung ablehnen will; will er dagegen eine Eintragung anordnen, so kann er zwar zunächst gleichfalls selbständig vorgehen, muß sich jedoch unterordnen, sobald feststeht, daß der Richter des Hauptregisters die entsprechende Eintragung endgültig ablehnt, denn dann ist der in § 13 Abs. 2 verlangte Nachweis nicht erbringbar (oben zu b3). — Weicht der Registerrichter der Zweigniederlassung ab von der Eintragung im Register der Hauptniederlassung, so soll er dem Registerrichter der Hauptniederlassung hiervon Mitteilung machen (RG. 18 XI 01 EntschF. 3 24 RGZ. 23 A 95 OLGKspr. 4 454).
- d. Ausländische Hauptniederlassung insbesondere (§ 13 Abs. 3). Ist dem ausländischen Recht die durch das deutsche Recht vorgeschriebene Eintragung der Hauptniederlassung unbekannt, so wird dadurch zwar der Eintragungszwang nicht beseitigt, auf die Eintragung findet aber § 13 Abs. 2 keine Anwendung (D. 27). In diesem Fall ist daher auch ohne vorherige Eintragung der Hauptniederlassung, jedoch erst nach Erbringung eines Nachweises für das Bestehen einer solchen Hauptniederlassung (Staub Anm. 6), die inländische Niederlassung einzutragen. Und zwar als Zweigniederlassung (RGZ. 3 12). Durch § 13 Abs. 2 kommen auch diejenigen Vorschriften einzelner älteren Einführungsgesetze in Wegfall, nach denen die inländischen Bevollmächtigten aller oder einzelner Arten von ausländischen Handelsgesellschaften ohne Rücksicht darauf, ob eine Zweigniederlassung vorliegt, eingetragen werden sollen (D. 27). Die ausländische Firma muß, um im Inland als Firma einer Zweig-

niederlassung eingetragen werden zu können, eine nach §§ 18 ff. oder §§ 21 ff. zulässige sein (RÖZ. 14 13 scheint nur eine nach §§ 18 ff. zulässige gestatten zu wollen; im übrigen ist die dort für das frühere Recht begründete Ansicht auch für das HGB. zu billigen). Ist dies nicht der Fall, so muß für die Zweigniederlassung eine neue Firma gewählt, und es kann durch einen Zusatz auf die Zusammengehörigkeit mit der Hauptfirma hingewiesen werden (RÖZ. 14 10). Besondere Bestimmungen für AG. u. KAG. in § 201 Abs. 5. Über die Rechte ausländischer Gesellschaften im Inland § 6 Anm. IV. — Auf die ausländische Zweigniederlassung eines Kaufmanns, der im Inland seine Hauptniederlassung hat, sind die deutschen Registervorschriften nicht anwendbar. In welcher Währung die Bilanz aufzustellen, vgl. § 40 Anm. I.

III. Firma der Zweigniederlassung. Die Zulässigkeit einer Verschiedenheit der Firma von Haupt- und Zweigniederlassung oder auch der Firmen verschiedener Zweigniederlassungen folgt aus § 50 Abs. 3 (ebenso für das frühere Recht RÖZ. 12 33, 14 12); hierüber vgl. § 17 Anm. IIIc. Würde die Firma der Hauptniederlassung sich nicht deutlich von anderen Firmen am Ort der Zweigniederlassung unterscheiden, so muß nach § 30 Abs. 3 ein unterscheidender Zusatz in die Firma der Zweigniederlassung aufgenommen werden (§ 30 Anm. III). Über die Firma der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr vgl. § 17 Anm. III e 3, im Rechtsstreit vgl. § 17 Anm. III d. Wer eine Zweigniederlassung anmeldet, unterwirft sich damit (§ 15 Anm. III d 3) wegen solcher Geschäfte, die auf jene Niederlassung Bezug haben, dem Gerichtsstand des § 21 CPO. und kann nicht mit Erfolg einwenden, jene Niederlassung sei keine Zweigniederlassung (RÖ. 50 430).

IV. Veräußerung der Zweigniederlassung. Vgl. § 22 Anm. III f, IV c 3.

V. Auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkte Vertretungsmacht. Vgl. §§ 50 Abs. 3, 126 Abs. 3, 235 Anm. III b 2.

### Ordnungsstrafe.

### § 14.

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

ADH. Art. 26, 45 u. a.

Entw. I § 13.

Entw. II § 14.

I. Verfahren. Über die Einzelheiten des Verfahrens bestimmt das Reichsgesetz über die Anleglichkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die in Betracht kommenden Bestimmungen dieses Gesetzes sind abgedruckt hinter § 16 HGB.; vgl. dort über die Auslegung jener Bestimmungen. — Der leitende Gedanke für die Einführung der Ordnungsstrafen besteht in einer dem Gericht zugewiesenen Art von Disziplinargewalt über die Kaufleute zur Erzwingung der mit Führung des Handelsregisters in Beziehung stehenden Vorschriften (Mot. S. 51 z. Preuß. GG. v. 1861). Dem Registergerichte ist jedoch keine allgemeine Befugnis zur Festsetzung von Ordnungsstrafen verliehen, diese Macht ist ihm vielmehr nur für bestimmte Fälle erteilt (RÖZ. 1 11). In anderen als den in §§ 14, 319 zugelassenen Fällen ist daher die Verhängung von Ordnungsstrafen unzulässig (§ 319 Anm. IV). Namentlich besteht keine Anmeldungspflicht (ob ein Anmelde-recht, vgl. § 12 Anm. V c) und mithin auch kein Ordnungsstrafrecht in anderen als den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Fällen, wenn Änderungen gegenüber dem eingetragenen Registerinhalt eingetreten sind (RÖ. 9 II 05 DZGMspr. 10 335). — Andererseits ist das Registergericht nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet („ist . . . anzuhalten“ § 14, „hat . . . aufzugeben“ HGB. § 132), in den sein Einschreiten rechtfertigenden Fällen mit Ordnungsstrafen vorzugehen. — Gegenüber jedem von mehreren Anmeldepflichtigen ist vorzugehen mindestens, bis feststeht, daß gegenüber einem von ihnen die Erzwingung unmöglich ist (RÖ. Hamburg 8 VI 04 Goldheims M Schr. 198); und gegenüber den übrigen sogar, wenn dies gegenüber einem feststeht (dagegen Marcus in Goldheim 04 30), denn nicht Gesamtverpflichtung aller, sondern mehrere Einzelverpflichtungen bestehen, und die erreichbaren Anmeldungen sind immerhin wertvoll als Grundlage für ein etwaiges (z. B. HGB. § 141) Eintragen von Amts wegen.

II. **Ausnahmen von der Befugnis zur Verhängung von Ordnungsstrafen** bei unterbliebener Anmeldung, Zeichnung oder Einreichung sind bestimmt für die KG. (§ 175) im Fall der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage der Kommanditisten, für die AG. (§ 319 Abs. 2) und KAG. (§ 320 Abs. 3, § 325 Nr. 9), bei Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Abs. 1), Abänderung der Satzung (§ 277 Abs. 1), Beschluß über die Erhöhung (§ 280 Abs. 1) und Erfolgsein der Erhöhung (§ 284 Abs. 1) des Grundkapitals, des Liquidationsausschließungsbeschlusses bei Übernahme des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes durch das Reich, einen Bundesstaat, einen inländischen Kommunalverband (§ 304 Abs. 3) oder eine andere AG. (§ 306 Abs. 1), Beschluß über Umwandlung einer KAG. in eine AG. (§ 333 Abs. 1 Satz 3). In diesen Fällen handelt es sich um Eintragungen, welche die Voraussetzung für die Wirksamkeit gewisser an sich freiwilliger Handlungen bilden und deshalb nicht durch Strafen erzwungen werden können (D. 27). Über die Erzwingbarkeit der Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen in den vorstehenden Fällen vgl. § 13 Anm. II b 3. — Auch in den Fällen des § 36 ist ein Ordnungsstrafverfahren in Ansehung eingetragener Unternehmungen zulässig (dagegen Staub § 36 Anm. 8, Lehmann S. 64 Fußnote 1), da das Verfahren nicht gegen die Körperschaft, sondern gegen die einzelnen Vorstandsmitglieder der Körperschaft zu richten ist (§ 319 Anm. II c).

III. **Ordnungsstrafe.** Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe ist unzulässig. Für den Gesamtbetrag mehrerer Strafen ist keine Höchstbegrenzung gegeben.

## § 15.

### Wirkung der Nichteintragung und Eintragung.

Solange eine in das Handelsregister einzutragende Thatfache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

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

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

ADH. Art. 25, 46 u. a.

Entw. I § 14.

Entw. II § 15.

I. Tragweite des § 15.

II. Wirkung der Eintragung hinsichtlich des Entstehens des eingetragenen Rechtsverhältnisses.

III. Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung oder

der Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung hinsichtlich des Kennens, Nichtkennens und Nichtkennensmüssens eines Dritten.

IV. Zweigniederlassung.

I. **Tragweite des § 15.** Über das Verhältnis des § 15 zu § 5, vgl. § 5 Anm. I b. Der § 15 enthält zwei sachliche Vorschriften (a, b) und eine Beweisregel (c).

a. **Grundsatz, daß ein einzutragendes Rechtsverhältnis nicht erst durch Eintragung und Bekanntmachung Wirksamkeit erlangt.** Daß dieser Grundsatz in § 15 ausgesprochen ist, wird klar, wenn man die Vorschrift des Abs. 1 in folgende Form bringt: „Solange eine einzutragende Thatfache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie dennoch einem Dritten entgegengesetzt werden, dem sie bekannt war.“ Hierin liegt der wichtigste Anwendungsfall der bejahenden Regel, die gemeinsam mit der nirgends zusammenfassend im Gesetzbuch ausgesprochenen entsprechenden, für den Fall des Nichtbestehens des eingetragenen Rechtsverhältnisses geltenden verneinenden Regel den Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragung ergibt (unten Anm. II a). — Von diesem in § 15 ausgesprochenen Grundsatz bestehen jedoch Ausnahmen; dies sind die Fälle, in denen die Eintragung begründende Wirkung hat (unten Anm. II b).

b. **Vorschrift über den Einfluß der Nichtkenntnis eines Dritten von einer einzutragenden That-**

**fache.** Der § 15 spricht den Grundsatz aus, daß ein Dritter gegenüber bestimmten Personen eine ihm nicht bekannte einzutragende Tatsache — gleichgültig, ob sie eingetragen ist oder nicht — nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, außer wenn seine Nichtkenntnis der eingetragenen und bekannt gemachten Tatsache auf seiner Fahrlässigkeit beruht. Näheres unten zu III. Insofern § 15 diesen Grundsatz ausspricht, ist er anwendbar auch auf alle Fälle, in denen die Eintragung andere als erklärende Wirkung hat. Nicht anwendbar dagegen auf die Eintragung der Konkursöffnung, -aufhebung und -einstellung (§ 32 Abs. 4) und — weil keine „Eintragung“ enthaltend (§ 13 Anm. II c 2) — auf die Vermerke im Hauptregister über Eintragung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung (FGG. § 131). Über die Eintragung des Ausschusses der Übernahme von Geschäftsforderungen oder -verbindlichkeiten bei Fortführung des erworbenen Geschäfts unter der Firma (§§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2) vgl. unten Anm. III a 2. Über die erstmalige Eintragung des Betrages der Kommanditisteneinlage (§ 172 Abs. 1) vgl. § 172 Anm. I b, § 176 Anm. I c. — Ob die Regel des § 15 Abs. 2 uneingeschränkt anwendbar bleibt, wenn fahrlässiges Nichtkennen des Dritten erheblich ist zur Widerlegung seines guten Glaubens bei Erwerb eines dinglichen Rechts, vgl. § 366 Anm. I b 8. Ob § 15 Abs. 2 im Fall des § 123 Abs. 1 anwendbar, vgl. § 123 Anm. I b.

- c. **Regeln für Verteilung der Beweislast in Ansehung der Kenntnis, der Nichtkenntnis und des Kennenmüßens.** Sie finden Anwendung in den Fällen, auf welche die Vorschrift zu b anwendbar ist. Näheres unten zu III.

## II. Wirkung der Eintragung hinsichtlich des Entstehens des eingetragenen Rechtsverhältnisses.

- a. **Erklärende Wirkung** der Eintragung ist die Regel. Andere Wirkungen (unten zu b, c, d) sind die Ausnahme. In jenen Regelfällen hat die Eintragung keine Wirkung für das Entstehen des eingetragenen Rechtsverhältnisses. Das Rechtsverhältnis, wenn es überhaupt besteht, besteht schon vor Eintragung (dies in § 15 Abs. 1 für den wichtigsten Anwendungsfall ausgesprochen; oben Anm. I a). Besteht es nicht, so bringt auch die Eintragung es nicht zum Entstehen. Jede von beiden vorstehenden Folgerungen ist jedoch nicht streng durchgeführt: Das trotz Nichteintragung bestehende Rechtsverhältnis darf, wenn es einzutragen war, von demjenigen, in dessen Angelegenheit es einzutragen war, einem Dritten als bestehend dennoch nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß diesem das Bestehen bekannt war (§ 15 Abs. 1). Das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses trotz Eintragung darf von demjenigen, der durch Herbeiführung der Eintragung oder in anderer Weise das Bestehen kundgegeben hatte, nicht gegenüber demjenigen, der auf die Kundgebung vertraute, geltend gemacht werden (RG. 1 243, unten Anm. III d 3 a). — Über die nichteingetragene Firma insbesondere vgl. § 17 Anm. II b. — Zu den Eintragungen erklärender Wirkung gehören auch die Eintragungen der Konkursöffnung, -aufhebung und -einstellung (§ 32) und die Vermerke im Hauptregister über Eintragung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung (FGG. § 131); nur daß in diesen Fällen die oben Anm. I b und c erwähnten, in § 15 enthaltenen Vorschriften nicht anwendbar sind (oben Anm. I b).
- b. **Begründende Wirkung.** In einzelnen Ausnahmefällen hat die Eintragung eine weitergehende Wirkung. Man kann sie als „begründende“ bezeichnen; indessen ist dies nicht in dem Sinn richtig, daß durch die Eintragung ausnahmslos das eingetragene Rechtsverhältnis entsteht; vielmehr nur in dem Sinn, daß die Eintragung die notwendige, aber nicht die einzige Voraussetzung für die Entstehung des Rechtsverhältnisses ist. Auch in den Fällen „begründender“ Wirkung kann es daher vorkommen, daß in Wahrheit das eingetragene Rechtsverhältnis nicht besteht. Die Hauptfälle sind die Erwerbung der Kaufmannseigenschaft in den Fällen der §§ 2, 3 Abs. 2, die durch Herabsetzung einer eingetragenen Einlage eintretende Beschränkung der Haftung des Kommanditisten im Verhältnis nach außen (§ 174), die Entstehung der AG. und KAG. als einer solchen (§§ 200, 320 Abs. 3), der GmbH. als einer solchen (GmbHG. § 11), die Erwerbung der Rechte als eingetragene Genossenschaft (GenG. § 13, RG. 39 29), Änderung der Satzung einer AG. (§ 277 Abs. 3), KAG. (§ 320 Abs. 3), GmbH. (GmbHG. § 54 Abs. 3) und Gen. (GenG. § 16 Abs. 4), Übernahme des Vermögens der AG. oder KAG. als Ganzes unter Liquidationsausfluß (§§ 304 Abs. 4, 306 Abs. 1), Erwerb der Mitgliedschaft als Genosse (GenG. § 15 Abs. 3). — Eine begründende Wirkung

ist verbunden auch mit der Eintragung der Nichtübernahme von Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten bei Firmenfortführung des Geschäftserwerbers (§§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2); nur bestehen in diesem Fall die Besonderheiten, daß die begründende Wirkung nicht schon an die Eintragung, sondern erst an die hinzukommende Bekanntmachung geknüpft ist und daß ferner außer durch Eintragung und Bekanntmachung auch durch Mitteilung seitens des Veräußerers oder Erwerbers (bzw. eines Gesellschafters) an den Dritten dieselbe Wirkung herbeigeführt werden kann. Ähnlich für das Verhältnis nach außen bei Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten (§ 172 Abs. 2). — Daß nicht alle in § 15 enthaltenen Regeln auf Fälle begründender Wirkung anwendbar, vgl. oben Anm. I a.

- c. **Wirkung einer Unterstellung.** In den hierher gehörenden Ausnahmefällen bewirkt — ebenso wie in den Fällen zu b — die Eintragung eines Rechtsverhältnisses zwar nicht, daß dies Rechtsverhältnis, auch wenn nicht vorhanden, dennoch entsteht. Aber sie bewirkt — insoweit über die Wirkung der Fälle zu b hinausgehend —, daß gegenüber gewissen Personen das Nichtvorhandensein des Rechtsverhältnisses nicht geltend gemacht werden kann. Andererseits kann in diesen Fällen — insoweit bleibt die Wirkung hinter der zu b erwähnten zurück — das Rechtsverhältnis auch auf andere Weise als durch Eintragung entstehen. Hierher gehören die Vorschriften über Eintragung einer Firma im Handelsregister (§ 5) und über die gegenüber Dritten bestehende Unwirksamkeit einer Vereinbarung, daß eine offene Handelsgesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen solle (§ 123 Abs. 3). Ebenso die Vorschrift des § 172 Abs. 1 (vergl. oben mit § 176), daß nach Eintragung der Kommanditgesellschaft oder (bei Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft) nach Eintragung der Person des Kommanditisten der Betrag seiner Einlage im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt wird. — Ob § 15 in vollem Umfang neben § 5 anwendbar, vgl. § 5 Anm. I b.
- d. **Sonstige Wirkungen.** In einzelnen Fällen werden noch andere Folgen an die Eintragung geknüpft. So der Beginn einer Verjährungsfrist (§§ 26 Abs. 2, 159 Abs. 2), die Zulässigkeit der Ausgabe von Mitgliedscheinen auf das erhöhte Grundkapital der AG. und KAG. (§ 287), die Unzulässigkeit der Einwendung des Nichtkennens der eingetragenen Tatsache (§ 123 Abs. 1; vgl. § 123 Anm. I b).

### III. Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung oder der Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung hinsichtlich des Kennens, Nichtkennens und Nichtkennenmüssens eines Dritten.

#### a. Einzutragende Tatsache.

1. **Tatsache.** Sowohl Abs. 1 wie auch Abs. 2 setzen voraus, daß eine Tatsache vorliegt. Daraus folgt, daß § 15 nicht anwendbar ist, wenn trotz erfolgter Eintragung die eingetragene Tatsache nicht vorliegt (unten Anm. III d 3). — Soweit dem Registergericht keine Prüfungspflicht obliegt, beweist die Eintragung nur die erfolgte Anmeldung, nicht die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache (RG. 1 243, OGD. § 418 Abs. 3). Soweit aber dem Registergericht eine Prüfungspflicht obliegt, begründet die erfolgte Eintragung die (durch Gegenbeweis entkräftbare) Vermutung, daß der Inhalt der Eintragung dem Gesetz entspricht (OGD. § 418 Abs. 1, RG. 41 22, RG. 9 VII 04 OGDHpr. 9 248), z. B. daß die eingetragene Firma einer offenen Handelsgesellschaft eine für diese zulässige ist (RG. 41 22). Inwieweit dem Registergericht eine Prüfungspflicht obliegt, vgl. § 12 Anm. VI. Einzutragende Tatsache kann auch das Erlöschen eines eingetragenen Rechtsverhältnisses sein (unten Anm. III d 1). Ebenso wohl auch der Umstand, daß ein eingetragenes Rechtsverhältnis von Anfang an nicht bestanden hat; auch auf das Unterlassen eines Berichtigungsvermerks ist daher § 15 Abs. 1 anwendbar (unten Anm. III d 3a).
2. **„Einzutragende“.** Dies Merkmal ist in Abs. 1 ausdrücklich hervorgehoben. In Abs. 2 weisen die Worte „ist die Tatsache eingetragen“ auf das „einzutragende Tatsache“ des Abs. 1 zurück. Hiernach geht das Gesetz davon aus, daß insoweit Abs. 1 und Abs. 2 das Vorliegen des gleichen Merkmals erfordern. Zweifelhaft kann sein, ob unter „einzutragende“ nur die „eintragungspflichtigen“, d. h. deren Eintragung durch Ordnungsstrafe erzwingbar, verstanden, oder ob (so Wolff ZHR. 47 262 Anm. 42) weitergehend alle „eintragungss-

fähigen“ Tatsachen gemeint sind. Für ersteres spricht der Wortlaut „einzutragenden“, „nicht etwa „eintragbaren“ und ferner der Umstand, daß eine der in Abs. 1 enthaltenen Regeln (oben Anm. Ia) keinesfalls auf die eintragungsfähigen aber nicht eintragungspflichtigen Tatsachen paßt; diese Auslegung ist auch vorausgesetzt in RG. 19 IX 03 JW. 401<sup>15</sup>. Trotzdem wird wohl der Auslegung als „eintragungsfähigen“ der Vorzug zu geben sein, da aus den Bemerkungen der Denkschrift zu § 174 (§ 174 Anm. III) hervorgeht, daß dort § 15 in dieser Weise ausgelegt wurde. Wird die letztere Auslegung zu Grund gelegt, so folgt, daß § 15, soweit in ihm die in Anm. Ib und c erwähnten Regeln enthalten sind, auch auf Eintragungen, die nicht erzwingbar sind, namentlich also auf von Amts wegen zu bewirkende Eintragungen (unten Anm. III b 2) und auch auf die Eintragungen mit begründender Wirkung (oben Anm. II b), anwendbar ist, außer wenn aus der nachstehend zu 3 gemachten Einschränkung oder aus der betreffenden einzelnen Vorschrift etwas Abweichendes hervorgeht. Daß aus der betreffenden einzelnen Vorschrift etwas Abweichendes hervorgehe, ist anzunehmen z. B. in den Fällen der §§ 25, 28 (§ 25 Anm. III d 2). Ebenso für die erstmalige Eintragung und Bekanntmachung im Fall des § 36; hierauf ist § 15 Abs. 1 nicht für anwendbar zu erachten, da der Gesetzgeber den mittelbaren Eintragungszwang, der hierin liegen würde, für diesen Fall nicht wollte. In den Fällen begründender Wirkung kann § 15 Abs. 1 in der Regel nur insoweit in Anwendung kommen, als er sich auf Nichtbekanntmachung nach erfolgter Eintragung bezieht; der Fall der Nichteintragung der einzutragenden Tatsache kann nicht vorliegen, da diese Tatsache als wirksame erst mit der Eintragung entsteht. — Über entsprechende Anwendung der Bestimmungen des § 15 auf Mindertausfleute vgl. § 4 Anm. IV b 1. — Ist einem Dritten zwar der Tod eines Gesellschafters, aber nicht der Umstand, daß der Tod die Auflösung der Gesellschaft zur Folge gehabt hat, bekannt, so kann ihm die nicht-eingetragene Auflösung nicht entgegengesetzt werden, denn nur letztere ist die einzutragende Tatsache (dagegen R.D.S. 19 21; dahingestellt R.D.S. 21 374). — Unter „eintragen“ ist „löschen“ mitbegriffen (unten Anm. III d 1).

3. **Bekanntzumachende?** Der § 15 erwähnt nicht als Voraussetzung, daß die „einzutragende“ Tatsache auch bekanntmachungsfähig (oder — was in allen Einzelfällen bekanntmachungsfähiger Tatsachen zutrifft — bekanntmachungspflichtig) sein muß. Da jedoch die Folge sowohl des Abs. 1 wie auch des Abs. 2 nicht lediglich an die Nichteintragung oder Eintragung, sondern außerdem auch an die Nichtbekanntmachung oder Bekanntmachung geknüpft ist, so ergibt sich, daß § 15 nicht anwendbar ist, wenn die Tatsache zwar eintragungsfähig aber nicht bekanntmachungsfähig ist. Daher ist § 15 nicht anwendbar z. B. im Fall des § 172 Abs. 1 und 2 (§ 172 Anm. Ib). Ob § 15 im Fall des § 176 anwendbar ist, vgl. § 176 Anm. Ic.

#### b. Sonstige Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 15?

1. **Ursächlicher Zusammenhang zwischen Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung und dem Verhalten des Dritten?** Die Denkschrift 28 führt aus: Der § 15 enthält eine Verallgemeinerung der Grundfälle, welche das A.D.S. für einzelne bestimmte Fälle aufgestellt hatte. Jene Fälle bezogen sich auf die Eintragung gewisser Tatsachen, durch welche eine Haftbarkeit ausgeschlossen wird, die ohne den Eintritt der betreffenden Tatsache an sich begründet sein würde. Diese Fälle bleiben auch künftig für die Anwendung die wichtigsten. Infolge der allgemeinen Fassung kommen aber künftig noch andere Fälle in Betracht, z. B. wenn ein neu eingetretener aber noch nicht eingetragener Gesellschafter einem Gesellschaftersschuldnerein Darlehn kündigt und letzterer sich auf § 15 Abs. 1 beruft. „Der Natur der Sache nach beschränkt sich aber die Anwendbarkeit des § 15 auf Fälle, in welchen die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflussten Rechte oder Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann. Dies ergibt sich schon aus dem Zwecke der im § 15 enthaltenen Vorschriften, außerdem auch aus der Wirkung, welche darin der nachgewiesenen Kenntnis, bzw. unverschuldeten Unkenntnis des Dritten beigelegt wird. Soweit die bezeichnete Voraussetzung ausgeschlossen

erscheint, ist für die Bestimmung des § 15 kein Raum. Wenn z. B. durch die scheitrenden Pferde des Geschäftswagens einer offenen Handelsgesellschaft ein Schaden angerichtet wird, so kann der Geschädigte nicht etwa einen zur Zeit des Unfalles bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter deswegen in Anspruch nehmen, weil das Ausscheiden desselben zu der fraglichen Zeit noch nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht war; denn es fehlt in diesem Falle an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters.“ — Wollte man jener Ausführung zustimmen, so müßte man folgerichtig nicht nur mit der Denkschrift den Beweis zulassen, daß die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten nicht von Bedeutung sein konnte, sondern auch den Beweis, daß, wenn sie auch an sich von Bedeutung sein konnte, sie es doch im Einzelfall nicht war, also z. B. auch bei Rechtsgeschäften mit dem Dritten im Fall des § 15 Abs. 1 den Gegenbeweis, daß der Dritte auch die bisherige Eintragung nicht kannte, durch welche diejenige Haftung begründet wurde, die infolge späterer nicht eingetragener Änderung erlosch. — Der Wortlaut des § 15 gibt jedoch einen Anhalt weder für die in der Denkschrift befürwortete noch für die letzterwähnte Beschränkung. Daher wird im Gegensatz zur Denkschrift anzunehmen sein, daß § 15 auch dann anwendbar ist, wenn zwischen Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung und dem Verhalten des Dritten kein ursächlicher Zusammenhang möglich wäre, aber im Einzelfall nicht besteht (ebenso Staub Anm. 2, 3, Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 8, Goldmann Anm. 4; für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenteilig RG. 7 VII 05 JW. 532<sup>13</sup>).

2. Verletzung der Anmeldepflicht? Die Folgen des § 15 treten ein ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden des Anmeldepflichtigen vorliegt oder nicht (RDJ. 21 373). Auch ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt eine Anmeldepflicht vorlag oder die Eintragung von Amts wegen bewirkt werden mußte, wie z. B. bei gerichtlicher Ernennung von Liquidatoren (§§ 148 Abs. 2, 296 Abs. 3). Die Anmeldung ersetzt nicht die Eintragung und Bekanntmachung, selbst wenn die Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung auf schuldhafter Weigerung (RG. 40 156) oder auf einem Versehen des Registergerichts (RDJ. 23 280, vgl. auch RG. 20 175) beruht.
- c. Dritter ist im Verhältnis zur Gesellschaft auch der einzelne Gesellschafter, insoweit er der Gesellschaft als Vertragsgegner gegenübersteht (§ 126 Anm. II a). Die Wirkungen des § 15 treten nur in den Beziehungen des Privatrechts ein und berühren nicht öffentlichrechtliche Verhältnisse; Dritter ist daher z. B. nicht der Registerrichter oder der Strafrichter (vgl. § 5 Anm. II b 2).
- d. Die einzelnen Fälle.
  1. Einzutragende, aber nicht eingetragene oder nicht bekanntgemachte Tatsache (§ 15 Abs. 1). Soll dem Dritten eine solche Tatsache entgegengesetzt werden, so muß der Entgegensetzende beweisen, daß sie dem Dritten bekannt war. Nicht genügt (abweichend von dem Fall des Abs. 2) der Beweis, daß der Dritte die Tatsache haben kennen müssen. Der Dritte kann sich auf die nicht eingetragene oder nicht bekanntgemachte Tatsache berufen. Nur derjenige, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, ist durch § 15 Abs. 1 behindert, sie gegenüber einem Dritten, der sie nicht kannte, geltend zu machen. Die Auflösung einer Gesellschaft mit unmittelbar gegenüber Dritten (unbeschränkt oder beschränkt haftenden Gesellschaftern oder das Ausscheiden eines der letzteren betrifft nicht nur Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern auch im ersteren Fall aller persönlich haftenden Gesellschafter, im letzteren Fall des ausscheidenden Gesellschafters. Letzteres indessen nur, soweit die Gesellschaftsangelegenheiten des Ausscheidenden, namentlich also die namens der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen, in Frage kommen. Daher kann, wenn das Ausscheiden nicht eingetragen ist, der Ausscheidende seine Mithaftung für spätere Geschäfte der Gesellschaft, und die Gesellschaft ihre Verbindlichkeit auf Grund der von dem Ausscheidenden später namens der Gesellschaft

- abgeschlossenen Geschäfte nur ablehnen, wenn sie beweisen, daß dem Dritten das Ausscheiden bekannt war (RÖ. 13 II 00 JW. 254<sup>9</sup>). Handelt dagegen der Ausgeschiedene, dessen Ausscheiden nicht eingetragen ist, demnächst in eigenem Namen (z. B. indem er einen Vertrag abschließt, den er, solange er Gesellschafter war, nicht hätte abschließen dürfen), so kann er sich gegenüber einem Dritten, der das Ausscheiden nicht kannte, auf dies Ausscheiden selbst dann berufen, wenn es nicht eingetragen war (RÖ. 13 II 00 JW. 254<sup>9</sup>). Der § 15 Abs. 1 kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn in Angelegenheiten einer Person überhaupt noch keine Eintragung im Register geschehen ist (RÖ. 25 IV 01 RÖW. 100), wie auch dann, wenn etwas eingetragen ist, aber die Änderung der eingetragenen Tatsache nicht vermerkt wurde. Aber auch dann, wenn weder die ursprüngliche Eintragung erfolgt, noch die Änderung der nichteingetragenen Tatsachen vermerkt wurde; in solchem Fall kann den aus § 15 Abs. 1 sich ergebenden Folgen der Nichteintragung der Änderung dadurch begegnet werden, daß nachträglich die Eintragung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses und alsbald auch die Eintragung der Änderung herbeigeführt wird (§ 31 Anm. Ia). — Einen Fall unvollständiger Eintragung s. RÖ. 12 135.
2. Einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Tatsache (§ 15 Abs. 2). Der § 15 Abs. 2 ist anwendbar nur wenn die Tatsache 1. richtig (oben Anm. III a 1), 2. eintragungsfähig (oben Anm. III a 2) ist. Sie muß ferner sowohl eingetragen wie auch bekannt gemacht sein; einß ohne das andere genügt nicht. Auch § 15 Abs. 2 betrifft trotz seiner weiteren Fassung nur das Verhältnis des Eintragungspflichtigen zum Dritten, nicht aber das Verhältnis zweier Dritter untereinander (§. 928). „Kennenmüssen“ ist „Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit“ (BGB. § 122). Fahrlässig handelt wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (BGB. § 276). Der Dritte hat zu beweisen 1. sein Nichtkennen, 2. daß sein Nichtkennen nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Aus § 15 Abs. 2 geht hervor, daß nicht jedes Nichtkennen einer eingetragenen und bekanntgemachten Tatsache ein fahrlässiges ist. Daher wird eine Fahrlässigkeit nicht schon darin zu finden sein, daß die im Reichsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen nicht dauernd geprüft und aufgezeichnet worden sind (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. VI). Dagegen handelt fahrlässig, wer ein größeres Geschäft abschließt, ohne vorher, wenn die vor dem Geschäftsabluß verbleibende Zeit und die Entfernung des Registergerichts es erlaubten, das Register einzusehen oder sich Abschrift kommen zu lassen oder sich wenigstens bei einer zuverlässigen Auskunftsei zu erkundigen. Zwar besteht im Verkehr keine besondere Erkundigungspflicht, wohl aber die Verpflichtung zur Beachtung der allgemein zugänglichen Erkenntnisquellen (DÖW. Hamburg 29 I 95 JSR. 46 477).
3. Nicht vorhandene oder nicht einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Tatsache. Auf diesen Fall ist § 15 nicht anwendbar (oben Anm. III a 2). Die eintretenden Folgen sind abzuleiten aus dem für alle Eintragungen (jedoch für diejenigen unterstellender Wirkung nicht gegenüber bestimmten Personen) maßgebenden Grundsatz, daß die Eintragung kein nicht vorhandenes Rechtsverhältnis schafft (oben Anm. II) in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hieraus ergeben sich — abgesehen von der erwähnten Ausnahme der unterstellenden Wirkung von Eintragungen — nachstehende Regeln.
- a. Ist die eingetragene Tatsache sachlich unrichtig, so können grundsätzlich beide Parteien dies geltend machen. Die auf Grund einer Anmeldung erfolgte Eintragung ist nur die Beurkundung einer erklärten Tatsache (§ 12 Anm. VII) zu öffentlichem Glauben, sie legt das Vorhandensein der Erklärung voraus, ersetzt sie aber nicht; der Eintragung fehlen die ihr vom Gesetz beigelegten Wirkungen, wenn sie Nichterklärtes als erklärt oder das Erklärte unrichtig bekundet (RÖW. 23 286, RÖ. 20 170). Eine nachträgliche Berichtigung der Eintragung wirkt nach außen nur für die Zukunft (RÖ. 11 II 02 JW. 172<sup>80</sup>). — Beruht die falsche Eintragung auf schuldhaft falscher Anmeldung, so ist der Anmeldende schadensersatzpflichtig (BGB. §§ 276, 823) und kann nicht zu seinen Gunsten sich auf die Eintragung berufen (RÖ. 55 155). Die An-