Kommentar
zum
Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen

Das Handelsgesetzbuch
für das Deutsche Reich

Erläutert von

K. Lehmann
ord. Professor der Rechte in Göttingen

und

B. Ring
Senatspräsident am Kammergericht in Berlin

Zweite Auflage
bearbeitet von

K. Lehmann
ord. Professor der Rechte in Göttingen

Erster Band

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1914

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Hofbuchdrucker., Berlin W 8

Verlags-Archiv 5669

Vorwort.

Seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Bandes, die noch in die Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. fiel, ist durch die Judikatur und Literatur ein so reicher Stoff an Rechtsfragen zu Tage gefördert worden, daß auch bei Beibehaltung des alten Rahmens der Umfang des Werkes nicht unerheblich vermehrt werden mußte. Hinzu kam in letzter Stunde die Wettbewerbverbotsnovelle, deren Kommentierung noch eingefügt werden konnte. So ist der Band fast um die Hälfte stärker geworden, als der entsprechende Teil des Kommentars in der ersten Auflage. Doch wird der Leser gewahren, daß die Behandlungsweise durchaus die alte geblieben ist. Insbesondere wurde dem Plane des in dem Verlage erscheinenden Gesamtkommentars zum B.G.B. und dessen Nebengesetzen gemäß von einer ähnlichen Behandlungsweise, wie sie der ausgezeichnete Kommentar von Düringer-Hachenburg bietet, für diesen Band Abstand genommen. Ob nicht eine umfassendere Berücksichtigung des bürgerlichen Rechts für Bd. III geboten sein wird, bleibt späterer Erwägung überlassen.

Leider konnte Bd. II Abteilung 1 des Ehrenbergschen Handbuches des Handelsrechts nicht mehr berücksichtigt werden.

Herr Kollege Schreiber hat mich auch für diesen Band durch Mitlesen der Korrektur und durch sachliche Hinweise unterstützt, Herr Dr. Sawitz das Register freundlichst besorgt. Beiden Herren sage ich hierfür aufrichtigen Dank.

Göttingen, den 15. Juli 1914.

Karl Lehmann.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung IX
Allgemeine Vorbemerkung 1

Erstes Buch.
Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute §§ 1—7 2
Zweiter Abschnitt. Handelsregister §§ 8—16 60
Dritter Abschnitt. Handelsfirma §§ 17—37 95
Vierter Abschnitt. Handelsbücher §§ 38—47 166
Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht §§ 48—58 184
Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge §§ 59—83 . 209
Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten §§ 84—92 292
Achter Abschnitt. Handelsmäkler §§ 93—104 311

Zweites Buch.
Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Einleitung 331
Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft 332
Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft §§ 105—108 336
Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander §§ 109 bis 122 347
Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten §§ 123 bis 130 382
Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern §§ 131—144 414
Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft §§ 145—158 453
Anhang zum fünften Titel. Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters 481
Sechster Titel. Verjährung §§ 159 und 160 486
Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft §§ 161—177 490
Sachregister 523

Verzeichnis der Abkürzungen.

A.D.H.G.B. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
Adler-Clemens = Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche. Von L. Adler und R. Clemens, fortgesetzt von J. Friedländer, Wien, Bd. I—V 2. Aufl. 1891, VI 1890, VII 1891, VIII 1892, IX 1894, X 1898, XI 1901, XII 1907.
Albrecht-Tentler = Albrecht-Tentler, Das Recht der Agenten nach deutschem Handelsrecht 1908.
Allfeld = Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allg. D.H.G.B., 2. Aufl., besorgt von Ph. Allfeld. 1894.
Anschütz-Völderndorff = A. Anschütz und Frhr. v. Völderndorff, Kommentar zum Allg. D.H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts. 3 Bände 1868/74.
Apt = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Neue Sammlung der bis zum 1. April 1907 erstatteten Gutachten. Herausgeg. von M. Apt. Berlin 1907 (= Apt I); Zweiter Band 1910 (= Apt II); Dritter Band 1914 (= Apt III).
Archiv (oder Arch. f. b. R.) = Archiv für bürgerliches Recht.
A.V.G. = Versicherungsgesetz für Angestellte.
B.A. oder Bank A. = Bankarchiv.
Bad. Rpr. = Badische Rechtspraxis.
Bayr. Obst. L.G. = Bayerisches Oberstes Landgericht.
Behrend = J. Fr. Behrend, Lehrbuch des Handesrechts 1886 ff.
Bericht 1884 = Bericht der Reichstagskommission zu dem Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Carl Heymanns Verlag 1884.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Blätter für Rechtspfl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, von A. Bolze 1886 ff.
Brand = A. Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts erläutert 1911.
Braunschw. Z. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
Busch = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von F. B. Busch, später H. Busch 1863 ff.
von Canstein = R. Frhr. v. Canstein, Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes, 2 Bände 1895/96.
Cohn, Handelsregister = Das Handels- und Genossenschaftsregister, systematisch dargestellt von Th. Cohn, 3. Aufl. 1910.
Cosack = K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage.
Denkschrift I = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichs-Justizamt (Guttentagsche Ausgabe) 1896.
Denkschrift II (oder einfach Denkschrift) = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (Reichstagsvorlage) in Stenogr. Berichte des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, Anlagebd. VI. Aktienstück Nr. 632 S. 3141 ff.
D.F.G.G. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Dove-Apt = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, herausgegeben von H. Dove und M. Apt 1900.
Dove-Meyerstein = Gutachten über Handelsgebräuche erstattet von der Handelskammer zu Berlin. Herausgeg. von H. Dove und E. Meyerstein 1907.
Düringer-Hachenburg = A. Düringer und M. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erläutert. 2. Aufl. 1908 ff.
E.B.G.B. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
E.H.G.B. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.
Ehrenberg, Hdb. = Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgeg. von V. Ehrenberg I 1913.
Ehrenberg, V.R. = V. Ehrenberg, Versicherungsrecht.

Endemann, Hdb. = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. Endemann 1881 ff.
Entsch. F.G. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
Entw. I = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichs-Justizamte.
Entw. II = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Reichstagsvorlage.
Förster-Kann = Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. Von A. Förster. Dritte Auflage von R. Kann 1913 ff.
Frankfurter Handelsgebräuche = Frankfurter Handelsgebräuche. Gutachten der Handelskammer 1906.
Gareis = C. Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, mit Anmerkungen. 5. Aufl. 1912.
Gareis-Fuchsberger = C. Gareis und O. Fuchsberger, Das Allg. D.H.G.B., herausgegeben und erläutert 1891.
G.B.O. = Grundbuchordnung.
Gew.Arch. = Gewerbearchiv.
Gierke, Genossenschaftstheorie = O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887.
Gierke, D.P.R., = O. Gierke, Deutsches Privatrecht.
G.O. = Gewerbeordnung.
Goldschmidt, Hdb. = L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. I, 2. Aufl. 1874/75.
Goldschmidt, System = L. Goldschmidt, System des Handelsrechts, 4. Aufl. 1892.
Goldmann = Das Handelsgesetzbuch, erläutert von S. Goldmann.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen (Preußischen) Rechts, herausgegeben von J. A. Gruchot, später von Rassow, Küntzel und Eccius 1856 ff.
G.V.G. = Gerichtsverfassungsgesetz.
Hahn-Mugdan, Mat. = Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, herausgegeben von C. Hahn, fortgesetzt von B. Mugdan.
von Hahn = F. v. Hahn, Kommentar zum Allg. D.H.G.B. Bd. I, 4. Aufl.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch.
H.G.Z. = Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt, Handelsrechtliche Fälle.
Holdheim = Wochenschrift (später Monatsschrift) für Aktienrecht und Bankwesen (später für Handelsrecht und Bankwesen), herausgegeben von P. Holdheim 1892 ff.
Horrwitz = Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen 2. Aufl. 1905.
Jahrb. des Kaufm. Ger. Berlin = Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin 1908 ff.
Jaeger, K.O. = Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung 3 Aufl.
Jhering oder Jherings Jahrb. = Jherings Jahrbücher für Dogmatik.
J.M.Bl. = Justizministerialblatt.
Johow = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit 2c., herausgegeben von R. Johow (und O. Küntzel). 1881 ff.
Johow-Ring = Dasselbe. Bd. 20 ff. (neue Folge Bd. I ff.). Herausgegeben von R. Johow und V. Ring. 1900 f.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
Kaufm.G.Gesetz = Gesetz über die Kaufmannsgerichte.
Kaufmann = E. Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung.
Keyßner = H. Keyßner, Allg. D. H.G.B., nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert und herausgegeben. 1878.
K.G. = Kammergericht.
K.O. = Konkursordnung.
Kommissionsber. = Bericht der achtzehnten Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs in Stenogr. Berichte des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, Anlagebd. VII Aktenstück Nr. 735, S. 3869 ff.
v. Landmann = v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 6. Aufl.
Lehmann, H.R. = K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl.
Lotmar = Lotmar, Der Arbeitsvertrag.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht.
Makower = H Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Buch I—III neu bearbeitet von F. Makower.
Meckl.Z. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Neumanns Jahrb. = Jahrb. des deutschen Rechts, herausgeg. von H. Neumann.

Dertmann = Dertmanns Kommentare zum B.G.B.
O.L.G. = Oberlandesgericht.
O.L.G. Rspr. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgeg. von Mugdan und Falkmann.
O.V.G. = Oberverwaltungsgericht und dessen Entscheidungen.
Preuß. St.St.G. = Preußisches Stempelsteuergesetz vom 26. Juni 1909.
Prot. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allg. D. H.G.B., herausgegeben von J. Lutz.
Puchelt-Förtsch = E. S. Puchelt, Kommentar zum Allg. D. H.G.B. 4. Aufl., bearbeitet von R. Förtsch. 1893/94.
Rehm, Bilanzen = Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 1903. 2. Aufl. 1914.
Reichel = Reichel, Die Mäklerprovision 1913.
Renaud, C.G. = Renaud, Recht der Commanditgesellschaften. 1881.
R.G. = Reichsgericht.
R.G.Z. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.G.Straff. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rheinisches Archiv = Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinz.
Riesenfeld I = Breslauer Handelsgebräuche, herausgeg. von Riesenfeld, 1900.
Riesenfeld II = Breslauer Handelsgebräuche N. F., herausgeg. von Riesenfeld, 1906.
Ritter = C. Ritter, Das Handelsgesetzbuch, 1910.
R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
R.StempelG. = Reichsstempelgesetz von 1913 (Fassung vom 2. August 1913).
Rudorff = Das Handelsgesetzbuch erläutert von Rudorff, 1898.
R.V.O. = Reichsversicherungsordnung.
Sächs. Archiv = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Seuffert = J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Seuff.Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Simon, Bilanzen = H. V. Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Commanditgesellschaften auf Aktien. 3. Aufl 1899.
Staub[5] = H. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 5. Aufl.
Staub-Bondi = Staubs Kommentar zum H.G.B., 9. Aufl., Buch I, besorgt von Bondi.
Staub-Pinner = Staubs Kommentar zum H.G.B, 9. Aufl., Buch II, besorgt von Pinner.
Sobernheim = O. Sobernheim, Handelskammern und Handelsregister in der Rechtsprechung seit 1900. 1910.
Stenogr. Ber. = siehe Denkschrift II.
St.G.B. = Strafgesetzbuch.
Striethorst = Archiv für Rechtsfälle des Königlichen Obertribunals, von Th. Striethorst.
Warneyer = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (auf dem Gebiete des Zivilrechts).
U.W.G. = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909.
V.A.G. = Versicherungsaufsichtsgesetz von 1901.
Veröff. des Kais. Aufs.A. = Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung.
V.V.G. = Versicherungsvertragsgesetz von 1908.
Wimpfheimer = Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts usw. im Stadium der Liquidation.
W.O. = Deutsche Wechselordnung (Fassung von 1908).
Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Zentral-Bl. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Z.H.R. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Z.P.O. = Zivilprozeßordnung.
Z.Z.P. = Zeitschrift für Zivilprozeß.

Über die besonderen Abkürzungen hinsichtlich der Wettbewerbverbotsnovelle S. 253.

Zur Beachtung.

Bei Zitaten aus diesem Kommentar ist unter Nr. stets die am äußeren Rande angegebene Nummer zu verstehen.

Einleitung.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch und die Allgemeine Deutsche Wechselordnung brachten dem deutschen Volke für einen wichtigen Teil des Privatrechts die langersehnte Rechtseinheit. Wenngleich sie bei dem staatsrechtlichen Charakter des Deutschen Bundes zunächst ein übereinstimmendes Landesrecht fast aller zum Bunde gehörigen Staaten wurden und erst nach Gründung des Norddeutschen Bundes durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, das nach Gründung des Reiches auf die süddeutschen Staaten ausgedehnt wurde, die Erhebung zum Bundes- bezw. Reichsgesetz erfuhren, wenngleich ferner die einzelnen zum alten Bunde gehörigen Staaten bei Einführung zumal des Handelsgesetzbuches durch mannigfache landesgesetzliche Vorschriften den Inhalt des Handelsgesetzbuchs ergänzten oder gar abänderten und das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 die ergänzenden Vorschriften gänzlich, von den abändernden wenigstens gewisse seerechtliche Vorschriften in Kraft beließ — so war doch im Großen eine materielle Rechtseinheit für das Gebiet des Handels, ja darüber hinaus geschaffen. Im Gegensatz zum code de commerce, der als Nebengesetz des code civil sich damit begnügte, die handelsrechtlichen Besonderheiten kurz hervorzuheben und im übrigen auf den code civil zu verweisen, enthielt das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nicht nur eine detaillierte Ordnung handelsrechtlicher Institute, sondern es griff in das Recht der Schuldverhältnisse, in das Sachenrecht und in den allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts vielfach hinüber, indem es Sätze von allgemeiner Tragweite aufstellte oder Institute regelte, deren Ausgestaltung im Grunde Sache des bürgerlichen Rechts war. Vornehmlich die Ordnung der Lehre vom Vertragsschluß und von der Erfüllung, der Lehre von der direkten Stellvertretung, der Lehre von der Eigentumsübertragung und Pfandbestellung, ferner die allgemeinen Bestimmungen über die Auslegung von Handelsgeschäften, über Schadensersatz, über die Form der Handelsgeschäfte sowie die zahlreichen Vorschriften, welche altüberkommene Schranken des bürgerlichen Rechts beseitigten — besaßen, wenngleich sie sich formell auf Handelsgeschäfte beschränkten, eine Bedeutung für das gesamte bürgerliche Recht, da sie nicht bloß für den Verkehr unter Kaufleuten, sondern auch zum größeren Teile im Verhältnisse vom Kaufmann zum Nichtkaufmann, ja sogar, sofern es sich um objektive Handelsgeschäfte handelte, unter Nichtkaufleuten zur Anwendung kamen, da sie ferner von nicht wenigen Landesrechten auf das bürgerliche Recht direkt übertragen wurden. Die weite Grenzlinie, die das Gesetzbuch sich zog, war durch die Zerrissenheit

des bürgerlichen Rechts in Deutschland diktiert worden; der Handel bedurfte einer einheitlichen Regelung nicht nur seiner besonderen Gestaltungen, sondern auch derjenigen allgemeinen Rechtsinstitute, die für ihn im Leben eine wichtige Rolle spielten. Bei dem Mangel eines bürgerlichen Gesetzbuches und bei der Aussichtslosigkeit der baldigen Schaffung eines solchen mußte das Handelsgesetzbuch Aufgaben übernehmen, die an sich dem bürgerlichen Gesetzbuche oblagen. —

Der Inhalt dieses vortrefflichen Gesetzbuches, das sich seit seinem Inkrafttreten in den einzelnen Staaten des Bundes schnell einbürgerte und mehr als ein anderes modernes Gesetzbuch Gemeingut der Nation wurde, erfuhr im Laufe der Zeit wichtige Abänderungen und Zusätze, die sich teils auf seinen eigenen Wortlaut erstreckten, teils außerhalb seines Rahmens durch besondere Gesetze vollzogen. Zu den direkten Abänderungen des Gesetzestextes zählen die Aufhebung der Art. 34—36, 37 Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2, 488, 494, 889 durch das Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 § 13 Abs. 2 Nr. 2, die Aufhebung des Art. 122 Satz 2 durch das Einführungsgesetz zur Konkursordnung vom 10. Februar 1877 § 4, die Umgestaltung der Art. 173—249 durch das Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, nachdem schon das Gesetz vom 11. Juni 1870 nicht unwichtige Veränderungen dieser Abschnitte mit sich gebracht hatte, die Abänderung des Art. 376 durch die §§ 71—74 des Reichsbörsengesetzes, endlich der Ersatz gewisser Teile des fünften Buches durch besondere Reichsgesetze. Formell juristisch ist hierin auch die Abänderung zu zählen, die in letzter Stunde die Art. 57 bis 65 durch das Inkrafttreten des sechsten Abschnitts des ersten Buches des neuen Handelsgesetzbuches am 1. Januar 1898 erhielten.

Die Zahl der Gesetze, welche unmittelbar oder mittelbar das Allgemeine Handelsgesetzbuch berührten, sei es, daß sie seine Vorschriften ergänzten, sei es, daß sie Materien des Privathandelsrechts, die vom Gesetzbuch nicht in Angriff genommen waren, ordneten, sei es, daß sie durch ihren öffentlich-rechtlichen Inhalt auch in das Handelsrecht eingriffen, war eine große. Außer den Reichsjustizgesetzen, der Gewerbeordnung und dem Strafgesetzbuch sind vornehmlich das Gesetz betr. die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867, das Gesetz betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister vom 30. März 1888, die Gesetze betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 und 1. Mai 1889, das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, die Gesetze betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt und der Flößerei vom 15. Juni 1895, das Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 zu nennen. Von Wichtigkeit war ferner die vom Bundesrat unter dem 15. November 1892 erlassene Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands, welche an die Stelle des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11. Mai 1874 trat, und das internationale Übereinkommen über den

Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890. — In zweiter Linie kamen sodann in Frage das Bankgesetz vom 14. März 1875 nebst Gesetz vom 18. Dezember 1889, die verschiedenen Münzgesetze, die verschiedenen Gesetze, welche das Immaterialgüterrecht betrafen, vor allem das Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874 und das an dessen Stelle tretende Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, endlich mehrere seerechtliche Gesetze.

Nachdem das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 in Abänderung des Art. 4 Nr. 13 der deutschen Reichsverfassung die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht der Kompetenz des Reiches zugewiesen hatte, berief der Bundesrat eine Kommission von fünf angesehenen deutschen Juristen, mit der Aufgabe, „über Plan und Methode, nach welchen bei Aufstellung eines Entwurfs eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verfahren sei, gutachtliche Vorschläge zu machen"; unter den Mitgliedern dieser sogenannten Vorkommission befand sich der bekannte Handelsrechtslehrer Goldschmidt, damals Rat beim Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig. Die von der Vorkommission unter dem 15. April 1874 erstatteten Gutachten und Vorschläge erstreckten sich nicht bloß auf das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern faßten auch die zukünftige Regelung des Handelsrechts ins Auge. In dieser Beziehung wurde ausgeführt:

„Plan und Methode der Ausarbeitung sind bedingt durch den Umfang des Gesetzbuchs. In dieser Beziehung dürfte zunächst davon auszugehen sein, daß derjenige Teil des Privatrechts, welcher unter der Bezeichnung Handelsrecht eine abgesonderte Darstellung zu erfahren pflegt und auch reichsgesetzlich erhalten hat, neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner bisherigen Selbständigkeit verbleibt. Nicht nur entspricht dies dem Vorgange nahezu aller auswärtigen Gesetzgebungen, sondern es streiten dafür auch gewichtige innere Gründe. Denn es kommen einerseits gewisse, dem Handel durchaus eigentümliche Institute und Rechtssätze in Betracht, welche mit einander in innerem und geschichtlichem Zusammenhange stehen, daher nicht einfach nach systematischen Anforderungen in das Bürgerliche Gesetzbuch eingereiht werden können. Es pflegen andererseits im Handelsrecht gewisse Prinzipien des Verkehrsrechts meist in eigentümlicher Ausbildung und Schärfe hervorzutreten, deren einfache Übertragung auf den gesamten Verkehr erheblichen Bedenken unterliegt; es ist dem Handelsrecht ein größeres Maß der Beweglichkeit und der Übereinstimmung mit dem Recht auswärtiger Nationen notwendig, als dem sonstigen Privatrecht. Endlich würde auch die Kontinuität der an das Deutsche Handelsgesetzbuch sich anlehnenden Rechtsübung und Wissenschaft erhebliche Störungen erleiden, wollte man deren Inhalt in seine einzelnen Bestandteile auflösend dem Bürgerlichen Gesetzbuch einverleiben. Dagegen werden aus dem Handelsgesetzbuche diejenigen Sätze auszuscheiden haben, welche der allgemeinen Anwendung auf den gesamten Verkehr fähig und daher zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch geeignet erscheinen; es wird ferner erst nach Feststellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich bestimmen lassen, welche eigentlichen Ausnahmen von dessen Rechtssätzen, z. B. hinsichtlich der Zinsen, der Konventionalstrafe, der

Form der Rechtsgeschäfte, des Interesses u. dgl. für den Handelsverkehr beizubehalten oder aufzustellen sind. Im Zusammenhange hiermit wird die seit geraumer Zeit in Aussicht genommene Revision des geltenden Handelsgesetzbuchs durchzuführen sein.

Inwieweit dabei zugleich die in das Handelsrecht einschlagenden Reichsspezialgesetze in geeigneter Umarbeitung dem neuen deutschen Handelsgesetzbuch einzuverleiben seien, bleibt künftiger Erwägung vorbehalten. Als solche Spezialgesetze dürften, außer der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, in Betracht kommen: das Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die Seemannsordnung nebst den seerechtlichen Einzelgesetzen und das Reichs-Eisenbahngesetz. Ob das Urheberrecht und das etwaige Reichsrecht, betreffend Patent-, Marken-, Muster-, Modellschutz, Banken und Banknoten, in den Bereich des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder des Handelgesetzbuchs kodifizierend hineinzuziehen, oder ob es insoweit bei der Reichs-Spezialgesetzgebung zu belassen sei, wird zunächst von der Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch zu ermessen sein. Für Post- und Telegraphenrecht, sowie für die Gewerbeordnung hat es bei der Reichs-Spezialgesetzgebung zu verbleiben. Das Recht der Inhaberpapiere ist im Zusammenhange des Bürgerlichen Gesetzbuchs festzustellen, vorbehaltlich der etwaigen späteren Zuweisung an das Handelsgesetzbuch.

Der neuen gemeinschaftlichen Regelung bedürfen das Verlagsrecht, das Binnenschiffahrtsrecht und das gesamte Versicherungsrecht mit Ausnahme des bereits kodifizierten See-Assekuranzrechts. Ein gemeinschaftliches Gesetz über das Verlagsrecht ist dringendes Bedürfnis und war bereits im Anschluß an das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, das Urheberrecht betreffend, in Aussicht genommen; das Binnenschiffahrtsrecht und das Versicherungsrecht sollten schon von der Nürnberger Handelsgesetzgebungskonferenz beraten werden und ihre notwendige Regelung ist bisher teils an technischen, teils an äußeren Schwierigkeiten gescheitert. Alle diese Gegenstände gehören in den Bereich des Handelsgesetzbuchs, nach dessen allgemeinen Prinzipien die einschlägigen Rechtsgeschäfte schon gegenwärtig zum überwiegenden Teile zu beurteilen sind, und es erscheint geraten, ihre Kodifikation gleichzeitig mit den Arbeiten über das Bürgerliche Gesetzbuch in Angriff zu nehmen."

Hinsichtlich der Ausarbeitung des neuen Handelsgesetzbuches wurde Folgendes dargelegt:

„Während der Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann die erforderliche Revision und Vervollständigung des Handelsgesetzbuchs derartig vorbereitet werden, daß deren Abschluß nahezu gleichzeitig mit der Vorlage des Zivilgesetzentwurfs an den Bundesrat erfolgt, zum mindesten das revidierte Handelsgesetzbuch innerhalb des voraussichtlich längeren Vakationstermins für die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vollendet wird und gleichzeitig mit diesem in Kraft tritt. Wenngleich nun die Unterzeichneten sich nicht für berufen erachten, ins einzelne gehende Vorschläge über die Revision und Vervollständigung des Handelsgesetzbuchs zu machen, so glauben

sie doch den Weg bezeichnen zu sollen, auf welchem auch diese Aufgabe am zweckmäßigsten und möglichst gleichzeitig mit der Vollendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu lösen sein dürfte.

Dieser Weg weicht in einigen Beziehungen von dem für die Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs empfohlenen Gange ab. Denn anders als bei dem Letzteren, steht für das Handelsgesetzbuch nicht eine Neuschöpfung, vielmehr nur eine Revision und Ergänzung des bereits bestehenden Reichsrechts in Frage. Es bedarf hier ferner notwendig der Mitwirkung von Sachverständigen, und zwar wird nicht nur eine eigentümliche Qualifikation sowohl der zu beteiligenden Juristen wie der aus anderen Berufskreisen heranzuziehenden Kräfte erfordert, sondern es ist zugleich diese Qualifikation eine verschiedene, einmal für jeden einzelnen der drei neu zu bearbeitenden Rechtszweige, sodann für den neu zu revidierenden Grundstock des Handelsgesetzbuchs mit Einschluß der etwa in dasselbe aus dem anderweitigen Reichsrecht aufzunehmenden Abschnitte. Endlich erscheint hier weder die gleichzeitige Inangriffnahme sämtlicher Teile zweckmäßig, noch empfiehlt sich, daß von vornherein eine Kommission zur Lösung der erforderlichen Arbeiten eingesetzt werde.

Vielmehr ist wünschenswert, daß diejenigen Vorarbeiten, welche zunächst ohne Rücksicht auf das Bürgerliche Gesetzbuch geschehen können, nämlich die erste Ausarbeitung und sachverständige Begutachtung des Versicherungsrechts, des Verlagsrechts und des Binnenschiffahrtsrechts, alsbald bewirkt werden, damit nicht unter ihrer Verzögerung der Abschluß des Ganzen leide. Hierzu genügt, daß der Bundesrat für jeden dieser Rechtszweige, oder auch für mehrere oder alle zusammen einen Redaktor ernennt, daß dieser einen vorläufigen Entwurf des ihm überwiesenen Rechtszweiges ausarbeitet, und daß demnächst über jeden dieser Teilentwürfe vom Bundesrat berufene, mit diesen Rechtszweigen vorzugsweise vertraute technische und juristische Sachverständige zur gutachtlichen Beratung zusammentreten. So empfiehlt sich für die Beratung des Verlagsrechts die Beteiligung von Verlegern, Schriftstellern und Komponisten, für die Beratung des Versicherungsrechts die Beteiligung von Vertretern der verschiedenen Versicherungszweige öffentlicher und Privatbetriebe; für die Beratung des Binnenschiffahrtsrechts die Beteiligung von Schiffahrtsinteressenten. Diese Beteiligung dürfte über eine begutachtende Beratung nicht hinauszugehen haben, da es nicht unbedenklich erscheint, Gesetzesarbeiten durch eine möglicherweise überwiegende Zahl von Nichtjuristen herstellen und den in mannigfachen Beziehungen obwaltenden Interessenkonflikt durch die Beteiligten selbst entscheiden zu lassen, da endlich die mehr juristischen Einzelheiten der Mitberatung technischer Sachverständiger nicht bedürfen.

Sind diese Vorarbeiten einerseits, der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs andererseits vollendet, so kann die Kommission zur Aufstellung des Gesamtentwurfs eines neuen Handelsgesetzbuchs eingesetzt werden. Wenn angänglich, haben derselben die Redaktoren der neu bearbeiteten Rechtszweige und einige Mitglieder der Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch, am zweckmäßigsten deren Hauptreferent

und der Redaktor des Obligationenrechts anzugehören. Denn es kann nur auf diese Weise die erforderliche Übereinstimmung zwischen den neuen Teilen und dem Grundstock des Handelsgesetzbuchs einerseits, zwischen dem ganzen Handelsgesetzbuch und dem Bürgerlichen Gesetzbuch andererseits erreicht werden. Und es ist eine derartige Kombination um so eher möglich, als die erste Revision und Zusammenfügung des Handelsgesetzbuchs in denjenigen längeren Zeitraum fällt, welcher zwischen der ersten und zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt.

Der von dieser Kommission alsbald nach ihrem Zusammentreten zu ernennende Hauptreferent hat einen vorläufigen revidierten Entwurf des bestehenden Handelsgesetzbuchs, einschließlich der etwa aus dem anderweiten Reichsrecht demselben hinzuzufügenden Abschnitte auszuarbeiten. Gleichzeitig kann die Kommission die von deren Redaktoren ihr vorgelegten Entwürfe der neu bearbeiteten Rechtszweige feststellen, demnächst aber, unter Zuziehung einer entsprechenden Anzahl mitentscheidender Mitglieder aus dem Handelsstande, den vom Hauptreferenten inzwischen revidierten und geeignetenfalls ergänzten Grundstock des Handelsgesetzbuchs in Beratung ziehen.

Ist auch dieser Teil der Beratung erledigt, so handelt es sich im Wesentlichen nnr noch um eigentlich juristische Aufgaben, für welche es der Mitwirkung technischer Sachverständiger nicht bedarf, wie denn auch aus gleichem Grunde deren Zuziehung bei der zweiten Lesung des Gesamtentwurfs eines Handelsgesetzbuchs nicht erforderlich erscheint."

Die auf dieser Motivierung beruhenden, das Handelsrecht betreffenden Vorschläge lauteten:

„III. Das Handelsrecht soll nicht in den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommen werden, sondern Gegenstand besonderer Kodifikation sein.

X. Die Kodifikation des Handelsrechts ist durch Revision und Ergänzung des geltenden Handelsgesetzbuchs in folgender Weise zu bewirken:

1. Der Entwurf eines neuen deutschen Handelsgesetzbuchs soll folgende neu hinzutretende Teile umfassen:
   die in dem geltenden Handelsgesetzbuch fehlenden Zweige des Versicherungsrechts;
   das Recht der Binnenschiffahrt;
   das Verlagsrecht.
2. Für jeden der neu hinzutretenden Teile wird alsbald ein vorläufiger Entwurf mit Motiven ausgearbeitet. Die Ausarbeitung erfolgt durch einen oder mehrere von dem Bundesrat ernannte Spezialredaktoren.

   Jeder dieser Entwürfe wird der gutachtlichen Beratung technischer und juristischer Sachverständiger, welche vom Bundesrat hierzu berufen werden, unterstellt.

   Auf Grund dieser Begutachtung erfolgt die Feststellung der drei Entwürfe durch die Spezialredaktoren.

3. Nach beendigter erster Lesung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs wird zur Aufstellung des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs von dem Bundesrat eine Kommission ernannt, welche aus hervorragenden praktischen und theoretischen, mit dem Handelsrecht vertrauten Juristen sowie aus Mitgliedern der Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch besteht.
4. Die von den Spezialredaktoren ausgearbeiteten Teilentwürfe werden der Kommission übergeben und von dieser auf den Vortrag des Spezialredaktors in einmaliger Lesung beraten und festgestellt.
5. Der Inhalt des geltenden Handelsgesetzbuches wird durch einen von der Kommission sofort nach ihrem Zusammentritt bestellten Hauptreferenten der Revision unterzogen.

   Der aus dieser Revision hervorgegangene vorläufige Entwurf wird von der Kommission beraten und festgestellt. Zu dieser Beratung sind Mitglieder des Handelsstandes beizuziehen.
6. Sodann beschließt die Kommission, auf den nach vorgängiger Verständigung mit den Spezialredaktoren erstatteten Vortrag des Hauptreferenten, über die einheitliche Zusammenfügung der aus den Kommissionsberatungen hervorgegangenen Teilentwürfe und unterzieht den Gesamtentwurf der endlichen redaktionellen Feststellung.

   Der so in erster Linie vollendete Gesamtentwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches wird nebst Motiven veröffentlicht und den Bundesregierungen mitgeteilt.
7. Nach beendigter zweiter Lesung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs wird auf den Vortrag des Hauptreferenten der Gesamtentwurf des Handelsgesetzbuchs einer zweiten Lesung nnd schließlichen redaktionellen Feststellung durch die Kommission unterzogen.

   Der so festgestellte Entwurf nebst Motiven wird dem Bundesrat überreicht."

Auf den unter dem 9. Juni 1874 erstatteten Bericht des Ausschusses für Justizwesen trat der Bundesrat in der Sitzung vom 22. Juni 1874 den gesamten Vorschlägen bei, indem er zugleich beschloß, die vom Reichstag angeregte Revision der Gesetzgebung über Aktiengesellschaften einstweilen zu sistieren und sie vielmehr mit der Revision des Handelsgesetzbuchs zu verbinden.

Die Folgezeit hat nur den geringsten Teil der Bundesratsbeschlüsse hinsichtlich der Kodifikation des Handelsrechtsstoffes festgehalten. Da sich die Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs erheblich länger hinzog, als ursprünglich angenommen war, sah sich die Reichsregierung im Anfang der achtziger Jahre genötigt, die Revision des Aktienrechts selbständig vorzunehmen und das umfangreiche Gesetz dem alten Handelsgesetzbuch einzuverleiben. Von den drei hinzutretenden Materien, die nach den Vorschlägen dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs eingefügt werden sollten, wurde nur das Binnenschiffahrtsrecht reichsgesetzlich geregelt, während das Binnenversicherungs- und Verlagsrecht einstweilen

liegen blieben. Auf der anderen Seite erzeugten die wirtschaftlichen Verhältnisse zahlreiche Gesetze, die Materien regelten, hinsichtlich welcher die Frage, ob sie in das neue Handelsgesetzbuch aufzunehmen seien, mit mindestens gleichem Rechte wie für das Verlagsrecht, aufgeworfen werden werden konnte; insbesondere galt dies von dem Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, von dem Depotgesetz und von dem Börsengesetz.

Die Aufnahme, welche der im Jahre 1888 erschienene erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs fand, ließ es geraten erscheinen, von weiteren Plänen hinsichtlich anderer Gesetzbücher einstweilen abzusehen. Das Gelingen des ganzen Kodifikationswerkes war zweifelhaft geworden und die Anstrengungen derjenigen, die um das Zustandekommen der Rechtseinheit sich sorgten, konzentrierten sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch. Die Aufgabe der vom Bundesrat einberufenen Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs war eine so umfassende, die Möglichkeit der Änderungen grundlegender Art eine so naheliegende, daß vor Abschluß der zweiten Lesung eine Übersicht des dem Handelsgesetzbuch doch zugrunde liegenden bürgerlichen Rechts nicht möglich war. Wie sehr die Arbeit der zweiten Kommission den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches umgestaltete, trat mit Bezug auf das Handelsrecht zumal beim Gesellschaftsrecht hervor, wo an Stelle der römischrechtlichen societas die deutsche gesamte Hand gesetzt und damit für die Ausgestaltung des neuen Handelsgesetzbuches eine gänzlich andere Grundlage geschaffen wurde.

Erst nach Beendigung der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1895 ging man im Reichs-Justizamt an die Aufstellung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs. Aber jene hochfliegenden Pläne, die die Vorkommission hinsichtlich der Kodifikation des Handelsrechts geäußert hatte, wurden nicht verwirklicht. Bereits die in den Jahren 1887 bis 1889 erschienene verdienstvolle Vorarbeit „Zur Revision des Handelsgesetzbuchs" von Dr. J. Rießer war zu wesentlich engerer Begrenzung gelangt, indem sie sich gegen die Aufnahme des Reichseisenbahnrechts, der Seemannsordnung, der Gesetze über das Immaterialgüterrecht, Verlagsrecht, Recht der Banken aussprach (S. 425, 154). Das Recht der Inhaberpapiere war zum größten Teil durch den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt. — Die ungeheuren Schwierigkeiten, welche die Fertigstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs verursachte, hatten eine große Müdigkeit erzeugt. Es erschien in hohem Grade bedenklich, das so schwer dem Ziele nahe gebrachte Kodifikationswerk des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch eine dem Umfange nach gleich große, viele Arbeiten und Beratungen erfordernde Kodifikation des gesamten Handelsrechtsstoffes zu verzögern, wenn nicht gar zu vereiteln, zumal eine Änderung handelsrechtlicher Gesetze bei dem schnellen Wechsel der wirtschaftlichen Verhältnisse des Handels leichter zu gewärtigen war als eine Änderung zivilrechtlicher Normen. Immerhin hätte sich die Einfügung einzelner Gesetze in das neue Handelsgesetzbuch aus Gründen der Methodik empfohlen; insbesondere galt dies von dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und dem Binnenschiffahrtsgesetz, da in beiden Materien behandelt waren, die im engsten Anschluß an das Handelsgesetzbuch standen. Aber auch hiervon

nahm man Abstand. Man beschränkte sich vielmehr auf eine Revision des alten Handelsgesetzbuchs und fügte als neue Abschnitte nur ein die Abschnitte (damals „Titel") über die Handlungsagenten und über das Lagerschäft, auch regelte man die Verhältnisse der Privathandelsmäkler. Das Seerecht sollte zudem sachlich fast unverändert bleiben, die Befriedigung eines Bedürfnisses für sachliche Änderungen sollte „zunächst noch verschoben werden, um die Fülle der Aufgaben, welche die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts ohnehin zu bewältigen hat, nicht über Gebühr zu vermehren".[1])

Die Revision sollte zur Aufgabe haben, einerseits die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs mit dem Inhalte des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang zu bringen, andererseits diejenigen Änderungen und Ergänzungen des Handelsgesetzbuchs vorzunehmen, welche sich nach den Erfahrungen in dem Zeitraume von über dreißig Jahren, der seit dem Zustandekommen des Gesetzbuchs verstrichen ist, als wünschenswert gezeigt haben."[2])

Was den ersten Teil der Aufgabe betraf, so schloß er eine Verminderung des dem Handelsgesetzbuch zufallenden Rechtsstoffes in sich, da infolge der Herübernahme zahlreicher Grundsätze in das Bürgerliche Gesetzbuch,[3]) zumal das bisherige vierte Buch starke Kürzungen erfahren mußte. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch wurde das Handelsgesetzbuch zu einem wirklichen Nebengesetze, das in Fragen grundlegender Art vielfach auf das Bürgerliche Gesetzbuch verwies. Es verlor damit jene abgerundete Gestalt, die dem Kaufmannsstande den Gebrauch des Gesetzbuchs so bequem gemacht hatte.

Der zweite Teil der Aufgabe brachte umgekehrt eine Vermehrung des Rechtsstoffes, die sich zumal im Firmenrecht und Aktienrecht stark bemerklich machen mußte.

Der im Reichs-Justizamt aufgestellte Entwurf, welcher den Inhalt der ersten vier Bücher des alten Handelsgesetzbuchs betraf, gelangte im Herbst 1895 zum Abschluß. Dieser aus 414 Paragraphen bestehende, mit einer „Begründung zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich" versehene Entwurf[4]) wurde als „Vorarbeit" der begutachtenden Beratung einer Kommission unterbreitet, die sich aus Juristen[5]), Kaufleuten und Industriellen[6]) zusammensetzte und zu der auch Vertreter

---

[1]) Denkschrift zum Entwurf I S. 4.

[2]) Denkschrift zum Entwurf I S. 3.

[3]) Hierüber J. Nießer, der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1894.

[4]) Weder der Entwurf noch die Begründung sind in den Buchhandel gelangt.

[5]) Darunter der Reichsgerichtsrat Bolze, der badische Landgerichtsrat Düringer, der Professor Gierke, der Justizrat Heiliger (Köln), der mecklenburgische Ministerialrat Langfeld, der preußische Landgerichtsrat Munk, der Justizrat Pemsel (München), der Rechtsanwalt J. Nießer, der hanseatische Oberlandesgerichtspräsident Sieveking, der württembergische Oberlandesgerichtsrat Veiel.

[6]) Darunter Bueck, Generalsekretär des Zentralverbandes deutscher Industrieller in Berlin, Geh. Kommerzienrat Frentzel (Berlin), Geh. Kommerzienrat Georgi (Plauen), Geh. Kommerzienrat Michel (Mainz), Geh. Kommerzienrat Michels (Köln), Bankdirektor Petri (Straßburg), Generalkonsul Russell (Berlin), Kaufmann Schütte (Bremen), Kommerzienrat Weidert (München).

sonst interessierter Kreise (z. B. der Handlungsgehilfen) bei den einschlägigen Fragen herangezogen wurden. Die Kommission, die unter dem Vorsitze des Staatssekretärs Nieberding in der Zeit vom 21. November bis 18. Dezember 1895 tagte, beriet in 21 Sitzungen den ganzen Entwurf.[1]) Ihre Vorschläge wurden in nicht wenigen Punkten berücksichtigt. Der daraufhin umgearbeitete Entwurf erschien nunmehr offiziell als „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichs-Justizamt" 1896.[2]) Er umfaßt 446 Paragraphen und ist in drei Bücher geteilt, jedes Buch in Titel, die umfangreicheren Titel in Abschnitte.

Der veröffentlichte Entwurf (Entw. I), zu dem aus den Kreisen der Beteiligten zahlreiche Äußerungen ergingen[3]), wurde im großen günstig aufgenommen; vor allem wurde die glückliche Redaktion des Gesetzestextes gerühmt. Hauptsächlich angefochten wurden die Bestimmungen, welche die Abgrenzung des Kaufmannsbegriffs, die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen durch die Staatsbehörde, die Nichtigkeitsklage bei Aktiengesellschaften und die Einengung des Geltungsbereiches des Gesetzbuches betrafen. In letzterer Beziehung hatte der Entwurf sich auf den Standpunkt gestellt, daß das neue Gesetzbuch im wesentlichen Standesrecht der Kaufleute sein sollte. Wie deshalb die objektiven Handelsgeschäfte ganz beseitigt wurden, so wurde der Grundsatz, daß auf nur einseitige Handelsgeschäfte die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Handelsgeschäfte Anwendung fänden, soweit nicht ein anderes bestimmt sei, zwar beibehalten, aber für wichtige Fälle ausgeschlossen. —

Der Entwurf wurde nicht einer Kommission zur zweiten Lesung übergeben. Vielmehr erfuhr er im Reichs-Justizamt eine Umarbeitung, gelangte hierauf an den Bundesrat und unter dem 22. Januar 1897 an den Reichsag. In der nunmehr vorliegenden Gestalt (Entw. II) schloß er das Seerecht (an dem, wie berührt, aber nur weniges geändert war)[4]) ein; er bestand aus 4 Büchern und 897 Paragraphen; jedes Buch zerfiel in Abschnitte, die umfangreicheren Abschnitte in Titel. Angeschlossen war ferner der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche, bestehend aus 28 Artikeln, von denen die Art. 10—12

---

[1]) Die Protokolle sind nicht amtlich publiziert. Mitteilungen über den Gang der Verhandlungen machte Rießer in der „Deutschen Juristenzeitung" I S. 131 ff., 152 ff.

[2]) Amtliche Ausgabe im Verlag von J. Guttentag.

[3]) Hervorzuheben sind die Gutachten der Handelskammern zu Hamburg, Bremen und Lübeck, die kritischen Besprechungen von K. Adler und Düringer (in Holdheim's Monatsschrift Bd. 5, 6), G. Cohn (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. XII.), Dickel (Bemerkungen zu dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs, 1897), Ehrenberg (Jahrb. für Dogmatik XXXVII S. 77), Gierke, Mittelstein, Simonson, Sieveking (Z. f. d. Handelsrecht Bd. XLV), Laband, Ring, Petri (Deutsche Juristenzeitung I. S. 345, 409, II. S. 15 ff.), Lastig in Conrads Jahrb. für Nationalökonomie 1897, K. Lehmann (Archiv für civilist. Praxis LXXXVI. S. 289 ff.), Makower-Simon (Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs, 1896), Munk bei Gruchot Bd. XL S. 697, M. Pappenheim in Z. f. d. Handelsrecht Bd. XLVI S. 519 ff., Derselbe das Transportgeschäft nach dem Entw. eines H.G.B. 1896, Staub, kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelgesetzbuchs 1896.

[4]) Vgl. hierzu M. Pappenheim in Z. f. d. Handelsrecht Bd. XLVI S. 255 und Spahn in der D. Juristenz. Bd. II S. 289 ff.

die durch das neue Handelsgesetzbuch notwendig gewordenen Abänderungen der Gesetze betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie des Binnenschiffahrtsgesetzes enthielten und der Art. 13 den Reichskanzler ermächtigte, die abgeänderten drei Gesetze in neuer Fassung zu publizieren. Beigegeben war eine Denkschrift, eine Umarbeitung der Denkschrift zum ersten Entwurf, unter Berücksichtigung der vorgenommenen Änderungen und Erweiterungen.

Die erste Beratung des Entwurfes begann in der 170. Sitzung am Montag, den 8. Februar 1897, und setzte sich fort in der 171. und 172. Sitzung am 9. und 10. Februar. Nachdem der Staatssekretär des Reichs-Justizamtes Dr. Nieberding in meisterhafter Rede die Ziele und wichtigsten Reformen des Entwurfes entwickelt und die Abgeordneten Roeren, Traeger, von Buchka, Frese, Gamp, von Strombeck, Bassermann, Stadthagen, von Werdeck-Schorbus, Lenzmann, und Beckh Namens der einzelnen Fraktionen, beziehungsweise in Vertretung ihres Sonderstandpunktes Stellung zu dem Entwurf im Ganzen genommen hatten, wurde der Antrag des Abgeordneten Roeren auf Einsetzung einer 21 gliedrigen Kommission (der XVIII. Kommission) einstimmig angenommen.

Die Kommission konstituierte sich am 11. Februar 1897, wählte zum Vorsitzenden den Abgeordneten Dr. Spahn, zu dessen Stellvertreter den Abgeordneten Freiherrn von Gültlingen, zu Berichterstattern für das erste und zweite Buch den Abgeordneten Bassermann, für das dritte und vierte Buch und das Einführungsgesetz den Abgeordneten Wellstein.[1]) Als Vertreter der verbündeten Regierungen nahmen an den Beratungen teil: die Bevollmächtigten zum Bundesrat, Staatssekretär des Reichs-Justizamtes Dr. Nieberding, Ministerialrat Ritter von Heller, Bevollmächtigter Bayerns, Ministerialdirektor von Schicker, Bevollmächtigter Württembergs, Geheimer Rat von Jagemann, Bevollmächtigter Badens, Ministerialrat Dr. Langfeld, Bevollmächtigter von Mecklenburg Schwerin, Dr. Klügmann, Bevollmächtigter für Lübeck, Bürgermeister Dr. Pauli und Senator Dr. Marcus, Bevollmächtigte für Bremen, Senator Dr. Burchard, Bevollmächtigter für Hamburg; des ferneren fungierten als vom Bundesrat berufene besondere Kommissarien die Kaiserlichen Geheimen Oberregierungsräte Dr. Gerstner, Dr. Hoffmann, Wermuth, Dr. Wilhelmi.

Die Beratung der ersten Lesung wurde in zehn, die der zweiten Lesung in sechs Sitzungen erledigt. Unter dem 1. April 1897 wurde der Bericht erstattet. Die vorgenommenen zahlreichen Änderungen waren zum weitaus größeren Teil unerheblicher Art, die wichtigsten betrafen die allgemeinen Vorschriften des dritten Buches und zielten dahin, die Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht zu verstärken, bezw. den Gel-

---

[1]) Der Kommission gehörten noch ferner an die Abgeordneten Dietz, Frese, Gamp, Himburg, Lenzmann, Lerno, Münch-Ferber, Trimborn, Roeren, Schippel, Singer, Traeger, Dr. Vielhaben, von Podbielski, von Janta-Polczynski, Wattendorff, von Werdeck-Schorbus. An die Stelle Ausgeschiedener traten später ein Placke, Schmidt (Warburg), von Strombeck.

tungsbereich des Handelsrechts einzuschränken. Auch wurde beschlossen, den Abschnitt über die Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, mit Ausnahme einer Bestimmung, bereits am 1. Januar 1898 in Kraft treten zu lassen.

Die zweite Lesung des Entwurfs im Reichstag fand in der 206. und 207. Sitzung am Montag den 5. April und Dienstag den 6. April 1897 statt. Von wesentlichen Änderungen gegenüber den Beschlüssen der Kommission sind die Fassung des § 245 und die Wiederherstellung der von der Kommission gestrichenen §§ 348—351 hervorzuheben.

Die dritte Lesung erfolgte in der 208. Sitzung am Mittwoch, den 7. April 1897 und schloß mit der einstimmigen Annahme des Entwurfs.

Der aus 905 Paragraphen bestehende Entwurf des Handelsgesetzbuchs nebst dem aus 28 Artikeln bestehenden Entwurf des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch wurde nach erfolgter Sanktion seitens des Bundesrates promulgiert durch den Kaiser am 10. Mai 1897. Die Verkündung erfolgte durch das Reichs-Gesetzblatt am 21. Mai 1897.

Nach Art. 1 Abs. 1 des Einführungsgesetzes trat das Handelsgesetzbuch gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Nach Art. 1 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch trat der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuches mit Ausnahme des § 65 bereits am 1. Januar 1898 in Kraft.

Abs. 3 des genannten Artikels ermächtigte ferner den Kaiser, durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats vor dem 1. Januar 1900 den siebenten Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuches in Kraft zu setzen; doch ist von dieser Delegation kein Gebrauch gemacht worden.

Art. 13 des Einführungsgesetzes ermächtigte weiter den Reichskanzler, die Texte des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, wie sie sich aus den in den Artikeln 10 bis 12 vorgesehenen Änderungen ergaben, unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen und Abschnitte durch das Reichs-Gesetzblatt bekannt zu machen. Die Bekanntmachung erfolgte am 20. Mai 1898.

Die Revision des Transportrechtes im Handelsgesetzbuche hatte endlich eine Umgestaltung der Eisenbahnverkehrsordnung im Gefolge. An die Stelle der älteren Eisenbahnverkehrsordnung vom 15. November 1892 trat die vom Bundesrat am 26. Oktober 1899 erlassene Eisenbahnverkehrsordnung, an deren Stelle die neue Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 getreten ist.

Von den sonstigen Nebengesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch besitzt für das Handelsgesetzbuch die unmittelbarste Bedeutung das Reichsgesetz, betreffend die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, insofern es das Verfahren in Registersachen regt und die sachliche Zuständigkeit der Gerichte bestimmt, deren Mitwirkung das Handelsgesetzbuch in zahlreichen Fällen in Anspruch nimmt. In das materielle Recht einschneidende Sätze enthält ferner die Reichskonkursordnung (insbesondere § 212).

Wieweit die älteren Reichsgesetze vom Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch berührt werden, ergibt sich aus den Vorschriften der Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch. Doch haben zahlreiche ältere Reichsgesetze inzwischen mehr oder minder bedeutsame Abänderungen erfahren. Insbesondere

a) Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung, welche, mit Ausnahme des Art. 80, bei Bestand geblieben war (Art. 8 Nr. 2 des E.H.G.B.) wurde durch das Gesetz vom 30. Mai 1908 in wichtigen Punkten geändert und der abgeänderte Text wurde kraft der dem Reichskanzler erteilten Ermächtigung am 3. Juni 1908 aufs neue als „Wechselordnung" publiziert.

b) An Stelle des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 trat das Börsengesetz von 1908 (Bekanntm. des Reichskanzlers vom 27. Mai 1908.)

c) Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 wurde ersetzt durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.

Von den Reichsgesetzen, die nach der Publikation des Handelsgesetzbuches neu erlassen sind, verdienen besondere Hervorhebung: das Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897, das Hypothekenbankengesetz vom 13. Juli 1899, das Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 nebst Novelle vom 14. Mai 1914, das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901, welches letztere gleichzeitig mit dem neuen Gesetz über das Urheberrecht mit dem 1. Januar 1902 in Kraft tritt, das Gesetz betr. Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904, das Scheckgesetz vom 11. März 1908, das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 nebst Gesetz betr. Änderung der Vorschriften des H.G.B. über die Seeversicherung von gleichem Tage, das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909.

Durch diese Gesetze sind die der Landesgesetzgebung gemachten Vorbehalte (E.H.G.B. und E.B.G.B.) für das Gebiet des Handels auf ein Minimum reduziert.

Das neue Handelsgesetzbuch selbst ist durch mehrfache Gesetze seit seinem Inkrafttreten abgeändert worden. Der größte Teil dieser Gesetze betrifft das Seerecht. Wichtig für diesen Kommentar ist die Wettbewerbverbotsnovelle vom 10. Juni 1914 (darüber Bd. I S. 253ff.).

Besondere Ausführungsgesetze (bezw. Verordnungen) zum Handelsgesetzbuch haben keineswegs alle Bundesstaaten erlassen. Vielmehr ergingen solche nur in:

a) Preußen unter dem 24. September 1899;
b) Anhalt unter dem 20. April 1899;
c) Braunschweig unter dem 12. Juni 1899;
d) Bremen unter dem 18. Juli 1899;
e) Hamburg unter dem 29. Dezember 1899;
f) Hessen unter dem 20. Juli 1899;
g) Lippe unter dem 27. November 1899;
h) Mecklenburg-Schwerin unter dem 9. April 1899;

i) Mecklenburg-Strelitz unter dem 9. April 1899;
k) Reuß ältere Linie unter dem 4. November 1899;
l) Reuß jüngere Linie unter dem 10. August 1899;
m) Königreich Sachsen (Verordnung der Minister der Justiz und des Innern zur Ausführung des Handelsgesetzbuchs vom 10. November 1899);
n) Sachsen-Coburg und Gotha unter dem 23. Oktober 1899;
o) Sachsen-Meiningen unter dem 13. August 1899;
p) Sachsen-Weimar-Eisenach unter dem 10. April 1899;
q) Schwarzburg-Rudolstadt unter dem 11. Juli 1899;
r) Waldeck unter dem 11. Dezember 1899.

In Baden (Allgemeine Ausführungs-Verordnung vom 11. November 1899), Bayern (Zuständigkeitsverordnung vom 24. Dezember 1899), Lübeck (Gesetz vom 30. Oktober 1899), Oldenburg (Gesetz vom 15. Mai 1899), Sachsen-Altenburg (Verordnung am 24. Juni 1899), Württemberg (Gesetz vom 28. Juli 1899) betreffen die Ausführungsgesetze das Bürgerliche Gesetzbuch und dessen Nebengesetze.

In Elsaß-Lothringen, Schaumburg-Lippe und Schwarzburg-Sondershausen fehlt es an besonderen Ausführungsbestimmungen zum Handelsgesetzbuch.

Doch ist für sämtliche Bundesstaaten der Inhalt auch der Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Reichsgesetze betreffend die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu berücksichtigen, nicht minder besondere gesetzliche Bestimmungen über die Anstellung von Handelsmäklern (z. B. Schwarzburg-Sondershausen Gesetz vom 29. Juli 1899). Den gesamten Stoff findet man in Becher, Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde. 1901, nebst Ergänzungsband, ferner in Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. III (1900) und bei Friedberg, die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs 9. Aufl. S. 1057 ff.

Allgemeine Vorbemerkung.

1. In der äußeren Gruppierung des Rechtsstoffes stimmt das neue Handelsgesetzbuch im Großen mit dem alten überein; nur sind die aus letzterem (Art. 1, 2) übernommenen allgemeinen Bestimmungen in das Einführungsgesetz (Art. 2) verwiesen und ist die stille Gesellschaft mit den Handelsgesellschaften in einem Buche vereinigt worden. Durch die damit erzielte Zusammenziehung sind die fünf Bücher des alten H.G.B. auf vier zusammengeschmolzen, deren Überschriften lauten:

Erstes Buch: Handelsstand (alte Fassung: Vom Handelsstande).
Zweites Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft (alte Fassung: Zweites Buch: Von den Handelsgesellschaften, Drittes Buch: Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung).
Drittes Buch: Handelsgeschäfte (alte Fassung: Viertes Buch: Von den Handelsgeschäften).
Viertes Buch: Seehandel (alte Fassung: Fünftes Buch: Vom Seehandel).

2. Das alte H.G.B. zerlegte die Bücher in Titel, die Titel in Abschnitte, das neue H.G.B. kehrt, im Anschluß an das B.G.B., das Verhältnis von Titeln und Abschnitten um. Abschnitte sind die Unterabteilungen der Bücher, Titel die Unterabteilungen der Abschnitte. Das alte H.G.B. zählte nach Artikeln, das neue zählt im Anschluß an das B.G.B. nach Paragraphen. Das Einführungsgesetz zum alten H.G.B. distinguiert nach Paragraphen, das Einführungsgesetz zum neuen H.G.B., gleich dem E.B.G.B., nach Artikeln.

Erstes Buch.

Handelsstand.

1. Dieses Buch zerfiel im alten H.G.B. in sieben „Titel", im neuen ist die Zahl der „Abschnitte" um einen gewachsen, den über Handlungsagenten.

2. Die den „Handelsstand" betreffenden Normen des H.G.B. soll das erste Buch umfassen, d. h. diejenigen Normen, welche den Kaufmannsbegriff abgrenzen, dem Kaufmannsstande eigentümliche Einrichtungen (Handelsregister, Handelsfirma, Buchführung, Vollmachten) regeln und das Verhältnis des Kaufmanns zu seinen Hilfspersonen (sei es unselbständigen Organen, sei es selbständigen Hilfspersonen) ordnen. Während das alte H.G.B. diesen Rahmen auch getreu innehielt, hat das neue H.G.B. ihn mehrfach gesprengt. So findet sich der nach § 1 gehörige Satz, daß Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten nicht Kaufleute sind, im dritten Buche (§ 452 Satz 2). Die Handelsmäkler des neuen H.G.B. gehörten nicht in das erste, sondern in das dritte Buch, da sie auch für Nichtkaufleute Vermittlungen übernehmen können und es gleichgültig ist, ob das von ihnen vermittelte Geschäft Handelsgeschäft ist (vgl. § 93). Im Abschnitte über die Handelsfirma werden Sätze über die Schuldenhaftung bei Geschäftsübernahmen eingeschaltet, die in das dritte, teilweise das zweite Buch gehörten usw. (Vgl. Gutachten der Handelskammern zu Hamburg, Bremen und Lübeck über den Entw. eines H.G.B. S. 6.)

Erster Abschnitt.

Kaufleute.

Vorbemerkung.

1. Mit der Begriffsbestimmung des Kaufmanns setzt das Gesetzbuch ein. Sie findet sich im ersten Absatz des § 1. Der § 1 Abs. 2, die §§ 2, 3 führen die Definition, die am Eingang des Gesetzbuches steht, durch Abgrenzung des Handelsgewerbsbegriffs weiter durch. Aber das Handelsgewerbe ist nur ein wichtiges Glied in der Wortreihe des § 1 Abs. 1. § 1 Abs. 1 ist der die Materie beherrschende Satz, die folgenden Sätze sind ihm untergeordnet, weil sie ihn erläutern. Korrekter wäre es gewesen, § 1 Abs. 1 zu einem selbständigen Paragraphen zu erheben und § 1 Abs. 2 von ihm zu trennen. An dem Sinn kann aber kein Zweifel bestehen.

2. § 1 Abs. 1 entspricht dem Art. 4 des alten H.G.B. Art. 4 stellte als Kaufmann hin, „wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte" betrieb. Was „Handelsgeschäfte" seien, wurde an anderer Stelle (Art. 271 ff.) bestimmt. § 1 Abs. 1 läßt Kaufmann sein, wer ein „Handelsgewerbe" betreibt und bestimmt im Folgenden, was „Handelsgewerbe" ist.

Die Abweichung beruht auf dem innerlich verschiedenen Ausgangspunkt beider Gesetzbücher.

Das alte H.G.B. ist von der Auffassung durchtränkt, daß das Handelsrecht ein Sonder (-Spezialrecht) für die Tatbestände des Handels ist. Ihm ist der Begriff des einzelnen Handelsgeschäfts nicht nur ein innerlich vom Handelsgewerbe losgelöster (absolute Handelsgeschäfte), sondern ein den Kaufmannsbegriff geradezu bedingender.

Dem neuen H.G.B. ist das Handelsrecht prima facie Kaufmannsrecht, absolute Handelsgeschäfte kennt es überhaupt nicht mehr, umgekehrt dehnt es den Kaufmannsbegriff weit über seine früheren, natürlichen Grenzen aus. Der Begriff der Handelsgeschäfte ist ihm ein vom Handelsgewerbe, d. h. dem Gewerbe des Kaufmanns, abhängiger geworden. Kein Handelsgeschäft, das außerhalb eines Handelsgewerbes steht. Bei radikaler Durchführung dieses Gedankens wäre das Gesetzbuch zur Anerkennung nur akzessorischer Handelsgeschäfte im Sinne des § 343 gelangt und wäre § 2 unter Streichung von § 1 Abs. 2 zur allein maßgebenden Norm für den Begriff des Handelsgewerbes erhoben worden. Das Gesetzbuch hat es aber nicht gewagt, die letzten Folgerungen seiner Grundauffassung zu ziehen. Es hat die Kategorie der sg. subjektiven Grundhandelsgeschäfte beibehalten und so zwei Arten von Kaufleuten geschaffen, solche kraft gewerbemäßigen Betriebes von Grundhandelsgeschäften (§ 1 Abs. 2) und solche kraft Registrierung (§§ 2, 3). Damit hat es trotz Streichung der absoluten Handelsgeschäfte bei den Minderkaufleuten stets, bei den Vollkaufleuten vielfach die Abhängigkeit des Kaufmannsbegriffs von dem Gegenstand seines Gewerbes, somit also von den Handelsgeschäften, aufrecht erhalten. Wohl aber rechtfertigt sich durch den Standpunkt des Gesetzbuches die äußere Voranstellung des Handelsgewerbes und die Unterbringung der Grundhandelsgeschäfte an dieser Stelle (Denkschr. I S. 12, II S. 3145).

§ 1.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;

2. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der 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.

Entw. I § 1, II § 1; Denkschr. I S. 8—15, II S. 3143—3146; Kommissionsber. S. 3869—3871, 3873, 3874; Stenogr. Ber. S. 4549, 4562, 4580, 4589; A.D. H.G.B. Art. 4, 6—9, 271—275.

Absatz I.

1. Der Kaufmannsbegriff überhaupt.

1. Das Gesetzbuch bestimmt nur, wer in **seinem Sinne** Kaufmann ist. Es will keine allgemeine Begriffsbestimmung des Kaufmanns geben, es will nur feststellen, was es selbst (einschließlich des Einführungsgesetzes) unter Kaufmann versteht. Dahin gestellt läßt es, wie andere Reichs- und Landesgesetze den Kaufmannsbegriff auffassen. Demnach braucht nicht notwendig Kaufmann im Sinne der Gewerbegesetze, Steuergesetze, staatsrechtlicher Normen, der Prozeß- und Strafgesetze, ja selbst des bürgerlichen Rechts oder anderer Handelsgesetze zu sein, wer nach dem H.G.B. Kaufmann ist. Theoretisch (nicht praktisch) von Interesse ist z. B., daß der Begriff der Kaufleute im B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1 dem alten, nicht dem neuen Kaufmannsbegriff angepaßt ist, wie die besondere Aufführung des Fabrikanten neben den Kaufleuten lehrt (vgl. Motive zum Entw. I B.G.B. Bd. I S. 300, auch Brand § 1 Nr. 1). Die fiktiven Kaufleute insbesondere (vgl. bei § 6) werden häufig nicht Kaufleute im Sinne anderer Gesetze sein. Doch wird der vom H.G.B. aufgestellte Kaufmannsbegriff jedenfalls da zu Grunde zu legen sein, wo ein Gesetz nur zur Ausführung des H.G.B. dient, z. B. dessen Vorschriften über Firmen durch gewerbepolizeiliche Bestimmungen ergänzt (vgl. E.H.G.B. Art. 9), oder wo auf Rechte, die nach dem H.G.B. Kaufleuten zustehen (z. B. Firma) bez. Pflichten, die ihnen obliegen (z. B. Buchführung), Bezug genommen wird, oder wo von der Eintragung in das Handelsregister gewisse Folgen abhängig gemacht werden (z. B. § 8 des Reichsgesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, § 53 Abs. 1 des Börsengesetzes von 1908). Auch wird bei nach dem H.G.B. erlassenen Reichsgesetzen, die handelsrechtliche Materien betreffen, im Zweifel von der Begriffsbestimmung des H.G.B. auszugehen sein. Auf ihr beruht jedenfalls § 101 des G.V.G., ferner §§ 8—11 des Bankdepotgesetzes, § 1 des Gesetzes betr. Kaufmannsgerichte. Das durch einzelne Einführungsgesetze zum alten H.G.B. (z. B. bayerisches Art. 6, vgl. Behrend § 24 A. 15) beobachtete Verfahren, den handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff als schlechthin maßgeblichen hinzustellen, hat angesichts der veränderten Begriffsbestimmung auch für die dem Landesrecht verbleibenden Materien keine Bedeutung für das neue H.G.B. Nr. 1.

2. Der Betrieb eines **Handelsgewerbes** macht zum Kaufmann. Der Kaufmann muß ein Gewerbe betreiben und dies Gewerbe muß ein Handelsgewerbe sein. Nr. 2.

Welches Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, setzt das Gesetzbuch selbst fest. Den Begriff des Gewerbes (Gewerbebetriebes, gewerblichen Unternehmens) setzt es voraus. Dieser Begriff darf nicht aus der Gewerbeordnung entnommen werden, weil er sich mit dem dort aufgestellten nicht ganz deckt. So unterfallen Ärzte nach § 29 G.O. der gewerblichen Approbation, während sie im Sinne des H.G.B. gewöhnlich nicht Gewerbetreibende sind (unten Nr. 6). Auf der anderen Seite ist Land- und Forstwirtschaft im Sinne der G.O. kein Gewerbe, während § 5 auch auf versehentlich eingetragene Landwirte zu erstrecken sein wird.

Unter **Gewerbe** ist ein primär auf Erzielung eines Einkommens gerichteter und sich als solcher offenbarender Inbegriff von Tätigkeiten zu verstehen (Goldschmidt, Hdb. § 43, Cosack § 7). Es muß sich somit handeln:

Nr. 3. a) Um einen **Inbegriff** (Komplex) von Tätigkeiten. Den Gegensatz bilden gelegentliche Tätigkeiten (R.O.H.G. XIV S. 118, III S. 407), selbst wenn deren Zahl eine nicht geringe ist, (häufiges Spekulieren, häufiges Botengehen, Transportieren, Bolze II Nr. 712, R.G.Z. XXXVIII S. 18f., LXVI S. 51), weil es an dem einheitlichen Gewerbswillen fehlt. Das Gewerbe wird regelmäßig auf die Dauer berechnet sein, doch ist ein nur für kurze Zeit, z. B. die Dauer einer Ausstellung, einer Badesaison, eines Kongresses berechnetes Gewerbe nicht ausgeschlossen. Und begrifflich ganz unerheblich ist die tatsächliche Dauer. Es kann sogar das den Gewerbebetrieb eröffnende Geschäft das einzige sein, weil der Gewerbetreibende sofort stirbt. Die Tätigkeiten können regelmäßig und unregelmäßig wiederkehrende, (z. B. beim Pächter einer Eisbahn) sein, sofern es sich nur um einen Inbegriff von Tätigkeiten handelt. Sie können tatsächliche und rechtsgeschäftliche sein, doch kommen für das Handelsgewerbe vorwiegend die letzteren in Betracht. Sie können gleichartige und im einzelnen verschiedene sein, nur müssen sie durch einen gemeinsamen Gewerbsgedanken zusammengehalten werden. Das Gewerbe eines Kaufmanns kann danach zum Gegenstand haben Umsatz von Waren bestimmter Art oder von Waren aller Art oder auch Bankgeschäfte oder alle kaufmännischen Tätigkeiten, sofern nur klar ist, daß der Inbegriff von Tätigkeiten sie alle unmittelbar (nicht einzelne als bloße Hilfstätigkeiten) umfassen soll. Das Gewerbe bleibt auch das gleiche, wenn die Art der Tätigkeiten sich im Laufe der Zeiten ändert (Änderung der Branche ist noch nicht Aufgabe des Gewerbes, was für die Firma wichtig ist).

Nr. 4. b) Der Inbegriff von Tätigkeiten muß auf **Erzielung eines Einkommens**, auf **Erwerb** gerichtet sein. Wo jede Erwerbsabsicht fehlt, ist kein Gewerbe vorhanden. Kein Gewerbe betreibt, wer unentgeltlich seine Tätigkeit politischen oder wissenschaftlichen Zwecken widmet, oder wer nur die Kosten seines Unternehmens herausschlagen will (vgl. Adler-Clemens Nr. 1726. Öffentliche Sparkassen ebendas. Nr. 117, 1369, 1823; LG. Konstanz bei Sobernheim S. 175); doch muß bei der Sparkasse jede Gewinnabsicht fehlen, will sie zugleich Gewinn erzielen, so ist sie Kaufmann und zwar Bankier. Adler-Clemens Nr. 388, 477, vgl. Busch XVIII, S. 124. KG. in Johow-Ring XXXIII A 110; L.G. Schwerin in Meckl. Z. f. Rpfl. XXIV S. 348; L.G. Hamburg bei Sobernheim S. 55; O.L.G. Jena in Entsch. F.G. II S. 23 = Joh.-R. XXI D 13). Kein Gewerbe betreiben eine Landschaft, ein ritterschaftliches Kreditinstitut, Offizier-Kasinos, gesellige „Societäten", Rabatt- und Handelsschutzverbände (R.G.Z. LXXIII S. 111, KG. in Johow-Ring XXI A 75) Kantinen, (vgl. Bad. Verw. Gerh. bei Neumann Jahrb. III 2 S. 1), Konsum- und Lebensmittelvereine, ein Vorschuß-Verein, sofern sie nur für ihre Mitglieder und um der Sicherung, nicht der Spekulation ihrer Mitglieder willen tätig sind (R.O.H.G. V S. 210, K.G. in Entsch. F.G. II S. 19 = Johow-Ring XXI A 75 = O.L.G. Rspr. II S. 122, K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 413ff., in Entsch. FG. XI S. 200, O.L.G. Naumburg bei Sobernheim S. 53). Derartige Vereine brauchen noch nicht ideale Vereine zu sein, sie können einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne vom B.G.B. § 22 bezwecken (vgl. R.G. in J.W. 1914 Nr. 1), brauchen darum aber noch kein Gewerbe zu betreiben (a. A. Silberschmidt bei Holdheim 1907 S. 214). Die Verfolgung idealer neben gewinnerstrebenden Zwecken schließt den Begriff des Gewerbes nicht aus (O.L.G. Jena in Entsch. F.G. II S. 23 = Johow-Ring 21 D 13, K.G. in Entsch. F.G. II S. 176, K.G. in Johow-Ring XXXIII A 109, XLI S. 118). Es wird, wie das K.G. richtig bemerkt, darauf ankommen, ob neben dem idealen Zweck rein äußerlich ein gewerblicher stattfindet oder ob der gewerbliche Betrieb nur innerhalb des idealen Gesamtzweckes und zur unmittelbaren Förderung des letzteren geschieht.

Treibt z. B. eine gesellige „Sozietät" wirklich Weinhandel, so liegt ein Gewerbe vor (vgl. den vom K.G. entschiedenen Fall in O.L.G. Rspr. XII S. 410ff.; ferner K.G. in Entsch. F.G. XI S. 200). Kein Gewerbe betreiben demnach religiöse Jünglingsvereine, Herberge zur Heimat u. dgl. (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 203ff. = Johow-Ring XXVIII A 34 = O.L.G. Rspr. IX S. 17; anders O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIV 6f. und Cohn in Z.H.R. LXXII S. 295). Dagegen ist gleichgültig, zu welchem Zweck der gemachte Erwerb verwendet werden soll. Ein Gewerbe kann auch der Staat und die Gemeinde betreiben (jetzt vom neuen H.G.B. anerkannt, vgl. unten Nr. 12 und bei § 36). Ob der Erwerb wirklich erzielt oder mit Verlust gearbeitet wird, ja, ob dies mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, ist unerheblich, wie umgekehrt bei fehlender Erwerbsabsicht die Erzielung von Ueberschüssen durch Ersparnisse bedeutungslos ist (z. B. bei militärischen Zwecken dienenden Staatseisenbahnen R.G.Z. XXXVII S. 297, bei nicht eingetragenen Konsumvereinen, die die erzielten „Gewinne" an diejenigen Mitglieder verteilen, welche Waren beziehen.)

c) Der Inbegriff von Tätigkeiten muß **primär** auf Erzielung eines Einkommens gerichtet sein. Ist die Erzielung des Einkommens nur das Sekundäre, so liegt kein Gewerbe vor, der Sprachgebrauch wendet dann das Wort „Beruf" an. So bei Künstlern, (R.G.Z. LXXV S. 52, K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 365 vgl. O.L.G. Jena in Seuffert LXVII Nr. 244), Dichtern, Komponisten im Gegensatz zu den Kunsthandwerkern u. dergl. (anders Cosack S. 21). Hoftheater werden deshalb regelmäßig nicht unter die gewerblichen Unternehmen fallen. So ferner bei allen Beamten als solchen. Wenn auch viele um des Broderwerbes willen Beamte werden, so tritt nach der gesellschaftlichen Auffassung hier das Autoritative einerseits, das Pflichtgemäße andererseits in den Vordergrund. So endlich auch bei Aerzten (K.G. in Entsch. F.G. II S. 24 = Johow-Ring XXI A 248 = O.L.G. Rspr. II S. 277), Rechtsanwälten, wissenschaftlichen Lehrern oder wissenschaftlichen Untersuchungsinstituten, wenngleich bei den Ärzten die G.O. von Gewerben spricht (G.O. § 29, R.G.Z. XXXIX S. 134) denn sie üben ihren Beruf nicht bloß um des Geldverdienens aus, sie erhalten keinen Lohn, sondern Honorar (vgl. Denkschrift I S. 15, II S. 3146, R.G.Z. LXVI Nr. 37, LXX S. 343). Freilich gilt dies nur insoweit, als der Beruf des Arztes, Anwalts usw. als solcher ausgeübt wird. Möglich ist es immerhin, daß auch ein Arzt ein Gewerbe betreibt, etwa als Wirt u. dgl. (vgl. K.G. in Entsch. F.G. II S. 24 = Johow-Ring XXI A 248 = O.L.G. Rspr. II S. 277, K.G. in O.L.G. Rspr. VIII S. 89, Johow-Ring XXI A 247) und danach unter § 1 oder § 2 H.G.B. fällt. Ähnlich bei chemischen, physikalischen, radiologischen Instituten. Vgl. den ein chemisches Laboratorium betreffenden Beschluß des Amtsgerichts Magdeburg und des Kammergerichts bei Sobernheim S. 33ff., auch Bayer. O.L.G. im Recht 1910 Nr. 2711. Nr. 6.

d) Das Gewerbe muß sich als solches **offenbaren** und zwar muß wenigstens für das Handelsgewerbe mit dem R.O.H.G. und Cosack S. 20 eine gewisse Öffenkundigkeit für das Publikum gefordert werden. Wenn für das ältere Recht Zweifel bestehen konnten, weil der Schwerpunkt in dem nicht gelegentlichen, sondern gewerbemäßigen Betreiben von Handelsgeschäften lag, so weist die neue Begriffsbestimmung, nach der Betrieb des Handelsgewerbes zum Kaufmann macht, auf offenen Betrieb hin. Gilt nach § 2 das eingetragene gewerbliche Unternehmen darum, weil es einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, als Handelsgewerbe, so kann das Handelsgewerbe des § 1 nur dann vorliegen, wenn für kaufmännischen Geschäftsbetrieb die Möglichkeit vorhanden ist, d. h. wenn eine Beziehung zum Publikum eröffnet ist (a. A. Staub-Bondi § 1 A. 12, 30 und M. Wolff in Berliner Festgabe für O. Gierke (Separatabdruck) S. 1, 2, letzterer aus Gründen, die nicht das Gewerbe, sondern nur die Person des augenblicklichen Inhabers treffen.) Wie diese Eröffnung stattgefunden hat, ist gleichgültig. Die Anmeldung der Firma zum Handelsregister ist die augenfälligste Manifestation, aber auch öffentliche Annoncierung, Versendung von Zirkularen, Eröffnung eines Ladens oder eines sonstigen Geschäftslokales, Einholung der polizeilichen Konzession zum Gewerbebetriebe, der häufige Besuch der Börse, das Engagieren von Personal, das Anstellen von Agenten, der Abschluß von Geschäften, ja schon eines Geschäftes, falls dadurch für das Publikum die Offenkundigkeit erzielt wird, d. h. falls es so, daß jeder davon Kenntnis nehmen darf, geschieht, genügen. Dieses eine Geschäft braucht dann nicht einmal Gewerbsgeschäft zu sein, d. h. nicht einmal zu den den Nr. 7.

Gegenstand des Gewerbes bildenden Geschäften zu gehören. Wer z. B. einen Laden mietet, Personal engagiert, Utensilien anschafft, den Vertrag über Bau der Fabrik abschließt, manifestiert damit sein Gewerbe als solches. Nicht dagegen, wer sich heimlich das Geld leiht, um sich Betriebskapital für das geplante Geschäft zu verschaffen. Kein Gewerbe betreibt danach der stille Spekulant, der durch seinen Kommissionär (Bankier) an der Börse dauernd spekuliert (R.O.H.G. IX S. 437, XXII S. 303, L.G. Mannheim in Z. XXXVII S. 525, R.G. in Z. XXXXVI S. 464 Nr. 7). Auf solche Personen sind die Sätze des neuen H.G.B. nicht zugeschnitten. Sie entsprechen den stillen Gesellschaftern, die als solche ja auch nicht Kaufleute sind.

Nr. 8. e) **Nicht notwendig** ist, daß das einzelne Gewerbe die **alleinige** oder hauptsächliche **Einkommensquelle** bildet. Es kann jemand zugleich aus Amtern, aus nicht werbendem Kapital Einkommen beziehen, mehrere Gewerbe betreiben. Letzterenfalls können die mehreren Gewerbe die gleiche wirtschaftliche Bedeutung für ihn haben, oder das eine kann Haupt-, das andere Nebengewerbe sein (vgl. bei § 3), das eine kann Handelsgewerbe, das andere landwirtschaftliches Gewerbe sein usw. (vgl. R.G.Z. LXIII S. 202).

Nr. 9. 3. Das Gewerbe **betreibt** derjenige, den die rechtlichen Folgen aus den Tätigkeiten unmittelbar treffen sollen (R.O.H.G. VII S. 301) in dessen Namen (bei Vollkaufleuten Firma) also die Geschäfte des Gewerbes geschlossen werden (R.G.Z. XXXVII S. 61, LXVI S. 418)[1]) gleichgültig, ob ihm das Gewerbsvermögen selbst zugehört oder ob er nur Nießbrauch oder Pachtrecht daran hat oder, wie bei Sicherungsübereignung eines Warenlagers, nur eine Art Kommissionarstellung behält (vgl. O.L.G. Karlsruhe in Entsch. F.G. XII S. 43 = Johow-Ring XLIV S. 331. Das Gewerbe kann demnach auch der Pächter oder Nießbraucher des Geschäftes betreiben (Behrend S. 209, 210, von Canstein I S. 185, Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 35, K.G. in Entsch. F.G. X S. 206 = Johow-Ring XXXIX A 107 = O.L.G. Rspr. XXI S. 373, Adler-Clemens Nr. 933, 1773) wie umgekehrt bei Verpachtung des Geschäfts derart, daß der Pächter in eigenem Namen auftritt, der Verpächter das Gewerbe nicht mehr betreibt. (R. Isay, Das Recht am Unternehmen 1910 S. 69). Auch der Ehemann, der kraft seines Verwaltungs- und Nießbrauchrechtes das der Frau zugefallene Geschäft auf seinen Namen betreibt, ist Gewerbetreibender. Dagegen betreibt das Gewerbe des Vertretenen nicht der Stellvertreter (Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Direktor, Liquidator, Konkursverwalter, vgl. Jaeger K.O. § 6 Anm. 29). Gleichgültig ist, ob der Betreibende die Tätigkeit selbst vornimmt oder durch andere vornehmen läßt (Gegensatz von Geschäftsherrn oder Prinzipal und Angestellten, Handlungsgehilfen, Handlungslehrlingen, Organen einer Korporation, Liquidatoren einer Handelsgesellschaft vgl. Busch XXXXI S. 113). Das Gewerbe des Minderjährigen betreibt somit der Minderjährige durch den Vormund, nicht der Vormund. Ob der Betreibende verpflichtet ist, den Ertrag an andere, z. B. stille Gesellschafter, Miterben, den früheren Geschäftsinhaber (Bayer. Obst.LdG. in O.L.G. Rspr. III S. 406 = Entsch. F.G. II S. 231 = Johow-Ring XXIII D 14) oder etwa eine Tochtergesellschaft an eine Muttergesellschaft oder der Schuldner an seinen Gläubiger ganz oder teilweise auszukehren, oder ob er umgekehrt von diesen Schadloshaltung bei Verlust verlangen kann, ist gleichgültig. Man drückt dies auch dahin aus, daß es gleichgültig sei, ob der Betrieb für eigene oder fremde Rechnung erfolge, nur darf hier nicht die Verwechselung unterlaufen, daß das Gewerbe des Kommissionärs ein Gewerbe für fremde Rechnung sei, weil der Kommissionär in eigenem Namen für fremde Rechnung kontrahiere. Denn hier besteht das Gewerbe in der für eigene Rechnung erfolgenden Übernahme von Kommissionen; ähnlich beim Agenten, Auktionator usw. Ebenso gleichgültig ist es, ob der Betreibende sich

[1]) Dies darf freilich nicht wörtlich genommen werden. Es kann, wie Cosack S. 22 mit Recht hervorhebt, nicht lediglich der äußere Umstand entscheiden, daß der Name bezw. die Firma auf dem Geschäftsschild prangt. Denn dann wäre es leicht, einen Strohmann als Geschäftsinhaber vorzuschieben. Es kommt vielmehr darauf an, auf wessen Namen kontrahiert wird. Würde z. B. der Ehemann das unter dem Namen der Ehefrau scheinbar geführte Geschäft in der Weise leiten, daß er auf seinen Namen kontrahiert, so wäre er und nicht die Ehefrau der Kaufmann (vgl. R.G.Z. XII Nr. 3, ferner Busch IX S. 110 sowie den Fall in L.Z. 1912 S. 413 und bei Holdheim Bd. XIII 49).

verpflichtet hat, seine Waren von anderen zu beziehen oder ob er Konkurrenzklauseln unterzeichnet hat (K.G. in Entsch. F.G. II S. 234). Auch ist nicht notwendig, daß der Betreibende das „Recht zur Leitung des Handelsgewerbes aus eigener Person" besitzt, wie Sohm (L.Z. 1909 S. 594 ff.) will, denn dann wäre z. B. der von der Leitung ausgeschlossene offene Handelsgesellschafter nicht „betreibend" (vgl. Pappenheim ebenda 1910 S. 1 ff.).

Ob ein Gewerbebetrieb vorliegt, ist Tatfrage. Hat sich jemand als Gewerbetreibenden offen manifestiert, so wird eine starke Vermutung dafür sprechen, daß er das Gewerbe betreibt. Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn in der Kundgebung schlechthin ein Gewerbebetrieb erblickt wird (Cosack S. 20). So wird der wegen einfachen Bankerotts Angeklagte einwenden können, daß er die jährliche Bilanz deswegen nicht gezogen und Bücher deswegen nicht geführt habe, weil er trotz öffentlicher Kundgebung niemals ein Geschäft abgeschlossen habe, sondern nur zum Schein (etwa um väterliche Wünsche zu befriedigen) sich als Gewerbetreibenden kund gegeben habe. Selbst die Eintragung der Firma heilt nach § 5 nur die mangelnde Eigenschaft der Kommerzialität, nicht aber die des Gewerbes (vgl. Allfeld S. 31). Sehr bedenklich ist deshalb der von Staub-Bondi (Exkurs zu § 5) aufgestellte und vom Reichsgericht auch zitierte (R.G.Z. LXV S. 413), von Brand § 5 Anm. 8 akzeptierte, dagegen von Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 8 abgelehnte Satz: Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann. Wenn Staub diesen Satz auf B.G.B §§ 157, 242 stützt, so können diese Paragraphen doch nur dazu führen, zugunsten des Gegenkontrahenten anzunehmen, daß aus der Kaufmannsqualität entspringende günstigere Wirkungen eines Vertragsverhältnisses (z. B. hinsichtlich der Haftung, des Ausschlusses von Einreden u. dergl.) als von dem Auftretenden gewollt anzunehmen sind (vgl. bei § 105 Nr. 1)[1]. Sie können dagegen nicht ohne weiteres, d. h. wenn nicht nach Lage des Falls eine Unterwerfung des Gegenkontrahenten unter das kaufmännische Recht als gewollt anzunehmen ist (vgl. O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpraxis 1904 S. 14 für den Gehilfen, der mit einem Scheinkaufmanne einen Vertrag schließt) zuungunsten des Gegenkontrahenten oder gar Dritter verwertet werden[2]) oder gar zur Umgehung absoluter Vorschriften dienen. Der ganze Satz ist deshalb gefährlich und auch Staub schränkt ihn Anm. 6 wohlweislich so ein, daß es auf Untersuchung des einzelnen Falles hinausläuft. Nr. 10.

4. **Handelsgewerbe.** Nicht jedes Gewerbe, sondern das Handelsgewerbe macht zum Kaufmann. Und zwar ist das Wort Handelsgewerbe auch hier im Sinne des Handelsgesetzbuches, nicht anderer Gesetze zu verstehen[3]). Der Begriff des Handelsgewerbes war nach älterem Recht ein einheitlicher und scharf abgegrenzter; entscheidend für ihn war lediglich die kommerzielle Natur der seinen Gegenstand bildenden Geschäfte (Gewerbsgeschäfte). Nur dasjenige Gewerbe war Handelsgewerbe, dessen unmittelbaren Gegenstand die absoluten Handelsgeschäfte (Art. 271) oder die relativen Grundhandelsgeschäfte (Art. 272) bildeten. Weiterer Erfordernisse bedurfte es nicht, insbesondere war bei Vollkaufleuten die Eintragung der Firma weder conditio sine qua non noch causa efficiens (abgesehen von gewissen juristischen Personen). Nr. 11.

---

[1]) So faßte ihn auch die frühere Theorie und Praxis auf, vergl. Lührs Die Folgen der falschen Eintragungen 1899 S. 9, 10 f. Die Konstruktion dieser Haftung wäre freilich u.-U. nicht ohne Schwierigkeiten. Die §§ 823, 826 B.G.B. reichen nicht aus, ebensowenig ließe sich die Annahme einer einseitigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung oder der Offerte ad incertam personam begründen. Auch der Versuch, aus Bestimmungen wie B.G.B. §§ 179, 122, H.G.B. § 200 Abs. 1 ein allgemeines Prinzip zu entnehmen, ist nicht unbedenklich. Ehrenberg, Hdb. I S. 645 sieht darin die gewohnheitsrechtliche Bildung eines Rechtsgedankens, wonach wer eine für die Allgemeinheit bestimmte Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, sich gefallen lassen muß, daß jeder Dritter ihren Inhalt für richtig hält. Altenburg, Das Publizitätsprinzip des Handelsregisters 1911 S. 79 ff. zieht das „Veranlassungsprinzip" heran.

[2]) Z. B. hinsichtlich der Klage unter der Firma (§ 17 Abs. 2, vgl. auch Staub-Bondi § 17 Anm. 25, Staub-Pinner § 123 Anm. 19) der Rügepflicht § 377, der Verpflichtung zur Zinszahlung § 353, der Höhe der gesetzlichen Zinsen § 352 usw.

[3]) Vgl. z. B. G.O. § 105 b und dazu v. Landmann, Kommentar Anm. 6.

Das System des neuen Rechts ist weit komplizierter. Das neue Recht unterscheidet **zwei** Arten von Handelsgewerben: **natürliche** (§ 1 Abs. 2)[1]) oder Handelsgewerbe aus sich und **künstliche** oder Handelsgewerbe kraft Registrierung (§§ 2, 3). Das natürliche Handelsgewerbe ist das des alten Rechts, für das die Natur der Gewerbsgeschäfte als Umsatzgeschäfte entscheidend ist. Natürliches Handelsgewerbe ist dasjenige, dessen Gegenstand Grundhandelsgeschäfte bilden. Das Gesetz enthält in § 1 Abs. 2 eine erschöpfende Liste solcher Grundhandelsgeschäfte. Die aufgeführten Kategorien decken sich im großen und ganzen mit den absoluten Handelsgeschäften und relativen Grundhandelsgeschäften des alten Rechts. Sie besitzen sämtlich einen ausgeprägt kommerziellen Charakter. Bei dem natürlichen Handelsgewerbe bedarf es weiterer Erfordernisse, als des Gewerbebetriebes nicht, die Eintragung der Firma in das Handelsregister ist nicht Voraussetzung. Das natürliche Handelsgewerbe ist Handelsgewerbe aus sich (per se). Es ist nach Lage des Falls Großgewerbe oder Kleingewerbe. —

Das künstliche Handelsgewerbe der §§ 2, 3 bildet die angefügte Neuerung. Ausgehend von dem Grundgedanken, daß die aus dem alten Recht übernommene und nur wenig vermehrte Liste von Grundhandelsgeschäften für das Leben nicht ausreiche und daß auch bei Erstrebung möglichster Vollständigkeit in der Aufzählung die wechselnde wirtschaftliche Lage eine solche Liste schnell veralten lasse, hat der Gesetzgeber nach dem Vorbild des Schweizer. Obligationenrechts jedes Großgewerbe, das nach seiner Art kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, sofern es nicht der Land- und Forstwirtschaft angehört, zum Handelsgewerbe unter der Voraussetzung erhoben, daß die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Hier entscheidet also nicht die Natur des Betriebsgegenstandes, der kommerziell oder nicht kommerziell (im Sinne des § 93) sein kann (Geschäfte über Immobilien, Urproduktion), sondern die Anlage des Unternehmens, d. h. ob das Unternehmen dergestalt angelegt ist, daß zu seinem Betriebe großkaufmännische Einrichtungen erforderlich sind. Ein derartiges Gewerbe wird zum Handelsgewerbe mit der Registrierung. Dabei hat letztere kraft positiver Bestimmung eine weitreichende Bedeutung (§ 5). Der Eintrag im Handelsregister schneidet zugunsten dessen, der sich auf ihn beruft, jeden Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe sei, ab. So lange die Eintragung besteht, gilt das Gewerbe als Handelsgewerbe auch dann, wenn es z. B. der Land- oder Forstwirtschaft angehört. Demnach ist dieses Handelsgewerbe ein künstliches kraft Registrierung. Dieses künstliche Handelsgewerbe ist stets Großgewerbe.

Zu diesen beiden Arten von Handelsgewerben läßt sich als drittes endlich das **fingierte** Handelsgewerbe zählen. Bei gewissen juristischen Personen wird wegen ihrer Rechtsform unter allen Umständen Kaufmannsqualität angenommen, somit unter Umständen vom Standpunkte des § 1 ein Handelsgewerbe fingiert. Dahin gehören Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragene Genossenschaften, bis zu einem gewissen Grade auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. (Vgl. bei § 6.)

Nr. 12. 5. Ein Handelsgewerbe betreiben können **physische** und **juristische** Personen.

a) Bei den **juristischen** Personen kann es sich um private Korporationen (Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Gewerkschaften, inkorporierte Kolonialgesellschaften, sonstige rechtsfähige Vereine, vgl. B.G.B. §§ 21, 22,) oder Stiftungen oder um öffentliche Korporationen (Staat), politische oder kirchliche Gemeinden,[2]) Innungen handeln. Die alte Streitfrage, ob der Fiskus Kaufmann sein könne, ist durch § 36 bejaht (vgl. auch Denkschr. I S. 43, II S. 3160; O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 241 — der Lübecker Staat als Lagerhalter — R.G.Z. LXXIX S. 266). Hinsichtlich des älteren Rechts R.O.H.G. III Nr. 84, wo reiche Literatur-

---

[1]) Staub nennt sie „reine" (Staub-Bondi § 1 Anm. 31) — die anderen „hypothetische", Schirrmeister in Z. XLVIII S. 440 jene „unmittelbare", diese „mittelbare", Goldmann: „absolute"-„relative", Düringer-Hachenburg: Gewerbe „kraft Gegenstandes des Unternehmens" und „kraft Organisation".

[2]) Z. VII S. 500: Evangelische Brüdergemeinde, Adler-Clemens Nr. 1413: Geistliche Orden, vgl. Nr. 1588. (Stift). Zentralbl. f. fr. Gerbkt. III S. 716: Landwirtschaftskammer, II S. 454: Gemeindesparkasse, O.L.G. Jena in Entsch. F.G. I S. 52ff. (städtische Gasanstalt).

angaben. Soweit der Staat hoheitliche Funktionen ausübt und aus solchen eine Einnahme erzielt, ist natürlich von Gewerbe keine Rede, so bei Einnahmen aus Steuern, Zöllen, Strafgeldern, Gerichtssporteln, aber auch bei Staatslotterie (a. A. L.G. Erfurt im Zentralbl. f. fr. Gerbkt. II S. 722). Daß die Post nicht Kaufmann ist, ist besonders bestimmt. Hierzu Silberschmidt bei Holdheim 1907 S. 213ff. Daß der Staat dann nie Kaufmann sei, wenn der Betrieb ihm verfassungsmäßig obliege, wie Neukamp bei Holdheim XI S. 244 und in Z. LXII S. 266 annimmt, ist nicht anzuerkennen. § 7 spricht hiergegen und schließlich müssen die Staatsorgane stets verfassungsmäßig handeln. R.G.Z. XXXVII S. 297 erklärt den Eisenbahnfiskus bei dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen für einen Gewerbetreibenden.

Für die weitere Erörterung scheiden sofort diejenigen juristischen Personen aus, welche als solche Handelsgesellschaften und damit Kaufmann sind. In Frage kommen hier nur sonstige juristische Personen, insbesondere Vereine mit Rechtsfähigkeit. Mit der Rechtsfähigkeit eines Vereins ist die Fähigkeit zum Betriebe eines Handelsgewerbes gegeben: unstatthafter Betrieb kann freilich einen Grund zur Entziehung der Rechtsfähigkeit geben (B.G.B. § 43 Abs. 2, 4), aber so lange der Verein die Rechtsfähigkeit besitzt, betreibt er im Sinne des H.G.B. das Handelsgewerbe. Voraussetzung ist nur, daß der Betrieb durch die verfassungsmäßigen Organe innerhalb der ihnen zugewiesenen Kompetenzen erfolgt, insbesondere bedarf es bei idealen Vereinen zum Betriebe eines Handelsgewerbes der Zustimmung aller Mitglieder, da es sich um eine Änderung des Zweckes handelt (B.G.B. § 33) und der Eintragung der Satzungs-Änderung in das Vereinsregister (B.G.B. § 71). Der Vorstand eines idealen Vereins kann nicht auf eigene Faust Namens des Vereins ein Handelsgewerbe betreiben, er ist zwar in der Lage, einzelne Geschäfte mit rechtsverbindlicher Kraft für den Verein abzuschließen, nicht aber einen den Satzungen fremden Zweck ihm durch seine Handlungen einseitig aufzudrängen. Die von ihm einseitig geschlossenen Geschäfte wären deshalb keine Handelsgeschäfte. — Über die Eintragung der Firma von juristischen Personen vgl. bei § 33.

b) Betreiben können das Gewerbe einzelne Personen für sich (**Einzelkaufleute**) oder mehrere Personen gemeinsam (**Erwerbsgesellschaften**). In letzter Beziehung ist hinsichtlich derjenigen Vereinigungen, die eine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen, auf das unter Nr. 12 Vermerkte zu verweisen. Besitzt die Vereinigung keine eigene Rechtspersönlichkeit, wenngleich einen selbständigen Namen (Firma), so betreiben das Handelsgewerbe die Gesellschafter, sind sie demnach als Gesellschafter Kaufleute und zwar gleichmäßig in ihren inneren Beziehungen wie für das Verhältnis nach außen. Demgemäß sind die von der Gesellschaft eingegangenen Handelsgeschäfte von den Gesellschaftern als Kaufleute eingegangene, für die G.V.G. § 101[1] Platz greift. Dafür auch die ständige Praxis. So insbesondere bei der offenen Handelsgesellschaft (a. A. Makower § 1, IV d 3 und M. Wolff a. a. O. S. 3), aber auch bei der Kommanditgesellschaft. Auf die beschränkte oder unbeschränkte Haftung kommt es nicht entscheidend an. So haftet das Mitglied einer Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaft unter Umständen unbeschränkt, ohne damit zum Kaufmann zu werden, während der Kommanditist als Kaufmann zu betrachten ist.[1]) Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist nach dem neuen Gesetzbuche Nr. 13.

---

[1]) Bezüglich der Kommanditisten herrscht Streit (vgl. hierzu die Literatur bei M. Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten in Kieler Festgabe für Hänel 1907, Tomalla in Z. LXIII S. 43ff., R. Sohm in L.Z. III S. 594ff., wogegen Pappenheim ebenda IV Nr. 1ff., Bolze im Recht 1909 S. 575, Ullmann, Die Ehefrau als Kommanditistin in L.Z. I Nr. 7,8). Nach der geschichtlichen Entwickelung ist der Kommanditist sicher nicht als Kaufmann anzusehen und de lege ferenda wäre ihm die Kaufmannseigenschaft abzusprechen. Aber nach der Art, wie das A. D.H.G.B. die Kommanditgesellschaft geregelt hat, wird sich gegen die Kaufmannsqualität nichts Entscheidendes vorbringen lassen, zumal nicht nach dem neuen H.G.B., wo die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft sich erheblich näher gerückt sind. Vgl. bei § 162 Nr. 4. Übrigens sind die Konsequenzen nicht schädlich, wenn man den Gesellschaftern nur als solchen Kaufmannsqualität zuspricht (unten Nr. 32). Die für das ältere Recht bedenklichste Folge, daß eine Ehefrau

selbständige Rechtspersönlichkeit anzunehmen (unten § 320 Nr. 1), so daß der persönlich haftende Gesellschafter nicht als Kaufmann erscheint (a. A. Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 6, Brand § 1 Anm. 6c). Bei der stillen Gesellschaft ist lediglich der Inhaber des Handelsgewerbes Kaufmann, nicht der Stille als solcher.

Nr. 14. c) Was die **physischen** Personen anbelangt, so können geschäftsfähige und nichtgeschäftsfähige, dispositionsfreie und in der Verfügung beschränkte (Majoratsherren vgl. K.G. in Entsch. F.G. II S. 223) Personen ein Handelsgewerbe betreiben. Hier bedarf einer besonderen Erörterung die Stellung der Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten einerseits, der Ehefrauen andererseits. Für die Hauskinder als solche gelten grundsätzlich besondere Bestimmungen nicht mehr, die elterliche Gewalt weicht nur in Einzelheiten von der Vormundschaft ab.

2. Einfluß der Geschäftsfähigkeit. Die Handelsfrau.

I. Einfluß der Geschäftsfähigkeit.

Nr. 15. **Geschäftsunfähige**[1]), d. h. Kinder unter 7 Jahren, Personen, die sich in einem dauernden, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden und wegen Geisteskrankheit Entmündigte (B.G.B. § 104) betreiben das Handelsgewerbe nur durch ihren gesetzlichen Vertreter (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund, Beistand, Pfleger, B.G.B. §§ 1630 f., 1693, 1793 f., 1897, 1909.)

Nr. 16. In der **Geschäftsfähigkeit Beschränkte**, d. h. Minderjährige, die das 7. Lebensjahr vollendet haben (B.G.B. § 106), wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht endgültig sowie die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten (B.G.B. § 114, § 1906) betreiben das Handelsgewerbe durch ihren gesetzlichen Vertreter oder mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (B.G.B. § 107), d. h. entweder nimmt der gesetzliche Vertreter die den Gewerbebetrieb ausmachenden Willenserklärungen allein vor, oder der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte steht dem Handelsgewerbe selbst vor und der gesetzliche Vertreter erteilt zu den einzelnen Willenserklärungen seine (vorherige) Einwilligung, bezw. (nachträgliche) Genehmigung. (B.G.B. § 107 f.). Ganz auf eigene Faust kann also der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte nicht Kaufmann werden (R.G.Str. XXVI S. 93, XXXVI S. 357, XLV S. 5, R.G.Z. LI S. 288), es sei denn, daß sein gewerblicher Betrieb in Handlungen besteht, die auf Grund von § 110 B.G.B. wirksam sind (z. B. ein Minderjähriger betreibt einen Kleinkram mit ihm zu diesem Zweck überlassenen Geldern). Doch kann nach B.G.B. § 112 der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, bezw. Familienrats (B.G.B. § 1872) den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten zum selbstständigen Betriebe des Handelsgewerbes generaliter ermächtigen. Die Ermächtigung kann ausdrücklich und durch konkludente Handlungen vorbehaltlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgen (anders erste Auflage). Solchenfalls ist der Minderjährige von nun ab (nicht mit Rückwirkung) für alle Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig[2]), welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. (Die Präsumptionen des § 344 werden hier Platz greifen (anders erste Auflage[3]).) Ausgenommen sind alle Rechtsgeschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vor-

---

nur mit Zustimmung des Ehemannes Kommanditistin werden konnte, ist jetzt beseitigt. Praktische Konsequenzen z. B. bei § 169 Nr. 2. Gegen die Kaufmannseigenschaft O.L.G. Hamburg in Seuffert LXII Nr. 18, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 342, Staub-Bondi § 1 Anm. 18, Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 5, Brand § 1 Anm. 6c u. a.

[1]) Literatur: Behrend, § 33, Cosack § 13, Frankenburger bei Holdheim VIII S. 91 ff., Düringer-Hachenburg I S. 88 ff., Staub-Bondi § 1 Anm. 20 ff.

[2]) Es liegt eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit, eine beschränkte Volljährigkeitserklärung (Dernburg, B.R. I S. 365) vor, folglich ist insoweit dem Vater oder Vormund Vertretung versagt, Motive zum Entw. I des B.G.B. Bd. I S. 143.

[3]) Über jene Grenzen hinaus bleibt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei Bestand. Deshalb würde der minderjährige Kaufmann auch mit dem durch das Geschäft Erworbenen nicht frei schalten können, soweit nicht BGB. § 110 eingreift.

mundschaftsgerichtes[1]) bedarf. Dahin gehören außer den im B.G.B. §§ 1819—21 angeführten Geschäften insbesondere der entgeltliche Erwerb[2]) oder die Veräußerung[3]) eines Handelsgeschäftes, das Eingehen einer Handelsgesellschaft (offene oder Kommanditgesellschaft) oder stillen Gesellschaft[4]), das Eingehen von Geldkreditgeschäften, das Ausstellen von Schuldverschreibungen auf Inhaber, das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten oder Verbindlichkeiten aus indossablen Verpflichtungsscheinen, die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, (unter diesen Gesichtspunkt stellt das K.G. den Eintritt in eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und den Beitritt zu einer Gesellschaft m. b. H. Entsch. F.G. VI S. 132, XII S. 233) insbesondere die Eingehung einer Bürgschaft, die Erteilung einer Prokura, die Aufgabe oder Minderung von Sicherheiten (B.G.B. § 1822 Nr. 3, 4, 8—13). Für alle diese Geschäfte bedarf der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte stets des Spezialkonsenses seines gesetzlichen Vertreters, der wiederum solchen meist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen kann (darüber B.G.B. §§ 1643, 1821, 1822, 1825). Das Vormundschaftsgericht kann nicht durch generelle Ermächtigung von dem Spezialkonsense des gesetzlichen Vertreters dispensieren, auch nicht für die Fälle des § 1822 Nr. 8—10. § 1825 ist hierauf nicht anwendbar (a. A. Düringer-Hachenburg I S. 92). Da es nicht ausgeschlossen ist, daß einzelne von diesen Geschäften Grundhandelsgeschäfte sind, so ist die generelle Ermächtigung zum Betriebe gewisser Handelsgewerbe, z. B. des Bankiers, unzulässig. Selbstverständlich darf der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte auch das Handelsgewerbe nicht auflösen, da er zu dessen Betrieb ermächtigt ist.

Die einmal erteilte Ermächtigung kann von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden (B.G.B. § 112 Abs. 2). Eingeschränkt werden kann sie nicht (Planck zu § 112, Anm. 3). Soweit der Minderjährige durch die Ermächtigung geschäftsfähig wird, wird er auch prozeßfähig.

Ist eine generelle Ermächtigung nicht erteilt, so hat der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Kaufmann keinen Anspruch auf Teilnahme am Betriebe. Nur, wenn er das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, soll das Vormundschaftsgericht, soweit tunlich, den unter Vormundschaft (nicht unter elterlicher Gewalt, vgl. B.G.B. § 1643) stehenden Minderjährigen vor der Entscheidung über die Genehmigung einzelner wichtiger Rechtsgeschäfte (nämlich der im B.G.B. § 1821 aufgeführten Immobiliargeschäfte, der Verträge über entgeltlichen Erwerb oder Veräußerung eines Handelsgeschäfts, der Eingehung einer Erwerbsgesellschaft B.G.B § 1822 Nr. 3), sowie vor der Entscheidung über die Genehmigung des Beginnes oder der Auflösung eines Handelsgewerbes hören (B.G.B. § 1827, Abs. 2). Doch ist dies lediglich eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung auf die Wirksamkeit der Entscheidung ohne Einfluß ist.

Die Darstellung der **vormundschaftlichen Rechte und Pflichten** gehört in das bürgerliche Recht. Hier sind nur gewisse für den Betrieb des Handelsgewerbes wichtige Grundsätze hervorzuheben.

α) Jeder gesetzliche Vertreter soll nur mit Genehmigung des Vormundschafts- Nr. 17.
gerichts ein neues Handelsgewerbe im Namen des Mündels beginnen (B.G.B. §§ 1645, 1823)[5]) und wenigstens der Vormund soll nicht ein bestehendes Handelsgewerbe[6]) des Mündels auflösen (B.G.B. § 1823), d. h. der Beginn bezw. die Auflösung sind trotzdem gültig, aber der Registerrichter kann unter Berufung auf § 1645 B.G.B. die Eintragung der Firma ablehnen (a. A. K.G. in Entsch. F.G. I S. 105 =

---

[1]) Nicht diejenigen, zu denen er der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf (B.G.B. § 1812).

[2]) Also nicht Erwerb durch Erbfolge oder Vermächtnis, auch nicht durch Schenkung, wohl aber Pachtung.

[3]) Gleichgültig, ob entgeltliche oder unentgeltliche, auch Verpachtung

[4]) Unten §§ 161 Nr. 3, 335 Nr. 12. Düringer-Hachenburg I S. 90 und Planck zu § 1822 B.G.B. ziehen stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft nicht darunter, wenn der Minderjährige sich als Kommanditist oder Stiller beteiligt.

[5]) Wie weit in der Aenderung eines Erwerbsgeschäftes eine Neubegründung liegt, ist Tatfrage. Mot. z. Entw. I d. B.G.B., IV S. 769.

[6]) Gleichgültig, ob es dem Mündel bereits gehörte oder ihm später zufiel.

Johow-Ring XX A 160 = O.L.G. Rspr. I S. 286; Brand § 12 zu 5a). Will der gesetzliche Vertreter mit dem Mündelvermögen ein Geschäft entgeltlich erwerben (der Vormund auch pachten) oder das Geschäft des Mündels veräußern (der Vormund auch verpachten), so bedarf er dazu der Genehmigung der Obervormundschaft (B.G.B. § 1822 N. 3, 4, § 1643, Abs. 1), d. h. bei Nichterteilung der Genehmigung ist der Vertrag unwirksam (B.G.B. § 1829). Ebenso steht es mit dem Nachlaßpfleger, falls zum Nachlaß ein Geschäft gehört (B.G.B. § 1915). Die Genehmigung ist dem Vormund, bez. Pfleger gegenüber kundzugeben, es genügt nicht, daß das Vormundschaftsgericht die Registerbehörde um Umschreibung ersucht (R.G.Z. LIX S. 278, Josef in Holdheim 1906 S. 40). Nach dem Gesagten ist der gesetzliche Vertreter jedenfalls berechtigt, der Vormund sogar verpflichtet, das an den Mündel einmal gelangte (bezw. bei Enmündigten von ihm früher geführte) Geschäft fortzuführen, und bedarf dazu nur insoweit der Zustimmung der Obervormundschaft bezw. des Gegenvormundes, als die einzelnen zur Fortführung notwendigen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nach allgemeinen Grundsätzen genehmigungsbedürftig sind. Zur Fortführung schlechthin ist die Einholung der Genehmigung nicht erforderlich.

Nr. 18. β) Der Umfang der Vertretungsbefugnis des, bezw. der gesetzlichen Vertreter ist an sich nicht so umfassend wie der des Prokuristen, ja insofern nicht einmal so weitgehend, wie der des Generalhandlungsbevollmächtigten (§ 54), als letzterer Bürgschaftsverpflichtungen eingehen kann, während der gesetzliche Vertreter dazu der Genehmigung der Obervormundschaft bedarf (B.G.B. § 1822 Nr. 10, § 1643, Abs. 1), übertrifft andererseits durch das Recht der Prozeßführung letzteren. Im übrigen ist er beim Inhaber der elterlichen Gewalt größer als beim Vormund. Die Obervormundschaft kann diesen Umfang durch Erteilung einer allgemeinen Ermächtigung erweitern; solche Ermächtigung gewährt dann dem gesetzlichen Vertreter das Recht, Geld auf Kredit des Mündels aufzunehmen, sowie Wechselverbindlichkeiten und Bürgschaften einzugehen (B.G.B. § 1825), nähert dann also die Vertretungsbefugnis der Prokura. Der gesetzliche Vertreter kann auch mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Prokuristen bestellen (B.G.B. § 1822, Nr. 11, § 1643, Abs. 1) und wird durch einen vom Vormundschaftsgericht bestellten Pfleger (Marcus in D.J.Z. 1904 S. 354) selbst dazu bestellt werden können (a. A. Court in D.J.Z. 1904 S. 212). Ist der gesetzliche Vertreter Prokurist, so kann er einen Generalhandlungsbevollmächtigten bestellen, während er sonst dazu der Genehmigung der Obervormundschaft bedürfen wird (so auch Behrend, S. 157, Anm. 9) und in der Bestellung des gesetzlichen Vertreters als Prokuristen wird die allgemeine Ermächtigung des § 1825 Abs. 1 B.G.B. liegen. Sind mehrere Vormünder da, so können sie Gesamtprokura erhalten, gesonderte Prokura dagegen nur in Gestalt der Haupt- und Filialprokura (§ 50 Abs. 3) entsprechend dem Gedanken von B.G.B. § 1797 Abs. 2. Betreibt der Minderjährige mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen, so kann natürlich jeder der Mitvormünder für je ein Geschäft gesonderte Prokura erhalten. Spezialhandlungsbevollmächtigte kann der Vormund frei bestellen, sofern deren Vollmacht nicht seine eigene Vertretungsbefugnis überschreitet.

Nr. 19. γ) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist beseitigt. Die privilegia minorum (B.G.B. § 206) gelten auch für den minderjährigen Kaufmann.

Nr. 20. δ) Für die unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen ist das elterliche Nutznießungsrecht zu beachten, dem das Geschäft des Kindes nur dann entzogen ist, wenn es zum freien Vermögen gehört (B.G.B. §§ 1649, 1651, 1686). Zum freien Vermögen gehört es insbesondere auch dann, wenn das Kind nach B.G.B. § 112 zum selbständigen Betrieb des Geschäfts ermächtigt ist (B.G.B § 1651 Nr. 1). Kraft der Nutznießung gebührt dem Inhaber der elterlichen Gewalt der aus dem Betriebe sich ergebende jährliche Reingewinn; schließt ein Jahr mit Verlust ab, so muß der Verlust durch Gewinn späterer Jahre ausgeglichen werden (B.G.B. § 1655), während umgekehrt der Gewinn früherer Jahre zur Deckung des Verlustes späterer nicht zurückgegeben zu werden braucht, selbst nicht, wenn er stehen geblieben ist. Verheiratet sich die Tochter mit Genehmigung der Eltern, so endigt die Nutznießung (B.G.B. § 1661). Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann auch das Handelsgeschäft in eigenem Namen betreiben, sei es unter Verwendung des § 1653 B.G.B., sei es durch Übernahme des Geschäfts als Pächter oder Nießbraucher auf

Grund besonderen Vertrages, letzterenfalls wenn ein Pfleger für den Minderjährigen bestellt wird (vgl. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 40, Lehmann H.R. S. 88).

II. Die Handelsfrau.

Für die geschäftsfähige **Handelsfrau**[1]), d. h. diejenige Frau, welche ein Handelsgewerbe als Unternehmer betreibt im Gegensatz zu der Frau, die nur im Geschäfte eines andern tätig ist (B.G.B. §§ 1367, 1356, Abs. 2), gleichgültig ob sie das Handelsgewerbe allein oder mit einem Gesellschafter in offener Handelsgesellschaft (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 342) oder Kommanditgesellschaft[2]), auch ihrem Ehemann[3]) zusammen betreibt, stellt das neue H.G.B. besondere Bestimmungen nicht mehr auf. Die Frage, ob ein Bedürfnis für solche vorhanden sei, konnte nach der Beseitigung der Geschlechtsvormundschaft und der weiblichen Rechtswohltaten nur noch für Ehefrauen aufgeworfen werden. Aber auch für Ehefrauen ist sie verneint worden. Über die Rechtsstellung der Ehefrau, die ein Handelsgewerbe betreibt, entscheidet demnach das bürgerliche Recht. Nr. 21.

Da das B.G.B. die ehemännliche Vogtei nicht mehr anerkennt, so ist grundsätzlich jede an sich geschäftsfähige Frau als Ehefrau in der Lage, selbständig Verpflichtungen zu vermögensrechtlichen Leistungen einzugehen (B.G.B. § 1399 Abs. 1)[4]) und besitzt jede an sich geschäftsfähige Frau Prozeßfähigkeit (Z.P.O. § 52) unbeschadet der güterrechtlichen Wirkungen (B.G.B. § 1400). Besteht somit vom Standpunkte der Geschäftsfähigkeit aus für Ehefrauen kein rechtliches Hindernis zum Betrieb eines Handelsgewerbes mehr, so ermangelt auch das B.G.B. eines Rechtssatzes, der vom Standpunkte der familienrechtlichen Stellung des Mannes als Haupt der Ehe eine vorgängige Zustimmung des Ehemannes zum Betriebe des Handelsgewerbes durch die Ehefrau erforderte. Das B.G.B. erblickt in solchem Betrieb nicht notwendig eine das normale Verhältnis der Ehegatten beeinträchtigende, darum vom Ehemann zu sanktionirende Tatsache. Wohl aber ist der Ehemann nach B.G.B. § 1354 befugt, falls er der Ansicht ist, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt, gegen den Fortbetrieb des Handelsgewerbes durch die Ehefrau Einspruch zu erheben. Die Ehefrau ist, sofern sich die Untersagung nicht als bloßer Mißbrauch des ehemännlichen Rechts darstellt, gehalten, den Betrieb des Handelsgewerbes einzustellen. Bei Weigerung kann der Ehemann nicht etwa eigenmächtig den Betrieb der Frau stören, die Frau hätte dagegen das Recht der Notwehr (B.G.B. §§ 227, 858, 859, vgl. R.G.Str. XXXV S. 395), wohl aber kann er den Rechtsweg beschreiten (Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, Z.P.O. § 606 — nicht auf Unterlassung des Betriebes R.G.Z. LIX S. 32 — oder Feststellungsklage, dagegen nicht Angehen des Vormundschaftsrichters) und die Verurteilung zur Einstellung erreichen (Vollstreckung? Z.P.O. § 888). Handelt es sich um ein nach Eingehung der Ehe eingegangenes Rechtsverhältnis zwischen der Ehefrau und einem Dritten, das die Ehefrau zu von ihr in Person zu bewirkenden Leistungen verpflichtet (z. B.

---

[1]) Literatur: Cosack § 12, Frankenburger bei Holdheim VIII S. 68ff. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts II S. 248ff., Ullmann, Das gesetzliche ehel. Güterrecht 2. Aufl.; Lehmann H.R. § 20; Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betriebe eines Erwerbsgeschäftes nach B.G.B. 1907; die Kommentare zum B.G.B. und H.G.B., insbes. Düringer-Hachenburg I S. 37ff., Staub-Bondi I S. 12ff. Der Ausdruck „Handelsfrau" findet sich nicht mehr im neuen H.G.B.

[2]) auch wenn die Frau nur Kommanditistin ist? Hierüber Ullmann in L.Z. 1907 S. 472ff., 561ff. und Pappenheim a. a. O. (oben S. 9 Anm 1). Man wird auch dies annehmen müssen. Hierzu Schwadt, Gewinnt das Beteiligungsverhältnis der Ehefrau an einer offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft beim ordentlichen gesetzlichen Güterstande des B.G.B. stets die Eigenschaft des Vorbehaltsgutes? Diss. 1908, Mathies, Die Stellung der Ehefrau als Kommanditistin Diss. 1909.

[3]) Ueber Handelsgesellschaften unter Ehegatten: Hachenburg in Seufferts Bl. für R.A. LXXII S. 51ff., Gildemeister in Z. LIV S. 99ff.; Düringer-Hachenburg I S. 66ff., 78ff.

[4]) Der Ausschluß der Frauen von der Börse ist keine Ausnahme, er gehört, ebenso wie der Ausschluß vom Amt der Handelsrichter und der Beisitzer im Kaufmannsgericht, in das öffentliche Recht und hat für die Wirksamkeit der abgeschlossenen Handelsgeschäfte keine Bedeutung.

bei Schneiderinnen, Vermittlerinnen, Kommissionärinnen, überhaupt beim Dienstvertrag, B.G.B. § 613, beim Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, B.G.B. § 675, 664, beim Auftrag, ferner bei der Gesellschaft, möglicherweise sogar bei Geschäftsführung ohne Auftrag, so greift das Kündigungsrecht des Ehemannes nach näherer Maßgabe von B.G.B. § 1358 Platz (dazu im einzelnen Düringer-Hachenburg I S. 42ff.). Die Kündigung hebt das ganze Rechtsverhältnis, nicht bloß die Pflicht der Frau zu persönlichen Leistungen, wie Staub-Bondi S. 22 annehmen, für die Zukunft auf. Die Frau wie der Dritte haben aus dem Vertrage von nun ab keine Rechte und Pflichten mehr. Aber nichts hindert Beide, ein neues Rechtsverhältnis einzugehen oder das gekündigte Verhältnis tatsächlich zur Erfüllnng zu bringen. Der Ehemann hat keinen Anspruch gegen den Dritten auf Unterlassung, sondern nur einen Anspruch gegen die Ehefrau auf Herstellung der Lebensgemeinschaft, bez. auf Scheidung (Düringer-Hachenburg I S. 46).

Wie zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft somit die Einwilligung des Ehemannes nicht erforderlich ist, demgemäß der Registerrichter die Eintragung der Ehefrau auch dann nicht versagen darf, wenn der Ehemann Widerspruch erhoben hat; (Staub-Bondi S. 13 Anm. 41, Düringer-Hachenburg I S. 38), so hat die Untersagung durch den Ehemann nur die Wirkung, für die Ehefrau die Verpflichtung zu erzeugen, den Betrieb des Handelsgewerbes einzustellen; die Ehefrau verliert demnach durch die Untersagung nicht ohne weiteres die Kaufmannseigenschaft. Auch das gerichtliche Urteil spricht ihr diese Qualität nicht ab, sondern verurteilt sie nur dazu, den Betrieb aufzugeben und die dazu erforderlichen Handlungen, z. B. die Herbeiführung der Löschung der Firma, vorzunehmen.

Demnach gilt grundsätzlich für den Erwerb der Kaufmannsqualität durch die Ehefrau ganz dasselbe, wie beim Mann. Insbesondere ist auch § 7 auf die Ehefrau anwendbar. Ja selbst eine Verpflichtung, die sie dem Ehemann gegenüber eingegangen ist, den Betrieb des Handelsgewerbes zu unterlassen, würde sie höchstens bei Zuwiderhandeln schadensersatzpflichtig machen.

Eine gänzlich andere Frage ist, welche **güterrechtlichen Wirkungen** die Eigenschaft der Ehefrau als Handelsfrau äußert. In dieser Beziehung hatte der Art. 8 Abs. 2 des alten H.G.B. den Grundsatz aufgestellt, daß eine Ehefrau, die Handelsfrau ist, für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen hafte, ohne Rücksicht auf Verwaltungs-, Nießbrauchs- oder andere Rechte des Ehemannes an deren Vermögen und daß bei Gütergemeinschaft das gemeinschaftliche Vermögen hafte. Dem Landesrecht war es überlassen, die Haftung des Ehemannes mit seinem persönlichen Vermögen zu ordnen.

Im neuen H.G.B. fehlt es an einem solchen Satze. Vielmehr greift auch hier das B.G.B. ein, ergänzend Art. 4 d. E.H.G.B. Danach ist zwischen den verschiedenen Systemen des ehelichen Güterrechtes zu scheiden. Hierbei sind lediglich die für das Handelsrecht maßgebenden Gesichtspunkte klar hervorzuheben, während im übrigen auf die Kommentare zum B.G.B. zu verweisen ist. Eingehende Erörterungen bei Düringer-Hachenburg I S. 53ff., Staub-Bondi S. 13ff.

Nr. 22. A. Nach dem **gesetzlichen** Güterrecht der sog. **Verwaltungsgemeinschaft** haftet für die Handelsschulden der Handelsfrau

a) jedenfalls deren Vorbehaltsgut. Was Vorbehaltsgut ist, zählen die §§ 1366—1370 des B.G.B. auf. Wichtig ist zumal § 1367, nach dem Vorbehaltsgut ist aller Erwerb (nicht bloß Reingewinn, sondern jeder juristische Erwerb, auch durch Umsatz oder Umtausch oder Einlage in eine offene Handelsgesellschaft vgl. bei § 109 Nr. 6) durch den selbständigen Betrieb des Handelsgeschäfts, d. h. durch den Betrieb des Geschäfts, das auf den Namen der Frau als Prinzipalin geht, mag es selbst der Mann tatsächlich leiten, mag die Ehefrau es allein oder mit anderen zusammen (auch dem Ehemann) als nach außen haftende Mitinhaberin des Geschäfts betreiben (O.L.G. Dresden in Seuffert LVII Nr. 82), gleichgiltig ob sie die Geschäfte selbst führt oder nicht. Das Vorbehaltsgut haftet unter allen Umständen, ob der Ehemann den Betrieb gestattet oder nicht, den Gläubigern der Handelsfrau, diese haben schlechtweg freie Exekution in das Vorbehaltsgut, wie umgekehrt der Frau die selbständige Prozeßführung hinsichtlich des Vorbehaltsgutes zusteht.

b) Das eingebrachte Gut haftet nicht schlechthin. Zum eingebrachten Gut können sehr wohl die in das Handelsgeschäft der Handelsfrau anfänglich ge-

steckten Werte gehören. Eine extensive Interpretation aus B.G.B. § 1366 („Arbeitsgeräte"), wie sie Dernburg B.R. IV S. 130, dem O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IX S. 148 beitritt, und Düringer-Hachenburg I S. 55, letztere aber auffälligerweise nur für den Fall, daß die Frau bei Eingehung der Ehe ein Handelsgeschäft betrieb, vornehmen, ist unzulässig (O.L.G. Rostock in Seuffert LXVII Nr. 160; zweifelnd R.G.Z. LIX S. 29ff.). Das eingebrachte Gut der Handelsfrau haftet

α) den Gläubigern derselben nur dann ohne weiteres, wenn es sich um Geschäftsschulden handelt, die rein deliktischer Natur sind oder die voreheliche Schulden sind oder die nicht dem § 1414 Satz 1 B.G.B. unterfallende obligationes ex lege darstellen (z. B. Verpflichtungen aus dem Haftpflichtgesetz). Denn für derartige Schulden statuiert B.G.B. § 1411 generell direkte Haftung des eingebrachten Gutes.

β) Anders, wenn es sich um Geschäftsschulden der Handelsfrau handelt, die aus während der Ehe geschlossenen Handelsgeschäften stammen oder die Verbindlichkeiten zwar kraft Gesetzes sind, aber Annexe des Vorbehaltsgutes darstellen (z. B. Verpflichtung zur Zahlung der Gewerbesteuer vom Vorbehaltsgut, Haftung für Tierschäden usw.). Hier ist zu unterscheiden, ob der Ehemann[1]) die Einwilligung zum selbständigen Betriebe des Handelsgeschäfts erteilt hat oder nicht. Hat er sie nicht erteilt, so haftet das eingebrachte Gut — abgesehen von dem Gesichtspunkte der Bereicherung (B.G.B. § 1399 Abs. 2) — nur für die Verbindlichkeiten aus vom Mann speziell konsentierten Rechtsgeschäften (B.G.B. § 1412 Abs. 1). Die Frau kann über das eingebrachte Gut auch nicht selbständig verfügen (B.G.B. § 1395) und zum eingebrachten Gut gehörige Rechte nur mit Genehmigung des Ehemannes einklagen, sonst fehlt ihr die Aktivlegitimation (B.G.B. § 1400 Abs. 2). Hat der Ehemann die Einwilligung dagegen erteilt, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, indem er trotz Kenntnis[2]) des Geschäftsbetriebes nicht Einspruch erhebt, so haftet das eingebrachte Gut der Handelsfrau für alle Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften und Prozessen der Handelsfrau, die der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt, ferner für alle Verbindlichkeiten, die die Handelsfrau als Folge der Zugehörigkeit von Sachen und Rechten zum Geschäft treffen (B.G.B. §§ 1405, 1414, 1412). Die Handelsfrau kann dann über das eingebrachte Gut innerhalb jener Grenzen verfügen. So würde z. B. die Ehefrau, die mit ihrem Mann eine offene Handelsgesellschaft eingegangen ist, über ihr eingebrachtes Gut zugunsten der Gesellschaft verfügen können, soweit der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft dies mit sich bringt, auch wenn sie von der Vertretung ausgeschlossen ist (O.L.G. Dresden in Seuffert LVII Nr. 82). Hat sie mit einem Anderen eine offene Handelsgesellschaft eingegangen, so würde für die Gesellschaftsschulden ihr ganzes eingebrachtes Gut haften. Sie kann zum eingebrachten Gut gehörige Rechte insoweit einklagen, als dies in ihren Geschäftsbetrieb fällt und was sie durch den selbständigen Betrieb erwirbt, wird Vorbehaltsgut (B.G.B. § 1367). Dahin gehört z. B. der Anspruch aus einem zum Schutze ihrer Geschäftstätigkeit abgeschlossenen Unfallversicherungsvertrag (R.G. in Veröffentl. des Aufsichtsamts IX Nr. 530). Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Handelsgewerbe beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen (B.G.B. § 1405 Abs. 1). — Die Haftung des eingebrachten Gutes ist unter diesen Voraussetzungen auch insoweit eine zwingende, als der Ehemann nicht Vorbehalte oder Einschränkungen im einzelnen machen kann. (Vgl. Cosack S. 42.) — Erhebt der Mann Einspruch, so wirkt dieser Dritten gegenüber erst mit dem Moment, wo er dem Dritten bekannt oder in das Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen wird; das vom Einspruch Gesagte gilt von dem Widerruf der Einwilligung entsprechend (B.G.B. §§ 1405, 1435). Zuständig ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Ehemannes. Befindet sich die Handelsniederlassung der Ehefrau in dem Bereiche eines anderen Registerrichters, so muß die Eintragung auch bei diesem Güterrechtsregister erfolgen (Art. 4 E.H.G.B.). Bei mehreren Niederlassungen der Ehefrau genügt die Eintragung in das Register der Hauptniederlassung.

---

[1]) Bezw. sein gesetzlicher Vertreter B.G.B. §§ 1409, 1915. Ist dies die Frau selbst, so fällt die Einwilligung natürlich fort, Cosack S. 44.

[2]) Kenntnis wird verlangt, bloßes Kennenmüssen genügt nicht (Planck zu § 1405 Nr. 5). Der die Kenntnis behauptende Gläubiger hat den freilich leichten Beweis zu führen.

Die Erhebung des Einspruchs und der Widerruf der Einwilligung sind in das freie Belieben des Ehemannes gestellt, er kann nicht darauf vorher verzichten (so auch Düringer-Hachenburg I S. 72). Die Ehefrau kann die Einwilligung des Ehemanns auch nicht durch den Vormundschaftsrichter erzwingen. B.G.B. §§ 1401, 1402 sind auf diesen Fall nicht anwendbar.

c) Der Ehemann selbst haftet mit seinem Vermögen grundsätzlich für die Verbindlichkeiten der Ehefrau nicht, es sei denn daß ein besonderer Verpflichtungsgrund (Bürgschaft u. dgl.) gegeben ist. Auch wenn er in den Geschäftsbetrieb der Ehefrau einwilligt, liegt darin noch nicht eine Übernahme der Verbindlichkeiten der Ehefrau, sondern nur Freigabe des eingebrachten Gutes. Nur in den besonderen Fällen der §§ 1385—1387 B.G.B. tritt eine gesamtschuldnerische Haftung des Ehemannes gegenüber den Gläubigern der Handelsfrau ein (§ 1388).

d) Umgekehrt haftet die Ehefrau, gleichgiltig, ob sie Handelsfrau ist oder nicht, für persönliche Schulden des Ehemannes nicht, weder mit ihrem Vorbehaltsgut noch mit ihrem eingebrachten Gut. Die Gläubiger des Ehemannes können nicht einmal auf Grund von § 1362 B.G.B. Sachen in den Geschäftsräumen der Ehefrau pfänden, da der Gewahrsam dann der Frau, nicht dem Mann zusteht (Staub-Bondi S. 21).

Nr. 23. e) **Prozessualisch** stellen sich die hinsichtlich des eingebrachten Gutes vorgetragenen Rechtsätze folgendermaßen dar:

α) Die Handelsfrau klagt ein zum eingebrachten Gute gehöriges Recht ein. Dann hat sie behufs ihrer Aktivlegitimation nachzuweisen, daß sie Handelsfrau ist, daß der Mann die Einwilligung zum Betrieb ihres Handelsgeschäfts erteilt hat und daß die Einklagung dieses Rechts in ihren Geschäftsbetrieb fällt. (hierzu R.G.Z. L S. 212.) Klagt sie ein zum Vorbehaltsgut gehöriges Recht ein, so ist sie aktiv legitimiert, ebenso bei Einklagung höchstpersönlicher Rechte, wie des Firmenrechts (Düringer-Hachenburg I S. 62).

β) Die Handelsfrau wird verklagt. Die Klage hat sich dann gegen die Handelsfrau zu richten, das Urteil ergeht gegen die Handelsfrau und wird vollstreckt in das Vorbehaltsgut. Aber für die Vollstreckung in das eingebrachte Gut[1]) ist zu unterscheiden

aa) Der Ehemann hatte seinen Einspruch oder den Widerruf der Einwilligung zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruches in das Güterrechtsregister ordnungsmäßig eintragen lassen. Dann genügt zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Handelsfrau das sie zur Leistung verurteilende Urteil nicht; vielmehr muß außerdem der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sein (Z.P.O. §§ 741, 739), was auch auf eine gegen den Ehemann getrennt erhobene Klage geschehen kann (R.G.Z. LIX S. 234), da notwendige Streitgenossenschaft nicht vorliegt. Liegt nicht ein Schuldtitel zur Duldung vor, so kann der Mann nach Z.P.O. § 766 Einwendungen und nach Z.P.O. §§ 774, 771 Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben.

bb) Der Ehemann hatte zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs diese Eintragung des Einspruches oder Widerrufes nicht vornehmen lassen, aber es war dem Gläubiger bekannt, als er den Anspruch gegen die Handelsfrau erwarb, daß der Ehemann Einspruch erhoben oder die Einwilligung widerrufen hatte. Dann genügt zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut das gegen die Ehefrau erzielte Urteil (Z.P.O. § 741), aber der Ehemann kann, da materiell ihm gegenüber das Urteil hinsichtlich des eingebrachten Gutes unwirksam ist, nach Z.P.O. § 771 die Interventionsklage erheben (Z.P.O. § 774); er muß dann beweisen, daß dem Gläubiger bekannt war sein Einspruch oder Widerruf.

cc) Die Gläubiger haben erst nach Entstehung ihres Anspruches Kenntnis vom Einspruch des Ehemannes erhalten und der Ehemann hat diesen Einspruch auch zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht eintragen lassen. Dann kann der Ehemann auch nicht einmal nach Z.P.O. § 774 intervenieren.

dd) Der Ehemann weist nach, daß ihm der Geschäftsbetrieb der Frau unbekannt war, er also gar nicht in der Lage war, Einspruch zu erheben. Dann hat er aus Z.P.O. § 774 Interventionsklage.

---

[1]) Hierzu Walsmann in Rostocker Rechtsw. Studien II 6, Staub-Bondi S. 16ff.; Seuffert in Gruchot XLIII, 133.

ee) Es handelt sich gar nicht um eine Geschäftsschuld der Frau, sondern um eine sonstige Schuld, für die das eingebrachte Gut nicht haftet. Dann gilt das gleiche, wie zu dd.

B. Im System der Gütertrennung (B.G.B. §§ 1364, 1418—1420), auch dem vertragsmäßigen, haben die Gläubiger der Handelsfrau, gleichgiltig ob der Ehemann in den Geschäftsbetrieb einwilligt oder nicht, Zugriff in das gesamte Vermögen der Frau. Dies gilt auch dann, wenn die Ehefrau die Verwaltung ihres Vermögens dem Ehemann ganz oder teilweise überläßt (B.G.B. § 1430). Eine Haftung des Ehemannes mit dessen Vermögen für Schulden der Handelsfrau kraft ehelichen Güterrechts ist hier überhaupt ausgeschlossen. — Überträgt umgekehrt der Ehemann sein Geschäft an die Ehefrau, so können die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts der Gläubiger in- oder außerhalb des Konkurses gegeben sein (dazu Jaeger, Gläubigeranfechtung § 3 Anm. 64ff.) Nr. 24.

C. Im (vertragsmäßigen) System der **allgemeinen Gütergemeinschaft** haftet für die Handelsschulden der Handelsfrau jedenfalls deren Vorbehaltsgut, zu dem aber dasjenige, was die Ehefrau durch den selbständigen Betrieb des Handelsgeschäftes erwirbt, nur dann gehört, wenn das Handelsgeschäft mit Vorbehaltsgut betrieben wurde, während anderenfalls der Erwerb in das Gesamtgut fällt. (B.G.B. § 1440). Das Gesamtgut haftet im wesentlichen unter denselben Voraussetzungen, unter denen im gesetzlichen System der Verwaltungsgemeinschaft das eingebrachte Gut der Ehefrau haftet (s. oben Nr. 22 — B.G.B. §§ 1452, 1462; betreffs der Zwangsvollstreckung Z.P.O. §§ 740, 741, 774). Liegen aber diese Voraussetzungen vor, so haftet auch der Ehemann mit seinem Vorbehaltsgute für die Handelsschulden der Handelsfrau als Gesamtschuldner. (B.G.B. §§ 1459, 1460, 1462). Doch besteht die Haftung nur, so lange die Gütergemeinschaft dauert. (B.G.B. §§ 1459 Abs. 2, 1463, 1464.) Setzt die Handelsfrau als parens superstes die Gütergemeinschaft mit den Abkömmlingen fort, so gelten ihre Verbindlichkeiten ohne weiteres als Gesamtgutverbindlichkeiten (B.G.B. § 1488), die Abkömmlinge haften für sie aber nicht persönlich (B.G.B. § 1489 Abs. 3). Setzt umgekehrt nach dem Tode der Handelsfrau der Ehemann die Gütergemeinschaft mit den Abkömmlingen fort, so haftet das Gesamtgut für die Handelsschulden der verstorbenen Handelsfrau dann, wenn diese mit Genehmigung des Ehemannes das Geschäft betrieben hatte (B.G.B. § 1488), diesenfalls haftet der Ehemann — dagegen nicht die Abkömmlinge — für solche Schulden persönlich (B.G.B. § 1489 Abs. 2, 3). Haben die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten miteinander eine offene Handelsgesellschaft eingegangen, so wird, falls Gegenstände des Gesamtgutes in das Gesellschaftsvermögen inferiert werden, für die Verwaltung und Verfügung über diese das Gesellschaftsrecht maßgebend, dem Gesamtgut verbleiben dagegen die Kapitalkonten. Da für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter haftet, so haftet auch das Gesamtgut für die Gesellschaftsschulden (B.G.B. §§ 1459, 1460). Hierzu Gildemeister a. a. O. Nr. 25.

D. Das zu C. Bemerkte gilt im System der **Fahrnisgemeinschaft** entsprechend (B.G.B. § 1549). Nr. 26.

E. Im System der **Errungenschaftsgemeinschaft** gilt mit Bezug auf das Gesamtgut das zu C. Bemerkte entsprechend (B.G.B. §§ 1532, 1533, 1530, Abs. 2, 1535). Nur für die Deliktsschulden und die vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft kontrahierten Schulden der Handelsfrau als solcher haftet das Gesamtgut nicht. Das eingebrachte Gut der Frau wird nach den Grundsätzen zu A. behandelt (B.G.B. § 1525 Abs. 2), das Vorbehaltsgut der Frau haftet schlechtweg. Der Mann selbst haftet persönlich für die Schulden der Handelsfrau, soweit sie dem Gesamtgut zur Last fallen, aber nur für die Dauer der Errungenschaftsgemeinschaft (B.G.B. § 1530 Abs. 2). Nur wenn das Geschäft von der Frau oder beiden Ehegatten für Rechnung des Gesamtgutes geführt wird, haftet er über die Dauer hinaus (B.G.B. § 1537 Abs. 2). Nr. 27.

F. Für den **verheirateten Kaufmann** gelten nach dem neuen H.G.B. so wenig wie nach dem alten, güterrechtliche Sonderbestimmungen. So weit vielmehr das eheliche Güterrecht den Ehemann in der Verfügungsfähigkeit beschränkt, gilt solche Beschränkung auch für den Kaufmann (vgl. R.G.Z. XXIV S. 40, 41). Insbesondere kann der Kaufmann über das eingebrachte Gut der Ehefrau nur innerhalb der vom Nr. 28.

B.G.B. zugelassenen Grenzen verfügen (B.G.B. §§ 1375 f.) und seine Gläubiger können nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gut der Ehefrau verlangen (B.G.B. § 1410 oben Nr. 22 bei d). Bezüglich der Eintragung in das Güterrechtsregister, wenn der Ehemann Kaufmann ist, vgl. Art. 4 d. E.H.G.B.

Nr. 29. G. Umgekehrt wird das **Verwaltungs-** und **Nutznießungsrecht des Ehemannes** im gesetzlichen System durch den Umstand, daß die Frau mit seiner Einwilligung Handelsfrau ist, nicht beseitigt[1]). Er ist deshalb nach allgemeinen Grundsätzen berechtigt, das eingebrachte Gut in Besitz zu nehmen (B.G.B. § 1373), Rechte, die dazu gehören, in eigenem Namen geltend zu machen (B.G.B. § 1380), und erwirbt die Nutzungen des eingebrachten Gutes wie ein Nießbraucher (B.G.B. § 1383). (In allen diesen Beziehungen anders Düringer-Hachenburg I S. 60, die den Satz aufstellen, daß mit erfolgter Zustimmung des Ehemannes das Geschäftsvermögen der Ehefrau bis zum Widerrufe durch den Ehemann der güterrechtlichen Einwirkung durch den Mann überhaupt entzogen sei und für diese Zeit das Gesetz der Frau überhaupt die alleinige Nutznießung gebe. Aber wo steht dieser Satz?) Somit ist der Ehemann in die Lage gesetzt, die Dispositionen der Frau über die Geschäftsaktiva zu hindern[2]). Dagegen hat er nicht kraft seines Verwaltungsrechts etwa die Befugnis, das Handelsgeschäft der Ehefrau als eine Art Vormund selbständig im Namen der Ehefrau zu betreiben und sie durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, auch § 1379 B.G.B. kann er nicht zu diesem Zwecke heranziehen (Düringer-Hachenburg I S. 58). Seine Stellung ist in dieser Beziehung eine gänzlich andere, als die des Vaters (vgl. B.G.B. § 1375 einerseits, § 1655 andererseits, auch Mot. z. E. I des B.G.B. IV S. 176, 177). Er wird somit nur auf Grund besonderer Vollmacht als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter der Frau in deren Namen das Geschäft führen können[3]). Darum sind die Bemerkungen von Cosack S. 43, 44 nicht schlüssig. Weiß und duldet der Ehemann, daß die Frau im Handelsregister eingetragen ist, so liegt darin die Einwilligung zum selbständigen Betrieb. Der Fall, den Cosack unterstellt, daß der Mann den Handelsbetrieb im Namen der Frau erlaubt und sich die Oberleitung vorbehält, ist angesichts des B.G.B. § 1375 gar nicht denkbar. Unklar ist auch die Darstellung Plancks zu § 1376, wonach der Mann auch ohne Zustimmung der Frau das Wahlrecht haben soll, ob er das zum eingebrachten Gut gehörige Erwerbsgeschäft in eigenem Namen oder im Namen der Frau betreiben will. Der Mann kann freilich das Erwerbsgeschäft der Frau im eigenen Namen betreiben, insofern er die Aktiva desselben kraft seines Verwaltungsrechts dazu verwenden könnte; ja, man muß mit Düringer-Hachenburg I S. 64, 65 gegen R.G.Z. LIX 25 ff. annehmen, daß er verlangen kann, daß die Frau ihm ebenso das Geschäft (ohne die Firma) überweist, als ob sie einem anderen einen Nießbrauch daran bestellt hätte (B.G.B. § 1383). Vgl. unten §§ 22, 25. Was die vorehelichen Geschäftspassiva betrifft, so würde ohnehin für solche das eingebrachte Gut haften (vgl. auch B.G.B. § 1086). Der Mann würde solchenfalls nur aus H.G.B. § 25 haften, wenn er die alte Firma des Geschäfts fortführt — wozu er aber die Zustimmung der Ehefrau bedürfte (R.G.Z. LIX S. 31) — oder die Übernahme der Haftung in handelsüblicher Weise kundgegeben hat. Im Namen der Frau dagegen kann der Mann das Erwerbsgeschäft nicht eigenmächtig betreiben, weil er sie nicht einseitig verpflichten kann (B.G.B. § 1375), er bedarf hierzu einer Vollmacht (vgl. auch O.L.G. Dresden in Seuffert LVII Nr. 82, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 341).

---

[1]) Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäfte, Berlin 1906.

[2]) Es ist aber wohl zu beachten, daß nach B.G.B. § 1367 aller Erwerb durch den selbständigen Betrieb des Handelsgeschäfts Vorbehaltsgut der Frau ist. Sollte somit der Mann tatsächlich das Geschäft der Frau leiten, aber in deren Namen, so sind die Erträgnisse aus dem Geschäft, ja sogar die erworbenen Forderungen Vorbehaltsgut der Frau. Anders Cosack S. 45.

[3]) An den Sachen der Handelsfrau, die in deren Geschäftsräumen sind, hat er dann aber nicht selbständigen Besitz, sondern ist nur Besitzdiener (B.G.B. § 855), folglich wäre die Pfändung solcher Sachen durch den Gerichtsvollzieher, der gegen ihn eine Schuld eintreibt, nach Z.P.O. § 808 ausgeschlossen (so richtig Staub-Bondi S. 21).

H. **Übergangsbestimmungen.** Die Vorschriften des alten H.G.B., soweit sie güterrechtlicher Natur sind, bleiben in Kraft für alle Ehen, für die nach Art. 200 des E.B.G.B. die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben. In denjenigen Landesrechten, welche die ehemännliche Vogtei beim ehelichen Güterrecht anerkennen, wird demnach die Ehefrau, so lange der bisherige Güterstand besteht, ohne Zustimmung des Ehemannes nicht Handelsfrau werden können. Wo das ehemännliche Mundium beseitigt ist, wird die Ehefrau vom 1. Jan. 1900 ab selbständig Handelsfrau werden können, da die Aufrechterhaltung des nicht bloß güterrechtlichen Art. 7 für diesen Fall nicht angemessen ist (vgl. über diese Frage K. Lehmann in Z. XLVIII S. 46f., andererseits die bei Düringer-Hachenburg I S. 86 zitierte Literatur). Mit Bezug auf die Schuldenhaftung entscheidet das einzelne Güterrecht. Nr. 30.

Über die ausländische Handelsfrau E.B.G.B. Art. 36.

3. Öffentlich-rechtliche Vorschriften. Statutenkollision.

Wer das Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Weitere Erfordernisse sind nicht vorhanden. Gleichgültig ist, ob der Betreibende die **öffentlich-rechtlichen** Vorschriften erfüllt, welche die Befugnis zum Gewerbebetriebe von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen, z. B. Einholung der Konzession, Zahlung der Gewerbesteuer, Lösung einer Legitimationskarte, eines Wandergewerbescheines, abhängig machen. Gleichgültig ist, ob er nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften überhaupt das Gewerbe betreiben durfte (Reichsbeamtengesetz § 16, Reichsmilitärgesetz § 43, R.G. in Straff. XLVII Nr. 88, vgl. weiter Brand § 7 Anm. 1). Gleichgültig ist, ob er in der Ausübung des Gewerbes frei oder gewissen Schranken unterworfen ist (z. B. Taxen, Kontrollen, Verpflichtungen zum Kontrahieren mit jedermann, vgl. § 453). So sind namentlich Apotheker Kaufleute (R.G. in Straff. XXIV S. 426, Adler-Clemens Nr. 332, 1524), obwohl sie einer Approbation bedürfen, die auf Grund eines Befähigungs-Nachweises erteilt wird (G.O. § 29), und Taxen für die Preise ihrer Waren erlassen werden (G.O. § 80). Ähnlich bei Lotterie-Kollekteuren (R.O.H.G. XXIII S. 213, 214). Gleichgültig ist endlich, ob der Betreibende Inländer oder Ausländer ist. Auch Ausländer, die in Deutschland ein Handelsgewerbe betreiben, sind Kaufleute. Hinsichtlich ihrer Geschäftsfähigkeit vgl. E.B.G.B. Art. 7. Für die Kaufmannsqualität ist nicht das Recht der Staatsangehörigkeit, sondern das Recht der Handelsniederlassung entscheidend (Düringer-Hachenburg I S. 22f., v. Bar in Ehrenbergs Hdb. I S. 331). Dies gilt auch für Zweigniederlassungen. Falls somit ein Ausländer, der nach dem Recht der Hauptniederlassung Nichtkaufmann oder Nichtvollkaufmann ist, in Deutschland eine Zweigniederlassung begründet, erwirbt er hinsichtlich dieser die Kaufmanns- oder Vollkaufmannseigenschaft, soweit nach deutschem Recht die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes vorliegen. Nr. 31.

4. Tragweite und Dauer der Kaufmannseigenschaft.

Nur **insoweit als** jemand ein Handelsgewerbe betreibt, ist er Kaufmann. Die Kaufmannseigenschaft ist nicht eine die ganze rechtliche Individualität durchdringende Standesqualität, sondern eine dem Betrieb des Handelsgewerbes entspringende, die Unterwerfung unter gewisse Sondernormen mit sich führende Folgerung. Jenseits des Gebietes des Gewerbebetriebes kommt die Kaufmannsqualität nicht weiter in Betracht. Wie somit jeder Kaufmann außerhalb seines Handelsgewerbes (als Mensch, nicht als Kaufmann) dem bürgerlichen Recht untersteht, so kann ein Kaufmann neben dem Handelsgewerbe nichtkaufmännische Gewerbe betreiben[1]). Das kaufmännische Gewerbe saugt ebensowenig das andere Gewerbe auf, als es von letzterem aufgesogen wird. Ein Kaufmann kann auch Nr. 32.

[1]) Am klarsten tritt dies bei Staat und Gemeinde, die ein Handelsgewerbe betreiben, hervor, sodann bei den Nebengewerben des Forst- und Landwirtes nach § 3. Insoweit der Land- und Forstwirt als solcher rechtsgeschäftlich tätig wird, schließt er kein Handelsgeschäft ab, auch wenn er als Inhaber des Nebengewerbes Kaufmann ist (Staub-Bondi § 3 Anm. 14). Auch die Bestimmung des § 5 findet hier ihre naturgemäße Grenze (Staub-Bondi § 5 Anm. 4a).

mehrere Handelsgewerbe betreiben, von denen das eine Vollkaufmanns-, das andere nur Minderkaufmanns-Qualität verleiht. (Vgl. bei § 4 Nr. 5.) Von praktischer Wichtigkeit sind diese Sätze namentlich für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft. So weit diese nur in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter (d. h. mit Bezug auf die von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte, auf die internen Beziehungen aus dem Gesellschaftsvertrage, aber auch auf die von ihnen im eigenen Namen abgeschlossenen Geschäfte, soweit sie eine Beziehung zum Betriebe der Gesellschaft haben), Kaufleute sind, erstrecken sich die Sätze des Handelsgesetzbuches auf ihre sonstige rechtsgeschäftliche Tätigkeit nicht. Wie sie demnach keine Firma für sich als Einzelperson führen, so sind sie nicht zur Buchführung für ihre Privatwirtschaft verpflichtet, greifen die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte für die von ihnen außerhalb der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte nicht Platz (vgl. R.G. in JW. 09, S. 695[29]) usw. Für den Kommanditisten insbesondere, der auch als Gesellschafter nicht in der Firma aufgeführt wird, an der Vertretung und Geschäftsführung nicht teilnimmt und nur die Richtigkeit der jährlichen Bilanz unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen darf, hat die Kaufmannseigenschaft geringe Bedeutung (oben Nr. 13 S. 9 Anm. 1). — Das Gesagte gilt natürlich nicht für juristische Personen, die kraft ihrer Rechtsform stets Kaufleute sind, z. B. Aktiengesellschaften. Hier durchdringt die Kaufmannsqualität das ganze Verbandsleben (unten § 210 Nr. 5). Auch kann das Gesetz gewisse Rechtsfolgen schlechthin aus der Tatsache, daß jemand Kaufmann ist, herleiten, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob er als Kaufmann auftritt oder nicht (vgl. z. B. Börsengesetz § 53).

Nr. 33. Nur **so lange** als jemand ein Handelsgewerbe betreibt, ist er Kaufmann, d. h. nur so lange das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist und so lange er das Gewerbe betreibt. In ersterer Beziehung wahrt die Eintragung der Firma im Handelsregister die Eigenschaft des Gewerbes als Handelsgewerbe sowohl bei den natürlichen wie bei den künstlichen Handelsgewerben (vgl. bei § 5), während die Löschung der Firma im Handelsregister nicht notwendig die Eigenschaft als Handelsgewerbe zerstört, sicher nicht bei den natürlichen Handelsgewerben des § 1 (R.G.Z. LXV S. 16), aber auch nicht bei den künstlichen des § 2, da das Gesetz hier die Eintragung als Entstehungsbedingung und nicht als Bedingung der Fortdauer hinstellt (a. A. Düringer-Hachenburg § 2 Anm. 19, Staub-Bondi § 2 Anm. 17, Brand § 2 Anm. 6). In letzterer Beziehung ist die Frage, ob das Gewerbe wirklich fortbetrieben wird, Tatfrage. Eine Rechtsvermutung spricht für den Fortbetrieb nicht, insbesondere vermag der Eintrag der Firma im Handelsregister eine Rechtsvermutung nicht zu liefern (vgl. R.G.Z. XIII S. 152), doch würde hier dem Dritten der Schutz des § 15 Abs. 1 zugute kommen (R.G.Z. LXV Nr. 97). Wie weit faktische Vermutungen für den Fortbetrieb bestehen, ist eine andere Frage. Ist die Firma gelöscht, so ist jedenfalls von einer faktischen Vermutung keine Rede mehr (R.O.H.G. XVII S. 169, 170, XIX S. 38).

Nr. 34. Wird durch Eröffnung des **Konkurses** die Kaufmannsqualität bei den juristischen Personen zerstört? Man kann sich für die Bejahung darauf berufen, daß die Rechtsfähigkeit mit der Konkurseröffnung aufhört (so bei den rechtsfähigen Vereinen B.G.B. § 42, bei Aktiengesellschaften H.G.B. § 292 Nr. 3) und daß die Liquidation der Masse im Konkursverfahren schon aus jenem Grunde die Kaufmannseigenschaft aufrecht zu erhalten nicht im Stande sei (vgl. R.G.Z. XIV Nr. 116, insbes. S. 417, 418). Aber die Möglichkeit, daß das Konkursverfahren wieder eingestellt wird, ist doch vorhanden und vom Gesetze berücksichtigt (vgl. § 307 Abs. 2). Eine totale Zerstörung der Kaufmannseigenschaft läßt sich also nicht annehmen (vgl. § 292 Nr. 10) — Das gleiche gilt bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, wenn der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet wird (vgl. §§ 131 Nr. 3, 144, 161 Abs. 2). — Bei physischen Personen zerstört die Eröffnung des Konkurses überhaupt nicht notwendig die Kaufmannsqualität (R.O.H.G. XIX Nr. 11, Johow XIII S. 37). Fährt der Kridar fort, eine werbende Tätigkeit auszuüben, soweit er dazu befähigt ist, da er einerseits die Geschäftsfähigkeit nicht einbüßt andererseits nach § 6 K.O. Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen verliert (hierzu R.G. im Recht 1910 Nr. 3083), so dauert die Kaufmannseigenschaft fort (R.G.Z. XIII S. 152). Ob dies geschieht, ist aus der Person des Kridars, nicht aus den Handlungen des Konkursverwalters und der

Gläubiger (K.O. § 132) zu beurteilen, da diese das Geschäft nur zum Zwecke der Verfilberung der Masse fortführen (so mit Recht Staub-Bondi § 1 Anm. 25; a. A. Jaeger K.O. § 6 Anm. 29, Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 49). Eine Vermutung für den werbenden Fortbetrieb durch den Kridar wird gewöhnlich nicht bestehen, wer sich auf den Fortbetrieb beruft, wird Umstände darzulegen haben, aus dem es zu entnehmen ist. Darum wird das richterliche Ordnungsverfahren behufs Eintragung einer Firma bei Ausbruch des Konkurses einstweilen zu sistieren sein (Marcus in Holdheim 1904 S. 115). Der Kridar kann jedenfalls seine Firma löschen lassen, ohne die Genehmigung des Konkursverwalters zu erbringen. Solange er dies nicht tut, wird er freilich sich als „liquidierenden" Kaufmann behandeln lassen müssen (Jaeger a. a. O.), deshalb bis zur erfolgten Durchführung der Liquidation noch den kaufmännischen Grundsätzen unterstehen. Tatsächlich gibt es Betriebe, auf deren werbende Tätigkeit der Konkurs einen geringen Einfluß übt, da Verwaltung und Verfügung über Vermögen nicht in Frage steht (Agenten, Makler). Hier wird eine tatsächliche Vermutung für den Fortbetrieb bestehen (Brand § 17 Anm. I 5). Vgl. übrigens bei § 22 Nr. 4.

Die **Liquidationsauflösung**, welche die juristischen Personen bis zur Beendigung der Liquidation, soweit die Liquidationszwecke es erfordern, als fortbestehend erhält (B.G.B. § 49 Abs. 2, H.G.B. § 294 Abs. 2), wahrt diesen die Kaufmannseigenschaft jedenfalls dann, wenn sie, wie die Aktiengesellschaften, fiktive Kaufleute sind (§ 294 Nr. 2). Dagegen ist die Frage schwieriger, wenn eine juristische Person kraft ihres Gewerbebetriebes nach § 1 oder § 2 Kaufmann ist. Die Betrachtung, daß sich in dem Eintritt des Liquidationsgrundes die Auflösung nicht bloß der juristischen Person, sondern auch die Aufgabe des Gewerbes darstellt, führt zur Leugnung der Kaufmannsqualität für die liquidierende juristische Person. Indessen ist dieser Ansicht nicht beizupflichten. So gut der Einzelkaufmann, der sein Geschäft auflöst, als solcher zu gelten hat, so lange er seinen Gewerbebetrieb nicht ganz eingestellt hat, ebensowohl hat die in Liquidation befindliche juristische Person als Kaufmann zu gelten, so lange sie den Betrieb der Gewerbsgeschäfte formell nicht ganz zu Ende geführt hat. (R.O.H.G. XXII S. 328, 329.) Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft sind (H.G.B. § 156) richtiger Ansicht nach bis zur vollendeten Liquidation die Gesellschafter als Kaufleute anzusehen (so auch R.O.H.G. XXIII S. 144, Busch XXXXI S. 134, nicht so weit gehend Staub-Pinner § 156 Anm. 3, Staub-Bondi § 1 Anm. 25). Doch muß die Gesellschaft, als sie in Auflösung trat, Kaufmann gewesen sein. Eine bereits aufgelöste Gesellschaft wird nicht etwa durch Änderung der Gesetzgebung Kaufmann, falls sie als bestehende Gesellschaft Kaufmann geworden wäre. Nr. 35.

5. Fiktive Kaufleute.

Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Gewissen juristischen Personen legt das Gesetz aber auch Kaufmannsqualität bei, wenn das von ihnen betriebene Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe ist, ja wenn der Gegenstand des Unternehmens überhaupt nicht gewerblicher Natur ist. Darüber bei § 6. Hier sind demnach die **Kaufmannsqualität** und damit der Betrieb eines Handelsgewerbes **fingiert**. Siehe oben bei Nr. 11. Nr. 36.

6. Übergangsbestimmungen.

Die Kaufmannsqualität richtet sich nach dem jeweiligen Recht. § 1 ergreift alle Personen, auf die seine Voraussetzungen zutreffen, gleichgültig ob ihr Gewerbebetrieb in der Zeit vor oder nach Inkrafttreten des neuen H.G.B. begonnen wurde. Somit sind Kaufleute im Sinne des § 1 auch diejenigen Lagerhalter und Schleppschiffahrtsunternehmer, die ihr Gewerbe vor dem 1. Jan. 1900 begonnen haben; sie erwerben mit Neujahr 1900 die bis dahin nicht besessene Kaufmannsqualität. Umgekehrt hören Personen, die nach altem Recht Kaufleute waren, aber nach neuem Recht der Kaufmannsqualität entbehren, auf, Kaufleute zu sein, so die Postverwaltungen (§ 452). Die unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossenen Geschäfte behalten aber ihre Handelsgeschäftsqualität, soweit ihnen solche nach altem Nr. 37.

Recht zustand. Für die prozessuale Kompetenz (G.V.G. § 101 Nr. 1) kommt es darauf an, ob zur Zeit der Klageerhebung der Beklagte Kaufmann ist (vgl. Keyßner in Z. XXV S. 474). Das Geschäft, aus dem der Anspruch erhoben wird, muß dagegen zur Zeit des Abschlusses Handelsgeschäft gewesen sein. (R.G. in J.W. 08 S. 148[22] = Warneyer 1908 Nr. 224 = Gruchot LII S. 1103.) Für die Anwendung des § 196 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B. ist die Frage, ob es sich um den Anspruch eines Kaufmanns handelt, nach dem Recht zur Zeit der Entstehung des Anspruchs zu beantworten (R.G.Z. LX S. 78). Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 40ff.

Absatz II.

Die einzelnen Fälle der natürlichen Handelsgewerbe.

Vorbemerkung.

Nr. 38. Das hier behandelte Handelsgewerbe ist das **natürliche** Handelsgewerbe oder Handelsgewerbe per se, d. h. dasjenige, welches lediglich durch den Gegenstand der Unternehmung Handelsgewerbe wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Firma des Unternehmers eingetragen wird oder nicht. Es kann Großgewerbe und Kleingewerbe sein, nur in den Fällen der Nr. 2, 9 und zum Teil 5 muß es sich um ein Großgewerbe handeln. Historisch umfaßt es im ganzen diejenigen Gewerbebetriebe, die nach dem alten Gesetzbuche Handelsgewerbe waren (vgl. Art. 271, 272, 4 des alten H.G.B.). Es fehlt das unter Art. 271 Nr. 4 aufgeführte Darlehen gegen Verbodmung, während auf der anderen Seite die Gewerbe der Lagerhalter und Schleppschiffahrtsunternehmer hinzugekommen sind. Auch ist die gewerbemäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen durch das Gewerbe der Handlungsagenten oder Handelsmäkler ersetzt worden. Der Katalog des § 1 Abs. 2 ist erschöpfend, analoge Anwendung auf verwandte Fälle ist ausgeschlossen (K.G. in Entsch. FG. II S. 229).

Im alten Recht war die scharfe Abgrenzung der in Art. 271, 272 aufgeführten Kategorien von den wirtschaftlich verwandten Gewerben von großer Bedeutung, weil es lediglich natürliche Handelsgewerbe gab. Von erheblich geringerem Wert ist sie im neueren Recht. Gewerbe, die nicht genau unter jene Kategorien passen, werden bei Großbetrieb nach § 2 zu Handelsgewerben gestempelt. Ist es gelungen, den Zwang zur Firmeneintragung in Gemäßheit des § 2 praktisch durchzuführen, so wird für die Praxis die Untersuchung der Frage, ob die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 vorliege, eigentlich nur für Minderkaufleute Bedeutung behalten.

Nr. 39. Nr. 1. **„Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden."**

Nr. 40. 1. Der Begriff der **„Anschaffung"** umfaßt alle Kategorien der einen abgeleiteten, entgeltlichen Erwerb zu Eigentum bezweckenden Rechtsgeschäfte unter Lebenden (vgl. R.G.Z. XXIV S. 109, XXXI S. 18f., XLII S. 13, LII S. 323, LVI S. 431, R.G. in Strafs. XII S. 42, Goldschmidt, Hdb. I S. 543 ff., Behrend S. 106ff.), vor allem Kauf, Tausch (R.G.Z. XXXVIII S. 31) und Werklieferungsvertrag (Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 16; vgl. O.L.G. Karlsruhe im Recht 02 S. 268), außerdem das irreguläre Depositum, das uneigentliche Lombardgeschäft (vgl. R.G.Z. LX S. 44), das Darlehen, die Annahme an Erfüllungsstatt usw. Doch werden die letzteren als Grundhandelsgeschäfte hier nicht in Betracht kommen. Nicht fallen dagegen darunter:

a) Originärer Erwerb, z. B. durch Aneignung sei es ganz herrenloser Sachen (B.G.B. § 958), sei es dem Aneignungsrecht unterstehender Sachen seitens des Aneignungsberechtigten (Jagd, Fischerei, Bernsteingewinnung — R.O.H.G. XIII Nr. 124, Z. XX S. 570 — Aneignung von Fossilien durch Bergbau) oder durch Fund (B.G.B. §§ 973, 974), Schatzerwerb (B.G.B. § 984), Kriegsbeute. Keine Anschaffung ist die Übernahme von Aktien seitens der Gründer oder die Primitivzeichnung von Aktien seitens des Publikums im Falle der Gründung oder der Grundkapitalserhöhung einer Aktiengesellschaft, denn hier liegt kein abgeleiteter Erwerb von Wertpapieren, sondern ein einseitiger, die Errichtung der Körperschaft

bezweckender Statusakt vor (R.G.Z. XXXI S. 17ff. XLV S. 101, unten § 188 Nr. 3, vgl. jedoch dazu XLI S. 140; K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften I S. 344ff.; anders früher R.G.Z. XXII S. 127ff., XXVI S. 35ff.). Der Gründer bezw. Zeichner kauft nicht die Aktien, sondern er nimmt durch seinen Beitritt einen die Korporation schaffenden oder (bei Grundkapitalserhöhungen) umgestaltenden kreatorischen Akt vor (vgl. auch Staub bei Holdheim III S. 61). Ebensowenig liegen Anschaffungsgeschäfte vor bei Umgestaltung der in der Aktie verbrieften Mitgliedschaftsrechte durch Gewährung von Vorzugsrechten bei Zuzahlungen (§ 262 Nr. 3), bei Reduktion oder Zusammenlegung von Aktien (§ 290). — Wohl aber ist Anschaffung die Zeichnung von Partialobligationen bei staatlichen oder sonstigen öffentlichen Anleihen; denn hier liegt ein auf derivativen Erwerb des Eigentums an Wertpapieren gerichtetes entgeltliches Rechtsgeschäft zwischen dem Zeichner und dem Emittenten vor. Wieweit bei Konversionen im Falle des Umtauschs von Titeln Anschaffung vorliegt, ist Tatfrage (R.G.Z. XX S. 10, XXIV S. 108, XXVII S. 50; a. A. Ansicht Staub-Bondi § 1 Anm. 36).

b) Unentgeltlicher Erwerb durch Schenkung (Bettelei), Ehevertrag, Ausstattung.

c) Bloßer Erwerb zu beschränktem dinglichem oder nur zu obligatorischem Recht. Also gehören nicht hierher der Erwerb durch das eigentliche Lombardgeschäft (R.G.Z. XXI S. 36) bezw. Pfandleihgeschäft, der Erwerb des Mieters, Entleihers, des Verwahrers und Lagerhalters, des Nießbrauchers bei eigentlichem Nießbrauch, des Frachtführers usw. Doch ist zu beachten, daß das Wort nicht entscheidet, sondern der juristische Charakter des Geschäfts; so wird der Ausdruck Pacht mitunter gebraucht, wo wirkliche Anschaffung vorliegt (vgl. z. B. Busch XXXV S. 318), der Ausdruck „Möbelleihvertrag" bezeichnet einen Kauf auf Abzahlung usw.

d) Erwerb mittels Rechtshandlung im Gegensatz zum Rechtsgeschäft, z. B. Eigentumserwerb an Früchten durch Trennung, an beweglichen Sachen durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, noch weniger Erwerb rein durch Gesetz, z. B. bei Vereinigung der Bienenschwärme mehrerer Eigentümer (B.G.B. §§ 963, 964) oder gar durch unerlaubte Handlung (gewerbsmäßiges Glücksspiel).

e) Erwerb von Todes wegen, auch wenn ein Rechtsgeschäft vorlag, sei es eine letztwillige Verfügung, sei es ein Erbvertrag. Dagegen gehört nicht hierher der Fall des Erbschaftskaufes (B.G.B. § 2371f.).

f) Selbstverständlich die gar nicht rechtsgeschäftlichen Hergänge der bloßen Selbstproduktion, Umarbeitung eigenen Materials, Fruchtziehung aus eigenen Sachen (R.O.H.G. Bd. IX Nr. 56, XI Nr. 107; Striethorst LXXIII Nr. 70), Gewinnen von Ziegeln aus eigener Erde (R.G.Z. L S. 157), von Steinen aus eigenen Steinbrüchen usw.

Im übrigen ist es für den Begriff der Anschaffung gleichgültig, ob sie erfolgt zum Zwecke späterer Weiterveräußerung (Spekulationsankauf) oder zur Realisation einer früheren Veräußerung; nicht minder ist gleichgültig, ob eine Eigentumsübertragung wirklich erzielt wird oder nicht (anders Makower S. 19 und Brand Anm. 10a, aber sollte der Börsenspekulant, der vielleicht niemals abnimmt, nicht Kaufmann sein?). Anschaffung liegt schon mit dem Abschluß des Kaufes vor. Ein Gewerbe, welches nur Kauf und Weiterveräußerung ohne dazwischen liegende Eigentumsübertragung seitens des Verkäufers an den Gewerbetreibenden bezweckt, fällt unter Nr. 1, (R.G.Z. LII S. 323).

2. **„Weiterveräußerung"** stellt dasselbe Rechtsgeschäft wie die Anschaffung dar, Nr. 41.
nur daß die Personen der Kontrahenten vertauscht sind. Der Weiterveräußerung stehen gegenüber Ge- oder Verbrauch des Angeschafften, Aufspeicherung des Angeschafften als Kapitalsanlage, dauernde Verbindung mit dem Grund und Boden, Verwendung zur Urproduktion (Viehzucht, Gärtnerei). Der einfache Konsument, der Rentier also nicht Kaufmann. Keine Weiterveräußerung Vermietung, Verleihung, Verpfändung, Bestellung eines Nießbrauchs, aber auch nicht Verschenkung, Hingabe zur Mitgift, Ausstattung. In letzteren Fällen würde ohnehin der Begriff des Gewerbes ermangeln. Demnach nicht Kaufleute nach diesem Paragraphen Leihbibliothekare, Geschirrvermieter, Strandkorb- oder Fahrradvermieter usw. Nicht um Weiterveräußerung, sondern um Erfüllung eines Werkvertrages handelt es

sich, wenn Bauunternehmer oder Bauhandwerker das für eigene Rechnung angeschaffte Material dem Besteller nur besonders verrechnen (Goldschmidt Hdb. S. 684, Staub-Bondi § 1 Anm. 47, anders R.O.H.G. XIII S. 343 und vielfach die österreichische Praxis); Bauunternehmer, Bauhandwerker, Eisenbahnunternehmer sind somit keine Kaufleute im Sinne dieses Paragraphen. — Der Ausdruck Weiterveräußerung scheint auf die zeitliche Priorität der Anschaffung hinzuweisen, allein das Gesetz will nicht bloß das Gewerbe des Spekulationskäufers, sondern auch das des Lieferanten umfassen. Die beiden Nr. 1, 2 des früheren Artikels 271 sind hier vereinigt. Es ist demgemäß völlig gleichgültig, ob Gegenstand des Gewerbes ist Anschaffung und Veräußerung oder Veräußerung und Anschaffung[1]). — Die Weiterveräußerung kann mit Tradition der Sache an den Dritten oder ohne solche stattfinden. Für den Begriff der Weiterveräußerung ist die Realisierung des Veräußerungsvertrages nicht wesentlich (anders nach früherem Recht).

Nr. 42. 3. Anschaffung **und** Weiterveräußerung bilden den Gegenstand, anders ausgedrückt, der Zweck des Betriebes muß auf gewerbsmäßige Anschaffung behufs Weiterveräußerung, oder auf gewerbsmäßige Veräußerung behufs Anschaffung, oder auf beides gerichtet sein. Besteht der Zweck nur in Anschaffung, so ist § 1 Abs. 2 Nr. 1 nicht gegeben. Eine Gesellschaft, die z. B. nur gebildet wird, um in der Lotterie zu spielen, betreibt kein Handelsgewerbe im Sinne von Nr. 1 (vgl. die Fälle von Losgesellschaften bei Sobernheim S. 46ff.). Das bloße äußerliche Nebeneinanderbestehen von Anschaffung und Weiterveräußerung genügt nicht, ein innerer Zusammenhang ist erforderlich. Es genügt somit nicht tatsächliche Weiterveräußerung von zu Konsumtionszwecken angeschafften Gegenständen, ebenso wenig Neuanschaffung an Stelle veräußerter, weil für den Zweck der Wirtschaft nicht mehr brauchbarer Sachen. Ein Gewerbetreibender, der in bestimmten Zwischenräumen abgenutzte Inventarstücke zu billigem Preise losschlägt und die notwendigen Neuanschaffungen wenigstens zum Teil mit dem Erlöse deckt, unterfällt damit nicht der Nr. 1. Weiter müssen Anschaffung wie Weiterveräußerung nicht bloß eine formelle, sondern auch eine materielle Umsatztätigkeit darstellen. Die bloße Repartition angeschaffter Gegenstände seitens eines Konsumvereins an seine Mitglieder ist ebensowenig Weiterveräußerung, wie die Abnahme der landwirtschaftlichen Erzeugnisse eines einzelnen Mitgliedes durch eine Absatz-Genossenschaft zum Zwecke des Verkaufs eine Anschaffung darstellt. Hier ist die Vereinigung nur die juristische Figur für die Tätigkeit der Mitglieder. — Und endlich darf die Anschaffung und Weiterveräußerung nicht bloß ein Mittel zum Zwecke eines anderen Unternehmens sein, z. B. eines landwirtschaftlichen (Pferde- und Viehzucht, vgl. bei § 3 Nr. 2), eines Erziehungsinstituts, (K.G. in Zentralbl. II S. 7) oder einer Zimmervermietung (K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 404 = Johow-Ring XXXI A 140), vgl. Saeger in L.Z. 08 S. 763. Zu weit geht Voß in D.J.Z. 03 S. 44, wenn er deshalb alle Gastwirte ausnehmen will. Dagegen Orthal in D.J.Z. 03 S. 197.

Nr. 43. 4. Daß die Weiterveräußerung **nicht** in allen einzelnen Fällen eine **gewinnbringende** gegenüber der Anschaffung zu sein braucht, ist selbstverständlich. Aber weitergehend braucht auch die Anschaffung im Einzelfalle nicht notwendig mit der Absicht gewinnbringender Weiterveräußerung zu erfolgen. Unter der Herrschaft des alten Rechts war für die objektiven Handelsgeschäfte die Gewinnabsicht im Einzelfalle ein wesentliches Merkmal. Vom Standpunkte des neuen Gesetzbuches kommt nur der Gewerbebetrieb, nicht das einzelne Geschäft in Frage. Hat jener einen spekulativen Charakter, so kommt es auf das einzelne Geschäft nicht an. Der Kaufmann kann das einzelne Geschäft mit Verlust abschließen wollen, um den ganzen Gewerbebetrieb mit Gewinn durchzuführen.

5. **Großbetrieb** ist **nicht** notwendig, ein dahin zielender Antrag wurde abgelehnt (Kommissionsbericht S. 3869, 3870, Stenogr. Ber. des Reichstages S. 4549). Vgl. R.G.Z. LXIII S. 202.

Nr. 44. 6. **Bewegliche Sachen (Waren).**

a) Verhältnis beider Ausdrücke zu einander. Die alte Redaktion lautete: „Waren oder andere bewegliche Sachen", die neue Redaktion will sachlich

[1]) In dem ersten Entwurf waren sie noch getrennt. Die Vereinigung ist auf Grund der Kritiken, insbesondere von Makower und K. Adler, erfolgt (Denkschr. II S. 3145).

keine Änderung schaffen. Sie will, was die Literatur auch früher annahm (Goldschmidt Hdb. S. 550, Behrend S. 106) klarstellen, daß der Ausdruck Ware alle beweglichen Sachen umfaßt, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, und daß an sich alle Arten beweglicher Sachen als Waren gelten sollen (Denkschrift I S. 13, II S. 3145). Im einzelnen ergibt sich:

α) nur bewegliche Sachen kommen in Frage (mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet l. 66 D. 50, 16), Grundstücke scheiden also aus. Der gewerbsmäßige Grundstücksspekulant ist nicht Kaufmann im Sinne des § 1.

β) alle beweglichen Sachen[1]). Jede bewegliche Sache kann Ware sein. Wenn Düringer-Hachenburg I S. 111 verlangen, daß die Sache einen in ihr selbst gelegenen Vermögenswert besitze, so mag dies ökonomisch zutreffend sein, ein juristisches Kriterium wird man damit nicht gewinnen. Wenn für das ältere Recht hin und wieder Negotiabilität der beweglichen Sache verlangt wurde, so hat für das neuere Recht dieses Requisit keinen Sinn, da der Gewerbebetrieb sich auf Sachen der verschiedensten Art beziehen kann. Ein Gewerbebetrieb nur mit nichtnegotiablen Sachen ist aus der Natur der Sache ausgeschlossen.

γ) Eine bewegliche Sache wird zur Ware erst dann, wenn mit ihr Handelsgeschäfte geschlossen werden sollen. Terminologisch wird der Ausdruck „Waren" im Gesetzbuch deshalb stets nur da gebraucht, wo eine bewegliche Sache in ihrer Eigenschaft als Gegenstand des Handelsverkehrs auftritt (vgl. die §§ 1, 55 Abs. 3, 86 Abs. 2, 93 Abs. 1, 94 Abs. 1, 96, 261 Nr. 1, 373, 376 Abs. 2, 3, 377—381, 383, 400). Wo dagegen nicht die bewegliche Sache, sondern ein Werk Gegenstand des Handelsgeschäftes ist (z. B. beim Frachtgeschäft), es sich also nicht um den Umsatz von Gütern handelt, wird der Ausdruck vermieden und dafür ein umfassenderer Ausdruck (Gut) gewählt. Ebenso wird, wo es sich um die konkrete Rechtslage mit Bezug auf eine individuelle Sache handelt, der präzisere Ausdruck „Sache" oder „bewegliche Sache" angewendet (§§ 366, 369, 381 Abs. 2, 406 Abs. 2).

b) Der Begriff der beweglichen Sachen umfaßt nur die körperlichen Gegenstände (B.G.B. § 90). Nicht zu den beweglichen Sachen (Waren) gehören Forderungen und andere Rechte, auch dann nicht, wenn sie in Wertpapieren verkörpert sind. Dies ergibt sich klar aus der besonderen Aufführung der Wertpapiere an dieser und anderen Stellen (§§ 93 Abs. 1, 94 Abs. 1, 261 Nr. 1, 369 Abs. 1, 383, 400; vgl. R.G.Z. LXXIV Nr. 43). Auf Waren und Wertpapiere gemeinsam bezieht sich gewöhnlich der Ausdruck „Gut", „Güter", welcher auch Sachen umfaßt, die einen objektiven Vermögenswert nicht haben, wie Briefe bei Frachtführern (R.G.Z. XX Nr. 12), ebenso umfaßt beide der Ausdruck „Gegenstand"[2]) (vgl. § 369 Abs. 1 3). Nr. 45.

c) Welche Sache beweglich ist, bestimmt sich nach dem B.G.B. (vgl. dessen §§ 94, 95). Als bewegliche Sache erscheint daher auch das Zubehör (B.G.B. § 97). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die an sich bewegliche Sache in einzelnen Beziehungen als unbewegliche behandelt wird (z. B. in das Schiffsregister eingetragene Schiffe, vgl. B.G.B. § 1259 f.). Nr. 46.

d) Als bewegliche Sachen erscheinen nach dem B.G.B. auch die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbundenen oder einem Gebäude eingefügten Sachen, z. B. Schaubuden, ferner Gebäude oder andere Werke (Wasserleitungen), die von dem Mieter oder Pächter in Ausübung seines Rechts mit dem Grundstück verbunden sind (B.G.B. § 95 und dazu Planck). Die gewerbsmäßige Anschaffung und Veräußerung solcher fällt also unter Nr. 1. Unter die beweglichen Sachen im Sinne dieses Paragraphen fallen aber auch wirkliche Bestandteile des Grundes und Bodens, wenn sie nicht als solche, sondern mit Rücksicht auf ihre Trennung vom Grund und Boden angeschafft und weiterveräußert werden, so Ankauf von Früchten auf dem Halm, Holz auf dem Stamm (Busch V S. 341), von Gebäuden (Z. VIII S. 633, R.G. in J.W. 1900, S. 529[22]) oder Öfen auf Abbruch, von Erträgnissen eines Bergwerks (Behrend, § 26 Anm. 3, Goldschmidt, Hdb. § 59 Anm. 25 f.). Anders dagegen, wenn das Geschäft sich auf ein Grundstück selbst Nr. 47.

---

[1]) Wertpapiere werden nur ausnahmsweise unter „Waren" mitinbegriffen (§§ 360, 362 Abs. 2).

[2]) Eine eigentümliche Verwendung des Ausdrucks in § 93.

unmittelbar bezieht (Pachtung eines Grundstücks nicht Anschaffung der Früchte, Pachtung eines Steinbruchs nicht Anschaffung der Steine, Pachtung einer Mineralquelle nicht Anschaffung des Mineralwassers (Adler-Clemens Nr. 1475), Kauf eines Waldes auf Abholzung nicht Kauf der einzelnen Bäume, Übernahme eines Grundstücks zum Austorfen nicht Anschaffung des Torfes (Busch XI S. 246), weil in allen diesen Fällen Gegenstand des Geschäftes das Grundstück und nicht die beweglichen Sachen sind. Wann der eine, wann der andere Fall vorliegt, ist Tatfrage (vgl. R.G.Z. VI Nr. 2; O.L.G. München bei Seuffert LXVII Nr. 220).

Nr. 48. e) Die beweglichen Sachen können vertretbare und nicht vertretbare, verbrauchbare (insbesondere bei einem Warenlager) und nicht verbrauchbare sein. Sie können der Gattung nach bestimmt sein und in specie als Anschaffungsgegenstand auftreten (z. B. beim Gemäldehändler). Es kann sich um eine einzelne Sache und um Sachinbegriffe (z. B. Warenlager, Bibliotheken), dagegen nicht um ein ganzes Vermögen handeln. Gegenstand des Gewerbes können Waren derselben Art oder verschiedener Art sein (Warenhäuser).

Nr. 49. 7. **Wertpapiere.** An Stelle der älteren Aufzählung von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Wertpapieren ist der einfache Begriff der Wertpapiere gesetzt worden. Einer Begriffsbestimmung des Wertpapiers ermangelt sowohl das H.G.B. wie das B.G.B. Indessen ergibt sich, daß an Urkunden gedacht ist, die, sei es als Träger des verbrieften Rechts, sei es sonst für die Verwertung des verbrieften Rechts von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung sind (Brunner in Endemann's Hdb. II S. 147; E. Jacobi, Wertpapiere 1901; Lehmann, H.R. § 118), gleichgültig, ob sie auf Inhaber, Order oder Namen lauten (vgl. auch B.G.B. § 234). Mit diesem Begriffe deckt sich der in § 1 gemeinte Begriff nicht ganz, vielmehr ist er enger. Gemeint sind nur solche Wertpapiere, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können (vgl. Denkschrift I S. 13, II S. 3145), dahin gehören stets Inhaberpapiere, indossable Urkunden, selbst wenn das Indossament wie bei Reichsbankanteilscheinen keine materiellrechtliche Bedeutung hat. Dagegen gehören nicht ohne weiteres dahin reine Rektapapiere (vgl. R.G.Z. LXVII S. 91), z. B. Hypothekenbriefe, auch dann nicht, wenn es sich um Aktien oder Staatspapiere handelt, z. B. die vinkulierte Namensaktie (§§ 180, 212; a. A. Staub-Bondi § 1, Anm. 40). Doch ist nicht ausgeschlossen, daß auch Rektapapiere hierhin gehören, z. B. Versicherungspolizen. Im übrigen ist es gleichgültig, ob das Wertpapier Mitgliedschaftsrechte (Aktien, Kuxe, vgl. über Kuxe R.G.Z. LIV S. 351), dingliche Rechte (Grundschuldbriefe auf den Inhaber) oder Forderungen verbrieft, ob es über eine abstrakte (Wechsel) oder individuelle (Bodmereibrief, Lagerschein, Konossement, Lotterielos, vgl. R.O.H.G. XXIII Nr. 74, L.G. Erfurt im Zentralbl. II S. 722[1]), eine Forderung auf Geld oder auf Quantitäten von Fungibilien oder auf eine sonstige Leistung (Fahrkarten, Theaterbillets) lautet, ob es Hauptpapier oder Nebenpapier (Zins-, Renten-, Gewinnanteilschein) ist. Auch indossable oder auf den Inhaber lautende Schecks gehören hierher. Gleichgültig ist auch, ob die Wertpapiere verbrauchbare (Banknoten) oder nicht verbrauchbare sind, ob sie in genere oder in specie angeschafft und veräußert werden, ob sie marktgängig sind (Effekten) oder nicht, ob sie zum Börsenhandel zugelassen sind oder nicht (§§ 261 Nr. 1, 400).

Nicht hierher gehören einfache Beweisurkunden über Forderungen.

Nr. 50. 8. Die sogenannten **res incorporales,** Forderungen, Autorrechte, Patentrechte, Bezugsrechte auf Aktien (Adler-Clemens Nr. 579), Rechte auf Warenzeichen, Firma, Monopole (vgl. R.G.Z. XXVI S. 45), ferner tatsächliche Chancen (z. B. Kundschaft), endlich das ganze Vermögen (z. B. Erbschaften, unfreies Kindesvermögen, Gesellschaftsvermögen) gehören ebenfalls **nicht** unter § 1. Der gewerbsmäßige Erbschaftskäufer (B.G.B. § 2371 ff.) ist deshalb ebensowenig Kaufmann im Sinne des § 1, wie der gewerbsmäßige Spekulant mit zweifelhaften Forderungen oder Patentrechten.

---

[1]) Der Lotteriekollekteur kann deshalb Kaufmann nach Nr. 1 sein, wenn er ein selbständiges Gewerbe betreibt, kraft dessen er Lose anschafft und weiterveräußert. Ist er dagegen ein staatlicher Beamter oder Angestellter, so gilt dies nicht. Hierzu Osann, Die rechtl. Stellung des Lotterie-Kollekteurs, Diss. 1908 S. 62 ff., Roßbach in D.J.Z. 06 S. 1015. Abweichend O.L.G. Dresden in O.L.G.Rspr. XII S. 435, Brand Anm. 13d.

9. Die beweglichen Sachen müssen **weiterveräußert** werden **als bewegliche Sachen**, nicht als wesentliche Bestandteile des Grund und Bodens. Der Bauunternehmer, der Ziegel, Balken, Kacheln anschafft, um das damit erbaute Haus zu verkaufen, ist nicht Kaufmann im Sinne des § 1, ebensowenig der Bauhandwerker, Klempner, Dachdecker usw., der das Material liefert, um es in das Grundstück hinein zu arbeiten (Staub-Bondi § 1 A. 48; R.O.H.G. XIII Nr. 109, XI Nr. 104, XV Nr. 72, R.G.Z. XIV S. 233 und die dort Zitierten, R.G. in Straff. XXVIII S. 58, XXXIII S. 419, O.L.G. Darmstadt im Recht 1903 S. 161, R.G.Z. LXVI S. 257, Adler-Clemens Nr. 919, 941). Dabei kann auch nicht von Relevanz sein, daß der Bauunternehmer die zum Bau erforderlichen Materialien einzeln berechnet. Wohl aber ist Kaufmann der Töpfer, der Kacheln ankauft und daraus fertige Öfen an Bauunternehmer liefert, die nur Zubehör zu Gebäuden sein sollen (R.G. in J.W. 1901 S. 844[27], R.G.Z. LV S. 118). — Auch, wenn die beweglichen Sachen nur angeschafft werden, um von dem Anschaffenden mit einem Grundstück als dessen Zubehör veräußert zu werden, trifft § 1 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu. Der Grundstücksspekulant, der Maschinen, Gerätschaften, Vieh, die zum gewerblichen oder Wirtschaftsbetriebe eines Grundstücks bestimmt sind, anschafft und das damit versehene Gebäude oder Landgut veräußert, fällt nicht unter § 1, aber auch nicht der Villenspekulant, der Möbeleinrichtungen anschafft, um die damit ausgestatteten Villen zu veräußern. Nr. 51.

Die beweglichen Sachen dürfen auch nicht weiterveräußert werden als bloßes Zubehör (Pertinenz) einer anderen beweglichen Sache (Anschaffung von Uhrschlüsseln und Weiterveräußerung der Uhr, von Fässern für Bier oder Wein und Veräußerung des Bieres oder Weines im Fasse). Liegt in solchen Fällen nicht mit Bezug auf die Hauptsache ein Gewerbebetrieb im Sinne des § 1 vor, so macht einen solchen die Anschaffung und Weiterveräußerung der Nebensache nicht aus.

10. Die beweglichen Sachen können **unverändert** („in Natur") **oder nach erfolgter Bearbeitung oder Verarbeitung** weiter veräußert werden. Für Be- und Verarbeitung gemeinsam ist die Veränderung der Substanz oder des Aussehens (Waschen: R.G. in Straff. XXII S. 272, Reinigen, Bleichen, Trocknen, Appretur — Adler-Clemens Nr. 109 — bei Tieren auch die Ausbildung von Fähigkeiten Dressur, Training —) der Sache durch bewußte menschliche Tätigkeit, sei es mit, sei es ohne Zuhilfenahme von Naturkräften. Die menschliche Tätigkeit kann sogar lediglich in planmäßiger Ausnutzung der Naturkräfte ohne eigentliche Mühewaltung bestehen. Erfolgt die Veränderung dagegen nicht durch bewußte menschliche Tätigkeit, sondern lediglich durch die Natur (Eintrocknen, Schwinden), so liegt keine Be- oder Verarbeitung vor. — Bei der Bearbeitung erstreckt sich die Veränderung nur auf Einzelheiten (z. B. Reparatur), während die Gestaltung der Sache im ganzen die alte bleibt (R.G.St. XXII S. 272), bei der Verarbeitung, die sich nicht mit der Verarbeitung im Sinne des B.G.B. § 950 deckt, wird aus der alten Sache im Sinne des Verkehrs eine neue, die alte Sache erscheint als Stoff der neuen (Goldschmidt, Hdb. § 47 A. 62). Damit sind Handwerker und Fabrikanten, die den Rohstoff anschaffen, um ihn in der Gestalt eines Produktes zu veräußern, wie im alten Recht, so im neuen zu Kaufleuten gemacht (Selterwasserfabrikanten: Bolze XVIII Nr. 253, Bäcker: R.O.H.G. IV Nr. 48, Böttcher: O.L.G. Jena in Johow-Ring XLIV S. 337, Brauer: R.O.H.G. XII Nr. 31, Bayer. Obst.Ldg. in O.L.G.Rspr. VI S. 234, Busch XVIII S. 118, Gerber: Z. XI S. 106, Müller: R.O.H.G. XI Nr. 81 L.G. Flensburg bei Sobernheim S. 144, Schneider: R.O.H.G. VII Nr. 62, Fleischer: K.G. in Johow-Ring XXVII A 61, Schuhmachermeister: K.G. in O.L.G.Rspr. XX S. 74, XXII S. 164), aber auch Wirte und Apotheker R.G. in Straff. XXIV S. 426, Bayer. Obst.Ldg. in Seufferts Bl. für R.A. LXVI S. 17). Hierhin gehören ferner Baugeschäfte, welche Zimmermanns- und Schreinereiartikel an Zimmerleute und Schreiner liefern (O.L.G. Karlsruhe im Recht 1902 S. 268). Bedenklicher ist es, wenn man Molkereibesitzer, die Kühe kaufen, um Milch daraus zu gewinnen, und sie, wenn sie abgemolken sind, zu verkaufen, dahin rechnet (K.G. in Johow-Ring XXIX A 210 = O.L.G.Rspr. XI S. 16). Denn die Anschaffung der Kühe erfolgt zur Produktion der Milch. Anders natürlich bei bloßem Milchhandel einer Molkerei (K.G. in Johow-Ring XX C. 45, O.L.G. Bamberg in Neumanns Jahrb. 06, S. 601, R.G. in J.W. 04, S. 125[4]). Notwendig ist stets, daß die be- oder verarbeitete Sache in ihrer Selbständigkeit veräußert wird. Wird sie als Zutat, d. h. als mit einer anderen beweglichen Sache verbundene Nebensache Nr. 52.

(B.G.B. § 947 Abs. 2) gewerbsmäßig veräußert (z. B. vom Schneider Knöpfe und Futter mit dem Rock, vom Photographen der Karton mit der Photographie), so kommt es darauf an, ob der auf die Hauptsache bezügliche Gewerbebetrieb unter § 1 fällt (Seuffert XXXXVIII S. 176). Das gleiche gilt, wenn der angeschaffte Stoff lediglich Arbeitsmittel für neue an sich ganz anders geartete Tätigkeit ist, z. B. der Lack beim Lackierer (Z. XX S. 565), der Farbstoff beim Färber (Busch XIII S. 26ff., Adler-Clemens Nr. 855, 992, 998) oder Tüncher (R.G. in Straff. XXVIII S. 58), der Kleister beim Tapezierer, die Seife beim Tuchwalker (Busch XXXIV S. 334), Chemikalien beim Photographen (Busch XXXXXI S. 249 anders bei Chemikalien zur Herstellung von Parfümerien Bayer. Obst.L.G. in O.L.G.Rspr. XXI S. 367 = L.Z. 1910 S. 869), das Harz zum Verpichen von Fässern (Adler-Clemens Nr. 230). Vgl. weitere Fälle bei Adler-Clemens Nr. 1324, 1388, 1397, 1558, 1575, 1643, 1689, unrichtig Nr. 851, 1816. — Denn hier wird nicht der Stoff gewerbsmäßig be- oder verarbeitet, sondern mit dem Stoff wird die Be- oder Verarbeitung eines Gegenstandes vorgenommen. Gegenstand des Gewerbebetriebes ist nicht die Anschaffung und Weiterveräußerung des Stoffes. Das gleiche gilt bei Heilmitteln, zu deren Herstellung Sachen angeschafft werden, wenn die Sachen bloße Hilfsstoffe bilden (Bouillon, Fleisch für Tubernal, Kühe für Kuhlymphe vgl. L.G. I Berlin bei Sobernheim S. 63). — Dem letzten Falle verwandt ist derjenige, bei dem eine künstlerische, wissenschaftliche oder sonst höhere Tätigkeit aus dem angeschafften Stoff ein neues Produkt herstellt, das dann veräußert wird (aus Marmor eine Statue, aus Leinwand ein Gemälde, aus Papier eine Zeichnung); hierher gehören auch künstliche Gebisse beim Zahnarzt u. dgl. Bezahlt wird nicht der Stoff, sondern die geistige Tätigkeit, die des Stoffes nicht entbehren kann. Die Grenze kann schwankend sein. — Endlich gehören unter Nr. 1 nicht Fälle, in denen aus angeschafftem Samen Pflanzen produziert werden. Meist wird es sich hier um landwirtschaftliche Tätigkeiten handeln (siehe bei § 3).

Nr. 53. 11. Was derjenige, an den weiterveräußert wird, mit den Waren oder Wertpapieren vorhat, ist ebenso gleichgültig, wie die Tätigkeit dessen, von dem der Kaufmann die Waren angeschafft hat. Der Erwerber, an den weiterveräußert wird, kann sein Konsument, Produzent, Händler, Landwirt, wie von solchen, soweit dies möglich ist, die Ware bezogen sein kann.

Nr. 54. Nr. 2. **„Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht."**

Das Geschäft, von dem Nr. 2 spricht, ist regelmäßig ein Werkvertrag (B.G.B. § 631), und zwar ein solcher, der zum Gegenstand hat die Herstellung oder Veränderung einer Sache, kann aber ausnahmsweise auch ein Dienstvertrag sein im Sinne von B.G.B. § 611 (vgl. über derartige Fälle Behrend § 27 Anm. 2, Endemann Hdb. III § 303 S. 113 K.G. in Entsch. F.G. II S. 229f. = Johow-Ring XXIII A 85 = O.L.G.Rspr. IV S. 457: Stellen von Maschinen zum Ausdrusch von Getreide. Vgl. andererseits OLG. Zweibrücken bei Sobernheim S. 61. Werden Maschinen nur gewerbsmäßig verliehen, so wäre Nr. 2 überhaupt nicht anwendbar). Bei diesem Werkvertrag ist der Gewerbetreibende der „Unternehmer" (conductor operis), der Gegenkontrahent der „Besteller" (locator operis). Notwendig ist Entgeltlichkeit, gleichgültig ob die Vergütung in Geld oder anderen Äquivalenten besteht. Die unentgeltliche Übernahme (Auftrag) scheidet aus. Aber nicht jeder Werkvertrag, sondern nur bestimmte Werkverträge fallen unter Nr. 2. Notwendig ist, daß das herzustellende Werk sich auf einen körperlichen beweglichen Gegenstand bezieht. Nicht unter Nr. 2 fällt demnach die Herstellung, Be- oder Umarbeitung von geistigen Erzeugnissen (Romanen, wissenschaftlichen Kommentaren, Übersetzungen), selbst wenn diese sich in körperlichen Gegenständen darstellen (Restaurierung alter Wandgemälde, Ergänzung antiker Skulpturen). Die Grenze kann freilich schwankend sein (Kunstgewerbe und Kunst). Nicht darunter fallen sonstige Werkverträge, bei denen ein Erfolg durch Arbeit oder Dienstleistung herbeigeführt werden soll, z. B. die Geschäfte des Transportes, Theater oder Konzertaufführungen, die Tätigkeiten der Friseurs oder Barbiers. Doch macht ein Teil dieser aus anderen Gründen zum Kaufmann. Nicht darunter fällt endlich die Be- oder Verarbeitung von Sachen, die Bestandteile eines Grundstücks sind oder durch die Arbeit werden, insbesondere die Herstellung von Gebäuden oder Arbeiten an Gebäuden oder deren

Bestandteilen (Fußböden, Kachelöfen, Tapeten, Treppen). Die Baumeister und Bauhandwerker sind also keine Kaufleute im Sinne dieser Nr. (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XVI S. 76, Bayer. Obst.LdG. ebenda XXIV S. 110, R.G.Z. LXXXII Nr. 17). Wohl aber fällt darunter die Be- oder Verarbeitung von nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grundstück verbundenen Sachen (z. B. befestigten Wandspiegeln) oder von Zubehörstücken eines Gundstücks oder von vom Grundstück getrennten Sachen (Ausdreschen von Getreide O.L.G. Zweibrücken im Recht 05 S. 169). Die bewegliche Sache wird gewöhnlich eine Spezies sein, doch kann es sich ausnahmsweise um Gattungssachen handeln, besonders wenn der Unternehmer diese für den Besteller anschaffen soll. Der Begriff der Be- oder Verarbeitung ist der gleiche wie zu Nr. 1 (vgl. oben Nr. 52). — Die Be- oder Verarbeitung muß für andere geschehen (also nicht für den Arbeiter selbst, sei es daß dieser die Sachen behalten oder weiter veräußern will). Als Hauptfall kommt in Betracht, daß die bewegliche Sache vom Besteller dem Unternehmer zur Be- oder Verarbeitung eingeliefert wird, z. B. das Kleid zum Färben (R.O.H.G. I S. 132, Busch XXXVI S. 284, K.G. im Zentralbl. II S. 279) oder Waschen (R.G. Str. XXII S. 271, R.G. im L.Z. 1910, S. 211 = Warneyer 1910 Nr. 89), die Uhr zur Reparatur, die Diamanten zum Schleifen, das Garn zum Weben (L.G. Zwickau im Zentralbl. I S. 860), das Holz zum Sägen (O.L.G. Dresden in O.L.G.Rspr. XVI S76), sodaß der Unternehmer sie nach der Bearbeitung zurückzugeben hat. Dabei ist es dann gleichgültig, ob der einliefernde Besteller Eigentümer der Sache ist oder nicht, denn das Gesetz spricht nicht von beweglichen Sachen anderer, sondern von der Bearbeitung beweglicher Sachen für andere (Behrend § 27 Anm. 7). Möglich ist demnach, daß ein Dritter, sei es daß dieser angegeben wird oder nicht, ja sogar daß der Unternehmer selbst Eigentümer der Sache ist, z. B. der Unternehmer hatte die Sache vorher an den Besteller verkauft, aber das Eigentum noch nicht übertragen. — Dem Hauptfall steht der andere Fall juristisch gleich, daß der Unternehmer im Auftrage des Bestellers die Sache, sei es als dessen Stellvertreter, sei es als Einkaufs-Kommisonär für Rechnung des Bestellers anschafft. Der Werkvertrag hebt sich auch hier als selbständiger ab. Auch hier liefert der Besteller den Stoff. Zwar wird der als Einkaufs-Kommissionär fungierende Unternehmer zunächst formal juristisch Eigentümer der Sache, aber für den „Besteller", für den er die Sache dann auch be- oder verarbeitet. Anders, wenn nicht der Besteller, sondern der Unternehmer den Stoff, aus dem das Werk herzustellen ist, sei es aus eigenen Vorräten, sei es nach vorheriger Anschaffung für eigene Rechnung beschafft, so daß der Fall des B.G.B. § 651 gegeben ist. Dieser Fall fällt, wie § 381 Abs. 2 beweist, nicht unter die Nr. 2. Wann die erstere, wann die letztere Alternative vorliegt, läßt sich nicht stets sofort entscheiden. Ein nicht unwichtiges Kriterium wird sein, ob der Unternehmer den Preis für die Ware gesondert von dem für das Werk in Rechnung setzt, weil darin ein Zeichen der Unabhängigkeit beider Verträge von einander liegt. Doch ist auch dies nicht entscheidend.

Anders auch, wenn der Besteller den Stoff an den Unternehmer verkauft und den bearbeiteten Stoff zurückkauft (locatio conductio irregularis; dazu Goldschmidt, Hdb. § 47 bei Nr. 13), ein Fall, der besonders dann gegeben ist, wenn es dem Besteller gar nicht auf die einzelne Spezies, sondern nur auf das Genus ankommt. Auch in diesem Falle liegt kein Werkvertrag, sondern Verkauf vor. —

Dagegen macht es nichts aus, daß der Unternehmer die Zutaten oder sonstige Nebensachen selbst beschafft, B.G.B. § 651 Abs. 2. Dies ist sogar meist der Fall.

Der Betrieb darf nach Umfang und Art (letzteres verneint Makower S. 26 und Brand Nr. 11) kein bloß handwerksmäßiger sein. Keine Kaufleute im Sinne von Nr. 2 also die Lohnhandwerker wie Flickschneider, Flickschuster (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rspr. 07 S. 16), Bleicher, Färber (Busch XXXVI, 284), Buchbinder, Müller, die nur fremdes Getreide mahlen, Lohnweber (Busch XVIII, 386, Adler-Clemens Nr. 1834), Schlosser (O.L.G. Hamburg in O.L.G.Rspr. XXIV S. 130).

Was der Besteller mit den Sachen anfängt, ist gleichgültig. Der Unternehmer kann für Kaufleute, Landwirte, Gelehrte, Rentner, Hausfrauen die Bearbeitung übernehmen. Das Wort „Ware" ist nicht geschickt gewählt, weil der „Andere", für den die Bearbeitung geschieht, im Vordergrund steht und bei diesem die bewegliche Sache möglicherweise, aber nicht notwendig als „Ware" in Betracht kommt.

Nr. 55. Nr. 3. **„Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie."**

Nur Versicherungs**verträge** fallen unter die Nr. 3, d. h. Verträge, kraft deren ein Kontrahent (der Versicherer) dem anderen (Versicherungsnehmer) gegen Entgelt den Ersatz des ihm (oder einem Dritten) aus einer ungewissen, wirtschaftlich-nachteiligen Tatsache entstehenden Schadens verspricht (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 55, Lehmann H.R. § 224). Demnach nicht gesetzliche Versicherungen (z. B. die gesetzliche Alters-, Invaliditäts-, Krankenversicherung der neuen Reichsgesetze). Im Übrigen alle Arten von Versicherungsverträgen, gleichgültig ob es sich um Schadens- oder Summenversicherungen (z. B. Lebens-, Unfall-, Militärdienst-Versicherungen), um Personen-(Lebensversicherungen) oder Güterversicherung und letzterenfalls um Binnen- oder Seeversicherung handelt. Gleichgültig ist, ob der Schaden an einer beweglichen Sache oder einem Grundstück (R.O.H.G. V S. 12) oder einem sonstigen Vermögenswert eintritt (Versicherung gegen Ausfall von Hypotheken, gegen Kursverlust bei Verlosung von Wertpapieren, Rückversicherung, Haftpflichtversicherung). Gleichgültig ist der Versicherungsfall (die Art der Gefahr), insbesondere ob der letztere dem Gebiete des Handels (z. B. Transportversicherung), der Landwirtschaft (z. B. Hagelversicherung, Viehversicherung) oder dem bürgerlichen Leben (z. B. Lebensversicherung) angehört, da nicht die Person des Versicherungsnehmers oder Versicherten, sondern allein die Person des Versicherers in Frage kommt.

Die Versicherungsverträge müssen **Erwerb** auf Seite des **Versicherers** bezwecken, dem Gebiete der Erwerbs-Versicherung angehören, die Versicherung muß eine solche sein, welche Gewinn für den Versicherer abwerfen kann (Ehrenberg V.R. I S. 75, 76). Dies besagt der Ausdruck „gegen Prämie". Den Gegensatz bildet die reine **Versicherung** auf **Gegenseitigkeit**, bei der von einer Gewinnerzielung deshalb keine Rede sein kann, weil Versicherer und Versicherte identisch sind, die vom Versicherer durch die „Beiträge" erzielten Einnahmen den Versicherten in Gestalt der Versicherungssumme zugute kommen. Dies gilt auch dann, wenn die reine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit ein rechtsfähiger Verein mit eigenem Vermögen, mit aufgesparten Reserven usw. ist (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit), da das juristische Gewand an dem wirtschaftlichen Zweck nichts ändert. Die reine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit wäre demnach nicht Kaufmann im Sinne dieser Nr. wohl aber wird sie sofern sie nicht bloß einen engbegrenzten Wirkungskreis hat, nach dem Gesetz über die privaten Versicherungs-Unternehmungen § 16 in den meisten Beziehungen wie ein Kaufmann behandelt (vgl. dessen § 53). Hierzu Lehmann H.R. § 229, Rehm, Kommentar § 16. — Übernimmt ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit zugleich gewerbsmäßig Versicherungen gegen Prämie (vgl. Ehrenberg V.R. I S. 92, 93, 76, Rehm, Kommentar § 16), so wird eine solche gemischte Gegenseitigkeitsgesellschaft aus letzterem Grunde Kaufmann im Sinne dieser Nr. (Busch XVI S. 194, R.G.Z. XXVIII S. 313).

Erwerbsversicherungen oder Versicherungen gegen Prämie liegen dann vor, wenn dem Versicherer eine fremde Person gegenübersteht, die ein Äquivalent für die vom Versicherer ihr gegenüber übernommenen Verpflichtungen gewährt. Die Art des Entgeltes, ob eine bestimmte Geldsumme für die ganze Versicherungszeit (mise) oder ein nach vorläufig an Zahl ungewissen Zeiteinheiten (Zeitprämie) oder ein nach Gefahrenklassen berechneter Satz, oder ein überhaupt unbestimmt gelassener, nach Billigkeit später festzusetzender Betrag (Ehrenberg V.R. I S. 278, 279, 498f., Lehmann H.R. § 236), ist gleichgültig. Entscheidend ist lediglich, daß das Äquivalent von dem in seinen Interessen divergierenden Gegner erfolgt. Auch auf den Namen kommt es nicht an. Keine Prämien, sondern Beiträge sind die „Prämienzahlungen" genannten vorläufigen Festsetzungen des Beitrages bei Gegenseitigkeitsgesellschaften, denen im Bedürfnisfall Nachschußleistungen nachfolgen, während bei Überschüssen sogen. Dividendenverteilungen geschehen (Ehrenberg V.R. I S. 512, Lewis, Versicherungsrecht S. 29, 30, Goldschmidt Hdb. § 49 A. 12, Gerhard u. a. Kom. zum V.V.G. § 1 Anm. 17, Rehm, Kom. zum V.A.G. § 24, Lehmann H.R. § 229, R.O.H.G. IV S. 201, R.G.Z. XIV S. 238, Z. XX S. 579, XXII S. 276; Busch XXI S. 371, XXIII S. 157, XXXXI S. 145; Adler-Clemens Nr. 928, 962, 970). Nicht steht mit der Prämienversicherung in Widerstreit, daß der Versicherte am Unternehmergewinn beteiligt wird (Goldschmidt Hdb. § 49 Anm. 13), wie es nicht selten bei Versicherungsaktiengesellschaften vorkommt.

Die Übernahme solcher Erwerbsversicherungen bildet den Gegenstand des Handelsgewerbes, also nur der Versicherer ist Kaufmann im Sinne dieser Nr. Nicht notwendig ist, daß er nur Versicherungen einer Art übernimmt. Gegenstand seines Gewerbes können Erwerbsversicherungen aller Art bilden. Ob der Versicherer eine juristische Person oder eine physische Person, bez. mehrere physische Personen sind, ist gleichgültig. Doch kommt das Letztere nur in wenigen Versicherungszweigen (insbesondere der Seeversicherung) noch vor. Vgl. V.A.G. § 6 und Lehmann H.R. § 229.

Nr. 4. **„Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte."** Nr. 56.

Die Geschäfte der Bankiers haben zum Zweck einerseits die Vermittelung des Umlaufs von Geld, anderen Zahlungsmitteln und Wertpapieren sei es in Gestalt der Propregeschäfte sei es in Gestalt von kommissionsweisen Besorgungen, andererseits die Sicherung des Kredites durch Zurverfügungstellung der nötigen Kapitalien, wobei das Darlehn das typische Grundgeschäft bildet (Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 40, vgl. K.G. in Entsch. F.G. II S. 176 = Johow-Ring XXII A 286 = O.L.G. Rspr. III S. 416). Ist der Zweck offenbar ein anderer, z. B. Transportzweck wie bei der Post, so liegt kein Bankiergewerbe vor; kein Bankiergeschäft deshalb auch die bloße Verwahrung von Kostbarkeiten und verschlossenen Depots, wenngleich auch Bankiers (auch die Reichsbank) als akzessorische Handelsgeschäfte solche Verwahrungsverträge vielfach abschließen. Wer gewerbsmäßig gegen Provision lediglich verschlossene Depots entgegennimmt, ist nicht Bankier (so auch Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 40).

Über die einzelnen Bankiergeschäfte vgl. Thöl I § 28, Goldschmidt Hdb. § 53, Anschütz-Völderndorff zu Art. 272 Nr. 2, Staub-Bondi § 1 Anm. 64f., Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 40. Es gehören vornehmlich dahin die Anschaffung und Veräußerung von Geld und Wertpapieren (Valutengeschäft Z. XX S. 582), sei es in einfachen, sei es in komplizierten Gestalten (Report-, Deportgeschäft), die Annahme von unverschlossenen deposita regularia in Wertpapieren (sogen. Verwaltungsdepositum), von deposita irregularia vornehmlich in Geld, aber auch in Wertpapieren (Giro-Effektendepot R.G.Z. XXI S. 34), (Depositengeschäft), Ankauf von Wechseln vor der Fälligkeit (Wechseldiskontierung), Einziehung von Wechseln, Geldanweisungen, Rechnungen, Zinsscheinen, Gewinnanteilscheinen (Inkassogeschäft), Gewährung von Gelddarlehen gegen Sicherheit in Edelmetallen, Wertpapieren und Kaufmannswaren (R.O.H.G. XXIV Nr. 8, Depot- und Lombardgeschäft) oder gegen Immobiliarpfand (Geschäfte der Hypothekenbanken), Übernahme und Vermittelung von öffentlichen Anleihen und Emissionen von Aktien (sogen. Emissionsgeschäft),[1] Kreditgewährung unter der Gestattung allmählicher Abzahlung (Kontokorrentgeschäft), Übernahme von Kommissionsaufträgen mit Bezug auf Effekten (Bank-Kommissionsgeschäft), das Honorieren von Anweisungen, Cheks, Kreditbriefen, Girouszahlungen, bei Notenbanken die Ausgabe von Banknoten (Zettelgeschäft), endlich das einfache Geldwechseln. Wer durch gewerbsmäßigen Betrieb einzelner oder aller obigen Geschäfte den Umlauf von Geld oder Wertpapieren, sowie die Sicherung des Kredites vermittelt, fällt unter Nr. 4 (R.O.H.G. XXIV S. 35, 36). Es werden dabei als Grundgeschäfte wesentlich nur die Valuten-, Diskont-, Depot-, Depositen-, Lombard-, Kommissions-, Kontokorrent- und Geldwechslergeschäfte, die übrigen als Nebengeschäfte in Betracht kommen. — Nicht notwendig ist, daß der Geschäftsbetrieb des Bankiers einen steten engen Zusammenhang mit der Börse hat wie Rießer im B.A. II S. 125 behauptet. (Doch kann nach Lage des Falls zumal an Börsenplätzen ein solcher Zusammenhang von der Gegenpartei vorausgesetzt werden, sein Fehlen also einen Anfechtungsgrund wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Person abgeben, vgl. Apt III S. 114.) Bankier kann auch sein, wer nur gewerbsmäßig (nicht bloß im Stillen: das meint wohl auch Busch

---

[1]) Dagegen ist die Beteiligung an Gründungen von Aktiengesellschaften kein Grundgeschäft des Bankiers, wenngleich grade Bankiers häufig als Gründer auftreten (richtig Düringer-Hachenburg I S. 121; das R.G. im Recht 1911 Nr. 2871 scheint freilich auch solche Finanziers für Bankiers zu halten). Nicht Bankiers sind ferner Grundstücks- und Hypothekenmakler oder sonstige Makler, wenn sie auch gelegentlich Gelder gegen Sicherheiten ausleihen (vgl. B.A. II S. 124, K.G. in Johow-Ring XLII A 154, Apt I S. 340).

XXXVIII S. 227) Gelder auf Zinsen aus seinem Vermögen ausleiht, gleichgültig, ob er Kapitalien des Publikums durch Annahme von Depots an sich zieht oder nicht (vgl. Adler-Clemens Nr. 801, a. A. R.O.H.G. XXIV Nr. 8, K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 415 = Entsch. F.G. II S. 175), vorausgesetzt, daß der Betrieb im großen erfolgt. Oder sollten Hypothekenbanken, die sich lediglich auf Beleihung von Grundstücken mit ihrem Kapital beschränken, nicht Banken sein? Geldverleiher, die nur Kleingewerbetreibende sind, sind nicht Bankiers (R.G.Str. im B.A. XI S. 155, 276).

Die Verkehrssitte und die Gesetzgebung hat jedoch das Pfandleihgewerbe d. h. das Leihen auf Mobiliarpfänder, die gewöhnlich nicht Wertpapiere, Edelmetall oder Kaufmannswaren sind (z. B. auf Möbel, Kleidungsstücke, Bücher) stets vom Bankiergewerbe ausgeschieden (R.O.H.G. XXIV Nr. 8, R.G.St. XII S. 217, R.G.Z. XXXIX S. 352, K.G. in Entsch. F.G. IV S. 154, G. Cohn in Endemann's Hdb. III S. 993f.). Die gewerblichen Pfandleihanstalten sind nicht Kaufleute im Sinne dieser Nr. (vielleicht aber nach § 2). Ihren Geschäftsbetrieb regeln die Landesrechte (E.B.G.B. Art. 94).

Im übrigen ist es gleichgültig, ob die Geschäfte eine physische Person, eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person, und letzterenfalls ob eine Privat- oder öffentliche Bank betreibt. (Über den Begriff „Bank" K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 339 und XVI S. 81.) Auch die öffentlichen Banken, einschließlich der Reichsbank (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 1884 S. 268) sind Kaufleute. Daß die Reichsbank nach § 66 des Bankgesetzes von 1875 nicht eintragungspflichtig ist, ändert daran nichts.

Nr. 57. Nr. 5. **„Die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten, sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer."**

Alle diese Kategorien fallen unter den Begriff der Transportunternehmungen. Aber nicht alle Transportunternehmer sind Kaufleute.

a) Das **Seefrachtgeschäft** zur Beförderung von Gütern (§§ 556—662) und der Personentransport zur See (§§ 664—676). Doch gilt die Post nicht als Kaufmann, vgl. § 452 und § 663. Gleichgültig ist, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt.

Nr. 58. b) Die Geschäfte der **Frachtführer**, d. h. derjenigen, die es gewerbsmäßig übernehmen, die Beförderung von Gütern zu Lande (aber auch überirdisch) oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen (§ 425, vgl. §§ 1, 26 des R.G. vom 15. Juni 1895). Gleichgültig ist auch hier, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt. Auch der Fuhrmann, insbesondere der Rollkutscher (R.O.H.G. XII S. 196), der gewöhnliche Schiffer, der Viehtreiber (R.O.H.G. XIII S. 133, 134, von Hahn z. Art. 390 § 6), der Frachtflößer (Flößereigesetz von 1895 §§ 1, 30 Nr. 5) sind Frachtführer. Nur muß es sich um einen wirklichen Beförderungsvertrag, nicht um einen Vertrag über bloße Abholung lästiger Stoffe (Müll, Exkremente etc. K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 237) und weiter um einen Beförderungsvertrag mit Bezug auf Güter, nicht um reinen Nachrichtentransport (Telegraphen-, Telephonanstalten) handeln. Unter Gütern sind auch Briefe zu verstehen, Frachtführer daher auch Privatbriefbeförderungsinstitute R.G.Z. XX Nr. 12, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 1887 S. 211, Jaffé, Der Briefbeförderungs-Vertrag, Diss. 1897 S. 34f.). Das Eigentum am Transportmittel ist gleichgültig. Der Schiffer z. B. kann zugleich Schiffseigner sein, aber der Schiffseigner ist nicht notwendig der Frachtführer (§ 2 des R.G. v. 15. Juni 1895). Ohnehin versagt dieses Moment beim Viehtreiber, Frachtflößer usw. Die früher verschieden beantwortete Frage, ob die Reichs- und Staatspost Kaufmann sei, ist durch § 452 verneint (vgl. dazu Denkschrift I S. 268, II S. 3269). Dagegen gilt ein anderes bezüglich der Reichs- und Staatseisenbahnen, sowie der Schiffahrtsunternehmungen des Reichs oder eines Bundesstaates. Die vom R.O.H.G. und später dem R.G. in konstanter Praxis festgehaltene Ansicht, daß der Eisenbahnfiskus Kaufmann sei (R.O.H.G. III S. 407, XV S. 35, XVII S. 127, R.G.Z. XXIII S. 223), ist durch den § 36 jetzt sanktioniert worden (vgl. Denkschrift I S. 43, II S. 3161). Vgl. oben Nr. 12.

Nr. 59. c) Die Geschäfte der **Binnenpersonentransportanstalten.** Es handelt sich um Binnentransport, d. h. Transport zu Lande (aber auch überirdisch) oder auf Binnen-

gewässern; um Binnentransport von Personen, nicht von Gütern; um Transport von Personen, nicht um bloße Vermietung von Transportmitteln (dazu Behrend § 27 Anm. 18); um anstaltsmäßigen Betrieb, d. h. Großbetrieb, dagegen nicht notwendig um das Geschäft einer juristischen Person, ebenso gehört anstaltsmäßiger Betrieb einer physischen Person oder offenen Handelsgesellschaft hierher. Kaufleute im Sinne dieser Nr. also Eisenbahn- (Dampf-, elektrische Bahn, Pferdebahn) Dampfschiffahrts-, Omnibus-, Droschkenunternehmungen (Goldschmidt Hdb. § 54 S. 617), die Fähranstalten (insbesondere Dampffähren), die Kraftfahrzeugunternehmungen, die Luftschiffahrtunternehmungen, dagegen reicht nicht aus der Betrieb gewöhnlicher Droschkenkutscher, gewöhnlicher Fährleute, eines kleinen Dampfbootsbesitzers (Motorboots), des Besitzers eines einzelnen Automobils. Auch hier ist die Reichs- und Staatspost auszuscheiden, während für Reichs- und Staatseisenbahnen das Gleiche wie zu b gilt. Dient der Transportbetrieb nur den Zwecken eines anderen Gewerbes (Hotelbetriebes), so ist diese Nr. nicht anwendbar (vgl. R.G.Z. LXXXI Nr. 52).

Wem das Eigentum an den Betriebsmitteln zusteht, ist auch hier ebenso gleichgültig, wie ob der Unternehmer das Unternehmen selbst leitet oder durch andere leiten läßt. Nicht ausgeschlossen ist auch der umgekehrte Fall, daß der Unternehmer sich an den gewöhnlichen Transportdiensten selbst beteiligt, z. B. der Dampfschiffsunternehmer als Schiffer (Kapitän) auf einem seiner Schiffe tätig ist. Gleichgültig ist auch, ob es sich um feste Routen handelt, oder ob das einzelne Transportmittel dem zu Befördernden zur freien Bestimmung über die Fahrt gestellt wird. Kaufleute im Sinne dieser Nr. also Droschkenunternehmer auch dann, wenn das Publikum den Weg zu bestimmen hat (Brautwageninstitute, Kremserinstitute), ebenso Dampfschiffahrtsunternehmer, die ihre Dampfschiffe zu beliebigem Vergnügungsfahren auf Flüssen oder großen Landseen bereit halten (dazu Goldschmidt Hdb. § 54 Anm. 23, von Hahn zu Art. 272 Nr. 3). Nur darf es sich nicht um bloße Sachmiethe (z. B. Vermietung von Wagen und Pferden, von Böten an das Publikum) oder um Dienstmiethe (z. B. Mitgabe von Lotsen, von Pferdelenkern, Chauffeurs usw.) handeln.

d) Die Geschäfte der **Schleppschiffahrtsunternehmer.** Lit.: Klamroth, Die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer Diss. 03, Philippi, Der Schleppvertrag der Binnenschiffahrt 1905; Brucker, Der Schleppschiffahrtsvertrag Diss. 1908. Nr. 60.

Die unter der Herrschaft des alten Rechts streitige Frage, ob die Schleppschiffahrtsverträge zu den Frachtverträgen gehören (dagegen R.O.H.G. XXIII Nr. 108, R.G.Z. X Nr. 45, von Hahn zu Art. 390 § 6, Goldschmidt Hdb. § 54 Anm. 20, Schott in Endemann's Hdb. III S. 296 — dafür Thöl III S. 7, Cosack[8] S. 435), ist mit der selbständigen Hervorhebung dieses Geschäftes neben den Frachtverträgen verneint worden. Die Aufnahme unter die Grundgeschäfte rechtfertigt sich damit, daß es sich um ein wichtiges Hilfsgeschäft des Handels handelt (Denkschr. I S. 13, II S. 3145).

Die Schleppschiffahrt unterscheidet sich vom Frachtgeschäft dadurch, daß Gegenstand der Leistung die bloße Fortbewegung des geschleppten Objektes (Anhanges) ohne die Übernahme einer Verwahrungspflicht ist. Kein Schleppvertrag, sondern Frachtvertrag also, wo der Schlepper zugleich Verwahrung übernimmt (R.G.Z. VI S. 99, LXVII Nr. 5, O.L.G. Hamburg bei Seuffert LVI Nr. 58). Nicht jedes Schleppgeschäft, sondern nur das Schleppschiffahrtsgeschäft fällt unter Nr. 5, also nicht Vorspannleistungen bei Landtransporten, die Gestellung von Pferden oder Maultieren zur Überwindung von Anhöhen (O.L.G. Kiel bei Seuffert LXVII Nr. 87). Die Schleppschiffahrt erfordert Fortbewegung zu Wasser, gleichgültig ob auf hoher See oder auf Binnengewässern. Dabei müssen sowohl der zu schleppende als der schleppende Gegenstand (der durch das Schleppseil oder durch das Schlepptau mit jenem verbunden ist) die Bewegung auf dem Wasser vornehmen. Demnach genügt es nicht, daß das stromauf gehende Schiff auf dem Leinpfad durch menschliche oder tierische Kraft fortgezogen (getreidelt) wird. Vielmehr muß die Schleppertätigkeit durch ein Schiff selbst erfolgen. Doch kann die erstere Tätigkeit aushilfsweise eingreifen. Der Anhang kann sein ein Schiff (Dampf-, Segelschiff, Kahn), ein Floß, aber auch Balken, Tonnen, tote Tiere z. B. ein gestrandeter Walfisch, Schiffstrümmer, sofern es sich lediglich um die Schlepptätigkeit handelt (R.G.Z. VI Nr. 27). Großbetrieb ist nicht notwendig (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 09, Haupt-

blatt S. 101), ein Antrag, den kleinen Schleppschiffer (Schleppkahnschiffer) auszunehmen, wurde abgelehnt (Kommissionsberichte S. 3870, 3871). Juristisch ist der Vertrag meist ein Werkvertrag (Seuffert LIV Nr. 20), kann aber auch, wenn es sich um die bloß mechanische Tätigkeit der Fortbewegung handelt, Dienstvertrag sein.

Nr. 61. Nr. 6. **„Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter."**

Die Zusammenstellung dieser drei Geschäfte ist insofern eine willkürliche, als ein einheitlicher Grundbegriff (Kommissionshandel) nur für die beiden ersteren vorhanden ist, das Lagergeschäft sich als selbständige Kategorie von jenen abhebt. Die Anreihung des Lagergeschäfts rechtfertigt sich daraus, daß ein Teil der für den Spediteur aufgestellten Bestimmungen auf den Lagerhalter Anwendung findet (§§ 417, 423), weil der Lagerhalter häufig zugleich Spediteur ist (Denkschr. I S. 249, II S. 3259).

Nr. 62. a) Die Geschäfte der **Kommissionäre.** Kommissionär ist nach § 383, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Demnach sind nur Kommissionen zum Ein- oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren Grundhandelsgeschäfte. Daß die Käufe oder Verkäufe auf Seite des Kommittenten oder Dritten Handelsgeschäfte sind, ist nicht notwendig. Sie brauchen nicht einmal für den Kommissionär — falls dieser sie für eigene Rechnung abschlösse — Handelsgeschäfte zu sein. Kommissionär also auch, wer gewerbsmäßig für Landwirte das von diesen produzierte Getreide in eigenem Namen zu verkaufen oder wer für Konsumenten Waren in eigenem Namen einzukaufen übernimmt, desgl. der Bankier, der nur für Nichtkaufleute gewerbsmäßig ein- oder verkauft.

Die Grundhandelsgeschäfte müssen Kommissionen zu Kaufgeschäften (sei es einfachen, sei es komplizierten) sein, d. h. der Kommissionär muß entweder als Verkäufer oder als Käufer bei den einzelnen Geschäften aufzutreten übernehmen, wobei Werklieferungsvertrag stets als Kaufgeschäft gilt (§ 406 Abs. 2). Sonstige Anschaffungs- bezw. Veräußerungsgeschäfte genügen nicht. Nur Waren oder Wertpapiere dürfen den Gegenstand der Grundhandelsgeschäfte bilden, also nicht Grundstücke auf der einen Seite, unverbriefte Rechte auf der anderen Seite. Die Übernahmen von Kommissionen zu anderen Geschäften können Kommissionsgeschäfte sein (§ 406 Abs. 1), aber ihr gewerbsmäßiger Betrieb macht nicht zum Kommissionär. Demnach nicht Kaufmann im Sinne von Nr. 6 der Versicherungskommissionär, der Kommissionär bei Personentransporten, der Grundstückskommissionär, aber auch nicht der sogenannte Exportkommissionär (R.O.H.G. VIII S. 119 ff., XXII S. 80, R.G.Z. V S. 12 ff., vgl. Denkschrift I S. 231, 232, II S. 3252). Seiner juristischen Grundlage nach ist das Grundhandelsgeschäft nicht Auftrag, auch regelmäßig nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag (vgl. bei § 383). Doch kann auch ein Dienstvertragsverhältnis vorliegen (vgl. R.G.Z. LXIX Nr. 83, R.G. in L.Z. 1912, S. 67).

Nr. 63. b) Die Geschäfte der **Spediteure.** Spediteur ist nach § 407 Abs. 1, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen. Die selbständige Aufführung der Spediteurgeschäfte erscheint im neuen Handelsgesetzbuch erforderlich, weil der Spediteur nun nicht mehr eine Unterart des Kommissionärs darstellt (Denkschrift I S. 244, II S. 3257). Die gewerbsmäßige Übernahme solcher Besorgungen macht zum Kaufmann. Nichtspediteure sind die Vermittler von Frachtverträgen. (Vgl. im einzelnen bei § 407.) Das Grundhandelsgeschäft gleicht in seiner juristischen Natur dem zu a.

Nr. 64. c) Die Geschäfte der **Lagerhalter** (Literatur bei Lehmann, H.R. § 222). Lagerhalter ist nach § 416, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt. Das Wort „Gut" ist hier nur auf bewegliche Sachen zu beziehen. Wertpapiere können schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil bei ihnen von Lagerung nicht gesprochen werden kann (Denkschrift I S. 250, II S. 3260). Kein Lagerhalter demnach der Bankier, der fremde Wertpapiere verwahrt. Lagerung und Aufbewahrung der beweglichen Sachen muß den Gegenstand der Übernahme bilden. Wer bloß gewerbsmäßiger Verwahrer gegen Vergütung ist (B.G.B. § 689, z. B. der Garderobier der Eisenbahnportier), ist nicht Lagerhalter, ebensowenig wer

Geld in verschlossenen Depots, Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Manuskripte aufbewahrt, Tiere bei sich einstellen läßt. Unter Lagerung ist zu verstehen die Hinlegung einer größeren Menge von Gegenständen in einem Raume (Aufstapelung), meist einem verschlossenen (Speicher), aber möglicherweise auch einem offenen (Holz oder Kohlen auf einem Lagerraum). Dabei können die Gegenstände durcheinander gelegt, oder es kann jedem ein gesonderter Platz zugewiesen werden. Nur muß der ganze Lagerraum die größere Menge umfassen. Die bloße Lagerung andererseits genügt auch nicht. Wer bloß seine Räume zur Benutzung überläßt, während die Sorge um die Sachen lediglich dem Einlagerer obliegt, ist nicht Lagerhalter, sondern Sachvermieter. — Das Gewerbe muß die selbständige entgeltliche Übernahme von Lagerung und Aufbewahrung zum Gegenstand haben. Erfolgen diese Tätigkeiten nur in Ausübung anderer Gewerbe oder Geschäfte (so beim Kauf § 379, beim Kommissionsgeschäft §§ 388—390, beim Speditionsgeschäft, § 407 Abs. 2, beim Frachtgeschäft), so ist das Gewerbe des Lagerhalters nicht gegeben. Anders, wenn der Spediteur zugleich gewerbsmäßig Güter in Lagerräumen aufbewahrt (vgl. R.G.Z. LX S. 47). Die Aufbewahrung darf endlich nur ein depositum regulare sein, nicht Lagerhalter, wer ein depositum irregulare übernimmt (§ 419 Abs. 3).

Im übrigen können die Sachen vertretbare (z. B. Getreide) und nicht vertretbare (z. B. Pelzwerk) sein (§ 419 Abs. 1) und es kann ersterenfalls Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte gestattet sein (Menglagergeschäft) oder nicht (§ 419 Abs. 1). Die Sachen können sogar dem Lagerhalter gehören, der Einlagerer sie möglicherweise nur gemietet haben. Gegenstand des einzelnen Geschäfts kann eine Sache (z. B. ein Klavierflügel, ein Spind) oder eine Anzahl von Sachen, oder eine Sachgesamtheit (Bibliothek, Warenlager, eine ganze Einrichtung) bilden. Gleichgültig ist, ob die Sachen verpackt oder offen eingeliefert werden. — Der Einlagerer kann Kaufmann oder Nichtkaufmann sein (z. B. ein Landwirt, der sein Getreide, ein Beamter oder Offizier, der seine Möbel, ein Gelehrter, der seine Bibliothek einlagert). Doch ist der erstere Fall der wichtigere, wie § 418 zeigt. — Der Lagerhalter kann eine größere Niederlage (Lagerhaus, Magazin, Entrepot, Dock, Warenspeicher) oder einen kleineren Lagerraum besitzen. Es ist ausdrücklich abgelehnt worden die Beschränkung auf Großbetrieb (Denkschrift I S. 250, 251, II S. 3260). Doch können nur Lagerhausanstalten indossable Lagerscheine ausstellen (§§ 363 Abs. 2, 424). Der Lagerhalter kann die Lagerung und Aufbewahrung selbst übernehmen oder der Hilfe anderer sich bedienen (R.G.Z. LX S. 47). Seiner juristischen Natur nach ist das Geschäft Verwahrungsvertrag (B.G.B. §§ 688, 689), mit dem allerdings Sachmiete verbunden sein kann, z. B. der Einlagerer bedingt sich aus, daß für bestimmte Zeit ein Laden oder Keller, oder gar der ganze Lagerraum von ihm allein benutzt werde.

Nr. 7. **„Die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler."** Nr. 65.

Die Fassung des neuen Gesetzbuches enthält gegenüber dem älteren Recht eine erhebliche Abweichung und zwar in zwei Hauptpunkten. Einmal ist an die Stelle des alten Ausgangspunktes ein neuer gesetzt. Den alten Ausgangspunkt bildete das zu vermittelnde oder abzuschließende Geschäft, welches Handelsgeschäft auf Seite eines oder beider Kontrahenten sein mußte, den neuen Ausgangspunkt bildet der in den §§ 84, 93 fest umgrenzte Begriff des Handlungsagenten bezw. des Handelsmäklers, so daß nicht mehr jede gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften, sondern nur die gewerbliche Tätigkeit des Handlungsagenten oder Handelsmäklers zum Kaufmann macht. Beim Handelsmäkler ist sogar möglich, daß die vermittelten Verträge für keinen der beiden Kontrahenten Handelsgeschäfte sind. Den Grund zu dieser Abweichung bildet die Beseitigung der absoluten Handelsgeschäfte einerseits, die Erweiterung des Kaufmannsbegriffes durch den § 2 andererseits. Die Beseitigung der absoluten Handelsgeschäfte zwang dazu, dem Handelsmäklergewerbe auch die Vermittlung gewisser Nichthandelsgeschäfte zuzuweisen (hauptsächlich praktisch bei Schiffsmäklern und Versicherungsmäklern), die Erweiterung des Kaufmannsbegriffes machte die feste Abgrenzung der zu vermittelnden Geschäfte notwendig, da sonst auch Grundstücksmäkler unter die Kategorie der Handelsmäkler fielen (vgl. Denkschrift I S. 14, 75, II S. 3146, 3177). — Die zweite Hauptabweichung besteht in der Beseitigung des Instituts der amtlichen Handelsmäkler.

Nr. 66. a) Die Geschäfte der **Handlungsagenten.** Handlungsagent ist nach § 84, wer ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des andern abzuschließen. Damit ist der bis dahin unsichere Begriff vom Gesetze auf den ständigen Agenten beschränkt worden. Der in der Kommission des Reichstages gestellte Antrag, alle Agenten zu Kaufleuten zu machen, wurde abgelehnt (Kommissionsbericht S. 3892). Somit fallen nicht unter diese Kategorien die Inhaber von Agenturbüreaus, die sich dem Publikum zur Verfügung stellen, ebensowenig die Auktionatoren. Die ständigen Agenten müssen für das Handelsgewerbe eines andern betraut sein, gleichgültig welcher Art das Handelsgewerbe ist. Somit können nicht bloß Waren- (Ein- und Verkaufsagenten), Bankagenten, Börsenremisiers (K.G. in B.A. V S. 86), Versicherungs-, Auswanderungs- und Transportagenten (Denkschrift I S. 69, II S. 3173, vgl. R.G. vom 9. Juni 1897 § 11, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. II S. 383, K.G. ebenda III S. 401, O.L.G. Kolmar ebenda VI S. 507, über Schiffsexpedienten Lehmann H.R. § 52), sondern z. B. auch Agenten von Hypothekenbanken darunter fallen, sofern das von ihnen vertretene Gewerbe nach § 2 ein Handelsgewerbe ist (Unterschied von Hypothekenmaklern). Auch kann der Agent für einen anderen Agenten tätig sein (Unteragent; vgl. bei § 84 Nr. 7). Dagegen fallen nicht darunter die Agenten von nicht eingetragenen Landwirten für deren Nebengewerbe (§ 3 Abs. 2)[1]), wohl aber die Agenten von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit seit dem V.A.G. § 16 (die entgegengesetzte, z. B. von Brand Anm. 16, vertretene Ansicht würde sie unter § 2 bringen müssen), die Agenten von Aktiengesellschaften, die Land- oder Forstwirtschaft betreiben (vgl. bei § 210 Nr. 5). — Die Agenten können mit der Vermittelung (besser Vorbereitung) oder dem Abschluß von Geschäften oder beiden betraut sein. — Der Agent kann ein Haus ständig vertreten oder mehrere Häuser, er kann letzterenfalls Handelshäuser der gleichen (z. B. mehrerer Versicherungsgesellschaften) oder verschiedener Art (z. B. ein Bankhaus und eine Versicherungsgesellschaft) vertreten. Gegenstand des Gewerbes ist die Übernahme der ständigen Agentur, d. h. der aus dem Agenturvertrage im Verhältnis zum Geschäftsherrn erwachsenden rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten. Der Agenturvertrag ist seiner Grundlage nach ein Dienstvertrag (vgl. bei § 84).

Nr. 67. b) Die Geschäfte der **Handelsmäkler.** Handelsmäkler ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne deren Handlungsagent zu sein, also ohne auf die Dauer für sie tätig sein zu wollen, die Vermittelung von Verträgen über „Gegenstände des Handelsverkehrs" übernimmt. Als solche zählt § 93 exemplifikativ auf Verträge über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen (Frachtmäkler, Frachtbestätiger, Schiffsmäkler, Schiffsprokureure, Schiffsklarierer; die Entsch. des O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 289 ist nicht zutreffend), Bodmerei, Schiffsmiete. Die gewerbliche Tätigkeit des Handelsmäklers besteht demnach in Vermittelung von Geschäften; nicht Handelsmäkler also, wer lediglich den Abschluß von Geschäften als Stellvertreter oder Kommissionär übernimmt. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfalle der Handelsmäkler auch als Stellvertreter oder Kommissionär abschließt, falls er eine Vollmacht oder einen Auftrag zum Abschluß erhalten hat, was aber besonderen Beweises bedarf (vgl. Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 52, 270). Ebensowenig ist Handelsmäkler, wer zwar durch seine Tätigkeit die Herbeiführung des Abschlusses erleichtern soll, ohne aber eine eigentliche Vermittlertätigkeit auszuüben, z. B. wer gewerbsmäßig die Herbeiführung von Akkorden im Konkurse besorgt (R.G. in L.Z. 09 S. 544) oder etwa eine Zeichnungsstelle für Entgegennahme von Zeichnungen (R.G. in L.Z. 08 S. 773). Die Vermittelung übernimmt der Handelsmäkler für andere Personen, gleichgültig, ob dies Kaufleute oder Nichtkaufleute sind. Da nach dem Gesetzbuch der Begriff der Handelsgeschäfte vom Kaufmannsbegriff abhängig ist, so kann danach Handelsmäkler auch sein, wer Nichthandelsgeschäfte vermittelt. Umgekehrt soll ja nach § 93 sich die gewerbsmäßige Tätigkeit des Handelsmäklers nur auf die Vermittelung von Verträgen über „Gegenstände des Handelsverkehrs" beziehen, als welche nach § 93 Abs. 2 Verträge über Grundstücke nicht gelten sollen.

---

[1]) Auch Lotteriekollekteure, die nur im Namen des Staates die Lose vertreiben (so im Kgr. Sachsen Busch VI S. 114), würden nicht hierher gehören, da es sich nicht um ein Handelsgewerbe handelt (oben Nr. 12).

Somit kann unter Umständen auch dem gewerbsmäßigen Vermittler von Handelsgeschäften die Handelsmäklereigenschaft abgehen, z. B. dem gewerbsmäßigen Vermittler von Grundstückskäufen. Nicht Handelsmäkler sind danach auch Hypothekenmäkler, die gewerbsmäßigen Vermittler von Mietsverträgen über Grundstücke, selbst wenn sie zwischen Kaufleuten vermitteln, die vermittelten Geschäfte also beiderseitige Handelsgeschäfte sind (vgl. Kommissionsbericht S. 3894). So taucht ein selbständiger Begriff von Handelsgeschäften an dieser Stelle auf. Der Kreis der Geschäfte, deren Vermittelung zum Handelsmäkler macht, deckt sich nicht mit dem Kreis der gesetzlichen Handelsgeschäfte im Sinne des § 343. Jedenfalls gehören dahin alle Grundhandelsgeschäfte des § 1 (a. A. für den Frachtvertrag O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 289); sonstige Geschäfte dann, wenn sie nach der Verkehrsauffassung kommerziell sind. Als solche werden nicht alle im Handelsgesetzbuche geregelten anzusehen sein, z. B. wohl nicht der Dienstvertrag mit dem Handlungsgehilfen oder Handlungslehrling, das Vertragsverhältnis des Reeders zum Schiffer, der Heuervertrag mit der Schiffsmannschaft, wohl aber die Bodmerei, der Überfahrtsvertrag (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. II S. 383). Aber wie die Anführung der Schiffsmiete zeigt, können auch sonstige Verträge in Frage kommen, z. B. das kaufmännische Darlehen, die Gewährung von Bankkredit (R.G.Z. LXXVI S. 252), der Kauf von Forderungen oder Patenten (Patentanwälte Staub-Bondi § 93 Anm. 4), der Kauf von ganzen Unternehmungen, von gewerblichen Mustern und Modellen, Gebrauchsmustern, Autorrechten, Kaufverträge zwischen Konsumenten und Produzenten über Waren. Auch die Eingehung kaufmännischer Gesellschaften wird man zu den „Gegenständen des Handelsverkehrs" zählen müssen (a. A. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. II S. 251). Dagegen ist nicht Handelsmäkler der Stellenvermittler, ob es sich nun bei der Stellung um einen Handlungsgehilfen oder Seemann (Heuerbaas) handelt (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 34), der Heiratsmäkler.

Jeder, der gewerbsmäßig die Vermittlertätigkeit ausübt, ist Kaufmann. Der Unterschied zwischen Privat- und amtlichem Mäkler ist beseitigt. Auch die Kursmäkler des Reichsbörsengesetzes und die zur Vornahme von öffentlichen Verkäufen ermächtigten Handelsmäkler (§§ 373 Abs. 2, 376 Abs. 3, 379 Abs. 2, 388 Abs. 2, 391, 407 Abs. 2, 417 Abs. 1, 437 Abs. 2) sind Kaufleute (L.G. Frankfurt bei Holdheim VI S. 366, ferner Johow XVII S. 6, O.L.G. Dresden in O.L.G.Rspr. VIII S. 245). Nicht notwendig ist Großbetrieb, doch ist der für den Kleinverkehr wirkende Mäkler (Krämermäkler) von gewissen Pflichten frei (§ 104). — Gegenstand des Gewerbes ist die Übernahme von Vermittelung, also der Mäklervertrag, für den subsidiär B.G.B. § 652f. maßgebend ist. Juristisch ist der Mäklervertrag weder Auftrag, da er entgeltlich geschieht, noch Dienst-[1]) oder Werkvertrag, da einerseits der Mäkler nicht notwendig zur Dienstleistung oder Herstellung des Werkes verpflichtet ist, andererseits der Auftraggeber bis zum Eintritt der Bedingungen für das Zustandekommen des Vertrages regelmäßig ohne Provisionszahlungspflicht zurücktreten kann, sondern eine besondere Abart von Verträgen (Versprechen der Lohnzusage für den Eintritt der Bedingung), doch kann er nach Lage des Falles (und wird es nicht selten) auch Werkvertrag sein. Von praktischer Bedeutung ist die konstruktive Frage kaum. (Näheres bei § 93).

Nr. 8. **„Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels."** Nr. 68.

Vgl. dazu Goldschmidt Hdb. § 56, von Hahn zu Art. 272 Nr. 5, Lehmann H.R. § 196.

a) Die das Gewerbe des **Verlegers** ausmachenden Geschäfte (Verlagsgeschäfte) werden herkömmlich zerlegt in die eigentlichen Verlagsverträge zwischen Verleger und Autor (geregelt durch das Verlagsgesetz von 1901), die Vervielfältigungsverträge zwischen Verleger und Drucker und die Verbreitungs- oder Verwertungsverträge. Der Verleger kann alle diese Geschäfte oder nur einzelne gewerbsmäßig betreiben. Jedenfalls aber muß er die Verbreitungsverträge gewerbsmäßig abschließen, da in ihnen der eigentliche Verlagshandel besteht. Der gewerbsmäßige Abschluß solcher macht zum Kaufmann auch dann, wenn weder Verlags- noch

[1]) So Cohen bei Holdheim 1906 S. 248, Goldmann I S. 437, Brand S. 293.

Vervielfältigungsverträge abgeschlossen werden (so beim Selbstverleger, der in eigener Druckerei druckt, R.G.Z. V Nr. 15). Wie die Verbreitung geschieht, ob durch den Sortimentsbuchhandel oder durch direkten Absatz an das Publikum, ist gleichgültig. Auch im letzteren Falle bleibt der Begriff des Verlegers gewahrt (so z. B. bei Zeitungsverlag — vgl. Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 01 S. 567 — einschließlich der bloßen Stellenanzeiger (O.L.G. Karlsruhe bei Kaufmann V S. 4). Gleichgültig ist auch, ob der Verleger selbst Redakteur ist. Stets aber muß es sich um die Verbreitung eines geistigen Erzeugnisses handeln, das vervielfältigt worden ist. Wer nur Exemplare ankauft oder angekaufte Exemplare verkauft, ist nicht Verleger, selbst wenn das Kaufgeschäft sich auf den ganzen Verlagsvorrat bezieht. Gleichgültig ist, ob das geistige Erzeugnis geschützt ist oder nicht. Der Verlag muß gewerbsmäßig erfolgen. Nicht Kaufmann, wer gelegentlich ein selbstverfaßtes Erzeugnis absetzt. Doch kann Gewerbsmäßigkeit schon in dem Verlage eines Werkes liegen (Zeitschrift, Konversationslexikon, Reiseführer). Verleger ist auch der Kommissionsverleger. Ein einheitlicher juristischer Typus ist für die Verlagsgeschäfte nicht vorhanden, es kann sich um Kauf, Werkvertrag, Verlagsvertrag usw. handeln.

Nr. 69. b) Die **sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels**, vor allem die Geschäfte der Sortimentsbuchhändler, Antiquare, Antiquitätenhändler, die ohnehin nach Nr. 1 Kaufleute sind. Weiter: buchhändlerische Kommissionäre, Kolporteure, Subskribentensammler, die z. T. unter Nr. 6 oder 7 fallen. Dagegen nicht mehr Zeitungsdebit der Post (§ 452 Abs. 2), auch nicht die Geschäfte der Leihbibliotheken und Lesezirkelinstitute (R.O.H.G. XXIII S. 401). Die Grundhandelsgeschäfte sind hier meist Kaufgeschäfte, z. T. Dienst- oder Werkverträge.

Nr. 70. Nr. 9. **„Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht."**

Die alte Fassung des Art. 272 Nr. 5, welcher die Geschäfte mit denen des Buch- und Kunsthandels unter einer Nr. vereinigte, ergab deutlich, daß es sich um den Bücherdruck und die ihm verwandten Geschäfte (Stein-, Kupfer-, Holzschnitt) handelt. Doch sollte durch die Trennung daran nichts geändert werden, demnach fallen die Geschäfte der Zeugdruckereien nicht unter diese Nr., sondern unter Nr. 2 (a. M. Makower S. 29), wohl aber können die Geschäfte der Photographen hierunter fallen (Goldschmidt Hdb. S. 647; K.G. in Entsch. F.G. VI S. 52 = Johow-Ring XXX A 116). Stets muß es sich um Großbetrieb handeln. Nichtkaufmann also der kleine Drucker, der nur mit einer Presse arbeitet, der einfache Holzschneider u. dgl., überhaupt jeder Handwerker, dessen Betrieb sich auf den Druck beschränkt. Der juristische Charakter dieser Geschäfte wird regelmäßig der reiner Werkverträge sein, es kann sich aber auch um Werklieferungsverträge handeln.

§ 2.

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.

Entw. I § 2, II § 2; Denkschr. I S. 14—17, II S. 3146, 3147; Kommissionsber. S. 3871; Sten. Ber. S. 4549, 4562, 4566, 4580, 4589.

Literatur: Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister 1903, Kaufmann, Der § 2 des neuen H.G.B. Diss. 1906.

Bezüglich der allgemeinen Gesichtspunkte für das in § 2 behandelte Handelsgewerbe siehe oben bei § 1 Nr. 11.

Im einzelnen gilt:

1. **Gewerbliches Unternehmen.** Über den Begriff des Gewerbes vgl. oben § 1 Nr. 3ff. Nicht fallen also unter § 2 trotz zugrunde liegender Erwerbsabsicht die Unternehmungen von Ärzten als solchen (z. B. Privatkranken-, Privatentbindungs- [Z. XXII S. 275 vgl. aber oben bei § 1 Nr. 6] Privatirrenanstalten, Sanatorien [vgl. K.G. bei Sobernheim S. 26ff.] Kliniken, vgl. G.O. § 29), Künstlern (Malerschulen), wissenschaftlichen oder musikalischen Instituten (private Mädchenschulen, Vorbereitungsanstalten zu Examina, Musikunterrichtsinstitute, Institute von Sprachlehrern, Technika (L.G. Eisenach bei Sobernheim S. 38), freie Gymnasien, regelmäßig medizinische, physikalische, naturwissenschaftliche, chemische Laboratorien, doch kann hier auch ein gewerbliches Unternehmen vorlegen (Sobernheim S. 33ff.). Wohl aber können dahin gehören Unternehmungen, bei denen es sich um Verdingung von Diensten handelt, z. B. Rechtskonsulentenbureaus, Pensionate, Verpflegungsanstalten (K.G. in O.L.G.Rspr. VIII S. 89, vgl. aber auch L.Z. 08 S. 763), Theaterunternehmungen (O.L.G. Dresden in O.L.G.Rspr. VIII S. 249, K.G. in Johow-Ring XXVI A 212; anders Saeger in Braunschw. Z. LVIII S. 107; bei Hoftheatern wird häufig die Erwerbsabsicht fehlen; oben § 1 Nr. 6) und Unternehmungen zu sonstigen Schaustellungen (Menagerien, Aquarien, zoologische Gärten), Detektivinstitute, Auskunftsbureaus, Inkassobureaus (Staub-Bondi § 2 Anm. 3, K.G. in Johow-Ring XXVII A 211 = Entsch. F.G. IV S. 159), Wach- und Schließgesellschaften, Dienstmannsinstitute (vgl. R.V.A. im Recht 09 Nr. 387), Annoncenbüreaus (Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 42, § 2 Anm. 14), die Unternehmungen von Dampfdreschmaschinenbesitzern (L.G. Weimar bei Sobernheim S. 77), photographischen Anstalten, soweit sie nicht unter § 1 Abs. 2 Nr. 9 fallen (O.L.G. Dresden in Seuffert LX Nr. 38, K.G. im Recht 1905 S. 544 Nr. 2249 = Entsch. F.G. VI S. 51 = Johow-Ring XXX A 116), die Unternehmungen von Bücherrevisoren (vgl. K.G. in Entsch. F.G. II S. 127, L.G. Stolp bei Sobernheim S. 89), Ingenieuren, (L.G. Weimar bei Sobernheim S. 40), Patentbureaus (auch Patentanwälte? Vgl. K.G. in O.L.G.Rspr. IX S. 369, wo die Frage nach Ansicht der Handelskammer zu verneinen war, da die Ausübung einer höheren wissenschaftlichen Tätigkeit vorliege) vorausgesetzt, daß sie nach ihrem Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. Sodann die Unternehmungen von Vermittlern, soweit sie nicht bereits unter § 1 fallen, also Stellenvermittlern (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 33), Grundstücksvermittlern, Hypothekenmäklern und sonstigen Zivilmäklern (K.G. in Johow-Ring XXXII C 7), ferner Auktionatoren (O.L.G. Oldenburg im Recht 02, S. 298 Nr. 1511) Agenturbüreaus, Lotteriekollekteuren. Auch die Unternehmungen von Bau-, Zimmer- und Maurermeistern gehören hierher (K.G. in O.L.G.Rspr. VII S. 145, O.L.G. Rostock in Meckl. Z. XXIII S. 227, O.L.G. Dresden im Recht 02, S. 616 Nr. 2857, vgl. L.Z. 1912, S. 413, L.G. Cleve bei Sobernheim S. 73ff.). Wichtiger als diese Kategorien ist diejenige, bei der den Gegenstand des Unternehmens Rechtsgeschäfte über bewegliche Sachen oder Rechte bilden. Die sämtlichen industriellen Betriebe, so weit sie nicht nach § 1 Handelsgewerbe sind, fallen unter § 2, insbesondere diejenigen, bei denen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten. Die Denkschrift führt als Beispiele an: Tonwaren- oder Porzellanfabriken, welche die zu verarbeitende Erde auf dem von ihnen zu diesem Zweck erworbenen oder gepachteten Grund und Boden gewinnen, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken unter den entsprechenden Voraussetzungen (I S. 9, II S. 3143). Weiter gehören hierher Gasfabriken, welche die Kohlen aus ihren Gruben (vgl. Z.f.Z.P. XXXII S. 402), Bierbrauereien, welche den Hopfen aus ihren Pflanzungen, Branntweinbrenner, Essigfabrikanten, Kalkbrennereibesitzer, die den Stoff selbst produzieren. Sodann die Betriebe der Urproduktion, so weit sie nicht zur Land- und Forstwirtschaft gehören, insbesondere nach Lage des Falls Montanbetriebe (R.G. in J.W. 04, S. 475[20] vgl. A.G. Kalbe bei Sobernheim S. 76), die Ausbeute von Steinbrüchen, Tonlagern (Ziegeleien), Salinenbetriebe, Bohrgesellschaften behufs Wassergewinnung, die Ausbeute von Bernsteinlagern, Torfmooren, Guanolagern, Stahlbrunnen, aber auch Austernzucht, Bienenzucht, Hochseefischerei, Walfischfang, Taucherei usw. Weiter diejenigen Betriebe, bei welchen es sich nicht um direkten Absatz, sondern nur um Vermietung von Waren handelt (Leihbibliotheken, Kostümvermietungsinstitute, Maschinenvermietungsgewerbe). Endlich gehören hierher Unternehmungen, deren Gegenstand Grundstücksgeschäfte bilden, insbesondere die der Grundstücksspekulanten O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 110, K.G. in Z. LV S. 304 = Johow-

Nr. 1.

Ring XXVI A 209, Bayer. Obst.L.G. im Recht VII S. 318), der großen Bautischlereien, der Inhaber von hôtels garnis (K.G. in O.L.G.Rspr. XII S. 404) und Kurlogierhäusern (Denkschrift I S. 9, 10, II S. 3144). Weiteres Beispiel: Pfandleihinstitute (K.G. in O.L.G.Rspr. VIII S. 379 = Entsch. F.G. IV S. 153 ff. = Johow-Ring XXVII A 201, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 217 ff. = Recht 1912 Nr. 1667).

Nr. 2. 2. Gewerbliches **Unternehmen.** Das Wort Unternehmen umfaßt gleichmäßig den Fall des Betriebes durch eine Einzelperson, sei es physische sei es juristische, wie den des gesellschaftlichen Betriebes durch mehrere Personen. Da § 2 nur Großgewerbe betrifft, so fällt jeder gesellschaftliche Betrieb unter die Bestimmungen des H.G.B. über Handelsgesellschaften, ist somit gezwungen, das Gewand der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft anzunehmen (K.G. in O.L.G.Rspr. IX S. 238, Entsch. F.G. XI S. 200 ff. Vgl. Sachau in Z. LVI S. 444 ff. s. unten § 105 Nr. 7). Nur bezüglich der Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften des Landesrechts nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen, ist eine Ausnahme gemacht. Derartige Gesellschaften, zu denen nach der Praxis die älteren Gewerkschaften (vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 45 Anm. 3) sowie die Gesellschaften des Königl. Sächs. Berggesetzes von 1868 § 8 und des Großh. Sächs. Berggesetzes von 1857 §§ 21, 22 (vgl. Beseler, Deutsches Privatrecht § 204 Anm. 3) gehören, sollen ihrem bisherigen Recht erhalten bleiben. Ihr Unternehmen soll nicht dem § 2 unterstehen, sie werden somit nicht Kaufleute (E.H.G.B. Art. 5, vgl. Denkschr. I S. 16, 17, II S. 3146, 3147). Die aus dem § 2 zu ziehende Folgerung ist, daß sozietätsmäßiger Betrieb der Großreederei (wenn dieselben Personen mehrere Reedereien bilden) gezwungen ist, zur Firmengesellschaft überzugehen.

Nr. 3. 3. **Kaufmännischer Geschäftsbetrieb.** Das Unternehmen muß zur Zeit der Entscheidung über die Eintragung (die Möglichkeit späterer Änderungen ist gleichgültig, K.G. in O.L.G.Rspr. VII S. 146, O.L.G. Dresden bei Seuffert LX S. 72) einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Vorbildlich für die Fassung war Art. 865 des Schweizerischen Obligationenrechts, wonach verpflichtet ist, sich eintragen zu lassen, „wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt". Die Praxis des Schweizer Bundesrats hat diesen Artikel nur auf Großbetrieb bezogen und die Pflicht zur Eintragung nicht allein davon abhängig gemacht, ob jemand ein Gewerbe nach kaufmännischer Art führe, sondern auch davon, ob die Natur dieses Gewerbes eine kaufmännische Betriebsart fordere (vgl. dazu Schneider-Fick, Das Schweiz. Obligationenrecht 1893 S. 931 f., ferner Bloch, Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im Schweiz. Obligationenrecht, Diss. 1896 S. 27 f.). Auch im württemberg. Einführungsgesetz zum alten H.G.B. Art. 4 waren zu Kaufleuten die Produzenten erklärt worden, sofern die Veräußerung „in einem die Form des kaufmännischen Geschäftsbetriebes erfordernden Umfang" erfolge.

Im einzelnen gilt

Nr. 4. a) Das Unternehmen soll nach **Umfang** kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. Dies kann nur besagen, es darf kein Kleingewerbe nach § 4 vorliegen. Darauf weist auch klar die Verpflichtung zur Annahme und zur Anmeldung der Firma hin. Da nun ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb sprachlich so viel ist, wie ein Geschäftsbetrieb nach Art der von Kaufleuten geführten, und da andererseits Kaufleute auch Minderkaufleute sind (§ 4), so müssen die Worte „in kaufmännischer Weise" einengend dahin ausgelegt werden, daß ein vollkaufmännischer Geschäftsbetrieb gemeint ist. Ein Minderkaufmann kann nie unter § 2 fallen, folglich nie ein Handwerker dem § 2 unterstehen. Tatsächlich wird die Frage sich hauptsächlich dahin zuspitzen, ob das Unternehmen so umfangreich ist, daß es kaufmännische Buchführung verlangt. Die bloße Möglichkeit, daß das Kleingewerbe sich zum Großgewerbe entwickelt, genügt natürlich nicht (K.G. in O.L.G.Rspr. XIV S. 331). Natürlich genügt es, daß das Unternehmen im ganzen solchen Umfang hat, auf eine einzelne Zweigniederlassung darf das Erfordernis nicht erstreckt werden (Staub-Bondi § 13 Anm. 6).

Nr. 5. b) Das Unternehmen muß außerdem (irrig Kukuck bei Holdheim 1904 S. 124) nach seiner **Art** kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. In dieser Hinsicht bemerkt die Denkschrift, „welche Unternehmungen nach ihrer Art . . . . einen solchen Betrieb erfordern, braucht im Gesetze nicht näher bestimmt zu werden. Die

Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch einer Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung und der Zahlungsleistungen[1]), die Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen u. dgl. mehr gewähren genügende Anhaltspunkte." (Denkschrift I S. 10, II S. 3144). Der diesen äußeren Indizien zugrunde liegende Gedanke ist, daß die Art des gewerblichen Unternehmens die Anwendung der im H.G.B. für den kaufmännischen Geschäftsbetrieb aufgestellten Rechtssätze (Abschn. 3—6 des ersten Buches und aus dem dritten Buche vornehmlich Abschn. 1) erforderlich macht. Voran steht, ob der Geschäftsbetrieb nach seiner Art eine geordnete Buchführung, die Aufbewahrung der Korrespondenz, wiederkehrende Inventur und Bilanz erheischt (vgl. Schneider-Fick 1893 S. 934, 935). Die diesbezüglichen Rechtssätze des H.G.B. entspringen der dem kaufmännischen Geschäftsbetriebe eigentümlichen, durch Anknüpfung und meist nicht sofortige Abwickelung von geschäftlichen Beziehungen mit mannigfaltigen Personen entstehenden Kompliziertheit des Betriebes. Wenn § 39 den Kaufmann bei der Inventur seine Vermögensgegenstände genau verzeichnen läßt, wenn § 40 Abs. 3 vorschreibt, daß zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Wert anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben sind, so beruhen diese Vorschriften darauf, daß bei den geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Kaufmann und seinen Kunden ein Kreditieren nnd Debitieren naturale Erscheinung ist. Wo deshalb ein gewerbliches Unternehmen nach seiner Art (nicht nach seinem tatsächlichen Betrieb) solche Kredit- und Debetposten ausschließt oder doch zu den Ausnahmefällen macht, wird es seiner Art nach kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordern (Johow IX S. 16, K.G. in Entsch. F.G. II S. 229: Ausdruschgewerbe, vgl. K.G. in O.L.G.Rspr. II S. 395 und VII S. 145, Bayer. Obst.L.G. im Recht 1907, S. 1329 Nr. 3359 = O.L.G. Rspr. XIX S. 290). So werden auch in großem Umfang betriebene Tanz-, Turn-, Schwimmunterrichtsanstalten (G.O. § 35), Stellenvermittelungsbureaus häufig eine kaufmännische Buchführung nicht erfordern, weil es sich regelmäßig um einmalige, sofort abgelohnte Dienste, nicht um dauernde geschäftliche Beziehungen handelt. Vgl. K.G. in Entsch. F.G. IX S. 33. Das gleiche gilt meist von Erziehungspensionaten (K.G. im Zentralbl. II S. 7). Vgl. ferner K.G. in Entsch. F.G. I S. 189, O.L.G. Rspr. VII S. 146 (Maurermeister), Ldg. I Berlin bei Sobernheim S. 63: Geschäftsbetrieb eines Arztes, der Tubernal herstellt, A.G. Berlin-Mitte bei Sobernheim S. 80: Eine Gesellschaft von Rentiers, die 13 Hausgrundstücke auf Spekulation erworben hat, deren Verwaltung aber sehr einfach ist; A.G. Neuhaldensleben bei Sobernheim S. 91: Ziegeleibesitzer, dagegen Ldg. Stettin ebenda S. 92. Auch der handwerksmäßige Betrieb schließt die Anwendung des § 2 aus (vgl. bei § 4 Nr. 3 und K.G. in Entsch. F.G. I S. 189 = O.L.G. Rspr. II S. 142, R.G. bei Seuffert LXII Nr. 90, Bayr. Obst.Ldg. in O.L.G. Rspr. XIX S. 290, R.G. in J.W. 07 S. 55 Nr. 19). Die von der Denkschrift sonst aufgeführten Momente führen teils auf die obigen zurück (so Art der Korrespondenz, Kassenführung, Zahlungsleistungen), teils sind sie erst Folgeerscheinungen, insbesondere kann von einem Gebrauch einer Firma erst nach der Registrierung gesprochen werden, vorher liegt höchstens ein Geschäftsname vor. Praktische Schwierigkeiten werden aus der Formulierung wohl nur dann erwachsen, wenn den Gegenstand des Gewerbes Dienst- oder Werkverträge bilden. Ungerechtfertigt ist es, mit Lastig a. a. O. den § 2 auf Gewerbebetriebe zu beschränken, die sich aus dem Warenhandel entwickelt haben.

c) Das konkrete Unternehmen nach seiner besonderen Anlage (R.G. im Recht Nr. 6.
1903 S. 109 Nr. 592) muß kaufmännischen Geschäftsbetrieb **erfordern**, d. h. einmal, es ist nicht notwendig, daß es wirklich bereits mit geordneter Buchführung betrieben wird, denn die Vorschrift soll gerade die einschlägigen Gewerbetreibenden (z. B. Bauunternehmer) zur kaufmännischen Betriebsweise zwingen (K.G. in Entsch. F.G. II S. 228, K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 406, O.L.G. Frankfurt bei Kaufmann III S. 7, L.G. Altona im Zentralbl. I S. 679). Und andererseits genügt nicht tatsächliche kaufmännische Betriebsweise, wenn das Unternehmen solche nicht erfordert. Eine von einem Arzt kaufmännisch betriebene Privatkrankenanstalt unterfällt z. B. nicht dem § 2, soweit es sich nicht um ein Gewerbe handelt (K.G. in Entsch. F.G. II S. 27). Auch wird der Einwand nicht zugelassen, daß die nötige Ordnung und

[1]) Z. B. Girozahlung.

Übersicht auch durch andere als kaufmännische Einrichtungen erreicht ist (K.G. in Entsch. F.G. II S. 223). Gleichgültig ist, ob der Unternehmer nach seinen persönlichen Verhältnissen befähigt ist, kaufmännische Betriebsweise durchzuführen (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 406).

Nr. 7. **4. Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister.**

a) Firma. Die Ausdrucksweise ist nicht korrekt, da der Begriff der Firma die Kaufmannseigenschaft voraussetzt, während diese doch erst mit der Eintragung erworben wird. Gemeint ist der vom Unternehmer als solchem geführte Name. Gleichgültig ist, ob dieser den Vorschriften über ordnungsgemäße Firmen entspricht oder nicht. Wird von der Registerbehörde eine ordnungswidrige Firma eingetragen, so entsteht doch die Kaufmannsqualität. Natürlich kann und soll aber die Registerbehörde auf Wahrung der Vorschriften über Firmenführung halten.

Nr. 8. b) Des Unternehmers, d. h. entweder der physischen oder juristischen Person (z. B. Gewerkschaft) oder der offenen Handelsgesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft. Für Aktiengesellschaften und andere fiktive Kaufleute hat § 2 natürlich keinen Wert. Unter Unternehmer ist gemeint der erste Unternehmer. Veräußert dieser sein Geschäft mit der Firma, so ist der Erwerber Kaufmann, auch wenn er die Umschreibung nicht erwirkt (Staub-Bondi Anm. 11). Das gleiche gilt, wenn durch Hinzutritt eines Gesellschafters aus dem Einzelgeschäft eine Handelsgesellschaft wird (§ 28). Betreibt der Staat (oder die Kommune) ein unter § 2 fallendes Unternehmen, so hat er, falls er es dem Handelsrecht unterstellen will, die Firma eintragen zu lassen. § 36 steht in dieser Beziehung nicht entgegen (vgl. Denkschr. I S. 43, II S. 3161). — Gleichgültig ist, ob der Unternehmer Inländer oder Ausländer ist, ja ob der Sitz des Unternehmens im In- oder Auslande liegt. Folglich gehören hierher auch ausländische Unternehmungen, die eine Zweigniederlassung in Deutschland haben, selbst dann, wenn sie nach ausländischem Recht nicht Handelsgewerbe sind. Die Handelsgewerbsqualität wird dann für die Zweigniederlassung begründet (oben § 1 Nr. 31).

Nr. 9. c) Handelsregister. Die Eintragung der Firma hat bei der kompetenten Registerbehörde, d. h. dem Amtsgericht der Hauptniederlassung zu erfolgen (§ 29). Exemtionen etwa für Standesherrn bestehen hier nicht (K.G. in Entsch. F.G. II S. 223). Indessen würde die Eintragung auch bei einer inkompetenten Registerbehörde die Eigenschaft des Handelsgewerbes begründen (vgl. § 7 des D.F.G.G.). Denn der maßgebende Gesichtspunkt ist der der Publizität. Liegt die Hauptniederlassung im Auslande, so kann nur Eintragung beim Gerichte der Zweigniederlassung (§ 13 Abs. 3) in Betracht kommen.

Nr. 10. d) Eintragung. Die Firma muß eingetragen sein. Es genügt nicht die tatsächliche Führung, auch nicht Anmeldung und Zeichnung behufs Eintragung (§ 29). Andererseits ist nicht notwendig Bekanntmachung der Eintragung zur Begründung der Kaufmannsqualität, vielmehr wird das Unternehmen zum Handelsgewerbe schon mit dem Moment der Eintragung. Auch genügt die Eintragung beim Gericht der Hauptniederlassung. Die Eintragung beim Gericht der Zweigniederlassung hat für den Erwerb der Kaufmannsqualität nur bei ausländischen Unternehmungen begründende Bedeutung. Wohl aber kann, so lange die Bekanntmachung nicht erfolgt ist, ein Dritter sich auf seine Unkenntnis der Kaufmannseigenschaft gemäß § 15 berufen. Hat der Dritte z. B. vom Unternehmer Waren gekauft und sie nicht gemäß § 377 gerügt, so würde ihm seine Unkenntnis zustatten kommen.

Nr. 11. **5. Verpflichtung zur Herbeiführung der Eintragung.**

a) Die Verpflichtung besteht kraft öffentlichrechtlicher Vorschrift. Die Registerbehörde kann den Unternehmer durch Ordnungsstrafen zu ihrer Erfüllung anhalten (§§ 29, 14; D.F.G.G. § 132). Der Unternehmer kann sich nicht darauf berufen, daß er nicht als Kaufmann behandelt sein wolle, das Gesetz zwingt ihn zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft. Nur für Unternehmungen des Reiches, eines Bundesstaates oder inländischen Kommunalverbandes ist die Unterwerfung unter das Handelsrecht fakultativ (§ 36). Bestreitet der Unternehmer durch Einspruch gegen die Verfügung des Registerrichters (D.F.G.G. § 132), daß das Unternehmen eintragungspflichtig sei, so hat darüber die Registerbehörde (D.F.G.G. § 134) zu entscheiden. Dem Unternehmer ist, falls der Beschwerdeweg (vgl. D.F.G.G. § 135—139) nicht zum Ziele führt, nicht

möglich, im Rechtswege (Feststellungsklage) die Erklärung der Unzulässigkeit der Eintragung und damit deren Löschung zu erwirken (vgl. bei § 5 Nr. 2 Schluß). Ueber die Wirkung der Eintragung trotz Nichtvorhandensein der fraglichen Voraussetzungen bei § 5.

b) Die Herbeiführung der Eintragung hat nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften zu erfolgen, d. h. es ist nicht bloß die Firma anzumelden und zu zeichnen, sondern auch der Ort der Hauptniederlassung anzumelden (§ 29). Desgleichen sind nach erfolgter Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung die Anmeldungen beim Gerichte der Zweigniederlassung vorzunehmen (§ 13). Ueber juristische Personen vgl. die §§ 33—35, über offene Handelsgesellschaften die §§ 106—108, über Kommanditgesellschaften den § 162, über staatliche Unternehmungen den § 36.

6. **Übergangsbestimmungen.** § 2 findet auch auf solche Gewerbetreibende Anwendung, deren Unternehmen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 herstammt, da die Kaufmannseigenschaft von dem jeweiligen Recht beherrscht wird (R.G.Z. LX S. 80, oben § 1 Nr. 37). Nur muß das Gewerbe wirklich noch betrieben werden; ist z. B. die juristische Person am 1. Januar 1900 in Auflösung begriffen, so kann sie zur Anmeldung etwa ihrer Liquidationsfirma nicht angehalten werden. Unter Umständen kann der Fall so liegen, daß eine Person nach altem Recht „Mußkaufmann" war, während sie nach neuem Rechte „Sollkaufmann" ist, z. B. der Versicherungskommissionär, der Inhaber eines Agenturbureaus u. dgl. Ist solche Person am 1. Januar 1900 eingetragen, so setzt sie einfach die Kaufmannseigenschaft fort, ist sie nicht eingetragen, so hört sie auf Kaufmann zu sein. Vgl. dazu K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 40, 41. Nr. 12.

7. Für **Ausländer**, die eine Haupt- oder Zweigniederlassung in Deutschland errichten, greift § 2 ebenfalls durch (oben Nr. 8).

§ 3.

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

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugnis, seine Firma gemäß § 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

Entw. I § 3, II § 3; Denkschr. I S. 17, 18, II S. 3147, 3148; Kommissionsber. S. 3871—3873; Sten. Ber. S. 4549, 4558, 4563, 4570, 4572, 4581, 4589, 4596, 4598.

Literatur: Gareis, H.G.B. zu § 3; Maeder, Der § 3 des neuen H.G.B. Diss. 1903; Ritter im Arch. f. B.R. XX S. 291 ff.; Ebner, Die Kaufmannseigenschaft des Land- und Forstwirtes Diss. 1908; Brandstätter, Begriff des Nebengewerbes nach § 3 des H.G.B. Diss. 1909; Reuter, Der Kannkaufmann nach § 3 Abs. 2 H.G.B. Diss. 1909; Heine, H.G.B. § 3 Diss. 1908; Claes, Der § 3 des H.G.B. Diss. 1910; Merzheimer, Nebenunternehmungen im Handelsrecht 1913 S. 113 ff.

1. **Land- und forstwirtschaftliche Betriebe** gelten nicht als Handelsgewerbe, Land- und Forstwirte sind demnach nicht Kaufleute, wobei es gleichgültig ist, ob die Nr. 1.

Land- oder Forstwirtschaft im Deutschen Reich oder in den Schutzgebieten (Plantagenbesitzer) betrieben wird (Ritter H.G.B § 3 Nr. 2). Werden sie irrtümlich eingetragen, so greift § 5 für sie Platz.

a) Dem Begriffe des **landwirtschaftlichen** Betriebes ist als Zweck wesentlich die Erzeugung pflanzlicher Produkte (landwirtschaftlicher Erzeugnisse) oder tierischer Produkte. Durch die Hervorbringung organischer Erzeugnisse hebt sich die Landwirtschaft ab von der Ausbeute der nicht organischen Bodenschätze (Mineralien, Steine, Kohlen, Torf). Aber nicht alle Betriebe, deren Gegenstand die Erzeugung pflanzlicher oder tierischer Produkte bildet, sind landwirtschaftliche Betriebe im Sinne des § 3. Die Forstwirtschaft, bei der es sich um die Produktion von Pflanzen handelt, wird selbständig aufgeführt. Um die tierische Produktion würde es sich auch bei Fisch-, Vogel-, Hunde-, Katzen-, Bienenzucht handeln, die, wenngleich in der offiziellen Statistik gewöhnlich bei der Landwirtschaft untergebracht, wohl unter § 2 fallen könnten. Vielmehr weist der Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes auf eine Bearbeitung des Bodens (Landes) für die Erzeugung pflanzlicher, oder Ausnutzung des Bodens für die Erzeugung tierischer Produkte hin (gleichgültig ist natürlich, ob der Landwirt Eigentümer oder Pächter des Grundstücks ist). Demnach fällt unter jene Ackerbau, Wein-, Gemüse-, Tabak-, Kaffee-, Kakao-, Thee-, Obstbau, unter diese Viehzucht, d. h. Zucht von landwirtschaftlichen Nutztieren (Pferden, Rindern, Schafen, Schweinen, Ziegen, nicht dagegen stets Geflügelzucht). Ob auch Gartenbau, der in der offiziellen Statistik der Landwirtschaft zugezählt wird,[1]) zu den landwirtschaftlichen Betrieben gehört, überläßt die Denkschrift (II S. 3148) dem einzelnen Fall. Seitdem die G.O. § 154 Abs. 1 Nr. 4 auch Gärtnereien unter die gewerblichen Bestimmungen zieht, wird man landwirtschaftliche und gewerbliche Gärtnereien zu scheiden haben. Der Erlaß des preuß. Handelsministeriums vom 20. Jan. 1902, wonach bei Handelsgärtnereien, die sich auf die Produktion und den Verkauf selbstgezogener gärtnerischer Erzeugnisse beschränken, Landwirtschaft anzunehmen sei (ebenso O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XXI S. 366) ist jetzt veraltet. Wo ein Gärtner lediglich große Strecken Landes außerhalb der Stadt zum Anbau von Nutz- oder Zierpflanzen in der Weise verwendet, daß nicht das einzelne Pflanzenindividuum, sondern die Masse zum Vertrieb gelangen soll, (Feldgärtnerei) wird man den landwirtschaftlichen Betrieb annehmen dürfen; anders da, wo es sich um Pflege oder Kultur von Pflanzenindividuen (Topfpflanzen) oder um städtische Anlagen handelt. Vgl. Johow-Ring XXII C S. 16, dazu v. Landmann G.O. 6. Aufl. II S. 847. Blumenhändler fallen natürlich unter § 1. — Ackerbau und Viehzucht kommen gewöhnlich verbunden vor. Wie aber einerseits Wein- und Obstbau allein Gegenstand des Betriebes bilden kann, so wären andererseits bloße Viehzüchter, z. B. Schäfereibesitzer, als Landwirte zu betrachten, wenn die Viehzucht in landwirtschaftlicher Betriebsform der Viehweide, nicht durch Ernährung mit bezogenem Futter sich vollzieht (vgl. R.O.H.G. XIV Nr. 86). So würde eine selbständige Molkerei dann unter § 2 fallen, wenn die Kühe lediglich in Ställen mit angekauften Stoffen ernährt werden. Im übrigen vgl. bei § 1 Nr. 52.

b) Der Begriff des **forstwirtschaftlichen** Betriebes erfordert die planmäßige Bewirtschaftung eines Forstes (Waldung, Holz) durch allmähliche Auf- und Abforstung. Nicht gehört demnach dahin einerseits das Gewerbe der Ankäufer von Wäldern zum Abholzen, andererseits das Halten von Baumschulen. Ersteres würde unter § 2, letzteres unter den Begriff der Gärtnerei fallen.

Nr. 2. 2. **Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes.** (Vgl. dazu v. der Goltz in Schönberg's Hdb. der polit. Ökonomie 2. Aufl. Bd. II S. 100ff.).

a) Es muß sich um ein **selbständiges** Unternehmen des Land- oder Forstwirtes handeln. Bildet die auf Erwerb gerichtete Tätigkeit nur einen Bestandteil des ganzen Land- oder Forstwirtschaftsbetriebes, so kann von Handelsgewerbe keine Rede sein. Diesenfalls ist der Unternehmer garnicht berechtigt, die Eintragung der Firma herbeizuführen. Ankauf von Dünger, Samen, Arbeitsgerät, Arbeitstieren seitens des Landwirtes wie Verkauf von produziertem Getreide, Milch, Butter, Käse, Wolle,

[1]) Vgl. auch Reichsgesetz vom 5. Mai 1886 betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen § 1 Abs. 5, ferner Reichsversicherungsordnung § 917 andererseits aber § 235 Abs. 2.

Vieh sind für die Regel nur geschäftliche Tätigkeiten des landwirtschaftlichen Betriebes. Hierhin gehört auch der Verkauf von nicht eigentlich landwirtschaftlichen Erzeugnissen, z. B. von aus Fischfang und Jagd gewonnenen Gegenständen, von gestochenem Torf, sofern die Gewinnung dieser nicht den Gegenstand eines besonderen Unternehmens bildet, sondern innerhalb des Rahmens des landwirtschaftlichen Betriebes mit erfolgt, ebenso regelmäßig das Vermieten landwirtschaftlicher Maschinen zum Lohndrusch (K.G. in Entsch. F.G. II S. 134). Ja sogar dann, wenn der Landwirt gewerbemäßig Magervieh ankauft, um es auf seiner Weide fett zu machen und zu verkaufen (R.O.H.G. XIV S. 265, 266 vgl. auch Busch XXXXI S. 247: Pferdezucht, Seuffert LIV Nr. 94: Hengsthalterei), wenn er dem von ihm produzierten Getreide eine Beimischung mit fremdem dazu angeschafften, der Milch oder Butter einen Zusatz aus angeschaffter Milch gibt (vgl. Denkschr. I S. 18, II S. 3147), wenn er gegen Entgelt für Viehhändler Vieh einstellt, bilden diese Tätigkeiten nur Bestandteile des Landwirtschaftsbetriebes, sofern nämlich im Ganzen der Charakter des landwirtschaftlichen Unternehmens gewahrt bleibt, sie gehen als Hilfstätigkeiten im Ganzen auf, sie werden akzessorische Geschäfte der Landwirtschaft, wie beim Kaufmann die Hilfsgeschäfte akzessorische Geschäfte des Handelsgewerbes sind (vgl. den Fall bei Busch VII S. 210ff). Überwiegt umgekehrt im Ganzen der Charakter der anderen Tätigkeiten, so liegt überhaupt kein landwirtschaftlicher Betrieb vor. Ein Milch- oder Butterhändler wird nicht dadurch Landwirt, daß er etwas Vieh in seinem Stalle stehen hat, dessen Erzeugnisse er mit verkauft, ein Viehhändler oder Molkereibesitzer nicht dadurch Landwirt, daß er das angekaufte Vieh eine Zeit lang weiden läßt (R.O.H.G. XIV S. 265, 266, K.G. bei Kaufmann I Nr. 1b). Diese sind Kaufleute auch ohne Eintragung.

b) Das selbständige Unternehmen darf nicht ein vom Land- oder Forst- Nr. 3.
wirtschaftsbetriebe **innerlich getrenntes** sein, es muß mit ihm innerlich verbunden sein. Dieses Erfordernis stellt schon Entw. I auf. Ein Bankier, der zugleich Rittergutsbesitzer ist, betreibt zwei ganz getrennte Gewerbe, die lediglich kraft Personalunion verbunden sind. Als Bankier ist er nach § 1 ohne Weiteres Kaufmann, als Rittergutsbesitzer ist er Landwirt. Ein Bergwerksbesitzer, der ein Weingut am Rhein besitzt, ist in ersterer Eigenschaft nach § 2 eintragspflichtig, in letzterer gilt er als Landwirt. Dabei kommt es nicht auf lokale Getrenntheit, sondern auf innerliche Getrenntheit an. Dies macht die Fassung, die das Gesetz in letzter Stunde erhalten hat, zweifellos. So könnte ein Bauer zugleich Fuhrmann, Handwerker, Krämer, Hausierer, Schankwirt, Fruchthändler (Busch XVIII S. 472) sein, ohne daß eine Verbindung mit dem landwirtschaftlichen Betriebe vorläge, ein Gutsbesitzer zugleich Getreide- (vgl. Z. XX S. 572), Woll-, Holzhändler oder Hotelbesitzer (vgl. auch die Ausführungen des Staatssekretärs Nieberding in Stenogr.Ber. S. 4549). Umgekehrt kann unter Umständen ein mit der Landwirtschaft innerlich verbundenes Gewerbe vorliegen trotz äußerer Trennung z. B. die Brennerei oder Sägemühle eine Strecke entfernt vom Gute liegen. Regelmäßig wird freilich lokale Verbindung erforderlich sein. — Eine innerliche Verbindung mit dem landwirtschaftlichen Betrieb liegt vor Allem dann vor, wenn das andere Unternehmen in dem Betriebsgegenstand einen Zusammenhang mit dem konkreten landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Betrieb besitzt (dazu v. d. Goltz in Schönberg's Hdb. Bd. II S. 100ff.; Crusius, Die technischen Gewerbe in der Landwirtschaft, Diss. Leipzig 1885) insbes. wenn die Produkte oder Abfälle des landwirtschaftlichen Betriebes Gegenstand der Verarbeitung im anderen Unternehmen bilden, aber sie liegt auch schon dann vor, wenn eine wirtschaftliche Abhängigkeit von dem landwirtschaftlichen Hauptbetriebe besteht (Brandstätter a. a O.). Beispiele von innerlich mit dem Land- oder Forstwirtschaftsbetrieb verbundenen Gewerben wären: Unternehmungen, welche die Ausnutzung des Bodens durch Stechen nach Torf, Graben von Lehm, Gewinnung von Brunnen, Brechen von Kalk, industrielle Unternehmungen, welche die Verarbeitung von Erzeugnissen des Bodens oder der Viehzucht bezwecken (Sägemühlen, Papiermühlen, Öl- und Knochenmühlen, Spritbrennereien — Busch III, S. 55 —, Zuckerfabriken, Ziegeleien (K.G. in Entsch. F.G. II S. 135), Talgsiedereien, Flachs- und Hanfbereitungsanstalten, Cichoriendarren, Obstdarren, Seifensiedereien, Obstweinfabriken, dann Essigfabriken, Brauereien (Bayer. Obst.L.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 380), Torfbereitung, Drainröhrenfabrikation, Zementwarenfabrik, Milchkuranstalt,

große Züchtereien von Bienen, Fischen, Vögeln, Hunden (vgl. weitere Beispiele in den Ausführungen des Staatssekretärs Nieberding im Kommissionsber. S. 3872). Dagegen lägen keine innere Verbindung vor, wenn die Landwirt die schöne Lage seines Gutes ausnutzt, um ein Hotel oder Restaurant zu errichten, einen Kurort zu eröffnen, ein Dampfschiffunternehmen auf dem angrenzenden See ins Leben zu rufen oder eine Badeanstalt zu etablieren. Ebensowenig, wenn er eine Sägemühle vornehmlich zur Bearbeitung fremden Holzes, ein Lagerhaus vornehmlich zur Lagerung fremden Getreides einrichtet. Daß es sich bei dem Nebengewerbe um organische Bestandteile des Bodens handle, wie v. Bülow bei Holdheim VIII S. 182ff. annimmt, ist nicht notwendig (K.G. in Entsch. F.G. II S. 134 [= O.L.G. Rspr. III S. 402 = Seuffert LVII Nr. 127 = Joh.-R. XXII A 82], IV S. 149 [= Johow-Ring XXVII A 205], III S. 76 = Johow-Ring XXIV A 63 = O.L.G. Rspr. IV S. 459, K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 233), auch nicht, daß bloß Bodenbestandteile des landwirtschaftlichen Hauptbetriebes im Nebengewerbe verwendet werden (K.G. in Entsch. F.G. II S. 135, Bayer. Obst.L.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 380), nur müssen die Bestandteile des landwirtschaftlichen Hauptbetriebes in erster Linie verwendet werden (siehe bei Nr. 7).

Nr. 4. c) Die innerliche Verbindung muß eine derartige sein, daß das selbständige Gewerbe sich als **Nebengewerbe** des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt. Die hierauf bezüglichen Worte „das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt" fehlten Entw. I und II, sie sind erst durch die Kommission des Reichstages eingefügt worden, (S. 3871—3873). Der landwirtschaftliche Betrieb muß danach Hauptbetrieb, das selbständige Unternehmen Nebenbetrieb sein, d. h. letzteres muß ausschließlich oder doch vornehmlich die Erwerbszwecke des Hauptbetriebes als solchen unterstützen, eine Art Pertinenzqualität zu ihm besitzen (vgl. R.G.Z. I S. 267). Indem der Land- oder Forstwirt das Nebengewerbe betreibt, handelt er zwar nicht mehr als Landwirt, aber doch in innerlich wirtschaftlicher Anknüpfung an den Landwirtschaftsbetrieb, unter Aufrechterhaltung der präponderierenden Stellung als Landwirt. Wo deshalb der Betrieb des anderen Gewerbes die Hauptsache bildet — und daß das sehr häufig der Fall ist, lehrt die amtliche Statistik (man denke an Montanbetriebe und Salinen) —, der des Landwirtes nur Nebengewerbe ist, greift § 3 nicht Platz. Wann das eine, wann das andere vorliegt, ist Tatfrage, bei deren Entscheidung die Größe des Betriebskapitales, des Umsatzes, des Reingewinnes, die Zahl des beschäftigten Personals usw. in Betracht zu ziehen sind (vgl. O.L.G. Oldenburg bei Sobernheim S. 101ff., K.G. in Entsch. F.G. II S. 138 = Johow-Ring XXII A 82 = O.L.G. Rspr. III S. 402 = Seuffert LVII S. 233, wo mit Recht bemerkt wird, daß der bloße Umstand, daß das Nebengewerbe zu Zeiten größeren Umsatz als das Hauptgewerbe hat, die Eigenschaft als Nebengewerbe noch nicht beseitigt). Daß die Erzeugnisse des Nebengewerbes nicht in dem Hauptbetriebe verbraucht, sondern auf den Markt gebracht werden, steht selbstverständlich nicht im Wege. Der Begriff des Nebengewerbes im Sinne der G.O. oder der Steuergesetze hat mit § 3 nichts zu tun (v. Landmann I S. 33ff.).

Nr. 5. d) Das Nebengewerbe muß nach § 1 an sich Handelsgewerbe sein oder sich aus § 2 zum Handelsgewerbe eignen. Fällt es unter keinen dieser §§, so ist es überhaupt vom Handelsrecht ausgeschlossen.

Nr. 6. e) Das Nebengewerbe darf **nicht bloß Kleingewerbe** sein. Dies ergibt sich aus der Aufführung der Firma (vgl. § 4 Abs. 1). Ist ein Nebengewerbe bloß Kleingewerbe, so gilt es auch dann, wenn es nach § 1 Handelsgewerbe wäre, nicht als Handelsgewerbe (K.G. in Entsch. F.G. II S. 138). Aber auch der Hauptbetrieb, also der landwirtschaftliche Betrieb, darf nicht Kleinbetrieb sein. Das ist zwar nicht im Gesetz gesagt, ergibt sich aber von selbst, denn ein Großgewerbe kann nicht Nebengewerbe für einen Kleinbetrieb sein.

f) Nicht steht im Wege, daß am Nebengewerbe Andere gesellschaftlich beteiligt sind, vorausgesetzt, daß es vom Landwirt auch dann noch betrieben wird (K.G. in Entsch. F.G. III S. 74 = Johow-Ring XXIV A 63 = O.L.G. Rspr. IV S. 459, L.G. Offenburg in Bad. Rspr. V S. 195).

Nr. 7. 3. **Berechtigung des Unternehmers zur Eintragung.**

a) Der Unternehmer ist diesenfalls nur **berechtigt**, nicht verpflichtet, die Eintragung der Firma in das Handelsregister heibeizuführen. Die gesetzgeberische ratio

dieses Privilegiums ist nach den Denkschriften (I S. 17, II S. 3247), daß „bei dem mannigfachen Ineinandergreifen des Nebenbetriebes und des landwirtschaftlichen Hauptbetriebes ..... ein derartiger Zwang vielfach zu Schwierigkeiten führen würde, insbesondere die allgemeinen Geschäfts- und Berufspflichten (z. B. mit Bezug auf Buchführung, Zinspflicht usw.) sich verschieden gestalten würden." Um die Einheitlichkeit des Rechtszustandes zu erhalten, macht das Gesetz eine Ausnahme vom gemeinem Recht. Will der Unternehmer die Eintragung herbeiführen, so hat er die für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften zu beachten. Darüber oben § 2.

b) **Erst** mit der Eintragung der Firma, aber auch **schon** mit der Eintragung in das Register der Hauptniederlassung gilt das Nebengewerbe als Handelsgewerbe.[1]) Vor erfolgter Eintragung soll es auch dann nicht als Handelsgewerbe gelten, wenn es ein natürliches Handelsgewerbe nach § 1 ist. Als Beispiele in letzterer Beziehung führt die Denkschrift an, daß ein Forstbesitzer auf seinem Sägewerk außer eigenem Holz regelmäßig das Holz einiger Nachbarn gegen Vergütung schneiden läßt, daß ein Landwirt in seiner Ziegelei außer der auf seinem Grund und Boden gestochenen Ziegelerde auch fremde, zu diesem Zwecke angeschaffte Erde verwendet, in seiner Brennerei außer den selbstgezogenen Kartoffeln einzelne Mengen fremder Kartoffeln zuzukaufen pflegt, daß ein Landwirt nicht bloß Butter mit der Milch seiner Kuh, sondern unter Zusatz angekaufter Milch herstellt, Getreide unter Vermengung von fremdem angeschafftem Getreide verkauft (I S. 18, II S. 3147). Gemeint sind damit Fälle, in denen weder von bloßen Bestandteilen des Landwirtschaftsbetriebes noch von selbständigen Hauptgewerben gesprochen werden kann. Das Letztere wäre z. B. der Fall, wenn das Sägewerk in Wahrheit überwiegend zur Bearbeitung fremden Holzes dienen, die Ziegelei in Wahrheit überwiegend mit angeschaffter Erde arbeiten, die Butter hauptsächlich aus angeschaffter Milch hergestellt würde (vgl. R.G. in J.W. 04 S. 125 [4], K.G. in Entsch. F.G. IV S. 151 = Joh.-Ring XXVII A 206) Letzterenfalls läge ein ganz getrenntes Hauptgewerbe des § 1 Nr. 1 oder Nr. 2 vor, ersterenfalls überhaupt kein Sondergewerbe. Demnach darf der Hinweis auf § 1 nicht verleiten, den Begriff des Nebengewerbes weiter auszudehnen, als ihm nach der obigen Darlegung zukommt. Der Gutsbesitzer, der zugleich Getreide- oder Wollspekulant ist, kann sich nicht auf § 3 stützen. Der Hinweis auf § 1 hätte als überflüssig fortbleiben sollen (vgl. auch G. Cohn im Archiv für bürgerliches Recht XII S. 193).

c) Wird der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb von einer Gesellschaft vorgenommen, so muß diese, will sie für das Nebengewerbe Kaufmannsqualität erwerben, die Form der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft annehmen. Darüber oben bei § 2 Nr. 2.

d) Wird das Nebengewerbe vom landwirtschaftlichen Gewerbe abgetrennt, z. B. selbständig veräußert oder selbständig vererbt, so hört das Privilegium des § 3 auf; es greifen nunmehr die §§ 1, 2 nach allgemeinen Grundsätzen Platz.

4. **Löschung der Firma.** Ist die Eintragung der Firma erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten. Nr. 8.
Dieser Satz fehlte dem Entw. I, er wurde erst in Entw. II auf Grund der erhobenen Bedenken, zumal von Seiten der Kaufmannschaft, aufgenommen. Er will besagen, daß zwar der Erwerb der Kaufmannsqualität dem das Nebengewerbe betreibenden Landwirt frei steht, dagegen dem zum Kaufmann gewordenen Landwirt nicht frei gestellt ist, die Kaufmannsqualität trotz Fortbetrieb des Nebengewerbes willkürlich abzustreifen. Das Nebengewerbe bleibt Handelsgewerbe so lange, als die sachlichen Voraussetzungen der §§ 1, 2 zutreffen. Die Form, in die der Satz gekleidet ist, ist wenig glücklich. Indem das Gesetz der Registerbehörde die Anweisung erteilt, die Löschung der Firma nur nach denjenigen Grundsätzen vorzunehmen, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten, erweckt es den Anschein, als ob die auch zu Unrecht erfolgte Löschung die Kauf-

[1]) Dabei kommt es auch hier auf die erste Eintragung an. Wer die eingetragene Firma, mit dem Nebengewerbe kauft, erwirbt die Kaufmannseigenschaft auch ohne daß er sich als Inhaber der Firma eintragen läßt. Erwirbt er Haupt- und Nebengewerbe ohne die Firma, so greift für ihn § 3 selbständig Platz.

mannseigenschaft beseitige. Aber einmal kann die Löschung der Firma des Unternehmers geboten sein, ohne daß der Gewerbetrieb tangiert werden soll, so bei Veräußerung des Haupt- und Nebenbetriebes ohne die Firma oder Vererbung beider, ohne daß daß der Erbe die Firma fortführt (vgl. Ritter im A.f.b.R. XX S. 302, dagegen Düringer-Hachenburg I S. 148). Sodann handelt es sich in Wahrheit um das materiellrechtliche Prinzip, daß das Handelsgewerbe auch in diesem Falle nur nach allgemeinen Grundsätzen aufhören soll, also durch Aufgabe des Betriebes oder Reduktion zum Kleingewerbe. Ist demnach die Löschung der Firma zu Unrecht erfolgt, so bleibt das Handelsgewerbe trotzdem bestehen (a.A. die herrschende Meinung). Insbesondere könnte der Landwirt, der diese Löschung herbeiführte, sich auf sie nicht berufen (vgl. auch Denkschrift II S. 3147). Die Registerbehörde ihrerseits ist gehalten, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Löschung der Firma vorliegen, d. h. ob der Betrieb des Nebengewerbes entweder ganz aufgegeben oder derart reduziert ist, daß von einem Gewerbebetrieb nicht mehr gesprochen werden kann. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Landwirt verpflichtet, das Erlöschen der Firma anzumelden (§ 31, § 29) und kann durch Ordnungsstrafe dazu angehalten werden (§ 14). Im Notfalle hat die Registerbehörde von Amtswegen zu löschen (§ 31 Abs. 2). — Solange die Löschung nicht erfolgt ist, greift die praesumtio juris et de jure des § 5 auch hier durch. Darüber bei § 5. Selbstverständlich kann der Landwirt seine Firma nach allgemeinen Grundsätzen ändern.

Nr. 9. 5. Nachdem die Eintragung der Firma beim Registergericht der Hauptniederlassung erfolgt ist, ist sie auch bei denen der Zweigniederlassungen vorzunehmen. Vgl. bei § 13. Doch hat diese Eintragung keine rechtsbegründende Kraft.

Nr. 10. 6. **Übergangsbestimmungen.** § 3 findet auch auf Unternehmen Anwendung, die aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 herstammen. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für den Fall, daß das Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art umfaßt. In diesem Falle hört das Nebengewerbe, falls es nur Kleingewerbe war, oder falls der Unternehmer die Firma bis zum 1. Januar 1900 nicht hatte eintragen lassen, auf, mit dem 1. Januar 1900 Handelsgewerbe zu sein. Wie, wenn das Nebengewerbe Großgewerbe ist und die Eintragung der Firma vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war? Darf der Landwirt die Firma dann wieder löschen lassen oder ist auch auf diesen Fall der Schlußsatz des Abs. 2 anzuwenden? Die Frage ist im ersteren Sinne zu beantworten. Der Landwirt darf die Firma dann wieder löschen lassen, er tritt mit dem 1. Januar 1900 unter das neue Recht und hat demnach zwar das Recht, aber nicht die Pflicht des Erwerbes der Kaufmannsqualität. Der Umstand, daß er vorher Kaufmann war, steht nicht im Wege, das neue Recht findet unmittelbare Anwendung. Nur muß er die Löschung ungesäumt beantragen, sonst ist anzunehmen, daß er mit dem Fortbestand der Kaufmannsqualität einverstanden ist.

§ 4.

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbetrieb 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.

Entw. I § 5 Abs. 1, 2, 4, II § 4 Abs. 1, 2, 4; Denkschr. I S. 21—23, II S. 3148. Komm.Ber. S. 3869, 3870; Stenogr.Ber. S. 4580, 4582, 4591, 5516, 5517; A.D.H.G.B. Art. 10.

Zur Literatur: Lotze bei Gruchot XLIV S. 404 ff.; Weiss, Über den Begriff des Minderkaufmanns 05; Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht 05; Bang, Rechtliche Stellung der Handwerker nach dem H.G.B. 04; Baeßler, Der Minderkaufmann Diss. 1910, Neukamp im Recht 1910 S. 146 ff.; Lilie in Z. LXXIV S. 252 ff. Wichtiges Material enthält die Denkschrift der Leipziger Handelskammer über Abgrenzung der Handels- und der Handwerkerkammerorganisation oder Fabrik und Handwerk (dazu Trumpler in Z. LXI S. 273), ebenso Sobernheim S. 108 ff. Von den Kommentaren zumal Staub-Bondi. Sehr ausführlich über den Begriff der Handwerker v. Landmann zu § 100 Anm. 3 GO.

Während die §§ 1—3 den Begriff des Handelsgewerbes umgrenzen und damit die Voraussetzungen für den Kaufmannsbegriff aufstellen, beschäftigt sich der § 4 mit den sogenannten Minderkaufleuten, d. h. denjenigen Kaufleuten, die von gewissen kaufmännischen Rechten und Pflichten ausgeschlossen sind und gewissen für Kaufleute geltenden Rechtssätzen nicht unterstehen. Sie bilden im System des Gesetzbuches die Ausnahme. Der normale Kaufmann ist der Vollkaufmann. Darum wendet das Gesetz auch in den Abschnitten, die sich nur auf Vollkaufleute beziehen, die Bezeichnung „jeder Kaufmann" an (vgl. die §§ 29, 38, 39) und setzt bei dem Begriffe des „kaufmännischen Geschäftsbetriebes" (§ 2) vollkaufmännische Betriebsweise voraus.

1. Der **Begriff der Minderkaufleute** beruht im letzten Grunde auf dem Begriffe des Kleingewerbes. So weit somit für die Kaufmannseigenschaft Großbetrieb erforderlich ist (§ 2), ist eine Klasse von Minderkaufleuten nicht möglich. Demnach können Minderkaufleute nur unter den Kategorien des § 1, und auch hier nicht unter allen (nicht Nr. 2, 9 und teilweise 5) vorkommen. Auch dürfen Minderkaufleute das Gewerbe nicht bloß als Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes betreiben. Der Landwirt, der ein Kleingewerbe als Nebengewerbe betreibt, ist nicht Kaufmann (vgl. § 3 Nr. 6). Minderkaufleute können sowohl physische als juristische Personen sein, weil nicht die Person des Gewerbetreibenden, sondern der Umfang des Gewerbes entscheidet. Da aber die gesetzlich geregelten Typen der wirtschaftlichen Korporationen für Vollkaufleute erklärt sind (vgl. § 6), so wird der Fall, daß eine juristische Person Minderkaufmann ist, von praktischer Bedeutung nicht sein. — Ob jemand Voll- oder Minderkaufmann ist, ist nach dem Zeitpunkt zu entscheiden, auf den es für privat- oder öffentlich-rechtliche Folgen ankommt, z. B. bei § 351 H.G.B. nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, bei Firmenanmeldungen nach dem Zeitpunkt der Anmeldung. Die Möglichkeit späterer Ausdehnung des Betriebes kommt nicht in Betracht (R.G. in Holdheim XVII S. 105, 106). Nr. 1.

2. Das Gesetz nennt zwei **Klassen von Minderkaufleuten:** Handwerker und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die zu vielen Zweifeln Raum gebende Aufzählung des alten Artikels 10, nach der „Höker, Trödler, Hausierer u. dgl. Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht" für Minderkaufleute erklärt wurden, hat einer grundsätzlichen Formulierung Platz gemacht. Keineswegs sind alle dort genannten Klassen von Kaufleuten seit dem 1. 1. 1900 Minderkaufleute. Insbesondere zählen Trödler und Wirte bei größerem Gewerbebetrieb zu den Vollkaufleuten (R.G. in Bad. Rspr. 05 S. 353, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 240, Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 1910 Nr. 2070). Umgekehrt umfaßt der Begriff der Minderkaufleute auch Personen, die dort nicht aufgezählt sind. Denn nicht die Art des Geschäftsbetriebes, wie früher mitunter angenommen wurde, sondern dessen Umfang soll entscheiden. Demnach ist auf alle Kategorien des § 1, so weit nicht anstaltsmäßige Betriebsweise für den Kaufmannsbegriff Voraussetzung ist, der Begriff der Minderkaufleute anwendbar, wenngleich er bei einzelnen (Versicherer, Verleger) praktisch kaum vorkommen wird. Folgeweise fallen alle Kleingewerbetreibenden, die Waren anschaffen und veräußern (gleichgültig ob sie Handwerker oder bloße Händler oder beides zugleich sind), alle Geldwechsler, Fuhrleute, Küstenfahrer, Schleppkahnschiffer, Frachtflößer, Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter, Handlungsagenten und Handelsmäkler (vgl. § 104), Buch- und Kunsthändler unter die Minderkaufleute, wenn ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht. Andererseits ist für die Handwerker notwendig, Nr. 2.

daß sie den dazu angeschafften Rohstoff verarbeiten und veräußern (Warenhandwerker) (Beispiele: R.O.H.G. II Nr. 100: Gerber, IV Nr. 48: Bäcker, XI Nr. 81: Müller, XII Nr. 31: Brauer, VII Nr. 62: Schneider, R.G.Z. XX Nr. 28: Tischler, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 109: Putzmacher; ferner Uhrmacher, Buchbinder, Schlachter, oben § 1 Nr. 52[1]). Bloße Lohnhandwerker, wie Flickschneider, Ausbesserer u. dgl. sind überhaupt keine Kaufleute, auch wenn sie die Zutaten liefern (vgl. bei § 1 Nr. 54,52), ebensowenig Friseure, Barbiere.

Nr. 3. 3. Für die **Handwerker** speziell (gleichgültig, ob Waren-, Lohn- oder Bauhandwerker), nicht, wie mit Recht Neukamp a. a. O. betont, für andere Kaufleute des § 1 Abs. 2, z. B. Gastwirte, Kohlen- und Holzhändler, Apotheker, Agenten, Fuhrleute[1] ist indessen der Umfang des Geschäftsbetriebes nicht das allein entscheidende Kriterium. Dies ergibt schon die Fassung des ersten Absatzes. Indem das Gesetz den Relativsatz „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" nur auf die neben den Handwerkern aufgeführten „Personen" erstreckt, gibt es deutlich zu erkennen, daß den Handwerker vom Fabrikanten nicht bloß der Geschäftsumfang abhebt, sondern auch die Art des Geschäftsbetriebes. Handwerker ist einerseits nicht jeder Kleingewerbetreibende (Bayer. Obst.Lb.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 367) z. B. nicht ein kleiner Wirt, ein Blumenbinder, eine Wäscherin, andererseits bleibt Handwerker auch der sog. Großhandwerker, d. h. wer bei beträchtlichem Geschäftsumfang und zahlreichem Personal mit seiner und seiner Gesellen Händen das Werk beschafft (Z. XX S. 564, XXXX S. 441, vgl. Komm.Ber. S. 3873). Die persönliche Mitarbeit des Meisters, das Verhältnis zu seinen Gehilfen und Lehrlingen (letztere kommen in Fabriken kaum vor), die Art der Arbeitsteilung, die Konzentration oder Nichtkonzentration in einer Betriebsstätte, die Art der Arbeitsgeräte, Räumlichkeiten, Arbeitsprodukte, die Größe des Vorrats, die Art des Absatzes, die historische Entwicklung des Gewerbes u. a. sind mit in Betracht zu ziehen, auf den Namen, den der Betreffende sich erteilt („Messerschmiedemeister" O.L.G. Posen in Seuffert LIX Nr. 237, „Zimmermeister" R.G.Z. LXVI S. 4) kommt es mit an (Goldschmidt Hdb. S. 513, 514, Allfeld S. 70, 71, R.G. in Straff. I S. 381, XXIV S. 80, 356, XXV S. 3f., XXXVI S. 39, Bolze VI Nr. 346, O.L.G. München in Z. XXXIV S. 560. Vgl. auch R.G.Z. LVII S. 386ff., K.G. in Entsch. F.G. I S. 189 = O.L.G. Rspr. II S. 142, Bayer. Obst.Lb.G. in Entsch. F.G. IV S. 105 = Johow-Ring XXVII A 300 = Seuffert LIX Nr. 107, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 110, Bayer. Obst.Lb.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 234, XXIV S. 110, K.G. in Johow-Ring XXVII A 61 (= O.L.G. Rspr. VIII S. 92), XXXV A 142). Anders O.L.G. Dresden bei Johow-R. XLIV S. 334, welche Entsch. Handwerksbetriebe dann unter § 2 fallen läßt, wenn sie kaufmännische Einrichtungen erfordern. — Betreibt ein Handwerker neben seinem Handwerk derartig Zwischenhandel oder eine sonstige als Handelsgewerbe zu qualifizierende Tätigkeit, daß es sich um ein besonderes Gewerbe, nicht bloß um eine Tätigkeit innerhalb des Handwerks handelt (R.G.Str. XXI S. 209, XXXI S. 179), so sind selbstverständlich auf das besondere Gewerbe die obigen Bemerkungen nicht anwendbar. Vielmehr würde es sich bei solchem fragen, ob das besondere Gewerbe in kleinem oder großem Maßstabe betrieben wird (K.G. im Zentralbl. I S. 789, 882, II S. 279, Holdheim 1901 S. 204, K.G. in L.Z. 09 S. 949).

Nr. 4. 4. Die **Abgrenzung** des Begriffes der Minderkaufleute unterliegt grundsätzlich nur dem Reichsrecht. Das Landesrecht kann den vom Reichsrecht unter die Minderkaufleute gestellten Klassen weder andere hinzufügen noch einzelne von ihnen aus der Liste streichen. Es kann nicht einmal die Klassen genauer feststellen. Eine solche Feststellung hätte gegenüber dem H.G.B. keine Bedeutung. So weit somit das Landesrecht von dem ihm durch das alte Recht (Art. 10 Abs. 3) gewährten Vorbehalt Gebrauch gemacht hatte, derogiert derartigen in Widerspruch mit dem H.G.B.

---

[1]) Das R.G. hat freilich häufig auch für solche auf die Art des Betriebes das Gewicht gelegt (R.G.Str. XXXIV S. 103, XXXV S. 289, J.W. 06 S. 691[15], 205[23]; 07 S. 55[19]; 08 S. 148[22]); vgl. ferner K.G. in Entsch. F.G. II S. 131, O.L.G. Rspr. VI S. 466, O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XXI S. 366. Vgl. auch Staub-Bondi Anm. 18, Düringer-Hachenburg Anm. 10. Wie hier K.G. in Entsch. F.G. XII S. 51, R.G. im B.A. VII S. 381.

stehenden Bestimmungen das neue H.G.B. Die Bestimmung des Art. 22 E.H.G.B., daß die z. Z. des Inkrafttretens des H.G.B. im Handelsregister eingetragenen Firmen weiter geführt werden dürfen, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften, ist nicht hierher zu ziehen. Sie betrifft lediglich die Form der Firma, nicht die Berechtigung zur Führung einer Firma. Vielmehr wäre die Löschung der Firma zu veranlassen, wenn der Unternehmer nach neuem Recht Minderkaufmann ist.

Wohl aber ist die nähere Festsetzung der Grenze des Kleingewerbes vom Großgewerbe den Landesregierungen überlassen worden. Die Landesregierungen sind nicht verpflichtet, aber befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche diese Grenze auf Grund der nach dem Geschäftsumfange[1]) bemessenen Steuerpflicht oder nach anderen Merkmalen (z. B. Geschäftsumsatz, Anlagekapital, Ertrag) näher festgesetzt wird[2]). Machen sie von dieser Befugnis keinen Gebrauch (Gebrauch gemacht hat bisher nur Schwarzburg-Rudolstadt), so würde das Ermessen der Registerbehörden[3]), bezw. bei erhobenem Rechtsstreit der Prozeßrichter entscheiden. Der Erlaß derartiger Bestimmungen ist nicht dem Landesrecht, sondern den Landesregierungen zugewiesen. Es handelt sich nicht um landesgesetzliche Vorbehalte für die Vergangenheit („Unberührt bleiben", „In Kraft bleiben") oder für die Zukunft („Vorbehalten bleiben"), sondern um zur Ausführung des Reichsrechts von den Exekutivorganen der Einzelstaaten zu treffende Anordnungen. Demnach bedarf die Landesregierung zum Erlasse einer derartigen Anordnung nicht der Zustimmung des Landtages. Ein diesbezüglicher Antrag, statt „Landesregierungen" „Landesgesetzgebung" zu setzen, wurde in der Kommission abgelehnt (Komm.Ber. S. 3873). Andererseits darf sich die Bestimmung nicht in Widerspruch mit dem reichsrechtlichen Begriff setzen und darf sich nur auf die generelle Grenzfestsetzung beziehen, sie darf nicht einzelne Klassen von Gewerbetreibenden herausgreifen; wohl aber darf sie nach lokalen Verhältnissen abstufende Bestimmungen für alle Gewerbetreibenden treffen. Die Landesregierungen haben endlich keine Kompetenz für die Handwerker, der Begriff des Handwerks ist lediglich aus dem Reichsrecht zu bestimmen.[4])

5. Es kann jemand **zugleich Vollkaufmann und Minderkaufmann** sein, genau so gut, wie er zugleich Kaufmann und Landwirt oder zugleich aus doppeltem Gewerbe Voll- oder Minderkaufmann (R.G.St. in D.J.Z. 07 S. 428) sein kann, sofern nur die beiden Gewerbe von einander getrennt sind. Praktisch wird dieser Fall besonders beim offenen Gesellschafter werden, der als Mitglied der Handelsgesellschaft Vollkaufmann ist und möglicherweise als Privatperson ein Handwerk oder Kleingewerbe selbständig betreibt. Notwendig ist nur Getrenntheit der beiden Gewerbe. Hängt das Kleingewerbe mit dem Großgewerbe zusammen (kleines Antiquariat mit Nr. 5.

---

[1]) Geschäftsumfang und Geschäftsumsatz decken sich nicht. Der Geschäftsumfang kann groß, der Geschäftsumsatz eine Zeitlang klein sein wegen schlechter Konjunkturen, vgl. Staub-Bondi § 4 Anm. 19, Düringer-Hachenburg Anm. 10, Komm.Ber. S. 3873. Der Geschäftsumsatz bildet immer nur einen Faktor für die Beurteilung des Geschäftsumfanges (R.G. in Goldtammers Arch. LVII S. 217).

[2]) Weiter werden angeführt: Räumlichkeiten des Betriebes, Zahl der Angestellten, Maß der Arbeitsteilung, Inanspruchnahme von Kredit und kaufmännischen Kreditformen, Art der Zahlungsabwicklung. Vgl. K.G. in Johow-Ring XXII A 276 = Entsch. F.G. II S. 132, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XI S. 372, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 240, R.G.Str. XXXIV S. 103, XXXV S. 289. Indessen kann dies, wie betont, für andere Kaufleute als Handwerker nicht entscheidend sein, denn dann müßte es auch für die Kategorien des § 1 entscheidend sein. Doch schwankt die Praxis sehr (vgl. z. B. R.G. in J.W. 08 S. 343[32] in dem hier erörterten Sinne).

[3]) Nach dem Preuß. Ausführungsgesetz zum H.G.B. kann der Registerrichter die Steuerbehörden zur Auskunfterteilung veranlassen, Art. 3 Abs. 2.

[4]) Nach dem Preuß. Ausführungsgesetz zum H.G.B. Art. 1 sind für den Erlaß solcher Bestimmungen der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig. Sie sollen vor dem Erlaß in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich hören. In Mecklenburg-Schwerin soll der Erlaß gemeinschaftlich von den Großherzogl. Ministerien des Innern und der Justiz ergehen. (Ausf.-V. zum H.G.B. § 1.)

Sortimentsbuchhandel, Weinprobierstube mit Weinhandel, kleine Druckerei mit großer Verlagsanstalt, Busch XXXXV, S. 361, Bäckerei mit Mehlhandel (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XI S. 371, XVI S. 77), Baumeister und Baugewerksmeister (K.G. in L.Z. 09 S. 949), so greift lediglich die Vollkaufmannseigenschaft durch. Stets mit dem Vollgewerbe hängt eine Zweigniederlassung zusammen, selbst wenn sie in noch so kleinem Umfange betrieben wird, vgl. Adler-Clemens Nr. 1527, 1830. Z. T. anders Seuffert L S. 52f.

Nr. 6. 6. Die **Sonderstellung** der Minderkaufleute besteht darin, daß einmal ganze Abschnitte des Gesetzes auf sie als Kaufleute nicht zur Anwendung gelangen, sodann, daß sie sämtlich oder ein Teil von ihnen einzelnen Rechtssätzen nicht unterstehen. In ersterer Beziehung finden auf sie als Kaufleute keine Anwendung die Abschnitte über die Firmen und die Handelsbücher, die Vorschriften über Prokuren, die Abschnitte über offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften. Auch der Abschnitt über das Handelsregister hat, da Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien stets Vollkaufleute sind (§ 6 Abs. 2), für Minderkaufleute keine größere Bedeutung, als für Nichtkaufleute. Es ergibt sich somit, daß aus den beiden ersten Büchern des H.G.B. nur wenige Abschnitte übrig bleiben, die auf die Minderkaufleute unmittelbar anwendbar sind (Handlungsvollmachten §§ 54—58, Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge §§ 59—83, Handlungsagenten §§ 84—92, Handelsmäkler §§ 93—103, vgl. aber § 104, stille Gesellschaft §§ 335—342). Umgekehrt erstreckt sich das die Handelsgeschäfte regelnde dritte Buch grundsätzlich auch auf sie, ja durch die Beseitigung der früheren Vorschrift, wonach die Realisationsveräußerung der Handwerker keine Handelsgeschäfte waren (Art. 273 Abs. 3) ist ihre Unterstellung unter das Handelsrecht in dieser Hinsicht sogar ausgedehnt worden. Nur gewisse Sätze des dritten Buches, die für Kaufleute privilegia odiosa enthalten, sind auf sie nicht ausgedehnt worden (§ 351; dort das Nähere). Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß die vom Standes- und Gesellschaftsrecht der Kaufleute vielfach ausgeschlossenen Minderkaufleute mit Bezug auf ihre geschäftlichen Beziehungen grundsätzlich den Vollkaufleuten gleichstehen. Wie weit tatsächlich die besondere Natur des Kleingewerbes für die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts von Bedeutung ist, ist eine andere Frage (vgl. bei §§ 346, 355, 377). Im einzelnen gilt:

Nr. 7. a) Die Vorschriften über die **Firmen** finden keine Anwendung, (Literatur: W. Stern, Der Handelsname des Minderkaufmanns, Diss. 1906) d. h. der ganze dritte Abschnitt des ersten Buches (§§ 17—37) ist nur für Vollkaufleute erlassen. (R.G.Z. LV Nr. 22, O.L.G. Posen in Seuffert LIX Nr. 237, O.L.G. Dresden ebenda LXII Nr. 19.) Während im alten H.G.B. der Titel über Handelsfirmen tatsächlich nur Bestimmungen über Firmenführung enthielt, enthält der dritte Abschnitt auch Vorschriften anderen Inhalts (vgl. §§ 25—28). Auch diesen unterstehen Minderkaufleute nicht, denn die diesen Normen zugewiesene Stellung im Gesetze weist darauf hin, daß sie nur für Vollkaufleute gelten sollen.

Der Minderkaufmann führt somit keine Firma, d. h. der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt, ist keine Firma im Sinne des Gesetzes (wenn er auch ein Handelsname sein kann), deshalb weder eintragsberechtigt noch eintragspflichtig, weder den Vorschriften über die äußere Gestaltung der Firma unterworfen (§§ 18, 19, 30), noch mit den materiell-rechtlichen Wirkungen einer Firma ausgestattet (§§ 22—28). Der Minderkaufmann darf auch keine Firma annehmen, d. h. er darf weder seinen Geschäftsnamen zur Eintragung in das Handelsregister bringen noch ihm eine Gestaltung geben, die im Leben den Eindruck einer kaufmännischen Firma hervorruft, z. B. durch Zusätze, die auf eine Handelsgesellschaft hindeuten (et Co.) oder durch Beifügung eines Zusatzes über Nachfolgerverhältnisse („Frau Editha B., Inh. Marie M.", K.G. in Entsch. F.G. IX S. 156 = Johow-Ring XXXV A 148, „L. R. Nachf. Richard B.") Auch das Zeichen & zwischen zwei Namen macht diese Namensangabe zur Firma (K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 380 = Johow-Ring XXXI A 144, anders O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 380 und XXIV S. 130), während die bloße Abkürzung eines Vornamens im geschäftlichen Verkehr (A. statt Anna) so wenig den Eindruck einer Firma (die nach § 18 gerade einen ausgeschriebenen Vornamen enthalten soll) hervorruft (K.G. in Entsch. F.G. X S. 136 = Johow-Ring XXXVIII A 158), wie etwa die Angabe auf Geschäftskarten, daß der Inhaber Nachfolger eines anderen sei (O.L.G. Hamburg

in O.L.G. Rspr. VII S. 148). In Fällen unbefugter Firmenannahme würde die Registerbehörde von Amts wegen einschreiten (von Hahn § 3 z. Art. 10, Adler-Clemens Nr. 1138, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 34, IX S. 154 (= Johow-Ring XXXV A 145), X S. 136, O.L.G. Jena in Johow-Ring XLIV S. 337; O.L.G. Dresden in L.Z. 09 S. 703; a. M. Makower S. 146, Düringer-Hachenburg § 37 Anm. 2), die Firma nach § 142 D.F.G.G. löschen und jeder in seinen Rechten verletzte Interessent Unterlassung des Gebrauches der Firma verlangen können (§ 37), vorausgesetzt, daß nicht inzwischen eine Heilung dadurch erfolgt ist, daß der Klein- zum Großbetrieb geworden ist (dazu K.G. in Johow-Ring XXXI A 147). Umgekehrt darf der Minderkaufmann gegen den unbefugten Gebrauch seines Namens als Firma durch einen Dritten insoweit wie jeder andere Interessent vorgehen (vgl. bei § 37). — Der Geschäftsname des Minderkaufmanns ist vielmehr ein gewöhnlicher Name, untersteht deshalb den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über Namensführung. Bedient sich der Minderkaufmann seines wirklichen bürgerlichen Namens (mit oder ohne Vornamen und ersterenfalls dem vollen oder abgekürzten Vornamen, wobei er bald diesen bald jenen Vornamen von mehreren wählen darf) in seinen Geschäften, so ist niemand berechtigt, ihn daran zu hindern, auch nicht der Besitzer einer gleichlautenden Firma, § 30 kann hier nicht zur Anwendung gelangen, höchstens könnte § 16 U.W.G. Anwendung finden. Bedient er sich dagegen eines unwahren Namens[1]) (was häufig gerechtfertigt sein kann, z. B. bei einer Schneiderin, die sich verheiratet und ihre alte Kundschaft erhalten will, Fall des § 21), so könnte einerseits nach B.G.B. § 12 derjenige, dessen Namen er gebraucht, ihn auf Unterlassung der Fortführung dieses Namens belangen, andererseits der Besitzer einer damit gleichlautenden Firma aus § 37 gegen ihn vorgehen. Er selbst darf nach B.G.B. § 12 den Gebrauch seines wahren Namens jedem, der ihn unbefugt gebraucht[2]), dann untersagen, wenn dadurch sein Interesse verletzt wird, dagegen nicht den Gebrauch eines von ihm angenommenen fremden Namens. Zusätze kann er zu seinem Geschäftsnamen machen, sofern sie nicht gegen Verbotsgesetze verstoßen oder geeignet sind, eine Täuschung hervorzurufen. Man wird hier § 18 Abs. 2 H.G.B. entsprechend anwenden können. — Den Behörden gegenüber darf er nur seinen wahren Namen gebrauchen. — Auf Etablissementsnamen (besonders bei Wirten üblich), die er seinem Namen anfügt, findet B.G.B. § 12 und somit auch § 37 Abs. 2 H.G.B. keine Anwendung; vielmehr würde der Gebrauch solcher an sich jedem anderen auch frei stehen. Insoweit es sich um geschäftliche Mißbräuche handelt, die unter das R.G. zum Schutze der Warenzeichen vom 12. Mai 1894 § 14 oder unter das U.W.G. § 16 fallen, greifen die besonderen Normen dieser Gesetze, ohne Unterschied, ob es sich um wahre Namen, unwahre Namen oder „besondere Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäfts" handelt, Platz. Der Etablissementsname ist meist ein Phantasiename, er kann aber auch mit dem Gegenstand des Betriebes in Zusammenhang stehen („Palette" für ein kleines Malerutensiliengeschäft K.G. in Johow-Ring XLII S. 161 = O.L.G. Rspr. XXIV S. 168; „Cölner Fleischzentrale" K.G. in Z.Bl. XIII S. 217).

Klagen und verklagt werden kann der Minderkaufmann nur unter seinem bürgerlichen Namen. Die Vorschrift des § 17 Abs. 2 gilt für ihn nicht. Demnach wird zwar eine Klageerhebung, die eine die Persönlichkeit des Minderkaufmanns deutlich feststellende Bezeichnung enthält (als welche sehr wohl die Angabe des Geschäftsnamens gelten kann) gültig sein, weil die Partei „bezeichnet" ist (Z.P.O. § 253 Abs. 2 Nr. 1), aber die genaue Angabe des bürgerlichen Namens ist bis zum Urteil nach-

---

[1]) Solch' unwahrer Name wird nicht stets zur Firma im Sinne des H.G.B., wie Allfeld S. 62, 63 anzunehmen scheint, ein Einschreiten des Registerrichters aus § 37 Abs. 1 rechtfertigt sich nicht ohne weiteres (anders Staub-Bondi Anm. 23). Ein Handwerker z. B., der, um sich dem Strafrichter zu entziehen, unter falschem Namen sein Gewerbe betreibt, hat damit nicht eine Firma angenommen. Vielmehr greifen hier die Grundsätze des bürgerl. Rechts Platz. Vgl. darüber Gierke D.P.R. I S. 721, Strafgesetzb. § 360[8]. — Die Frage, ob der Minderkaufmann sich eines unwahren Namens bedienen kann, war schon zur Zeit des A.D.H.G.B. bestritten. Vgl. Kuhn, Der Geschäftsname des Minderkaufmanns Diss. 1911 S. 7ff.

[2]) Nicht unbefugt ihm gegenüber gebraucht ihn der, dem er gestattet hat, ihn zu gebrauchen (bestritten!).

zuholen (Z.P.O. §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1. Vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 202, Weizsaecker in Z. f. Z.P. XXVII S. 73). Enthält dagegen die Klage eine falsche Bezeichnung, aus der die Identität des in Wahrheit Beklagten nicht ersichtlich ist, so liegt ein prozessualer Mangel vor, dessen Rüge nur durch Verzicht des Beklagten entfällt (R.G.Z. XXII Nr. 86.) —

Auf Minderkaufleute als Gewerbetreibende findet die neue Bestimmung der G.O. § 15a Abs. 1, 4 Anwendung, wonach sie, falls sie einen offenen Laden haben oder Gast- und Schankwirtschaft betreiben, verpflichtet sind, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Sind mehr als zwei Beteiligte vorhanden, deren Namen in der Aufschrift anzugeben wäre, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Beteiligten anordnen (E.H.GB. Art. 9 Nr. I).

Eine Veräußerung des Geschäftsnamens, sei es, daß er mit dem bürgerlichen Namen übereinstimmt, sei es daß er Etablissementsname ist, mit dem Geschäft[1]) seitens des Minderkaufmanns hätte nicht die Wirkungen, welche die Veräußerung der Firma hat (Seuffert XLVIII S. 3f.). Insbesondere erwirbt der neue Geschäftsinhaber kein absolutes Recht auf Führung des Geschäftsnamens, selbst nicht, wenn er das Geschäft nachträglich als Vollkaufmann in großem Stile betreibt (Johow XIII S. 27; K.G. in Entsch. F.G. IX S. 34, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 148, O.L.G. Jena in Entsch. F.G. XI S. 29 = Johow-Ring XLI A 265) und tritt die Haftung für die Geschäftsschulden nicht in Gemäßheit der §§ 25—27 ein (O.L.G. Rostock in Z. XXXIV S. 566, R.G.Z. LV S. 83ff., L.Z. 1911 S. 608; a. A. Goldmann S. 102). Wohl aber kann sie dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegen, sich des Geschäftsnamens zu enthalten (Bolze II Nr. 989, III Nr. 232 O.L.G. Frankfurt bei Kaufmann IX S. 18), auch könnte sie eine Haftung des Veräußerers für die unter seinem Namen vom Erwerber kontrahierten Geschäfte begründen (Bolze II Nr. 676, vgl. R.G.Z. XII S. 12, XV S. 36, Adler-Clemens Nr. 1843, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 96, O.L.G. Hamburg ebenda XIX S. 292, vgl. O.L.G. Hamburg in L.Z. 1911 S. 311), es sei denn, daß dem Dritten diese Tatsachen bekannt sind. Analog hier § 15 anzuwenden, wie O.L.G. Hamburg im Recht 09 Nr. 900 will, geht zu weit. — Entsprechendes kann bei Austritt eines Gesellschafters gelten, wenn der Name des Ausscheidenden weiter geführt wird (O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XXIV S. 129).

Führt der Erwerber oder Erbe des Minderkaufmanns dessen Geschäftsnamen fort, so kann darin andererseits nach Lage des Falls eine Offerte zu einem Schuldübernahmevertrag liegen, der des Akzeptes seitens der Gläubiger bedarf.

Nr. 8. b) Die Vorschriften über die **Handelsbücher** (§§ 38—47) finden auf Minderkaufleute keine Anwendung. Die Minderkaufleute sind also nicht verpflichtet, Bücher zu führen, Inventur oder Bilanz aufzustellen, die Bücher und Korrespondenzen aufzubewahren. Führen sie Bücher, so werden sie durch die Buchführung auch nicht Vollkaufleute (O.L.G. Dresden im Zentralbl. VI S. 769), sie sind nicht verpflichtet, die Bestimmungen des vierten Abschnitts zu beobachten, sie können sie z. B. in einer toten Sprache führen, ihre Buchungen in Heften oder Blättern vornehmen, radieren u. s. w. In Zusammenhang damit steht auch die Vorschrift des § 104, wonach die sog. Krämermäkler kein Tagebuch zu führen und keine Schlußnoten auszustellen brauchen. Wieweit die von Minderkaufleuten gemachten Aufzeichnungen Beweiskraft haben, entscheidet das freie richterliche Ermessen (Z.P.O. § 286). Hinsichtlich der Editionspflicht greifen nur die Grundsätze der Z.P.O. §§ 422, 423 in Verbindung mit B.G.B. §§ 810, 811, nicht § 45 H.G.B., Platz (R.G. in Seuffert LIX Nr. 46), wobei zu bemerken ist, daß ihre Geschäftsbücher weit seltener gemeinschaftliche Urkunden sein werden, als die Handelsbücher von Vollkaufleuten, da es sich meist um in eigenem Interesse gemachte Einträge handeln wird (R.G. im Recht 1903 S. 605; O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. XV S. 623).

---

[1]) Im Zweifel wird bei Veräußerung des Geschäfts der Etablissementsname mit übergehen sollen (Staub-Bondi § 17 Anm. 6).

c) Die Vorschriften über die **Prokura** (§§ 48—53) finden auf Minderkaufleute keine Anwendung. Minderkaufleute können keine Prokura erteilen. Wohl aber können sie Handlungsbevollmächtigte bestellen, sowohl Spezial- als Generalhandlungsbevollmächtigte. Bedienen sie sich des Ausdruckes „Prokura", so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß sie eine Generalhandlungsvollmacht erteilen wollten und die Vollmacht nach B.G.B. § 140 in letzterer Gestalt aufrechtzuerhalten sein (anders Makower S. 41, Ritter Anm. 5c, Brand Anm. 4c, die dann eine bürgerliche Vollmacht im Umfang der Prokura annehmen). Tritt der entgegensetzte Wille, daß sie nur eine Prokura und keine andersgeartete Vollmacht erteilen wollten, erkennbar hervor, so wäre die Erteilung nichtig (B.G.B. §§ 140, 134). Nimmt der angebliche „Prokurist" Rechtshandlungen vor, die jenseits einer Handlungsvollmacht liegen, so steht dem Dritten, der mit ihm kontrahierte, ein Anspruch gegen den Minderkaufmann nur nach allgemeinen Grundsätzen zu (B.G.B. §§ 177 f., 123). Nr. 9.

d) Eine **offene Handelsgesellschaft** oder eine **Kommanditgesellschaft** kann durch eine Vereinigung zum Betriebe des Gewerbes eines Minderkaufmanns nicht begründet werden und diese Handelsgesellschaft löst sich auf, wenn der Betrieb dauernd auf den eines Minderkaufmanns eingeengt wird (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 36); denn diesen beiden Gesellschaftstypen ist der Betrieb unter gemeinschaftlicher Firma wesentlich (§§ 105, 161). Wohl aber kann ein Minderkaufmann stille Gesellschafter an seinem Handelsgewerbe beteiligen, wie als Stiller sich an einem fremden Handelsgewerbe beteiligen (§ 335). Selbstverständlich kann er Aktionär oder Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden, aber auch persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, denn, wie diese Vereinigungen nicht ein Handelsgewerbe zu betreiben brauchen, so steht die Mitgliedschaft bei ihnen sogar Nichtkaufleuten zu. — Im übrigen fallen die Vereinigungen von Minderkaufleuten unter das bürgerliche Recht der Gesellschaft (B.G.B. §§ 705—740, O.L.G. Colmar im Recht 05 S. 224 = O.L.G. Rspr. X S. 277), können aber nach innen durch den Vertrag der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft wesentlich gleich gestaltet werden; eine Gleichstellung nach außen ist, da zwingende Vorschriften in Frage kommen, nicht erzielbar. Vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 130. Demgemäß wäre eine Klage gegen eine Gesellschaft von Minderkaufleuten gegen alle Gesellschafter zu erheben, nicht bloß einem der Gesellschafter unter der fälschlich geführten Geschäftsfirma zuzustellen. Das gegen die Firma, nicht gegen die Gesellschafter erlassene Urteil wäre bedeutungslos. Sollte es in Wahrheit die Gesellschafter im Auge haben, so wäre Z.P.O. § 319 anwendbar. Die Vollstreckung aus einem gegen die Firma erlassenen Urteil in das Vermögen der einzelnen Gesellschafter wäre nicht zulässig. Nr. 10.

e) An der Sonderstellung der Minderkaufleute kann das **Landesrecht** für die dem H.G.B. unterstellten Materien nichts ändern, hierüber ist das Reichsrecht ausschließlich kompetent. Wohl aber kann das Landesrecht für ihm vorbehaltene Materien, z. B. für die Wahl und die Beiträge zu den Handels- und Gewerbekammern, die Minderkaufleute eigentümlicher Behandlung unterstellen. Ebenso kann das Reichsrecht Minderkaufleute auch sonst nach anderen Grundsätzen behandeln, als Vollkaufleute, wie dies auch mehrfach geschehen ist. So kann nach G.V.G. § 113 zum Handelsrichter nur ernannt werden, wer als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist. Nach dem R.G. betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 § 8 finden dessen Bestimmungen keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 findet auf Minderkaufleute keine Anwendung (§ 13). Vgl. auch Art. 4 der Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 (Abs. 3 Nr. 3), § 53 des Börsengesetzes usw. Nr. 11.

Wohl aber läßt das G.V.G. § 101 Nr. 1 lediglich die Kaufmannsqualität für die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen entscheiden.

7. **Älteres Recht.** Wie jede juristische Qualifikation untersteht die Eigenschaft als Vollkaufmann dem jeweiligen Recht. Folglich unterfallen Wirte und Trödler mit größerem Gewerbebetrieb, die bisher Minderkaufleute waren, den Bestimmungen über Firmen, Buchführung und Prokura, und umgekehrt können Personen, die kraft Landesrechts für Vollkaufleute erklärt waren, zu Minderkaufleuten herabsinken. So Nr. 12.

hatten die Einführungsgesetze für Bremen § 5 und Hamburg § 6 die Bestimmungen über Firmen und Prokuren auch auf Kleingewerbetreibende für anwendbar erklärt (vgl. v. Hahn zu Art. 10 § 17 Nr. 4). Derartige Bestimmungen haben mit dem 1. Jan. 1900 für die Zukunft ihre Wirksamkeit verloren (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 41) und eingetragene Firmen von Minderkaufleuten sind von Amts wegen zu löschen. Über den Einfluß der Änderungen auf strafrechtliche Delikte R.G.Str. XXXIII S. 185, 187.

§ 5.

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

Entw. I §§ 111 Abs. 4, 147 Abs. 2, II § 5; Denkschr. I S. 90, 16, II S. 3149; Sten. Ber. S. 4582. Lit. Wolff, Grundbegriffe S. 22ff., Ehrenberg in seinem Hdb. I S. 617ff.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Die Eintragung der Firma in das Handelsregister hatte nach altem Recht keine Bedeutung für den Erwerb der Kaufmannsqualität (abgesehen von den fiktiven Kaufleuten); sie lieferte auch keine Rechtsvermutung für die Kaufmannseigenschaft. Wurde die Eigenschaft eines Gewerbes als Handelsgewerbe bestritten oder wurde geltend gemacht, daß der Eingetragene Minderkaufmann sei, so war über das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Kaufmanns- bezw. Vollkaufmannsqualität selbständig Beweis zu erheben. Dies galt nicht bloß bei Einzelkaufleuten, sondern auch bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.

Das neue Gesetzbuch hat der Eintragung eine verstärkte Bedeutung verliehen. Die schon unter der Herrschaft des alten Rechts empfundene Rechtsunsicherheit mußte sich angesichts der Erweiterung des Kaufmannsbegriffs durch § 2 in erhöhtem Grade geltend machen. Eine Verschiedenheit der Auffassung des Prozeß- und Registerrichters über das Vorhandensein der sachlichen Voraussetzungen für die Kaufmannseigenschaft war bei der Allgemeinheit der vom § 2 aufgestellten Begriffsbestimmung ein unvermeidliches Übel. Wollte man ihm entgehen, so mußte man sich entschließen, mindestens für die künstlichen Handelsgewerbe der §§ 2, 3 der Eintragung eine den Prozeßrichter bindende Bedeutung beizumessen. Während Entw. I nur für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft eine dahin zielende Vorschrift getroffen hatte, ist Entw. II und mit ihm das Gesetz weiter gegangen. Es hat zugunsten des sich auf die Eintragung Berufenden der Eintragung unwiderlegliche Beweiskraft mit Bezug auf die Qualität des betriebenen Gewerbes verliehen. Eine Ausnahme macht § 53 Abs. 1 Satz 2 des Börsengesetzes.

Nr. 2. 2. **Unwiderlegliche Rechtsvermutung.** Die Vorschrift enthält nicht den materiellen Rechtssatz, daß die Eintragung das Nichthandelsgewerbe zum Handelsgewerbe mache, bezw. den Minderkaufmann in einen Vollkaufmann umwandle, auch nicht den Satz, daß infolge der Eintragung das Nichthandelsgewerbe als Handelsgewerbe, der Minderkaufmann als Vollkaufmann gelte, sondern nur eine unwiderlegliche Rechtsvermutung (praesumtio juris et de jure). Sie schließt gegenüber der Berufung auf die Eintragung den Gegenbeweis aus. Der Prozeßrichter ist gezwungen, aus der Eintragung den Schluß zu ziehen, daß das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, der Betreibende ein Vollkaufmann sei. Er ist zu diesem Schluß gezwungen, nicht bloß hinsichtlich materiell-rechtlicher, sondern auch hinsichtlich prozessualer Fragen, z. B. der Befugnis aus § 17 Abs. 2 (unzutreffend Göppert in Z. XXXXVII S. 268). Diese unwiderlegliche Rechtsvermutung gilt nicht von Amts wegen, wie Wolff, S. 23ff. und Ehrenberg S. 618 annehmen, sondern nur zugunsten eines jeden, der sich auf die Eintragung beruft, gleichgültig ob es der Eingetragene selbst oder die Gegenpartei ist, sie gilt für und wider den Eingetragenen oder den Träger der eingetragenen Firma (§ 25). Bei Gesellschaften (vgl. § 6) gilt sie im äußeren, wie inneren Verhältnis (R.G.Z. L S. 158, O.L.G. Colmar im Recht 08 S. 492 Beil. 2).

Gleichgültig ist, ob der sich auf die Eintragung Berufende den wahren Tatbestand kennt oder nicht. Nur wenn die Eintragung dolos herbeigeführt wird, um den anderen Teil dadurch widerrechtlich zu schädigen, wird die exceptio doli (§ 826 B.G.B.) gegeben sein (z. B. eine Frau wird dolos verleitet sich eintragen zu lassen, um ihr die Möglichkeit der Herabsetzung der Konventionalstrafe oder die Berufung auf das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte zu nehmen). Die Rechtsvermutung beginnt mit der Eintragung (vorbehaltlich der Wirkung des § 15 Abs. 1) und gilt nur so lange, als die Eintragung dauert. Mit der Löschung der Firma hört die Rechtsvermutung für die Zukunft auf (Denkschr. II S. 3149, wiederum vorbehaltlich § 15 Abs. 1). Sie gilt nur für das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe, nicht für unter anderen Firmen, bezw. Geschäftsnamen betriebene Gewerbe. Sie erstreckt sich auch nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen und ebensowenig auf den Betrieb des Gewerbes selbst, die Tatsache des Betriebes muß im Bestreitungsfalle erwiesen werden. Ist z. B. ein Arzt in das Handelsregister eingetragen, so bleibt der Gegenbeweis, daß er kein Gewerbe betreibt, offen, oder ist der als Agent Eingetragene in Wahrheit Handlungsgehilfe, so hilft ihm § 5 nichts (Preuß. O.V.G. in Veröffentl. des K. Aufsichtsamts für Vers. VIII Nr. 486), freilich ist bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften § 123 zu beachten (Staub-Pinner § 123 Anm. 5). Doch würde, falls das Gewerbe aufgegeben wird, § 15 Abs. 1 zugunsten des gutgläubigen Dritten eingreifen (R.G. in L.Z. I S. 427). Steht die Tatsache des Betriebes aber fest, so greift sie Platz. Sie gilt für sämtliche Arten von Gewerben, nicht bloß für die eintragungsbedürftigen des § 2, sondern auch für die des § 1. Die letzteren gelangen, wie die Denkschr. II S. 3149 mit Recht hervorhebt, ohnehin erst bei Großbetrieb unter die Eintragungspflicht, besitzen dann aber auch die Voraussetzungen, die § 2 aufstellt. Unter Gewerbe werden auch land- und forstwirtschaftliche Betriebe inbegriffen sein, obwohl sie im Sinne der G.O. nicht Gewerbe sind. § 5 gilt also auch für den irrtümlich eingetragenen Land- oder Forstwirt (Staub-Bondi Anm. 2). Sie gilt sowohl mit Bezug auf die Kaufmannseigenschaft, als mit Bezug auf die Vollkaufmannseigenschaft. In letzterer Beziehung ergreift sie insbesondere die eingetragenen Handelsgesellschaften. Einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist, kann nicht entgegen gehalten werden, daß ihr Zweck in Wahrheit auf den Betrieb eines landwirtschaftlichen Gewerbes gerichtet sei, oder daß ihr Gewerbe ein Kleingewerbe sei. Sie gilt dagegen nicht mit Bezug auf die Rechtsbeständigkeit der Handelsgesellschaft. Erweist sich z. B. die Eingehung der Gesellschaft wegen Geschäftsunfähigkeit des einen Gesellschafters als nichtig, so heilt die Eintragung diese Nichtigkeit nicht. Sie gilt nicht bloß für Haupt- sondern auch für Zweigniederlassungen. Ist als Zweigniederlassung eine in Wahrheit nur zu Zwecken der Produktion dienende Niederlassung eingetragen, so kann nicht entgegengehalten werden, daß keine Zweigniederlassung vorliege (R.G.Z. L Nr. 110). Sie gilt auch für die von der Eintragung abhängigen Rechtsverhältnisse Dritter, z. B. für die Frage, ob der Agent solcher Person Handlungsagent sei, ob der in das Geschäft Eintretende aus § 28 haftet usw. Die unwiderlegliche Rechtsvermutung gilt auch nur mit Bezug auf die privatrechtlichen und die damit zusammenhängenden prozessualen (§ 17 Abs. 2, a. A. Göppert a. a. O., Förster-Kann Z.P.O. S. 174, vgl. auch G.V.G. § 101 Nr. 1, Kaufmannsgerichtsgesetz §§ 1, 5) Beziehungen des Firmeninhabers zu anderen, hier aber gleichgültig, ob es sich um Tatbestände des H.G.B. oder eines anderen Gesetzes (z. B. Depotgesetz, Börsengesetz) handelt. Sie gilt dagegen nicht, so weit öffentlichrechtliche Beziehungen in Frage kommen. So wird gegenüber dem Strafrichter auch der Eingetragene sich darauf berufen können, daß er zur Buchführung nicht verpflichtet gewesen sei, (R.G.Str. bei Goldtammer LIII S. 73 vgl. D.J.Z. 1912 S. 1299. Weitergehend Kuttner in Jher. Jahrb. LXI S. 117 Note 1), da sein Gewerbe ein landwirtschaftliches oder nur ein Kleingewerbe sei, ähnlich gegenüber der Steuer- und Stempelbehörde (vgl. Denkschr. II S. 3149), der Handelskammer, wenn es sich um Heranziehung zu Handelskammerwahlen handelt (Entsch. des pr. O.V.G. XLI S. 342, LII S. 390). Wo freilich in öffentlichrechtlichen Bestimmungen auf die Eintragung als Kaufmann, nicht auf die Kaufmannseigenschaft Gewicht gelegt wird, wie im G.V.G. § 113 Abs. 1, R.G. v. 16. Mai 1894 § 8, ist eine solche Berufung ausgeschlossen (anders Staub-Bondi Anm. 4, Brand Nr. 3, Ehrenberg Hdb. I S. 654). — Die unwiderlegliche Rechtsvermutung

entsteht mit der Eintragung, gleichgültig ob sie auf Grund einer Anmeldung oder ohne solche erfolgt ist (Cosack S. 31), und zwar der Eintragung in das Register der inländischen Hauptniederlassung, einer Eintragung in das Register der Zweigniederlassung bedarf es nur dann, wenn die Hauptniederlassung im Ausland liegt. Sie entsteht schon mit der Eintragung, es bedarf nicht der Bekanntmachung, doch wird gemäß § 15 Abs. 1 der Dritte, so lange die Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist, sich auf seine Unbekanntschaft mit der Eintragung und deren Folgen nach § 5 berufen können (vgl. Staub-Bondi, Exkurs zu § 8 Anm. 13). — Die unwiderlegliche Rechtsvermutung wird beseitigt mit der Löschung der Firma. Diese Löschung hat im Handelsregister der Hauptniederlassung zu erfolgen. Sie hat aber außerdem auch im Handelsregister der Zweigniederlassung zu erfolgen. So lange sie hier nicht erfolgt ist, besteht die Rechtsvermutung für den Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung fort, § 15 Abs. 3 ist auf diesen Fall analog anzuwenden. Auf die Löschung kann der Firmeninhaber oder ein dritter Interessent bei der Registerbehörde hinwirken, oder die Registerbehörde kann sie von Amts wegen vornehmen (D.F.G.G. § 142), wie sie auch die Führung der Firma nach § 37 H.G.B. untersagen kann. Vgl. K.G. in Johow-Ring XXXI A 148, 157, O.L.G. Jena in Johow-Ring XLIV 337 = Entsch. F.G. XII S. 46. Die Registerbehörde ihrerseits kann gegenüber der Berufung des Antragstellers darauf, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe oder nur ein Kleingewerbe sei, nicht auf § 5 sich berufen. Denn § 5 will nur den Prozeßrichter, nicht den Registerrichter binden. Dagegen kann eine Klage auf Löschung und damit Beseitigung der Rechtsvermutung aus dem Gesichtspunkt, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe, sondern nur ein Kleingewerbe sei, gegen den Firmeninhaber nicht erhoben werden, wie dieser auch seinerseits nicht etwa im Wege der Feststellungsklage die wahre Eigenschaft seines Gewerbes offen legen lassen kann. Denn jede Geltendmachung ist gegenüber der Berufung auf die Eintragung ausgeschlossen. — Ist die Rechtsvermutung durch Löschung beseitigt, so ist der Beweis der Kaufmanns- bezw. der Vollkaufmannseigenschaft nach allgemeinen Grundsätzen zu führen.

Nr. 3. 3. Älteres Recht. Die Bestimmung findet auf Rechtsverhältnisse, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. herrühren, keine Anwendung. Hat somit der im Register eingetragene X am 31. Dez. 1899 und am 2. Jan. 1900 mit dem Y kontrahiert, so kann Y zwar mit Rücksicht auf den am 31. Dez. 1899, aber nicht hinsichtlich des am 2. Jan. 1900 abgeschlossenen Vertrages die Vollkaufmannseigenschaft des X gemäß § 5 bestreiten. Dagegen ist gleichgültig, ob die Eintragung in das Register vor oder nach dem 1. Jan. 1900 erfolgt ist. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 43, R.G.Z. L S. 158.

§ 6.

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

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

Entw. I § 5 Abs. 3, II §§ 6, 4 Abs. 3; Denkschr. I S. 19, 23, II S. 3149, 3148; A. D. H.G.B. Art. 5.

1. Der erste Absatz entspricht inhaltlich dem Art. 5 Abs. 1 des alten H.G.B. Danach gelten alle Handelsgesellschaften als Kaufleute. Handelsgesellschaften sind die offene Gesellschaft (§ 105), die Kommanditgesellschaft (§ 161), Aktiengesellschaft (§ 210 Abs. 2), Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 Abs. 3) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (R.G. v. 20. April 1892 § 13 Abs. 3). Nicht als Handelsgesellschaft, wohl aber als Kaufmann gilt die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (R.G. vom 1. Mai 1889 § 17 Abs. 2).

2. Der zweite Absatz bezieht sich auf Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Erwerbs- und

Wirtschaftsgenossenschaften. Denn allen diesen wird ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Kaufmannseigenschaft beigelegt (§ 210 Abs. 2, § 320 Abs. 3, R.G. v. 1892 §§ 13 Abs. 3, 1, R.G. v. 1. Mai 1889 § 17 Abs. 2). Ihre Rechte und Pflichten sollen durch den § 4 Abs. 1 nicht berührt werden, d. h. auch wenn ihr Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ja selbst ein Nichthandelsgewerbe ist oder wenn sie gar kein Gewerbe betreiben, führen sie eine Firma (§§ 20, 182 Abs. 2 Nr. 1, 198, R.G. von 1892 § 4, v. 1889 § 3), sind sie zur Buchführung verpflichtet (§§ 239, 240, 246, 260 Abs. 2, R.G. v. 1802 §§ 41, 42, v. 1889 §§ 33, 38) und erteilen sie mit Ausnahme der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften Prokuren (§§ 232, 238, 320 Abs. 3, R.G. v. 1892 § 46 Nr. 7, dagegen R.G. v. 1889 § 42 Abs. 2). Demnach gelten sie stets als Vollkaufleute (hierzu bei § 210 Nr. 5). Auch die größeren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit werden grundsätzlich als Kaufleute behandelt (V.A.G. § 16).

3. Das alte Recht stimmt überein.

§ 7.

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

Entw. I § 6, II § 7; Denkschrift I S. 23, 191, II S. 3150, 3232; A. D. H.G.B. Art. 11, 276.

1. **Unabhängigkeit des Handelsgewerbes von öffentlichrechtlichen Vorschriften.** Nr. 1. Der § 7 enthält einmal den Grundsatz, daß die Kaufmannseigenschaft unabhängig ist von der Berechtigung zum Handelsbetriebe. In dieser Beziehung entspricht er dem Art. 11 des alten H.G.B. Die Fassung ist aber eine deutlichere, insofern alle Vorschriften des öffentlichen Rechts, nicht bloß die gewerbepolizeilichen und gewerbesteuerlichen Bestimmungen hervorgehoben und andererseits die Befugnis zum Gewerbebetriebe, nicht die Begründung der Kaufmannseigenschaft als unter die Kompetenz jener fallend hingestellt werden. Aus der Fassung, daß die „Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften" durch solche öffentlichrechtlichen Bestimmungen nicht berührt werden sollen, ergibt sich mit Klarheit, daß die Unternehmer konzessionspflichtiger Gewerbe trotz Unterlassung der Einholung der Konzession nach § 2 berechtigt und verpflichtet sind, ihre Eintragung herbeizuführen, daß der Registerrichter sie gemäß § 14 dazu anzuhalten hat und andererseits die Eintragung aus dem Grunde der Konzessionsverweigerung nicht versagen darf. So schon für das frühere Recht Behrend § 32 Anm. 10, a. A. Allfeld S. 78. Wenn für die Aktiengesellschaft im § 195 Abs. 2 Nr. 6 ein anderes bestimmt ist (vgl. für die Kommanditgesellschaft auf Aktien § 320 Abs. 3, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung R.G. v. 1892 § 8 Abs. 1 Nr. 4), so kann daraus kein Gegenargument entnommen werden; denn die Registerbehörde ist hier in der Lage, die Rechtspersönlichkeit der Vereinigung und damit den Gewerbebetrieb auszuschließen. Das kann sie in den sonstigen Fällen nicht. Auch der nichteingetragene und nichtkonzessionierte Gewerbetreibende betreibt das Gewerbe, und die Gesamtheit hat umgekehrt ein Interesse, daß ein vom Gesetz zum Handelsgewerbe gestempeltes Gewerbe auch als solches behandelt werde. Die Annahme Allfeld's, daß der Registerrichter in der Lage sei, den das Gewerbe unrechtmäßig Fortbetreibenden in Strafe zu nehmen (S. 78), ist unrichtig. Die Registerbehörde kann nur die Anmeldung der Firma nach § 29 verlangen. Ist diese erfolgt, so steht ihr eine Zwangsgewalt nicht weiter zu, sie ist nicht Polizeibehörde.

2. **Unabhängigkeit der Handelsgeschäfte von öffentlichrechtlichen Vorschriften.** Nr. 2. Aus § 7 ergibt sich weiter, daß die Kaufmannseigenschaft unabhängig ist von öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche gewisse Gewerbe einer staatlichen Kontrolle unterwerfen (Apotheken, Wirtsgewerbe, Pfandleihgewerbe, Auktionatorengewerbe usw.) oder den Gewerbetreibenden in nähere Beziehung zum Staate bringen (z. B. als

Vertreter beim Absatz staatlich monopolisierter Betriebe), vorausgesetzt, daß es sich um einen Gewerbetreibenden, und nicht um einen staatlichen Beamten handelt. Beispiel: Lotteriekollekteure (oben § 1 Nr. 49).

Nr. 3. 3. **Privatrechtliche Verbote des Gewerbebetriebes.** Der § 7 handelt nur von Vorschriften des öffentlichen Rechts. Aber auch das Privatrecht kann Verbote des Gewerbebetriebes enthalten, deren Übertretung an der Kaufmannseigenschaft nichts ändert. Dahin gehören aus dem H.G.B. die §§ 60 (vgl. Bayer. Obst.Ldg. in O.L.G.Rspr. XIX 289), 76, 112, 165, 236, 326. Vgl. oben § 1 Nr. 31. Welche Folgen die Übertretung hat, ist an den einzelnen Stellen zu erörtern. Auch vertragsmäßige Verpflichtungen, einen Handelsgewerbebetrieb zu unterlassen, können höchstens Schadensersatzpflicht erzeugen, aber den Erwerb der Kaufmannseigenschaft nicht hindern.

Nr. 4. 4. **Vorschriften über die Fähigkeit zum Gewerbebetrieb und die Gültigkeit von Rechtsgeschäften.** Nicht fallen unter § 7 Vorschriften, welche die Fähigkeit, ein Gewerbe zu betreiben, berühren, vor allem die Vorschriften des B.G.B. über Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115), ebensowenig Vorschriften über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte. Insbesondere ergreift B.G.B. § 134 ebenso Handelsgeschäfte wie Nichthandelsgeschäfte. Der gewerbsmäßige Betrieb von gesetzlich verbotenen Geschäften (z. B. verbotenen Börsentermingeschäften, Wuchergeschäften usw.) macht also nicht zum Kaufmann (Staub-Bondi § 1 A. 22, a. A. Makower S. 9). Daß die einzelnen Geschäfte anfechtbar sind, genügt nicht. Kaufmann ist, wer auch seine Gewerbsgeschäfte stets betrügerisch betreibt (Brand § 1 Anm. 7b). Hiernach wird auch die Frage zu beurteilen sein, ob der Bucketshop Bankier ist. Hierzu Nußbaum im B.A. X S. 359ff.

Zweiter Abschnitt.

Handelsregister.

Vorbemerkung.

Literatur: Th. Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister, 3. Aufl. 1910; Brand, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis 1906, Kommentar S. 35ff.; V. Ehrenberg im Hdb. I S. 524ff.

Das wichtige Institut des Handelsregisters wird keineswegs erschöpfend im zweiten Abschnitt geordnet. Es läßt sich nicht einmal eine feste Linie ziehen für die Abgrenzung des Inhalts dieses Abschnittes gegenüber den sonstigen reichsrechtlichen Bestimmungen über das Handelsregister. Zwar enthält § 15 in materiellrechtlicher Beziehung den das Prinzip der Publizität des Handelsregisters aufstellenden Hauptgrundsatz. Aber andere Normen des Handelsgesetzbuches verleihen der Registereintragung eine über jene Bestimmung hinausreichende Tragweite (vgl. z. B. §§ 2, 5, 25 Abs. 2, 26 Abs. 2, 28 Abs. 2, 30, 172, 200 u. a.), oder schränken ihre materiellrechtliche Wirkung dem gegenüber ein (z. B. § 32).

Hinsichtlich des Verfahrens andererseits wird der Inhalt nicht bloß durch zahlreiche Einzelbestimmungen des Handelsgesetzbuches, sondern vor allem durch das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 ergänzt, dessen erster und siebenter Abschnitt (§§ 1—34, §§ 125—146) in Betracht kommen. Bei streng systematischer Scheidung wären einzelne Bestimmungen dieses Abschnittes besser dem letzterwähnten Reichsgesetz überwiesen worden.[1]) Nur die Anhänglichkeit an die Ordnung des alten Handelsgesetzbuches erklärt ihre Beibehaltung an alter Stelle. Der Klarheit und Übersichtlichkeit der Bestimmungen über das Handelsregister ist die Unterbringung des Stoffes in verschiedenen Gesetzen nicht gerade förderlich. Es wird notwendig sein, die entsprechenden Sätze des R.G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Erläuterung hereinzuziehen.

---

[1]) So z. B. § 10 Abs. 1 Satz 1, § 11, § 13 Abs. 2.

Der weitaus geringere Teil der Bestimmungen des zweiten Abschnittes ist privatrechtlichen Charakters. Zum größten Teil haben wir es mit öffentlich-rechtlichen Satzungen, die meist sich als Ordnungsvorschriften darstellen, zu tun. Sie umgeben die eigentliche sedes materiae, den § 15. Der Verwirklichung des in § 15 zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes der Öffentlichkeit des Registers dienen alle dem § 15 voraufgehenden und ihm nachfolgenden Sätze des H.G.B., sowie die Bestimmungen des R.G. über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

§ 8.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

Entw. I § 7, II § 8 D.F.G.G.; Denkschr. I S. 24, 25, II S. 3151; Komm.-Ber. S. 3874, A.D.H.G.B. Art. 12 Abs. 1.

1. **Gerichte, Amtsgerichte.** Nach D.F.G.G. § 125 sind für die Führung des Handelsregisters die Amtsgerichte ausschließlich zuständig[1]). Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden, wovon z. B. für Berlin Gebrauch gemacht ist, wo das Amtsgericht I nicht bloß das Register des Amtsgerichts II, sondern auch der Amtsgerichte Charlottenburg und Neukölln (Rixdorf) führt (Verf. vom 4. Dez. 1899 und 19. April 1906). — Damit ist die in mehreren Bundesstaaten (Bayern, Elsaß-Lothringen, Sachsen-Koburg, Bremen, dem größten Teil des Hamburgischen Staatsgebietes) bisher den Landgerichten oder den Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen zustehende Kompetenz beseitigt. Lediglich die Amtsgerichte kommen als Gerichte erster Instanz für die gesamte Führung des Handelsregisters in Frage, auch für Standesherrn, sofern sie ein Handelsgewerbe betreiben. Etwaige landesrechtliche Vorschriften über eximierten Gerichtsstand sind trotz Art. 58 E.B.G.B. auf diesen Fall nicht zu erstrecken (K.G. in Entsch. F.G. II S. 223ff. = Johow-Ring XXIII A 77). Gleichgültig ist, ob die Eintragungen erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgen oder schon vorher erfolgt sind, das ganze Register ist mit dem 1. Januar 1900 an die Amtsgerichte abzugeben. Die Denkschrift zum Entwurf des R.G., betr. die freiw. Gerichtsbarkeit § 121 rechtfertigt die Verweisung an die Amtsgerichte damit, daß sie in dem größten Teile Deutschlands schon jetzt zuständig seien, daß sie für die Beteiligten leichter erreichbar seien, und die erforderlichen Verfügungen in der Regel schneller treffen können. So richtig diese Erwägungen für die auf den Einzelkaufmann und die Personalhandelsgesellschaften bezüglichen Eintragungen sind, so wenig zutreffend erscheinen sie für Kapitalgesellschaften, da diese ihren Sitz meist an größeren Orten haben werden und die hier auftauchenden juristischen Schwierigkeiten zu bewältigen ein kollegialisch besetztes Gericht besser in der Lage ist, als ein Einzelrichter. Nr. 1.

Die Amtsgerichte haben neben der Führung des Handelsregisters auch die der Genossenschaftsregister — § 10 Abs. 2 des Gen.Gesetzes — der Musterregister — § 9 Abs. 1 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen — des Registers für Binnenschiffe — § 120 Abs. 1 des Binnenschiffahrtsgesetzes — des Vereinsregisters — B.G.B. § 55 — und des Güterrechtsregisters — B.G.B. § 1558. — Sie haben endlich meist die Führung des Grundbuches. — Die Amtsgerichte als Registerbehörden tragen den Namen „Registergericht" (§§ 13, 14) und werden als solche dem „Prozeßgericht" gegenübergestellt.

2. **Einzelrichter.** Das Registergericht wird durch den Einzelrichter und nur diesen (D.F.G.G. § 8, G.V.G. § 194) dargestellt. Über die gesetzlichen Gründe zur Ausschließung eines Richters von der Ausübung des Registerrichteramtes D.F.G.G. § 6. Die von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter vorgenommenen registerrichterlichen Handlungen bleiben gültig, ebenda § 7. Nr. 2.

---

[1]) In den Konsulargerichtsbezirken führt auf Grund des R.G. v. 7. April 1900 § 7 der deutsche Konsul, in den Schutzgebieten nach dem Schutzgebietsgesetz § 2 der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte das Handelsregister.

Nr. 3. **3. Organe des Handelsstandes.** Den Registerrichter sollen die Organe des Handelsstandes (Handelskammern, Korporationen der Kaufmannschaft usw. in Preußen: Handelskammern, kaufmännische Korporationen, Älteste der Kaufmannschaft, Börsenvorstände) behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie behufs Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters unterstützen; sie sind berechtigt, Anträge zu diesem Zweck bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge (nicht über sonstige Anträge vgl. K.G. in Entsch. F.G. IV S. 207 = Johow-Ring XXVIII A 206 = O.L.G. Rspr. IX S. 368; K.G. in Entsch. F.G. VIII S. 196) entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Die näheren Bestimmungen werden von den Landesregierungen getroffen (D.F.G.G. § 126). Die Landesregierungen haben insbesondere da, wo verschiedene Vertretungskörper für Handel und Gewerbe bestehen, zu bestimmen, welchem von diesen Organen die Unterstützung des Registerrichters obliegt. Diese unterstützende Tätigkeit der Organe des Handelsstandes spielt vornehmlich eine Rolle für die Erzwingung der Eintragung eines nach § 2 zur Herbeiführung der Eintragung verpflichteten Unternehmers. Die einzelnen Bundesstaaten können auch die Polizei- und Steuerbehörden verpflichten, Tatsachen, die von Erheblichkeit sind, dem Registerrichter mitzuteilen (Denkschr. zum Entw. des D.F.G.G. § 122ff.)[1]. — Nicht zu den Organen des Handelsstandes im Sinne dieses § gehören die Vorstände zur Förderung gewerblicher Interessen des U.W.G., ebensowenig die Handwerkskammern (K.G. im O.L.G.Rspr. XII S. 201) und Innungen (K.G. in Entsch. F.G. II S. 18). Letztere kommen nur dann als beschwerdeberechtigt in Frage, wenn ein ihnen zustehendes besonderes Recht verletzt wird (K.G. in Entsch. F.G. VII S. 196 = Johow-Ring XXXII A 117, Entsch. F.G. XI S. 39. Vgl. bei § 37 Nr. 4). Das gleiche gilt vom Aufsichtsamt für Privatversicherung mit Bezug auf Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (K.G. in Entsch. F.G. VII S. 122).

Nr. 4. **4. Führung des Handelsregisters.**

Die Führung des Handelsregisters schließt in sich eine große Anzahl von amtlichen Tätigkeiten, die teils durch das H.G.B., teils durch andere Reichsgesetze vorgeschrieben sind. Dahin gehören:

a) Die Anhaltung der zur Vornahme von der Eintragung oder Aufbewahrung dienenden Akten verpflichteten Personen zur Vornahme dieser Akte; darüber bei § 14.

b) Die Entgegennahme der vom Gesetz vorgeschriebenen Anmeldungen und der nach dem Gesetz einzureichenden Schriftstücke, sowie die Aufnahmen der erforderlichen Protokolle, darüber bei § 12. Hierhin gehört auch die Entgegennahme behördlicher Mitteilungen, z. B. seitens des Konkursrichters (§ 32).

c) Die Prüfung der Gesetzlichkeit der gestellten Anträge; darüber Genaueres bei § 12.

Nr. 5. d) Die Eintragung der vom Gesetz für eintragungsbedürftig oder eintragungsfähig (vgl. §§ 3 Abs. 2, 36) erklärten Tatsachen. Die Zahl dieser Tatsachen ist eine große und ihre Aufzählung wäre zwecklos, hervorzuheben ist nur, daß die sämtlichen Tatsachen vom Reichsrecht (nicht bloß dem H.G.B., vgl. z. B. D.F.G.G. § 131, R.G. v. 20. April 1892 § 7f.) aufgezählt werden. Die bisher dem Landesrecht zustehende Kompetenz, weitere Tatsachen für eintragungsbedürftig oder eintragungsfähig zu erklären (Gebrauch gemacht z. B. für Beschränkung der

---

[1]) In Preußen sollen die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden, sowie die Notare von den zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister dem Registergericht Mitteilung machen (Ausführungsgesetz zum H.G.B. Art. 3). Auch sind die Steuerbehörden verpflichtet, dem Registergericht über die Anmeldung und die Abmeldung steuerpflichtiger Gewerbe, über das Ergebnis der Veranlagung zur Gewerbesteuer sowie über später eingetretene Veränderungen Auskunft zu erteilen. Vgl. ferner §§ 30 Abs. 2, 43 Abs. 3 V.A.G. Ähnlich in Mecklenburg die Ortsobrigkeiten und Polizeibehörden (Ausf.V.O. zum D.F.G.G. § 64).

Geschäftsfähigkeit des Kaufmanns, für die Handlungsvollmacht, für die Einwilligung des Ehemannes in den Handelsbetrieb seiner Frau, die Eheverträge, R.G.Z. LXIII S. 248, Denkschrift II S. 3151)[1]) fällt in Zukunft, d. h. soweit das alte Güterrecht nicht mehr maßgebend ist (dazu O.L.G. Stettin in O.L.G. Rspr. VI S. 158), fort. Tatsachen, die vom Reichsrecht nicht vorgesehen sind, können nicht in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. K.G. in Entsch. F.G. IX S. 159ff. = Johow-Ring XXXV A 153 = O.L.G. Rspr. XIX S. 294, wo ausgeführt ist, daß die vertragsmäßige Regelung der Vertretung einer Erbengemeinschaft nicht eintragungsfähig sei, da es sich nicht um die Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft noch um die Prokura handle, ferner Johow-Ring XXV A 250, XXIX A 92 (= O.L.G. Rspr. X S. 232), XXXVII A 141, Entsch. F.G. XII S. 217, R.G. in D.J.Z. 05, S. 316, O.L.G. Dresden in Zentralbl. XI S. 517 = Annalen XXXII S. 333 [die Eintragung des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Kaufmanns ist ausgeschlossen]. Vgl. auch Busch XXIV S. 285: nicht eintragungsfähig die Überlassung der Liquidation eines Einzelgeschäfts an einen Gläubigerausschuß). Das K.G. trägt allerdings Fälle ein, bei denen man zweifeln kann, ob die Eintragung zulässig ist, so die Erbengemeinschaft (vgl. bei § 31), die Erweiterung der Prokura. Auch der Hauptbevollmächtigte einer ausländischen oder außerstaatlichen Versicherungsunternehmung braucht und darf nicht eingetragen werden (Bruck in L.Z. 1911, S. 182ff.)[2]). Die unstatthafte Eintragung erzeugt nicht die Wirkungen, die sonst an die Eintragung geknüpft sind. — Auch werden nur fertige Tatsachen eingetragen, Eintragungen von Vormerkungen nach Art des Grundbuches sind für das Handelsregister ausgeschlossen, vgl. Staub-Bondi Exkurs zu § 8 Anm. 6, a. A. Makower § 12, V. — Der Inhalt der einzelnen Eintragungen bemißt sich nach Lage des Falles. Grundsätzlich genügt die Eintragung eines kurzen, die Essentialien enthaltenden Vermerkes (z. B. bei Eintragung der Annahme, Änderung oder des Erlöschens der Firma (§§ 29, 31), der Konkurseröffnung (§ 32), der Eintragung einer juristischen Person (vgl. §§ 33, 34), der Prokura (§ 54) und bei sämtlichen die Handelsgesellschaften betreffenden Tatsachen (vgl. die §§ 106, 162, 198, 201 Abs. 3, 277 Abs. 2). Selbst wo das Gesetz von der Eintragung einer Vereinbarung spricht (§ 25 Abs. 2), ist nicht gemeint, daß der Wortlaut, sondern nur daß der wesentliche Bestandteil der Vereinbarung zur Eintragung gelangt. Das Gesetz hat mit dem älteren, an die Deposition erinnernden Standpunkt, wonach die Eintragungen Kopien der zugrunde liegenden Urkunden sind, gebrochen. Es ist zu dem Intabulationsprinzip, wonach auf Grund des Urkundenmaterials Vermerke gemacht werden, übergegangen. Hin und wieder besteht die Eintragung nur in einer Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden (§§ 34 Abs. 3, 277 Abs. 2).

Jede Eintragung soll datiert und mit der Unterschrift des zuständigen Beamten versehen sein (D.F.G.G. § 130 Abs. 1). Die Unterlassung der Beobachtung dieser Vorschrift hat Nichtigkeit nicht zur Folge (D.F.G.G. § 7, R.O.H.G. XX S. 348ff.).

Die eintragungsbedürftigen Tatsachen stellen entweder rechtserzeugende (neubegründende oder umgestaltende) oder rechtsaufhebende (zum Erlöschen bringende) Hergänge dar. Je nachdem unterscheidet man (positive) Eintragungen und (negative) Löschungen. Auch das H.G.B. (vgl. § 3 Abs. 2) und noch mehr das D.F.G.G. (vgl. § 141) verwendet diese Terminologie. In Wahrheit handelt es sich in beiden Fällen um Eintragungen. Von Löschung spricht das D.F.G.G. aber noch in einem anderen Sinne. Ist eine Eintragung erfolgt, obwohl sie wegen Fehlens einer wesentlichen, formellen oder materiellen (vgl. R.G. in J.W. 1902,

---

[1]) Hinsichtlich der Einwilligung des Ehemannes in den Handelsbetrieb der Ehefrau und der Eheverträge tritt an Stelle des Handelsregisters das Güterrechtsregister. B.G.B. §§ 1405, 1435. Doch soll nach der Meckl. Schwer. A.V. zum D.F.G.G. das Gericht, welches das Güterrechtsregister führt, von jeder die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten betreffenden Eintragung eine beglaubigte Abschrift dem Registergericht mitteilen und dieses soll durch einen „Vermerk" im Handelsregister darauf hinweisen.

[2]) Die eingetragenen sind von Amts wegen zu löschen, sobald das bisherige Recht nicht mehr maßgebend ist. Vgl. preuß. Ausführungsgesetz zum H.G.B. Art. 2.

S. 172[35], K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 158 = Johow-Ring XXXIV A 126f., O.L.G. Jena in Entsch. F.G. XII S. 46) Voraussetzung (nur solcher, nicht jedes Verstoßes gegen irgendein Gesetz, K.G. in Johow-Ring XLI A 115 = Entsch. F.G. XI S. 114ff., vgl. K.G. in Entsch. F.G. XII S. 60, z. B. nicht, weil die Führung einer Firma gegen das Wettbewerbsgesetz verstößt), unzulässig war, so kann sie gelöscht werden (D.F.G.G. §§ 142—144). Bei Ausübung dieser Befugnis wird der Registerrichter sorgfältig die Interessenlage zu erwägen haben (K.G. in O.L.G. Rspr. XXV S. 412, Bayer. Obst.Ld.G. ebenda V S. 446). So wird er die Löschung der unzulässigen Firma einer Aktiengesellschaft so lange hinausschieben, bis eine neue Firma gemäß § 310 H.G.B. angenommen ist (dazu Marcus in Holdheim XXI S. 52, 121). Diese Löschung ergeht von Amts wegen, doch können Private oder Behörden den Anstoß zur Löschung geben (darüber bei § 37 Nr. 4). Diese Löschung ist die eigentliche Löschung. Sie zerstört den durch die Eintragung erweckten Anschein des Vorhandenseins der intabulierten Tatsache, sie macht die Eintragung rückgängig. — Stets erfolgt die Löschung aber durch Eintragung eines Löschungsvermerkes.

Nr. 6. e) Die Bekanntmachungen der Eintragungen. Darüber bei §§ 10, 11.

f) Die Benachrichtigung der Beteiligten sowie der Behörden nach Maßgabe der einzelnen Bestimmungen. In ersterer Beziehung kommt zumal D.F.G.G. § 130 Abs. 2 in Betracht, nach dem jede Eintragung, gleichgültig ob eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt oder nicht, demjenigen, der sie beantragt hat, mitzuteilen ist, sofern er nicht darauf verzichtet hat, ferner D.F.G.G. §§ 141—144, wonach die von Amts wegen in Aussicht genommenen Löschungen den Beteiligten vorher unter Setzung einer angemessenen Frist behufs etwaiger Erhebung eines Widerspruches mitgeteilt werden sollen. In letzterer Hinsicht ist hervorzuheben, daß die Eintragung sowie Löschung einer Zweigniederlassung von Amts wegen der Registerbehörde der Hauptniederlassung mitzuteilen ist (D.F.GG. § 131).

g) Die Aufbewahrung der zur Aufbewahrung beim Registergericht bestimmten Urkunden, z. B. Zeichnungen von Unterschriften (§ 12), Satzungen von juristischen Personen (§ 33), die zahlreichen in § 195 Abs. 2 aufgeführten Schriftstücke. Die Aufbewahrung hat in Urschrift oder, soweit dies zugelassen ist, in beglaubigter Abschrift (vgl. z. B. § 195 Abs. 5) zu erfolgen.

h) Die Erteilung von Abschriften der Eintragungen und eingereichten Schriftstücke, sowie von Bescheinigungen. Darüber bei § 9.

i) Die gehörige Instandhaltung des Registers und der Registerakten.

Nr. 7. 5. **Weitere Funktionen des Registerrichters.** Das H.G.B. weist dem das Handelsregister führenden Amtsrichter noch weitere, aus der Registerführung sich nicht ergebende Funktionen zu. Sie beruhen auf dem Gedanken, eine Art obervormundschaftliche Behörde in Handelssachen oder ein schnell funktionierendes Vertrauensorgan für die Beteiligten an Stelle des Prozeßrichters zu schaffen. Alle diese Funktionen liegen dem Registerrichter als solchem ob, gehören somit, wenn die Führung des Handelsregisters für mehrere Bezirke einem Amtsgericht übertragen wurde, zur Zuständigkeit dieses Amtsgerichts. (Dagegen stehen die sonst in D.F.G.G. § 145 aufgeführten Amtsgeschäfte, z. B. die Verklarung, nicht dem Registerrichter als solchem, sondern dem Amtsgericht selbständig zu, vgl. D.F.G.G. § 145 Abs. 2). Zu ihnen gehören u. a.:

a) Das Verbot der Führung einer nicht zustehenden Firma (§ 37 Abs. 1).

b) Die Leitung der konstituierenden Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (§ 196 Abs. 2).

c) Die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§§ 146 Abs. 2, 147, 295 Abs. 2, 3, 302 Abs. 4).

d) Die Bestimmung des Gesellschafters oder eines Dritten, bei dem die Bücher und Papiere einer aufgelösten Gesellschaft in Verwahrung gegeben werden (§§ 157 Abs. 2, 302 Abs. 2).

e) Die Anordnung von Aufklärungen auf Antrag eines Kommanditisten oder Stillen (§§ 166 Abs. 3, 338 Abs. 3).

f) Die Ernennung von Revisoren (§§ 192 Abs. 3, 266 Abs. 2) und die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen ihnen und den Gründern (§ 194 Abs. 1).

g) Die Ermächtigung zur Berufung einer Generalversammlung (§ 254 Abs. 3).

h) Die Bestellung besonderer Vertreter zur Führung eines Rechtsstreites nach Maßgabe von § 268 Abs. 2.

i) Die Anhaltung der Organe der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien zu obliegenden Handlungen, vgl. § 319 Abs. 1, § 325 Nr. 9.

6. **Verfahren der Registerbehörde. Beschwerde** (Literatur: die Kommentare zum D.F.G.G., Brand und Ehrenberg a. a. O., insbes. Ehrenberg Hdb. I S. 590ff. Das Nähere über die Beschwerde gehört nicht hierher). Das Registergericht übt seine Funktionen aus als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Über den Gang des Verfahrens normiert somit nicht die Z.P.O. sondern das R.G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 8—33). Im einzelnen gilt: Nr. 8.

a) Der Registerrichter erläßt nicht Urteile, sondern Verfügungen, die durch Eintragungen vollzogen werden, die Eintragung selbst ist nur die Vollziehung einer Verfügung (O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. VII S. 243ff., K.G. in O.L.G. Rspr. XXIII S. 361ff. = Johow-Ring XLI A 102, anders Josef in L.Z. 1912 S. 636, Holdheim 1907 S. 134ff. und sonst.). Die Verfügungen sind entweder solche, welche die Eintragung gebieten und durch Eintragung vollzogen werden, oder solche, welche an die Parteien sich richten. Letztere werden wirksam mit der Bekanntmachung an denjenigen, für den sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind. Ist dieser anwesend, so kann die Verfügung ihm zu Protokoll eröffnet werden. Ist er abwesend, so erfolgt sie, wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt, durch Zustellung, sonst in formloser Weise. Vgl. D.F.G.G. § 16. Die eine Eintragung ablehnende Verfügung ist nach der preuß. Min.Verf. vom 7. November 1899 § 4 mit Gründen zu versehen (dazu K.G. in Entsch. F.G. IV S. 29 = Johow-Ring XXVII A 56). Gegen die Verfügung findet nicht Berufung, sondern Beschwerde[1]) nach näherer Maßgabe von D.F.G.G. §§ 20, 132ff. statt, aber nur soweit, als das Gesetz nicht ein anderes Rechtsmittel (Einspruch, Widerspruch) gewährt (wie beim Offizial-Strafverfahren nach § 14, vgl. ferner § 132, 142ff. D.F.G.G.). Soweit ein anderes Rechtsmittel gewährt ist, wird das gewöhnliche Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Konkurriert Offizialstrafverfahren und gewöhnliches Beschwerdeverfahren, so geht ersteres vor (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 250 = Joh.-R. XXXVII A 188, K.G. in Entsch. F.G. X S. 23, a. A. Josef bei Holdheim XXI S. 68). Auch gegen Eintragungen selbst, einschließlich der Löschungen, gibt es nicht das Rechtsmittel der Beschwerde mit dem Ziel auf Löschung; hier greifen vielmehr die §§ 142ff. D.F.G.G. ein, soweit nicht durch freiwillige Anmeldung die Löschung wieder beseitigt wird (K.G. in Johow-Ring XXXII A 172, XLI A 104 vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 218ff., Entsch. F.G. XIII S. 42, O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. VII S. 241; anders Josef a. a. O., Marcus in Holdheim XXII S. 106, 122, sowie bezüglich der Löschungen Ehrenberg S. 603). Die Beschwerde geht an die Kammer für Handelssachen, soweit solche nicht besteht, an die Zivilkammer des Landgerichts als Beschwerdegerichts; gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (einschließlich der ministeriellen Rechtsverordnungen vgl. K.G. in Johow-Ring XXIX A 213 = O.L.G. Rspr. X S. 332) beruht. Die weitere Beschwerde geht an einen Zivilsenat des Oberlandesgerichts, in Preußen lediglich das Kammergericht (Art. 7 des Preuß. A.G. zum D.F.G.G.), in Bayern lediglich das Oberste Landesgericht. Will dieses bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift über eine Angelegenheit der jurisdictio voluntaria von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von der Entscheidung des Reichsgerichts abweichen, so hat es die Sache dem Reichsgericht unter Begründung seiner Rechtsauffassung vorzulegen, das Reichsgericht hat dann darüber zu entscheiden. Von selbst ist das Reichsgericht zum Einschreiten nicht befugt (R.G. in D.J.Z. 1901 S. 260).

---

[1]) Einfache oder sofortige, letztere z. B. gegen den Beschluß, durch den eine Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen oder ein Widerspruch gegen eine Löschung zurückgewiesen wird D.F.G.G. § 139, § 141 Abs. 3, gegen die Verfügungen der in D.F.G.G. § 145, 146 bezeichneten Art.

Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht (privates oder öffentliches, z. B. das Recht der Handwerkskammern, über die Beilegung von Meistertiteln zu wachen vgl. R.G.Z. LX S. 196 = Entsch. F.G. V S. 227, K.G. in Entsch. F.G. VII S. 196 = Johow-Ring XXXII A 117) durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist (hierzu § 37 Nr. 4, § 8 Nr. 3). Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß die Verfügung eines Antrages bedurfte und in der Zurückweisung des Antrages besteht. Hier hat die Beschwerde nur der Antragsteller (D.F.G.G. § 20 Abs. 2). Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden. Aufschiebende Wirkung hat sie nur dann, wenn sie gegen die Festsetzung einer Strafe gerichtet wird (Fälle des H.G.B. §§ 14, 37, 319, 325). Doch kann der Registerrichter die Aussetzung der Vollziehung seiner Verfügung stets selbst anordnen und das Beschwerdegericht kann vor seiner Entscheidung durch einstweilige Anordnung die Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Verfügung anordnen. — Der Registerrichter kann selbst ohne Beschwerde die Verfügung nachträglich ändern, wenn er sie für ungerechtfertigt hält. Ausgenommen sind zwei Fälle. Einmal, der Registerrichter hat den Erlaß einer antragsbedürftigen Verfügung abgelehnt, dann darf er die ablehnende Verfügung nur auf Antrag ändern. Sodann, es ist eine der sofortigen Beschwerde unterliegende Verfügung erlassen. Sie darf nach erfolgter Bekanntmachung an die Beteiligten der Registerrichter nicht mehr einseitig ändern, vor der Bekanntmachung steht ihm das Recht der Änderung zu.

Nr. 9. b) Die Verfügung des Registerrichters ergeht entweder auf Antrag (sei es privaten, sei es der Behörde, vgl. z. B. V.A.G. § 67 Abs. 3) oder von Amts wegen. Einen Antrag setzen regelmäßig die Verfügungen von Eintragungen voraus[1]). Nur ausnahmsweise nimmt das Registergericht Eintragungen von Amts wegen vor (z. B. in den Fällen des H.G.B. §§ 31 Abs. 2, 32, 34 Abs. 4, 5, 148 Abs. 2, 296 Abs. 3, D.F.G.G. §§ 141—144, V.A.G. § 67 Abs. 3). Und auch dann hat es meist die Beteiligten vorher von dem beabsichtigten Schritt zu benachrichtigen und ihnen eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs, der an Stelle der Beschwerde tritt (K.G. in Johow-Ring XXXVII A 194 vgl. Josef in Holdheim XIX S. 85) zu gewähren, wie es andererseits Privaten nicht verwehrt ist, die Löschung anzuregen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 241). Auch die dem Registerrichter durch das Gesetz besonders zugewiesenen, oben bei Nr. 7 behandelten Funktionen setzen meist einen Antrag voraus. — Dagegen wird der Registerrichter von Amts wegen tätig, soweit es sich darum handelt, den Privaten zur Vornahme ihm auferlegter öffentlich-rechtlicher Pflichten anzuhalten (§ 14), also ihn zu veranlassen, den Antrag (die Anmeldung) oder die Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen. Ebenso ordnet der Richter von Amts wegen die Publikation der Eintragung und die Mitteilung an die Beteiligten an. Und endlich hat er stets — soweit dies erforderlich erscheint — im Laufe des Verfahrens von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen (D.F.G.G. § 12).

Nr. 10. c) Der Gang der Verhandlung wird, auch wo ein Antrag erforderlich ist, von den Grundsätzen der Reichszivilprozeßordnung nur insoweit beherrscht, als das Gesetz auf diese verweist, so hinsichtlich des Armenrechts (D.F.G.G. § 14), der Vorschriften über den Zeugenbeweis, den Beweis durch Sachverständige und das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (Näheres ebenda § 15). Im übrigen untersteht es nicht den Grundsätzen des kontradiktorischen Verfahrens. Der Antrag (die „Anmeldung zur Eintragung") wird nicht in der Form der Klageerhebung gestellt, sondern in der Form des einseitigen, sich an den Registerrichter wendenden mündlichen oder schriftlichen Petitums. Der Gegner des Antragstellers ist höchstens zu hören (D.F.G.G. § 146). Die Verhandlung erfolgt nicht notwendig öffentlich und mündlich, die Beteiligten haben keinen Anspruch darauf, im Beweistermin hinzugezogen zu werden (K.G. in Z. LV S. 297), oder sonst gehört zu werden (O.L.G. Hamburg im Recht 1905 S. 544 = Entsch. F.G. VI S. 50). Die Grundsätze über das Versäumnisverfahren finden keine Anwendung weder auf den Gegner des Antragstellers

---

1) Doch folgt daraus nicht, daß die Eintragung, die ohne formgerechten Antrag geschieht, unter allen Umständen zu löschen ist (vgl. K.G. in Entsch. F.G. XII S. 60).

noch auf den Beschwerdeführer (Brand § 14 Anm. 13). Das Gericht hat die objektive Wahrheit zu ermitteln, die Prozeßvorschriften über das gerichtliche Geständnis gelten nicht. Die Beteiligten können mit Beiständen erscheinen, sie können sich, soweit der Registerrichter nicht das persönliche Erscheinen anordnet, auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen, die auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen eines Beteiligten die Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht nachzuweisen haben (D.F.G.G. 13). Der Begriff der Rechtskraft ist zwar gegeben (§ 31 D.F.G.G.), aber von den zivilprozessualen Wirkungen einer rechtskräftigen Entscheidung unter Parteien ist bei dem Amtscharakter des Verfahrens keine Rede (K.G. in Johow-Ring XXXVII A 187). Insbesondere kann wegen neuer, rechtlich selbständiger Tatbestände immer von neuem vorgegangen werden.

d) Die Gerichtssprache ist die deutsche, G.V.G. § 186, D.F.G.G. § 8. Demgemäß haben Eintragungen und Publikationen in deutscher Sprache zu erfolgen. Sind die beteiligten Personen, mit denen verhandelt wird, der deutschen Sprache nicht mächtig, so ist nach den Vorschriften des G.V.G. § 187 ff. ein Dolmetscher zuzuziehen. D.F.G.G § 8. Doch bedarf es der Zuziehung eines Dolmetschers dann nicht, wenn der Richter der Sprache, in der sich die beteiligten Personen erklären, mächtig ist. Auch ist die Beeidigung des Dolmetschers nicht erforderlich, wenn die beteiligten Personen darauf verzichten, D.F.G.G. § 9. Nr. 11.

Die Sitzungspolizei handhabt der Registerrichter nach den Vorschriften des G.V.G. §§ 177—185, D.F.G.G. § 8.

Auf das gerichtliche Verfahren in allen dem Registergericht zustehenden Sachen sind die Gerichtsferien ohne Einfluß, D.F.G.G. § 10.

e) Da, wo die dem Registergericht obliegende Entscheidung von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängt (z. B. bei Streit über die Berechtigung zur Firmenführung zwischen zwei Personen), kann das Registergericht und ebenso das Beschwerdegericht (K.G. in Entsch. F.G. V S. 185) nach pflichtgemäßem Ermessen die Verfügung aussetzen, bis über das Verhältnis im Wege des kontradiktorischen Verfahrens durch den Prozeßrichter entschieden ist (analog Z.P.O. § 148). Ist der Rechtsstreit nicht anhängig, so kann es einem der Beteiligten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen, D.F.G.G. § 127. Entsprechend wird bei Schweben eines anderen Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dessen Erledigung präjudiziell ist, dem Registergerichte die Berechtigung zustehen, die Verfügung auszusetzen, bis die Entscheidung erfolgt ist (K.G. in Entsch. FG. IX S. 90). Im übrigen ist der Registerrichter keineswegs gezwungen, ja auch nur berechtigt, von der Prüfung streitiger Rechtsfragen selbst ganz abzusehen, er kann vielmehr die Voraussetzungen für sein Einschreiten selbst feststellen und muß dies, soweit nicht besondere Gründe eine Entscheidung des Prozeßgerichts wünschenswert machen (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 60). So könnte er, wenn ein Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung von einem Gesellschafter angefochten ist, während der andere Gesellschafter die Einsetzung eines Liquidators beantragt, prüfen, ob überhaupt eine offene Handelsgesellschaft jemals vorlag, und die Liquidatorenbestellung ablehnen, auch die Firma löschen (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 53 = Entsch. F.G. X S. 214, Marcus in Holdheim XX S. 324, Josef im Recht 1910 S. 464). Nr. 12.

7. Für den zweiten Abschnitt kommen nur die der Führung des Handelsregisters unmittelbar dienenden Tätigkeiten (oben bei Nr. 4—6) des Registerrichters in Betracht. Die ihm sonst durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben (oben bei Nr. 7) sind an den betreffenden Stellen zu würdigen. Nr. 13.

8. Die nähere Einrichtung des Handelsregisters ist Sache der Einzelregierungen. In Preußen besteht es aus 2 Abteilungen, Abteilung A für Firmen von Einzelkaufleuten, offenen H.G. und Kommanditgesellschaften, und Abteilung B für Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften m. b. H., jurist. Personen der in §§ 33, 36 H.G.B. bezeichneten Art und Vers.-Vereinen a. G. Vgl. Allg. Verf. vom 7. 11. 99. und 20. 6. 02.

§ 9.

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

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

Entw. I § 8, II § 9; Denkschr. I S. 25, II S. 3151; Komm. Ber. S. 3874, A. D. H.G.B. Art. 12 Abs. 2.

§ 9 führt den Grundsatz der Öffentlichkeit des Handelsregisters in mehreren Richtungen durch.

Nr. 1. 1. **Recht der Einsicht.** Er gestattet jedem die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke. Es besteht also für das Publikum schlechthin — ohne Glaubhaftmachung eines Interesses, wie es in § 34 D.F.G.G. sonst vorgeschrieben ist, — ein Recht auf Einsicht. Die Einsicht kann aber nur verlangt werden während der Dienststunden und im Amtslokale. Ein Recht auf Zusendung des Handelsregisters ist nicht gewährt. Das Recht auf Einsicht schließt das Recht, sich selbst Abschrift zu nehmen, in sich. Das Recht auf Einsicht bezieht sich auf das Register selbst und auf die zum Register eingereichten Schriftstücke (Anmeldungen, Zeichnungen von Unterschriften, Statuten usw.). Es bezieht sich auch auf die aufgenommenen Protokolle, soweit sie Belege und Unterlagen der Eintragungen enthalten (K.G. in Entsch. F.G. II S. 70 = Johow-Ring XXII A 89). Alle vom Registerrichter aufbewahrten Urkunden, die zur Prüfung der Rechtsgültigkeit der Eintragung unentbehrlich sind oder über nicht eingetragene, für Dritte erhebliche Tatsachen Auskunft geben, sind darunter begriffen (Denkschr. II S. 3152). Das Recht auf Einsicht dieser geht also weiter, als die allgemeinen Vorschriften des D.F.G.G. § 34 S. 1 es zulassen, es entspricht dem Recht auf Einsicht in das Vereins- und Güterrechtsregister (B.G.B. §§ 79, 1563). Doch bezieht es sich nur auf das Handelsregister oder dessen Unterlagen. Keineswegs umfaßt es alle vom Registerrichter geführten Akten. Soweit vielmehr der Registerrichter sonst, (z. B. nach § 166 Abs. 3) tätig wird, hängt die Gestattung der Einsicht in die Gerichtsakten von ihm ab und er darf sie nach D.F.G.G. § 34 S. 1 nur insoweit gestatten, als der Antragsteller ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht (Birkenbihl im Archiv für bürgerl. Recht VI S. 227). Das gleiche gilt für alle Bestandteile der Registerakten, die nicht notwendige Unterlagen der Eintragungen bilden, z. B. die durch ein Ordnungsstrafverfahren entstandenen Verhandlungen, die Gesuche um Erteilung von Abschriften.

Nr. 2. 2. **Recht auf Erteilung von Abschriften.** § 9 gewährt jedem — auch ohne Nachweis eines Interesses — ein Recht auf Erteilung einer Abschrift der Eintragung, sei es einer einfachen, sei es einer beglaubigten Abschrift, natürlich gegen Erlegung der Kosten. Auch in dieser Hinsicht geht § 9 weiter als D.F.G.G. § 34 S. 2. Das Recht bezieht sich aber nur auf die Eintragungen selbst, nicht auf deren Unterlagen. — § 9 gewährt ferner jedem, der ein berechtigtes (nicht ein „rechtliches" vgl. Ritter Anm. 2, Brand Anm. 2) Interesse, also nicht notwendig ein vorhandenes Recht glaubhaft macht, (dazu § 15 Abs. 2 D.F.G.G.) ein Recht auf Erteilung einer Abschrift der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, so weit sie als Unterlagen der Eintragung dienen. Als zum Handelsregister eingereichte Schriftstücke gelten alle Arten von Belegen und Unterlagen, nicht bloß die kraft besonderer handelsrechtlicher Vorschrift einzureichenden (K.G. in Johow-Ring XLII A 148). Als solche sind auch die zu Protokoll der Gerichtsschreiber abgegebenen Erklärungen anzusehen (K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 310 = Entsch. F.G. II S. 70 = Joh.-R. XXII A 89). — Hinsichtlich anderer Schriftstücke besteht der Anspruch nicht. Wohl aber kann der Registerrichter bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses eine Abschrift auch solcher erteilen, D.F.G.G. § 34 S. 2 (K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 396).

3. **Erteilung von Bescheinigungen.** § 9 gewährt in Übereinstimmung mit mit D.F.G.G. § 162 jedem das Recht auf Erteilung einer Bescheinigung, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden seien, oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist. Der Antragsteller hat den Gegenstand der Eintragung, bezüglich dessen er die Bescheinigung wünscht, dem Registerrichter anzugeben. Die Bescheinigung des Registerrichters braucht (K.G. in Entsch. F.G. I S. 150) und darf nur negativ gehalten sein. Eine positive Bescheinigung über den Inhalt einer Eintragung ist nicht zugelassen, hier greift die beglaubigte Abschrift ein (a. A. in letzterer Beziehung K.G. in Entsch. F.G. IV S. 101). Auch hat sich die negative Bescheinigung auf die Eintragungen zu beschränken, nicht etwa auf andere Urkunden zu erstrecken, selbst wenn solche von der Eintragung in Bezug genommen sind. Nur zu Zwecken der grundbuchamtlichen Legitimierung darf das Registergericht gewisse positive Zeugnisse erteilen. Das Gesetz hebt hervor Zeugnisse darüber, wer als Vorstand einer Aktiengesellschaft derzeit (vgl. K.G. in Entsch. F.G. I S. 150) eingetragen ist. Das gleiche soll von dem Nachweise der Vertretungsbefugnis für eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung gelten (G.B.O. § 33 und dazu K.G. in Entsch. F.G. I S. 130f., 77f., III S. 105 = Joh.-R. XXIV A 96). Dies wird auf ähnlich gelagerte Fälle zu erstrecken sein (Makower § 9, IV, a. A. Staub-Bondi Anm. 3, Brand Anm. 6). Die Bestimmung macht für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft Schwierigkeiten. Denn bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft werden nach §§ 125 Abs. 4, 161 Abs. 2 nur die anomalen Fälle des Ausschlusses eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis, die Anordnung der Gesamtvertretung und Änderungen in der Vertretungsmacht eingetragen. Das Zeugnis des Registerrichters wird unter normalen Fällen auch hier also nur ein negatives sein können. Freilich sollen ja nach § 108 Abs. 2 die vertretenden Gesellschafter die Firma zur Aufbewahrung beim Registerrichter zeichnen, allein der Registerrichter wird auf Grund der bei ihm aufbewahrten Zeichnungen kaum ein positives Zeugnis über die Vertretungsbefugnis abgeben können. Nr. 3.

4. **Auskunftserteilung.** Zur sonstigen Auskunftserteilung ist der Registerrichter nicht verpflichtet. Nr. 4.

5. Unberührt von § 9 bleibt die Pflicht des Registerrichters, anderen Behörden von Eintragungen Nachricht zu geben oder behördlichen Requisitionen nach Maßgabe besonderer Gesetze zu entsprechen (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 101 = Johow-Ring XXVII A 214 = O.L.G. Rspr. VIII S. 385). Vgl. z. B. Gesetz wegen Änderung des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juli 1913 Art. 2 § 6, ferner die bei Ehrenberg a. a. O. S. 549 angegebenen Gesetze. Vgl. auch § 14 der preuß. Allg. Verf. vom 7. November 1899.

6. **Übergangsbestimmungen.** § 9 bezieht sich auch auf Eintragungen, die aus älterer Zeit herstammen. Nr. 5.

§ 10.

Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. Soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

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

Entw. I § 9, II § 10; Denkschr. I S. 26, II S. 3152; Komm.Ber. S. 3874, A.D.H.G.B. Art. 13.

§ 10 unterstützt die Öffentlichkeit des Handelsregisters durch die Vorschrift der öffentlichen Bekanntmachung.

Nr. 1. 1. **Bekanntmachung der Eintragungen.** Die Bekanntmachung folgt der Eintragung nach. Wann sie zu erfolgen hat, bestimmt der Registerrichter. Doch hat sie jedenfalls ungesäumt nach der Eintragung zu geschehen. Bei schuldhafter Verzögerung haftet der Registerrichter für den daraus entstehenden Schaden nach B.G.B. §§ 839, 840. — Nur die Eintragungen sind zu publizieren, nicht die Belege der Eintragungen oder sonstige Tatsachen. Doch weicht das Gesetz in einzelnen Fällen hiervon ab (vgl. die §§ 199, 201 Abs. 4, 284 Abs. 5, 286). Alle Eintragungen sind zu publizieren (Ausnahmen: §§ 32, 34 Abs. 5), selbst solche, die unzulässig waren. Hier wird der Registerrichter, falls sie von Amts wegen gelöscht werden, gut tun, die Bekanntmachung von Eintragung und Löschung zu verbinden (Ehrenberg a. a. O. S. 546). Nicht zu publizieren sind „Vermerke", wie z. B. D.F.G.G. § 131. — Erspart werden kann die Bekanntmachung einer Eintragung, wenn die Bekanntmachung einer anderen Eintragung, die inhaltlich das gleiche ergibt, inzwischen erfolgt ist, z. B. Eintragung der Löschung einer Einzelfirma, wenn inzwischen bekannt gemacht ist, daß Geschäft und Firma in eine G. m. b. H. eingebracht sind und diese die Firma fortführt (K.G. in Joh.-Ring XLIV S. 382).

Nr. 2. 2. Bekanntmachung durch den **Registerrichter.** Der Registerrichter hat bekannt zu machen, die Bekanntmachung hat also die Unterschrift des Registerrichters zu enthalten. Und zwar hat er von Amts wegen die Bekanntmachung zu veranlassen, eines Antrages bedarf es nicht. Eine Bekanntmachung durch die Beteiligten selbst wäre keine Bekanntmachung im Sinne des Gesetzes, hätte also nicht die Wirkungen des § 15. Freilich schreibt das Gesetz für Aktiengesellschaften vor, daß die von ihnen ausgehenden Bekanntmachungen in ähnlicher Weise vorzunehmen sind, wie die in § 10 behandelte Publikation (vgl. §§ 182 Abs. 3, 218 Abs. 3, 219 Abs. 2, 3, 244, 265, 272 Abs. 4), aber ihre Wirkung ist nicht die gleiche wie in unserem Falle.

Nr. 3. 3. **Öffentliche Blätter.** Die Eintragungen sind in öffentlichen Blättern bekannt zu machen, außerdem hat die Registerbehörde sie dem Antragsteller mitzuteilen, sofern dieser nicht darauf verzichtet hat (D.F.G.G. § 130 Abs. 2, Form der Mitteilung D.F.G.G. § 16 Abs. 2, 3). Doch ist das letztere nur Ordnungsvorschrift. Die Wirkung der Bekanntmachung aus § 15 tritt auch ohne die Mitteilung ein. — Die öffentlichen Blätter müssen mindestens zwei (nicht, wie Goldmann S. 46 annimmt, drei) und davon eines der Deutsche Reichsanzeiger (Zentralhandelsregister für das Deutsche Reich) sein. Eine Bekanntmachung, die nicht im Deutschen Reichsanzeiger und einem anderen Blatt erfolgt ist, ist keine gehörige Bekanntmachung, erzeugt also nicht die Wirkungen des § 15. Die Blätter können aber mehr als zwei sein. Über die Auswahl der Blätter bei § 11.

Nr. 4. 4. **Inhalt** der Bekanntmachung. Die Publikation hat, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt (z. B. §§ 162 Abs. 2, 3, 175), den ganzen Inhalt der Eintragung zu enthalten. Daß die Eintragung wortgetreu bekannt gemacht wird, ist nicht wesentlich, aber ordnungsgemäß. Insbesondere kann sich bei gewöhnlichen kleinen Eintragungen eine tabellarische Zusammenstellung empfehlen, die gewisse, wiederkehrende Wendungen fortläßt (Makower zu § 10, II). Für Preußen trifft die Allg. Verf. vom 12. Juni 1900 (J.M.Bl. 439) nähere Anweisungen. Die Bekanntmachung hat in deutscher Sprache zu erfolgen (K.G. in Seuffert LVI Nr. 7).

Nr. 5. 5. **Zahl** der Bekanntmachungen. Die Publikation hat stets nur je einmal zu erfolgen. Dem Ermessen des Gerichts ist es nicht überlassen, mehrmalige Publikationen vorzunehmen. Den Parteien ist es natürlich unbenommen, auf ihre Kosten für die Verbreitung der Eintragung weitere Sorge zu tragen, aber die Bekanntmachung im Sinne des Gesetzes ist bereits mit der amtlichen Publikation erfolgt.

Nr. 6. 6. **Vollendung** der Publikation. Die Publikation ist erfolgt, sobald die sämtlichen Blätter mit dem ersten amtlichen Inserat erschienen sind. Erscheinen sie somit an verschiedenen Tagen, so ist sie mit dem Erscheinen des letzten Blattes und zwar mit dem Ablauf des Tages, an dem das letzte Blatt erscheint, vollendet. Bis zum Ablauf dieses Tages kann also ein Dritter sich auf Nichtkenntnis der Tatsache berufen.

Nr. 7. 7. **Abweichung der Bekanntmachung von der Eintragung.** Enthält die Publikation von der Eintragung abweichende Angaben, so ist sie insoweit ohne Wirkung. Der Richter haftet aus B.G.B. §§ 839, 840 vorbehaltlich landesrechtlicher Haftung.

des Staates. Die Wirksamkeit der Eintragung selbst wird aber davon nicht berührt. So würde die Aktiengesellschaft nach § 200 trotzdem entstanden, die Kaufmannseigenschaft nach § 2 trotzdem erworben sein.

8. **Übergangsbestimmungen.** § 10 bezieht sich nur auf Eintragungen, die unter der Herrschaft des neuen Rechts erfolgen. Ist die Eintragung vor dem 1. Jan. 1900 geschehen, so ist die Publikation durch den Deutschen Reichsanzeiger nicht erforderlich, wohl aber empfehlenswert. Nr. 8.

§ 11.

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

Entw. I § 10, II § 11; Denkschr. I S. 26, II S. 3152; A.D.H.G.B. Art. 14.

Das Gesetz verpflichtet das Registergericht zur **jährlichen** Bezeichnung der Blätter, in denen während des nächsten Jahres die Bekanntmachungen erfolgen sollen. In der **Auswahl der Blätter** ist das Registergericht frei, die Landesregierungen sind nicht befugt, ihm Anweisungen in dieser Hinsicht zu erteilen. Die diesbezügliche Bestimmung des Entwurfs des D.F.G.G. (§ 128) wurde von der Reichstags-Kommission gestrichen. Das Registergericht wird gewöhnlich Lokalblätter neben dem Reichsanzeiger wählen, ohne aber dazu verpflichtet zu sein, selbst ausländische Blätter können gewählt werden, was z. B. in Grenzbezirken praktisch werden kann (vgl. K.G. in Seuffert LVI Nr. 7). Nur wird die Auswahl solcher Blätter, die durch die Seltenheit ihres Erscheinens oder durch ihren Inhalt oder Leserkreis (z. B. wissenschaftliche, kirchliche Zeitschriften) ungeeignet erscheinen, unstatthaft sein und unter Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz begründen können. — Sind die Blätter einmal ausgewählt, so sind nur sie für die Dauer des betreffenden Zeitabschnittes als Publikationsorgane zu benutzen, es sei denn, daß sie zu erscheinen aufhören. Ein Wechsel während der betreffenden Periode rein aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit ist unstatthaft. Hört ein Blatt zu erscheinen auf, so ist jedenfalls dann ein anderes auszuwählen, wenn es das einzige neben dem Reichsanzeiger war. Besteht noch ein zweites neben ihm, so ist ein Ersatz nicht notwendig. — Die Auswahl erfolgt durch Verfügung des Registerrichters, die jährlich im Monat Dezember zu geschehen hat. Die Verfügung hat die Blätter zu „bezeichnen". Daß die Verfügung in einem oder mehreren öffentlichen Blättern zu publizieren sei, ist vom Gesetze nicht erfordert. Die diesbezügliche Bestimmung des alten H.G.B. (Art. 14) ist gestrichen. Doch kann es unmöglich genügen, daß der Registerrichter lediglich zu den Akten die Blätter bezeichnet, vielmehr wird eine öffentliche Kundgebung durch Inserierung oder Aushang an Gerichtsstelle erforderlich sein (vgl. Düringer-Hachenburg zu § 11 Anm. 2). Nach der Denkschrift (II S. 3152) „wird zu erwägen sein, ob nicht künftig unter Mitwirkung der Landesjustizverwaltungen von Reichs wegen alljährlich eine zusammenfassende Bekanntmachung über die von den einzelnen Registergerichten für ihre Veröffentlichungen benutzten Blätter veranlaßt werden könnte". Jedenfalls sind die Landesjustizverwaltungen befugt, dem Registergericht Anweisungen zu erteilen, wie die Verfügungen des Registergerichts kundzugeben seien (R.G.Z. LVIII Nr. 110). Vgl. preuß. J.M.Verf. vom 4. 12. 1900 (J.M.Bl. 642).

§ 12.

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

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

Entw. I § 11, II § 12; Denkschrift I S. 27, II S. 3152, 3153; A.D.H.G.B. Art. 19, 45 Abs. 2, 88 usw.

Nr. 1. 1. **Begriff der Anmeldung.** Wie bereits bemerkt ist, nimmt die Registerbehörde nur ausnahmsweise Eintragungen von Amts wegen vor. Meist bedarf es für die Anordnung der Eintragung eines Antrages auf Eintragung, einer auf Herbeiführung der Eintragung gerichteten Kundgebung (Verlautbarung) der einzutragenden Tatsachen. (Behrend S. 233.) Sie trägt im Gesetz den Namen der Anmeldung, die einzutragenden Tatsachen werden zur Eintragung angemeldet (vgl. z. B. die §§ 29, 31, 33, 34, 53, 106, 107 usw.). Die Anmeldung ist vom Gesetz im öffentlichen Interesse erfordert, um möglichste Gewähr für die Richtigkeit des Registerinhalts zu bieten, aber sie ist nicht wesentliche Voraussetzung der Eintragung im Sinne von § 142 D.F.G.G. (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 60). Die auf Grund einer unvollständigen oder in nicht ganz korrekter Form erfolgten Anmeldung geschehene richtige Eintragung kann deshalb nicht von Amts wegen gelöscht werden.

Nr. 2. 2. **Inhalt** der Anmeldung. Welchen Inhalt die Anmeldung zu tragen hat, und wer zu ihrer Vornahme verpflichtet (Beteiligter) ist, regelt sich nach den einzelnen Fällen und ist an den betreffenden Stellen zu besprechen, desgl. welche Begleitakte ihr zur Seite stehen (Zeichnung von Unterschriften, Einreichung von Schriftstücken, Abgabe von Erklärungen usw.). Die Anmeldung ist für sich kein privates Rechtsgeschäft, sondern eine an die Behörde gerichtete Kundgebung. Sie ist actus legitimus, sie verträgt weder Befristung noch Bedingung (L.G. Berlin im Recht 01, S. 101), sie ist bis zur Verfügung der Eintragung frei widerruflich (Ld.G. Hamburg in Holdheim 1904, S. 303). Nach erfolgter Eintragung ist sie nicht frei widerruflich, auch kann Löschung des Eintrags wegen Irrtums oder Betruges, der zur Anmeldung führte, nicht nach den Grundsätzen über die Anfechtung von Rechtsgeschäften verlangt werden (Marcus in Holdheim 09, S. 107, Ehrenberg S. 552). Unerheblich ist, daß der sie Abgebende in der Zeit zwischen Abgabe und Eintreffen bei Gericht verstorben ist (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 22, dagegen Ritter Anm. 2).

Nr. 3. 3. **Bewirkung** der Anmeldung. Die Anmeldung wird entweder persönlich bei dem Registergericht bewirkt oder sie wird dem Registergericht eingereicht.

a) Sie wird persönlich bewirkt, d. h. der zur Anmeldung Legitimierte nimmt sie durch mündliche Erklärung gegenüber dem Registerrichter vor, oder gibt sie zum Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts ab (D.F.G.G. § 128). An Stelle des Registergerichts kann auch ein von diesem zur Entgegennahme der Anmeldung ersuchtes anderes Gericht treten (vgl. § 2 D.F.G.G.). Ob eine Verpflichtung, solchem Ersuchen nachzukommen, kraft Reichsrechts besteht, ist freilich bestritten (vgl. einerseits R.G.Z. LVIII S. 94, O.L.G. Frankfurt in O.L.G. Rspr. XIV S. 328, andererseits R.G.Z. LXVII S. 416, O.L.G. Rostock in O.L.G. Rspr. XXV S. 272 = Seuffert LXVII Nr. 100, hierzu Ehrenberg S. 556).

b) Sie wird eingereicht. Diesenfalls hat sie schriftlich in öffentlich-beglaubigter Form zu erfolgen, d. h. sie muß schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Anmeldenden muß von der nach Reichs- oder Landesrecht zuständigen Behörde oder einem danach zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt sein (vgl. D.F.G.G. § 167f., § 191, E. B.G.B. Art. 141, dazu R.G.Z. LVIII S. 97, K.G. in Johow-Ring XXXIV A 123 O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. XIV S. 326). Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt die öffentliche Beglaubigung (B.G.B. § 129 Abs. 2).

Nr. 4. 4. **Bevollmächtigte.** Die Anmeldung kann durch einen Bevollmächtigten des Beteiligten erfolgen, doch bedarf es der Erteilung einer Spezialvollmacht (anders K.G. in Entsch. F.G. VIII S. 130, Brand Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. 6, Makower II b 1), die wiederum entweder mündlich gegenüber dem Registergericht oder schriftlich durch öffentlich-beglaubigte Vollmachtsurkunde zu erteilen ist

(abweichend von B.G.B. § 167 vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 6). Nur wenn die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt ist, gilt der Notar kraft des Gesetzes als ermächtigt, im Namen des Anmeldungspflichtigen die Eintragung zu beantragen (D.F.G.G. § 129). In gewissen Fällen sind Anmeldungen lediglich persönlich vorzunehmen (vgl. Genossensch.-Gesetz § 157, unten Nr. 1 zu § 195, Nr. 2 zu § 284).

4a) Die Rechtsnachfolge (Singular- und Universalrechtsnachfolge) ist nicht unbedingt, sondern nur, soweit dies tunlich ist, durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. So würden Erben nicht notwendig den Erbschein vorzulegen haben (vgl. Josef in Holdheim 1907, S. 139).

5. **Zeichnungen.** Auch für die zur Aufbewahrung beim Registergericht bestimmten Zeichnungen von Unterschriften (vgl. §§ 29, 31, 35, 53 Abs. 2, 108 Abs. 2 usw.), ist die unter Nr. 3 dargelegte Form erforderlich (vgl. D.F.G.G. § 128). Beglaubigt werden muß also bei schriftlicher Anmeldung nicht bloß die Unterschrift des Anmeldenden, sondern auch die im Text der Urkunde enthaltene Firmenzeichnung (R.G.Z. LIV Nr. 48, a. A. K.G. in Entsch. F.G. III S. 192f.). Die Beglaubigung muß die persönliche Herstellung der Schriftzüge bezeugen, eine Anerkenntnis genügt nicht (O.L.G. Dresden in Annalen XXII S. 157). Eine Bevollmächtigung ist hier naturgemäß ausgeschlossen (vgl. K.G. in Entsch. F.G. II S. 70 (= Johow-Ring XXII A 89), II S. 223 (= Johow-Ring XXIII A 77 vgl. bei §§ 29, 49). Für Geschäftsunfähige zeichnet der gesetzliche Vertreter (K.G. in Entsch. F.G. I S. 105 = Johow-Ring XX A 160). Über körperliche Gebrechen und Schreibunfähigkeit bei § 29 Nr. 6. Nr. 5.

6. Einreichung von Schriftstücken. Diese bedarf keiner besonderen Form. Nr. 6.

7. **Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registerrichters.** (Lit. V. Ehrenberg in Ihering's Jahrb. LXI S. 423ff. und Hdb. I S. 565ff.). Die Registerbehörde als zur Durchführung der Publizität berufenes Organ ist, soweit das Gesetz ihr nicht vorschreibt, ohne weitere Prüfung einzutragen (vgl. V.A.G. § 67 Abs. 3), nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihre Mitwirkung zu verweigern, wo es sich um gesetzwidrige Akte handelt. Gewinnt somit der Registerrichter die Überzeugung, daß — oder stoßen ihm wenigstens lebhafte Bedenken auf, ob — die Anmeldung mit dem Gesetz in Widerspruch steht, so hat er die Eintragung abzulehnen (O.L.G. Karlsruhe in Z. XLVI S. 496). Mit dem Gesetz in Widerspruch aber steht die Anmeldung nicht bloß dann, wenn sie ihrer Form oder ihrem Inhalt nach gegen die gesetzliche Vorschrift verstößt, sondern auch dann, wenn sie unwahre Behauptungen (z. B. über den Umfang des Gewerbebetriebes) enthält oder wenn ihr Zweck kein ernsthafter ist, sondern die Eintragung nur zu Simulationszwecken erstrebt wird, z. B. die Firma von jemand angemeldet wird, der in Wahrheit ein Geschäft gar nicht selbst betreiben will (R.G.Z. III S. 121, IX S. 2, XXV S. 2ff., XXXVII S. 61, K.G. in Entsch. F.G. VI S. 189 = Johow-Ring XXX A 115). In dieser Hinsicht hat der Registerrichter bei zutage tretendem Verdacht (z. B. wenn einer von mehreren Anmeldenden nachträglich seine Anmeldung widerruft, vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 53 = Entsch. F.G. X S. 214) materieller Illegalität die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen von Amts wegen zu veranstalten (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 30, O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. VIII S. 383, K.G. ebenda XI S. 372 = Johow-Ring XXX A 109 = Entsch. F.G. VI S. 185). Darauf, ob durch die Eintragung wahrer Tatsachen möglicherweise Rechte Dritter tangiert werden, z. B. ob ein bürgerlich-rechtliches Anfechtungsrecht eines Dritten besteht, ob das Warenzeichenrecht eines Dritten verletzt wird, ob die Firma zu unlauterem Wettbewerb verwendet werden kann, ob der Ausschluß der Haftung nach § 25 ungesäumt angemeldet ist, ist der Registerrichter nicht verpflichtet, seine Prüfung zu erstrecken (K.G. in Entsch. F.G. VI S. 190 (= Johow-Ring XXX A 115f.) XI S. 115f., Johow-Ring XXXIII A 129, Bayer. Obst.Lds.G. im Recht 1909 Nr. 1395). Er hat es vielmehr diesen zu überlassen, ihre Rechte selbst geltend zu machen. Haben sie durch die Anfechtung die Rechtswidrigkeit der Eintragung erzeugt, so hat allerdings der Registerrichter bei seiner Prüfung dies zu berücksichtigen. Alles dies gilt auch nur bei der Verletzung von Rechten Dritter. Ist die „Anfechtung" nur eine Form der Beanstandung der Gültigkeit, wie im Falle des § 271 H.G.B., so kann der Registerrichter, falls eine Anfechtung in Frage kommen kann, beanstanden (vgl. § 271 Nr. 9ff.). Nr. 7.

Eine gänzlich andere Frage ist, wie weit die Registerbehörde verpflichtet ist, die Gesetzmäßigkeit des Herganges zu prüfen, der durch die Eintragung in den Bereich der Publizität gerückt werden soll, d. h. wie weit sie von den Beteiligten den Nachweis der Gesetzlichkeit des einzutragenden Herganges verlangen soll. In dieser Beziehung ist grundsätzlich die Registerbehörde nur auf die Prüfung der formalen Voraussetzungen, die das Gesetz für die Eintragung verlangt, beschränkt (Konsensprinzip). Ihre Prüfung erstreckt sich dagegen nicht auf die Wahrheit des Inhaltes der Anmeldung oder ihrer Beilagen. Ihre Mitwirkung erfolgt grundsätzlich nur zu dem Zwecke der Feststellung formeller Gesetzlichkeit, nicht zu dem der Feststellung materieller Ordnungsmäßigkeit. Liegt somit die materielle Ordnungswidrigkeit nicht zutage, (vgl. Z. VI S. 577), sei es, daß sie sich durch die eigenen Erklärungen des Anmeldenden ergibt, sei es, daß sie dem Richter durch die Organe des Handelsstandes (D.F.G.G. § 126) oder durch die Polizeibehörde zur Kenntnis gebracht wird, oder besteht nicht sonst ein erheblicher Grund, an der Rechtmäßigkeit der angemeldeten Tatsache zu zweifeln (Ehrenberg bei Jhering LXI S. 430), so ist ihre Eruierung nicht Aufgabe des Registerrichters, er ist nicht verpflichtet, die Parteien zur Darlegung der materiellen Gesetzlichkeit anzuhalten, er darf ihre Angaben als wahre hinnehmen (Denkschrift II S. 3153, vgl. K.G. in Seuffert LXVII Nr. 144, Johow-Ring XXXIX A 122). Ihn bei fehlendem Verdacht auch für verpflichtet zu halten, von Untersuchungen überhaupt abzustehen, ist zu weit gegangen (vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 372 = Johow-Ring XXX A 109). — Unten Nr. 13.

Die praktischen Folgerungen aus diesem Grundsatz sind besser bei den einzelnen Anwendungsfällen darzulegen. Hier genügt es, auf gewisse allgemeine Punkte hinzuweisen. Die Prüfungspflicht der Registerbehörde erstreckt sich jedenfalls:

Nr. 8. a) auf die Geschäftsfähigkeit und Legitimation des die Anmeldung Vornehmenden. Hinsichtlich der Legitimation hat das Gesetz einige besondere Vorschriften aufgestellt. Bevollmächtigte sollen ihre Vollmacht in bestimmter Form nachweisen (vgl. oben Nr. 4) und Rechtsnachfolger eines Beteiligten (z. B. Erben, Vermächtnisnehmer, Geschäftsübernehmer) sollen die Rechtsnachfolge, so weit tunlich, durch öffentliche Urkunden (z. B. Erbschein) nachweisen (§ 12 Abs. 2). Notare gelten als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung verpflichteten, dessen Erklärungen sie beurkundet oder beglaubigt haben, die Eintragung zu beantragen (D.F.G.G. § 129). Im übrigen greifen die allgemeinen Vorschriften Platz, insbesondere hinsichtlich der gesetzlichen Vertreter (vgl. z. B. § 33 Abs. 2, § 195 Abs. 2 Nr. 4 u. a.) Zur gehörigen Legitimation gehört auch, daß die sämtlichen Personen, die die Anmeldung vorzunehmen haben, bei ihr mitwirken (vgl. § 33 Abs. 1, § 108 Abs. 1 usw.).

Nr. 9. b) auf die Form der Anmeldung, also darüber, ob die Vorschriften des § 12 Abs. 1 gewahrt sind.

Nr. 10. c) auf die eigene Zuständigkeit, d. h. ob nach den die Anmeldung enthaltenden Erklärungen das eigene Handelsregister überhaupt oder zunächst zuständig ist, z. B. im Falle der Anmeldung der Firma das zunächst angegangene Registergericht dasjenige ist, in dessen Bezirk sich die Hauptniederlassung befindet. Besteht Ungewißheit oder Streit über die Zuständigkeit mehrerer Registerbehörden, so wird die zuständige Registerbehörde von Amts wegen durch das gemeinschaftliche höhere Gericht bestimmt (D.F.G.G. § 5, K.G. in Johow-Ring XXXII A 3, 6). Dagegen hat die Registerbehörde nicht zu prüfen, ob in Wahrheit das eigene Handelsregister das kompetente sei, z. B. ob in Wahrheit die Niederlassung des Kaufmanns oder der Sitz der Aktiengesellschaft in diesem Bezirk sich befindet, ob die Niederlassung in Wahrheit Haupt- und nicht bloß Zweigniederlassung sei.

Nr. 11. d) auf die Gesetzlichkeit des Inhaltes der Anmeldung, d. h. ob die in der Anmeldung enthaltenen Erklärungen mit Bezug auf ihre Zulässigkeit und Vollständigkeit den gesetzlichen Anforderungen (nicht bloß denen des H.G.B.) entsprechen (besonders wichtig im Falle des § 2 und bei der Aktiengesellschaft), insbesondere, ob nach diesen Erklärungen die beantragte Eintragung möglich ist (vgl. z. B. K.G. in Entsch. F.G. II S. 72 ff., 180 f., VI S. 132, 181, Johow-Ring XXIII A 89, XXX A 130, XXXI A 183; K.G. in O.L.G. Rspr. XXIV S. 118). Dagegen hat sie nicht die Pflicht, zu prüfen die Wahrheit der Erklärungen. Sie darf die Erklärungen, falls sie den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, als wahre hinnehmen, es sei denn, daß begründete Bedenken gegen die Annahme der Wahrheit bestehen.

e) auf die Gesetzlichkeit und Vollständigkeit der beigefügten Urkunden (vgl. § 33 Abs. 2, § 34 Abs. 2, § 195 Abs. 2), während die Wahrheit der darin enthaltenen Erklärungen, soweit nicht begründete Bedenken bestehen, anzunehmen ist. Nr. 12.

So weit die Prüfungspflicht reicht, erstreckt sich regelmäßig auch das Prüfungsrecht gegenüber den Beteiligten. Bei fehlendem erheblichen Zweifelsgrund wird der Richter auch verpflichtet sein, von Untersuchungen abzusehen. Jedenfalls wird man dem Anmeldenden auch das Recht einräumen müssen, dem Registerrichter, der nicht solche begründeten Bedenken äußert, gegenüber weitere Erklärungen oder Nachweise abzulehnen, soweit aus den eingereichten Urkunden oder seinen mündlichen Erklärungen das Vorhandensein der formalen gesetzlichen Voraussetzungen unmittelbar oder mittelbar sich ergibt. Unbenommen bleibt es dem Registerrichter, sich unabhängig von den Erklärungen der Beteiligten der Hilfe der Organe des Handelsstandes zu bedienen, um auch über die materiellen Grundlagen zur Klarheit zu gelangen, sowie sonstige Ermittelungen anzustellen, zumal, wenn sich an die Eintragung erhebliche Rechtswirkungen knüpfen. Aber wenn er aus bloßer Pedanterie, Ängstlichkeit oder Nervosität die Eintragung verzögert, kann Schadensersatzpflicht eintreten (Ehrenberg, Hdb. I S. 571, 572; D.F.G.G. §§ 12, 126). Nr. 13.

All' das Obige gilt auch dann, wenn auf Grund einer bereits eingetragenen Tatsache eine neue Tatsache angemeldet wird, z. B. der eingetragene Kaufmann meldet eine Prokura an. Ist der Richter der Überzeugung, daß der Anmeldende Minderkaufmann oder Nichtkaufmann sei, so hat er die Eintragung der Prokura jedenfalls so lange auszusetzen, bis durch das gleichzeitig eingeleitete Löschungsverfahren sich ergibt, ob es sich um einen Vollkaufmann handelt (Ehrenberg Hdb. I S. 572).

8. **Weitergehende Prüfung?** Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen soll insoweit gemacht werden, als das Gesetz der Eintragung in das Handelsregister eine konstitutive Kraft oder eine Rechtsvermutung für die Wahrheit des Eintrags beimißt (vgl. Düringer-Hachenburg I S. 132, 189). Hier soll es der Bedeutung des Eintrags entsprechen, daß der Registerrichter in eine Prüfung darüber einzutreten hat, ob das Gewerbe in Wahrheit ein Handelsgewerbe und ob es in Wahrheit ein Großgewerbe ist. (K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 372, XXI S. 50). Indessen ist auch diese Ausnahme nicht zu rechtfertigen. So richtig es ist, daß ein sorgfältiger Richter hier ängstlicher vorgehen wird, so bleiben doch auch für diesen Fall die oben gegebenen Grenzlinien maßgebend. Nr. 14.

9. **Zurückweisung ungesetzlicher Anmeldungen.** Ergibt die Prüfung eine Illegalität des Anmeldungsaktes, so ist die Registerbehörde befugt und verpflichtet, die Anmeldung zurückzuweisen, sei es endgültig, sei es vorläufig unter Setzung einer Frist zur Heilung des Mangels. Die Zurückweisung geschieht durch Verfügung nach D.F.G.G. § 16. Eine nachträgliche Zurücknahme solcher Verfügung ist nur auf Antrag zulässig (D.F.G.G. § 18). Über das Rechtsmittel der Beschwerde bei § 8 Nr. 8. Nr. 15.

10. **Älteres Recht.** § 12 bezieht sich nur auf Anmeldungen, die nach dem 31. Dezember 1899 erfolgt sind. Ist eine unter der Herrschaft des alten Rechts erfolgte Anmeldung als illegal zurückgewiesen worden, so hat die nach dem 31. Dezember 1899 wieder aufgenommene Anmeldung nach Maßgabe des neuen Rechts zu geschehen. Nr. 16.

§ 13.

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.

Entw. I § 12, II § 13; Denkschr. I S. 27—29, II S. 3153; A.D.H.G.B. Art. 21, 86 Abs. 1 u. A.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. § 13 behandelt die Eintragungen in das Handelsregister der Zweigniederlassung. Er erledigt diese Materie nicht erschöpfend, sondern stellt nur einige Hauptgrundsätze über die Eintragungspflicht und das Verfahren auf. Die materiellrechtliche Bedeutung der Eintragung in das Register der Zweigniederlassung geht aus § 15 Abs. 3 hervor. Besondere Bestimmungen über Firmenkollisionen im Gebiete der Zweigniederlassung in § 30 Abs. 3, über Beschränkungen der Prokura und der Vertretungsmacht eines Gesellschafters auf den Betrieb einer Zweigniederlassung in den §§ 50 Abs. 3, 126 Abs. 3.

Nr. 2. 2. **Begriff der Handelsniederlassung.** Jeder Kaufmann hat eine Niederlassung (Handelsniederlassung), d. h. einen örtlichen Mittelpunkt des Betriebes, von dem aus er unmittelbar die den Gegenstand seines Gewerbes bildenden Handelsgeschäfte abschließt. Die Handelsniederlassung kann am Orte des bürgerlichen Domizils des Kaufmanns sein, braucht es aber nicht notwendig.

a) Ist sie am Orte des bürgerlichen Domizils, so kann sie mit der Wohnung des Inhabers örtlich zusammenfallen oder von ihr getrennt sein (selbständiges Geschäftslokal). Eine praktische Bedeutung hat dieser Unterschied nur für Wechselakte (W.O. Art. 91 vgl. Scheckgesetz § 16 Abs. 2) und für Zustellungen (Z.P.O. §§ 181—184).

b) Ist sie an einem anderen Orte, so werden die Wirkungen des bürgerlichen Wohnsitzes dadurch nur insoweit berührt, als das Gesetz an die Errichtung der Handelsniederlassung besondere Folgen knüpft. Der Wohnsitz der Ehefrau und des Kindes richtet sich z. B. nach dem Domizil, nicht nach der Handelsniederlassung des Ehemannes bezw. Vaters (B.G.B. §§ 10, 11), als Erfüllungsort für alle nicht im Handelsgewerbe des Kaufmanns entstehenden Verbindlichkeiten gilt der Ort, an dem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte (B.G.B. § 269 Abs. 1), Geld hat der Schuldner, wenn die Forderung nicht im Betriebe des Handelsgewerbes des Gläubigers entstanden ist, dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln (B.G.B. § 270 Abs. 1), der allgemeine Gerichtsstand des Kaufmanns wird durch den Wohnsitz bestimmt (Z.P.O. § 13) usw.[1])

Die besonderen Folgen, die das Gesetz an die Errichtung der Handelsniederlassung knüpft, sind teils materieller, teils prozessualer Natur.

α) Ist eine Verbindlichkeit im Handelsgewerbe eines Schuldners entstanden (vgl. dazu die §§ 343, 344), so gilt im Zweifel als Erfüllungsort der Ort der Handelsniederlassung (B.G.B. § 269 Abs. 2).

β) Ist eine Forderung im Handelsgewerbe des Gläubigers entstanden, so hat der Schuldner die Geldleistung dem Gläubiger im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten an den Ort der Handelsniederlassung zu übermitteln (B.G.B. § 270 Abs. 2).

γ) Der Gerichtsstand des Ortes der Handelsniederlassung ist begründet für alle Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben (Z.P.O. § 21).

---

[1]) Bei Handelsgesellschaften gibt es ein bürgerliches Domizil natürlich nicht, wohl aber ist bei juristischen Personen, die nicht Handelsgesellschaften sind, möglich, daß der Sitz und die Handelsniederlassung an verschiedenen Orten sind. Man denke an den Fiskus oder eine Stadtgemeinde, die außerhalb ihres Sitzes eine Handelsniederlassung errichten (z. B. ein Bergwerk betreiben).

δ) Für den Konkurs über das gesamte Vermögen des Kaufmanns ist das Amtsgericht zuständig, bei dem der Kridar seine Handelsniederlassung hat (K.O. § 71).

ε) Die Anmeldungen zum Handelsregister haben bei dem Registergericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zu erfolgen (§§ 13, 29).

3. **Mehrheit von Handelsniederlassungen.** Ein Kaufmann kann lediglich eine Handelsniederlassung haben und kann deren mehrere haben. Letzteres ist in dreifacher Weise möglich: Nr. 3.

a) Er kann mehrere Handelsgeschäfte unter verschiedenen Firmen betreiben, gleichgültig ob der Gewerbsgegenstand verschieden oder gleichartig ist. In diesem Falle hat er für jedes der mehreren Handelsgeschäfte eine besondere Niederlassung (R.O.H.G. XV S. 176), sei es, daß diese Niederlassungen am selben Orte oder an verschiedenen Orten sich befinden.[1]) Und zwar hat er für jedes Geschäft mindestens eine Niederlassung, die Hauptniederlassung,[2]) möglicherweise aber auch für eines von ihnen oder für jedes mehrere Niederlassungen.

b) Er kann mehrere Handelsgeschäfte unter derselben Firma betreiben. Doch ist hier Voraussetzung, daß er sie an verschiedenen Orten betreibt (von Hahn zu Art. 21 § 1 Anm. 2). An demselben Ort kann er unter derselben Firma nicht zwei Geschäfte betreiben (anders, wie es scheint, K.G. in Seuffert LVII Nr. 85 und Ehrenberg Hdb. I S. 564f.)

c) Er betreibt nur ein Handelsgeschäft, hat aber für das eine Handelsgeschäft mehrere Niederlassungen. In diesem Falle entsteht der Gegensatz von Hauptniederlassung und Zweigniederlassung.

4. **Hauptniederlassung.** Hauptniederlassung ist der örtliche Mittelpunkt für den Betrieb des ganzen Handelsgeschäfts (Behrend § 38 S. 220, R.G. im Recht 1912 Nr. 2094), d. h. der Ort, von dem aus die kaufmännische Leitung des Geschäfts stattfindet (R.O.H.G. XVI Nr. 12). Ob der Betrieb dort stattfindet, ist nicht entscheidend. Möglicherweise liegt der Betrieb zum größten Teile oder ganz bei einer Zweigniederlassung (Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 1907, S. 1148 Nr. 2814). Bei Handelsgesellschaften ist die Hauptniederlassung zugleich der Sitz (§§ 106 Abs. 2 Nr. 2, 107, 157 Abs. 2, 162 Abs. 1, 182 Abs. 2 Nr. 1 usw.), der den allgemeinen Gerichtsstand nach Z.P.O. § 17 begründet. Hauptniederlassung und Sitz müssen bestimmt sein, bevor die Anmeldung der Firma zum Handelsregister erfolgt. Denn wie sie bei der Anmeldung anzugeben und in das Register einzutragen sind (§§ 29, 106, 162, 195 Abs. 2 Nr. 1, 198, 320 Abs. 3), so hat die Anmeldung zunächst bei dem Handelsregister der Hauptniederlassung, bezw. des Sitzes zu erfolgen (§§ 18 Abs. 2, 106 Abs. 1, 195 Abs. 1) — Die Wahl der Hauptniederlassung bezw. des Sitzes steht im freien Belieben der Beteiligten, die Hauptniederlassung bezw. der Sitz können im Inlande und im Auslande begründet sein. Aber nur ein im Inlande begründeter Sitz ist für den Gerichtsstand der Z.P.O. § 17 maßgebend und nur für im Inlande befindliche Sitze von Aktiengesellschaften greift die rechtserzeugende Kraft des Handelsregisters im Falle des § 200 durch. — Wo die Hauptniederlassung bezw. der Sitz sich befinden, ist Tatfrage. Bei Handelsgesellschaften wird der Ort des Sitzes im Gesellschaftsvertrage bestimmt (§§ 106, 182 Abs. 2 Nr. 1) und stets wird der Ort der Hauptniederlassung bezw. des Sitzes bei der Anmeldung der Firma zum Handelsregister angegeben (§§ 29, 106, 162 Abs. 1, 195 Abs. 2 Nr. 1). Aber in Wahrheit können sich Hauptniederlassung bezw. Sitz an einem anderen Orte befinden. Wie der Wohnsitz nur durch die wirklich ständige Niederlassung begründet wird (B.G.B. § 7), so bedarf es für die Begründung der Hauptniederlassung bezw. des Sitzes der tatsächlichen Verlegung der kaufmännischen Leitung an den betreffenden Ort (vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 2). Liegen sie in Wahrheit im Bezirke eines anderen Registergerichts, so ist trotz der Angabe der Anmeldenden das angegangene Registergericht unzuständig. Eine Prüfungspflicht liegt in dieser Beziehung dem Registerrichter nicht ob (vgl. bei § 29), wohl aber verbleibt dem Registerrichter der wirklichen Nr. 4.

---

[1]) Hiervon ist der Fall zu scheiden, daß dieselben Personen zwei verschiedene Handelsgesellschaften bilden. Darüber bei § 105.

[2]) Der Konkurs kann in diesem Falle von jedem Amtsgericht der mehreren Niederlassungen eröffnet werden; dasjenige Amtsgericht, bei dem zuerst die Eröffnung beantragt ist, schließ die übrigen aus. K.O. § 71 Abs. 2.

Niederlassung sein Zwangsrecht aus § 14. Hinsichtlich der Aktiengesellschaften vgl. bei § 182.

Nr. 5. 5. **Zweigniederlassung**[1]) (Filiale, Kommandite, Zweiggeschäft) ist jede sonstige für das betreffende Handelsgeschäft begründete Niederlassung eines Kaufmanns, von der aus Handelsgeschäfte geschlossen werden. Für den Begriff ist also wesentlich:

a) Daß sie eine Niederlassung desselben Kaufmanns (Einzelkaufmanns, Handelsgesellschaft) ist. Ist Träger ein anderer Kaufmann, so liegt keine Zweigniederlassung vor (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. III S. 406). Keine Zweigniederlassung also die von denselben Gesellschaftern begründete zweite Handelsgesellschaft, keine Zweigniederlassung die selbständige Niederlassung eines Agenten (K. f. Handelsf. Hamburg bei Holdheim 04 S. 31, O.L.G. Dresden im Zentralbl. IV S. 639) oder Kommissionärs (Kommissionslager R.G. in L.Z. 07 S. 586). Weil sie nur eine Niederlassung desselben Kaufmanns ist, ist dafür sie eingetragene Hypothek Hypothek des Inhabers der Hauptniederlassung (R.G.Z. LXII Nr. 2). Die Judikatur läßt jedoch Eintragungen von Hypotheken auf die von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma der Zweigniederlassung zu (K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 198, Entsch. F.G. VII S. 148, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IX S. 351, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII S. 174, Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 409, R.G.Z. LXII S. 9 gegen Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rsp. X S. 230). Weil Träger derselbe Kaufmann ist, kann die Klage gegen eine Zweigniederlassung in eine solche gegen die Hauptniederlassung geändert werden (O.L.G. Cassel im Recht 09 Nr. 2515).

b) Die Begründung für das gleiche Handelsgeschäft. Ist die Niederlassung für ein anderes Geschäft begründet, hat z. B. der Kaufmann zu seinem Geschäft ein zweites nach § 22 hinzuerworben, das er unter besonderer Firma fortführt, so liegt keine Zweigniederlassung vor. Anders, wenn er es unter der eigenen Firma fortführt, hier kann eine Zweigniederlassung gegeben sein. Weil die Zweigniederlassung für das gleiche Geschäft wie die Hauptniederlassung besteht, so muß sie auch die gleiche Firma tragen, unbeschadet jedoch des § 30 Abs. 3 (O.L.G. Dresden in Annalen XXII S. 155). Lautet z. B. die Hauptfirma „N. u. H.", so darf die Firma der Zweigniederlassung nicht lauten „Muschelkalksteinwerke N. u. H." (Bayer. Obst. Ld.G. in L.Z. 1913 S. 491 = Johow-Ring XLIV 339); lautet jene „Eigenheim-Baugesellschaft für Deutschland", so darf diese nicht lauten „Eigenheim- und Villen-Baugesellschaft" (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 22ff. = O.L.G. Rspr. XXIV 164 = Joh.-R. XL A 64; a. A. Agricola S. 285, Staub-Bondi § 30 Anm. 8, Düringer-Hachenburg § 30 Anm. 5, Behrend § 38 Anm. 24, wie es scheint auch R.G.Z. LXII S. 9, Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 409. Vgl. hierüber auch bei § 17 Nr. 4). Nimmt die Zweigniederlassung eine andere Firma an, so hört sie auf, Zweigniederlassung zu sein. In der Annahme einer anderen Firma — unbeschadet der bestehenden Firmenvorschriften — ist der Kaufmann aber frei. Demnach kann er eine bisherige Zweigniederlassung durch Annahme einer besonderen Firma zur Hauptniederlassung erheben, muß dann aber auch einen völlig getrennten Betrieb durchführen.

c) Daß es sich um eine kaufmännische Niederlassung (Zweighandelsniederlassung) handelt, d. h. um eine Niederlassung, von der aus unmittelbar Handelsgeschäfte geschlossen und erfüllt werden. Und zwar müssen diese solche sein, die den Gegenstand des betreffenden Handelsgewerbes bilden. Sind es bloße Hilfsgeschäfte oder dient die Niederlassung nur zur Vermittelung oder Vorbereitung des Abschlusses von Geschäften, so liegt keine Zweigniederlassung vor (Agricola a. a. O. S. 281 bis 285, Brendel S. 215, Schulze S. 279, R.O.H.G. XIV S. 402, XVII S. 315, R.G.Z. XXXVIII S. 263). Keine Zweigniederlassung also bloße Unteragenturen einer Versicherungsgesellschaft, aber auch nicht Hauptagenturen, die keine Bewegungsfreiheit haben[2]), Reichsbanknebenstellen, Reichsbankwarendepots, technische Bureaus,

---

[1]) Literatur: Agricola in Siebenhaars Archiv Bd. XII, Brendel in Gruchot XXXIII S. 213ff., W. Schulze im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht VII S. 265ff., 359ff. Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht 1902; Kühn, Der Begriff der Zweigniederlassung, Diss. 1908; Merzheimer, Nebenunternehmungen im H.R. 1913, S. 40ff.

[2]) Vgl. K.G. in Entsch. F.G. V S. 56 = Johow-Ring XXVIII A 208 = O.L.G. Rspr. XI S. 375; a. A. R.O.H.G. XVII S. 315.

bloße Aufbewahrungsstellen, Keller, Speicher, aber auch nicht Mühlen (Adler-Clemens Nr. 1791), Fabriken (Z. VI S. 580, VIII S. 547, Adler-Clemens Nr. 1271, O.L.G. Dresden in Holdheim 1901, S. 203 = O.L.G. Rspr. II S. 91, Bayer. Obst.Lb.G. im Recht 1907, S. 1148 Nr. 2814, K.G. in Joh.-R. XXII A 92), es sei denn, daß von ihnen aus auch Grundhandelsgeschäfte geschlossen werden (Adler-Clemens Nr. 1281, 1883), wohl aber gewöhnlich Subdirektionen von Versicherungsgesellschaften, Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen (Reichsbankgesetz §§ 36—38, vgl. zur Judikatur Busch XXVII S. 445, XXXI S. 246, XXXIV S. 324, K.G. in O.L.G. Rspr. V S. 223, Behrend S. 224 Anm. 23, von Canstein I S. 208). Nicht notwendig, ja nicht einmal die Regel ist, daß alle Branchen der Hauptniederlassung von der Zweigniederlassung betrieben werden (Johow V S. 22, Adler-Clemens Nr. 1334). Wohl aber darf die Branche der Zweigniederlassung nicht eine ganz andere, als die der Hauptniederlassung sein (Adler-Clemens Nr. 1800, Schulze S. 275, a. A. Agricola S. 298 und Brendel S. 221).

d) Daß es sich um eine Niederlassung handelt, d. h. daß auch hier ein mit einer äußerlich selbständigen Leitung versehener, also jeden Augenblick zur eigenen Handelsniederlassung fähiger, örtlicher Mittelpunkt für den Geschäftsbetrieb vorliegt (K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 198, XIV S. 332, XI S. 375, O.L.G Hamburg in L.Z. 1913, S. 86), nicht bloß eine örtliche Stelle, von der aus Geschäfte geschlossen werden (O.L.G. Dresden und Rostock in O.L.G. Rspr. II S. 91, 92 K.G. in Johow-Ring XXII A 92), z. B. eine Verkaufsbude, eine Markthallenstelle u. dergl. Vgl. Bayer. Obst.Lb.G. bei Holdheim 1904, S. 17ff. In dem Begriff der „Niederlassung" liegt auch die Zusatzbestimmung für eine gewisse Dauer, bloße „fliegende" Stellen sind keine Niederlassungen (Düringer-Hachenburg Anm. 3). Auf den Umfang des Geschäftskreises der Zweigniederlassung kommt es nicht an, auch nicht bei Gewerben nach § 2, sofern nur das Hauptgeschäft den für den Begriff des vollkaufmännischen Handelsgewerbes aufgestellten Erfordernissen entspricht (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 160f. = Johow-Ring XXVII A 211, Bayer. Obst.Lb.G. im Recht 1910 Nr. 2711). Regelmäßig liegt darnach keine Zweigniederlassung, sondern nur eine Geschäftsstelle vor, wenn der Kaufmann am selben Orte in einer anderen Straße eine „Filiale" errichtet (O.L.G. Dresden in Z. XXXIV S. 563). Keine Zweigniederlassungen Bankdepositenkassen, die in ihrer Entschließung ganz unfrei sind (K.G. bei Sobernheim S. 164ff.), Installationsräume von Elektrizitätsgesellschaften, auch regelmäßig Eisenbahnstationen (vgl. Lesse in Busch II S. 287ff., ferner Busch II S. 290), weil es sich nur um Bestandteile des ganzen Bahnverwaltungsbetriebes handelt (R.O.H.G. XIV S. 402, R.G.Z. L S. 399, zustimmend aus anderem Grunde Brendel S. 228 und Schulze S. 279, woselbst Literaturangaben). Doch kann die Eisenbahnstation ein Nebengewerbe betreiben und dadurch zur selbständigen Niederlassung oder Zweigniederlassung werden (R.G.Z. II S. 391). Ob getrennte Bücher geführt und besondere Bilanzen aufgestellt werden, ist nicht entscheidend. Trotz Führung kann eine Geschäftsstelle vorliegen (vgl. K.G. in Entsch. F.G. IX S. 25). Nr. 6.

e) Daß dieser örtliche Mittelpunkt nur untergeordnete Bedeutung für das ganze Geschäft hat; daß die Niederlassung den Zwecken der Hauptniederlassung dient (Pertinenzqualität, Behrend S. 222, R.G.Z. XXXVIII S. 263), ergibt sich schon daraus, daß sie für das gleiche Geschäft, wie die Hauptniederlassung errichtet ist[1]). — Nr. 7.

Weitere Erfordernisse sind nicht notwendig. Insbesondere ist begrifflich nicht erforderlich, daß die Zweigniederlassung in dem Bezirke einer anderen Registerbehörde liegt (vgl. darüber bei § 29) oder daß sie an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde liegt, als die Hauptniederlassung (so Johow V S. 22, 23, XIV S. 12, auch Schulze S. 283). Doch ist eine Zweigniederlassung, die am gleichen Ort oder in der gleichen Gemeinde liegt, wie die Hauptniederlassung, zum Handelsregister nicht anzumelden und nicht einzutragen.

---

[1]) Die Frage, welche von zwei Niederlassungen untergeordnete Bedeutung hat, kann nicht nach dem Geschäftsumsatz oder dem Betriebskapital, das verwandt wird, sondern nach der Frage, wo die Leitung des Geschäfts ist, entschieden werden. Vgl. Schulze S. 277.

Aus dem Tochterverhältnis der Zweig- zur Hauptniederlassung ergibt sich, daß die Veräußerung des Geschäfts im Zweifel auch die der Zweigniederlassung umfaßt (R.O.H.G. 1 S. 38, wenigstens wenn die Firma die gleiche ist) und daß auch sonst im Zweifel die Zweigniederlassung von den die Hauptniederlassung betreffenden juristischen Tatsachen mitbetroffen wird (Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine Handelsgesellschaft, Bolze XIII Nr. 497). Es ergibt sich ferner der in § 13 Abs. 2 aufgestellte Satz, worüber unten Nr. 10. —

Die Zweigniederlassung kann im Inlande und im Auslande begründet werden. Die ausländische Niederlassung scheidet für uns aus. Bei der inländischen kommt es darauf an, ob die Hauptniederlassung im Inlande oder Auslande liegt. Mit dem ersteren Falle befaßt sich § 13 Abs. 1, mit dem letzteren § 13 Abs 3. —

Über die Vertretung der Zweigniederlassung entscheiden allgemeine Grundsätze. Sie kann beim Einzelkaufmann durch einen Handlungsbevollmächtigten (R.O.H.G. XVII S. 320) oder Prokuristen, bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft durch einen vertretenden Gesellschafter, bei der Aktiengesellschaft auch durch den Vorstand erfolgen. Über Beschränkungen der Vertretungsbefugnisse auf den Betrieb einer Zweigniederlassung vgl. bei den §§ 50 Abs. 3, 126 Abs. 3. Über das Recht, unter der Firma der Zweigniederlassung im Prozeß aufzutreten, bei § 17.

Nr. 9. 6. **Anmeldung bei mehreren Hauptniederlassungen.** Falls ein Vollkaufmann mehrere Geschäfte im Inlande unter verschiedenen Firmen betreibt, hat er jede Firma gesondert zum Handelsregister anzumelden, gleichgültig, ob am selben Orte oder an verschiedenen Orten, innerhalb desselben Registerbezirkes oder in verschiedenen Registerbezirken die einzelnen Hauptniederlassungen sich befinden. Die Anmeldungen und Eintragungen, die sich auf die eine Firma beziehen, haben mit den Anmeldungen und Eintragungen, die sich auf die andere Firma beziehen, überhaupt nichts zu tun. Die für die eine Firma erteilte Prokura geht die andere Firma nichts an. — Das gleiche gilt, wenn mehrere Hauptniederlassungen unter derselben Firma an verschiedenen Orten betrieben werden.

Nr. 10. 7. **Anmeldung bei Haupt- und Zweigniederlassung.** Falls ein Vollkaufmann oder eine Handelsgesellschaft im Inlande ein Geschäft mit mehreren Niederlassungen (Haupt- und Zweigniederlassungen) betreibt, sind die auf die Hauptniederlassung bezüglichen Registerakte nach § 13 zunächst beim Handelsregister der Hauptniederlassung (bezw. des Sitzes) vorzunehmen; sie sind hernach in gleicher Weise bei dem Register der Zweigniederlassung zu bewirken. Im einzelnen ergibt sich:

a) Der Grundsatz betrifft nur Registerakte, die sich unmittelbar auf die Hauptniederlassung beziehen, und auch hier nur solche, die für die Zweigniederlassung von Belang sind. Ist z. B. die Prokura nur auf die Hauptniederlassung beschränkt (§ 50 Abs. 3), so ist sie bei der Zweigniederlassung nicht anzumelden (K.G. in O.L.G.Rspr. VI S. 1 vgl. Johow-Ring XXXVII A 194). Handelt es sich um Registerakte, die sich lediglich auf eine Zweigniederlassung beziehen, insbesondere die Errichtung und Aufhebung der Zweigniederlassung, die Änderung der Firma der Zweigniederlassung gemäß § 30 Abs. 3[1]), so ist die Eintragung gemäß § 29 zunächst beim Registergericht der Zweigniederlassung vorzunehmen (vgl. Johow XV S. 12ff. R.G. in J.W. 02 S. 545[9]). Das Registergericht der Zweigniederlassung hat nach erfolgter Eintragung das Registergericht der Hauptniederlassung von gewissen Eintragungen zu benachrichtigen[2]), welches dann einen Vermerk (nicht eine Eintragung im Sinne des § 10) in seinem Register vornimmt (D.F.G.G. § 131).

b) Bei jedem Registergericht, in dessen Bezirk sich eine Zweigniederlassung befindet, sind die Registerakte in gleicher Weise, wie bei dem Registergericht der Hauptniederlassung zu bewirken. Eine Reihenfolge unter den Registergerichten der

---

[1]) Dahin gehören auch die Eintragungen von Prokuren, bezw. von die Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter betreffenden Tatsachen, sofern die Voraussetzungen der §§ 50 Abs. 3, 126 Abs. 3 vorliegen. Vgl. O.L.G. Dresden in L.Z. 1914 S. 306.

[2]) Nach D.F.G.G. § 131: Eintragung und Aufhebung der Zweigniederlassung. Doch wird man wohl auch Änderung der Firma der Zweigniederlassung hierher zählen müssen, nicht dagegen Erteilung der Prokura für die Zweigniederlassung (Z. XXXIV S. 567 Nr. 23, vgl. K.G. in O.L.G.Rspr. VI S. 1).

Zweigniederlassungen ist nicht vorgeschrieben. Ist die Zweigniederlassung im gleichen Bezirk, wie die Hauptniederlassung, so beziehen sich, soweit der Ort der Zweigniederlassung im Register eingetragen ist, die Eintragungen zugleich auf die Zweigniederlassung (K.G. in Johow-Ring XXXIX A 121 = Entsch. F.G. X S. 247).

c) Die Anmeldung ist in gleicher Weise zu bewirken, also durch dieselben Personen, die zum Register der Hauptniederlassung anmelden, sowie in derselben Form und mit demselben Inhalt, wie zum Register der Hauptniederlassung.

d) Die Anmeldung hat nach erfolgter Eintragung beim Registergerichte der Hauptniederlassung notwendig bei dem der Zweigniederlassung zu erfolgen, auch wenn sie bei jenem freiwillig erfolgte (§§ 3 Abs. 2, 36).

e) Der Grundsatz gilt nur insoweit, als das Gesetzbuch nicht ein anderes vorschreibt (vgl. §§ 33 Abs. 2, 201 Abs. 2, 207 Abs. 4, 234 Abs. 2, 265 Abs. 2, 267 Abs. 2, 286, 296 Abs. 2, 333 Abs. 1).

f) Eine Eintragung der auf die Hauptniederlassung bezüglichen Tatsachen soll nicht eher stattfinden als nachgewiesen ist, daß die Eintragung (nicht Bekanntmachung) beim Gericht der Hauptniederlassung geschehen ist. Der Nachweis wird durch Erbringung einer beglaubigten Abschrift der Eintragung zu führen sein. Eine Nachprüfung über die Zulässigkeit der Eintragung der Hauptniederlassung hat die Registerbehörde der Zweigniederlassung jedenfalls insoweit nicht, als der Eintragung in das Register der Hauptniederlassung eine selbständige, formell entscheidende Bedeutung zukommt, wie im Falle des § 2 und der §§ 200, 277 Abs. 3 H.G.B. (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 160 (= Johow-Ring XXVII A 210), VI S. 198ff. (= Johow-R. XXXI A 179), VIII S. 109ff. = O.L.G. Rspr. XIV S. 332, vgl. Johow-Ring XXXIII A 118.) Darüber hinaus verbleibt der Registerbehörde der Zweigniederlassung die selbständige Prüfung (K.G. in Entsch. F.G. III S. 23 = Johow-Ring XXIII A 94 = O.L.G.Rspr. IV S. 450; Johow-Ring XXIX A 93 = O.L.G. Rspr. X S. 233, Johow-Ring XLIV S. 138). Kommt sie zu der Überzeugung der Unzulässigkeit, so hat sie der Registerbehörde der Hauptniederlassung davon Kenntnis zu geben, damit diese die Löschung auf Grund von § 142 D.F.G.G. in Erwägung zieht. Ja sie kann sogar selbständig zur Löschung schreiten (K.G. in Johow-Ring XLIV S. 138). A. a. Ehrenberg Hdb. I S. 574, der die selbständige Prüfung nur dann anerkennen will, wenn eine schlechthin vom Register ausgeschlossene Tatsache, z. B. eine Handlungsvollmacht, irrtümlich im Register der Hauptniederlassung eingetragen war.

g) Das Registergericht der Zweigniederlassung hat die Eintragungen sämtlicher Tatsachen gemäß § 10 bekannt zu machen, und zwar nicht bloß in seinem Lokalblatt, sondern auch im Reichsanzeiger (überflüssiger Formalismus).

h) Die Anmeldungen und Eintragungen zu dem Registergericht einer Zweigniederlassung sind nicht zu dem einer anderen Zweigniederlassung vorzunehmen. § 13 stellt nur das Abhängigkeitsverhältnis der Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung fest, beschäftigt sich dagegen nicht mit dem Verhältnis der einzelnen Zweigniederlassungen zu einander.

8. Ausländische Zweigniederlassungen von inländischen Hauptniederlassungen betrifft § 13 nicht. Nr. 11.

9. **Inländische Zweigniederlassungen von ausländischen Hauptniederlassungen.** Nr. 12.
(Lit.: Denzler S. 339ff.; P. Marcuse in L.Z. 1911, S. 36ff.) Hier wird nach § 13 Abs. 3 das Verhältnis so behandelt, als ob sich die Hauptniederlassung im Inlande befände. Demnach kommen die Vorschriften des Absatzes 1, 2 zur vollen Anwendung, soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, d. h. es sind die Registerakte bei dem Handelsregister der Zweigniederlassung in den gleichen Fällen und in der gleichen Art zu bewirken, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände. Demgemäß ist, falls nach deutschem Recht die Tatsache anmeldungsbedürftig ist, sie anzumelden, auch wenn sie es nach ausländischem nicht ist, und umgekehrt, falls nach ausländischem Recht die Tatsache anmeldungsbedürftig ist, dagegen nach deutschem Recht nicht (z. B. die Handlungsvollmacht), die Anmeldung zu unterlassen. Falls das ausländische Recht eine Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung kennt, ist dem Registerrichter der deutschen Zweigniederlassung nachzuweisen, daß die Eintragung dort geschehen ist. Ist solche Eintragung dagegen

dem Auslande unbekannt, so fällt jener Nachweis fort. Etwaige Surrogate der Eintragung, die das ausländische Recht verlangt, sind dem deutschen Registerrichter nicht nachzuweisen (z. B. Bekanntmachungen in Zeitungen). Vgl. K. f. H. Berlin im Recht 01, S. 318. Der Registerrichter der Zweigniederlassung hat hier übrigens volles Nachprüfungsrecht. — Die einzelnen Folgerungen aus Absatz 3 sind:

Nr. 13. a) **Firma.** Die von ihm geführte Firma hat der ausländische Geschäftsinhaber zum Register der Zweigniederlassung des Inlandes nach § 29 anzumelden und zu zeichnen. Dies gilt auch dann, wenn das ausländische Recht ein besonderes Firmenrecht nicht kennt, ja sogar wenn der Geschäftsinhaber nach ausländischem Recht nicht Kaufmann oder wenigstens nicht Vollkaufmann ist. Denn indem das Gesetz den Fall so behandelt, als ob die Hauptniederlassung im Inlande wäre, erklärt es das deutsche Recht für entscheidend darüber, ob die Voraussetzungen der Firmenführung vorliegen. Demgemäß ist auch § 2 auf inländische Zweigniederlassungen eines Ausländers anzuwenden (vgl. bei § 2 Nr. 8), demgemäß erfolgt die Anmeldung umgekehrt nicht, wenn der Geschäftsinhaber zwar nach ausländischem, aber nicht nach deutschem Recht Vollkaufmann ist. Auch die Änderung der Firma oder ihrer Inhaber, deren Erlöschen und die Verlegung der Haupt- und Zweigniederlassung sind nach § 31 anzumelden.

Nr. 14. b) **Juristische Personen.** Eine juristische Person, deren Hauptniederlassung im Auslande, deren Zweigniederlassung im Inlande liegt, ist, wenn das von ihr betriebene Gewerbe unter § 1 oder § 2 fällt, von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung beim Register der Zweigniederlassung anzumelden in Gemäßheit der §§ 33—35. Dabei gilt (vgl. § 201 Nr. 7ff.):

α) Die Frage, ob eine juristische Person vorliegt, bemißt sich grundsätzlich nach dem Recht des Sitzes der juristischen Person (vgl. § 201 Abs. 5). Doch ist hier Art. 10 des E.B.G.B. zu beachten, nach dem ein nach ausländischem Recht rechtsfähiger wirtschaftlicher Verein, der im Inlande die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erlangen könnte, durch den Bundesrat als juristische Person anerkannt sein muß.

β) Die Anmeldung hat stets zu erfolgen, wenn der Gewerbebetrieb der Zweigniederlassung unter § 1 oder § 2 fällt, gleichgültig ob die juristische Person Kaufmannseigenschaft besitzt oder nicht. Umgekehrt hat sie nicht zu erfolgen, wenn der Gewerbebetrieb weder unter § 1 noch unter § 2 fällt, auch wenn die juristische Person im Auslande Kaufmannseigenschaft besitzt.

γ) Sie hat von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes zu erfolgen, diese Worte dürfen nicht allzu sehr gepreßt werden, da man sonst den Registerrichter vor eine unmögliche Aufgabe stellt. Es wird für die Regel erforderlich und genügend sein, daß alle diejenigen Vorstandsmitglieder, denen die Vertretung der Zweigniederlassung zusteht, die Anmeldung vornehmen. Weitere Vorstandsmitglieder heranzuziehen, wäre kaum durchführbar. Die Vorstandsmitglieder haben sich als solche auszuweisen. Die Legitimation kann durch Beibringung einer beglaubigten Abschrift des ausländischen Registereintrags oder durch Vorlegung der Urkunden über Bestallung des Vorstandes erfolgen.

δ) Die Satzungen der juristischen Person sind in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Der Begriff der Satzung bestimmt sich nach B.G.B. § 25. So wäre das englische memorandum of association keine Satzung, vielmehr bedürfte es der Beifügung der articles of association.

ε) Bei der Eintragung sind die Firma, der Sitz, der Gegenstand des Unternehmens und die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Ebenso sind besondere Bestimmungen der Satzung über die Vertretungsbefugnis, zumal mit Rücksicht auf die Zweigniederlassung und über die Zeitdauer des Unternehmens, einzutragen.

ζ) Bei den in § 34 Abs. 1 angegebenen Tatsachen ist zu berücksichtigen, daß sie (zumal die Satzungsänderung und die Auflösung) vom Recht des Sitzes beherrscht werden. So weit dieses also vom deutschen Recht abweicht, z. B. Liquidatoren nicht kennt, können die §§ 34, 35 nicht zur Anwendung gelangen.

η) Über die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft bei § 201 Nr. 7ff.

c) **Prokura.** Die erteilte Prokura ist zum Register der inländischen Zweigniederlassung anzumelden und der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zu zeichnen (§ 53). Ob Prokura vorliegt, ist nach dem Umfange der Vollmacht zu entscheiden. Gleichgültig ist, ob die Prokura nach dem Recht der Hauptniederlassung anmeldungsbedürftig ist. Ist der Prokurist lediglich auf die Vertretung der ausländischen Niederlassung beschränkt, so bedarf es natürlich der Anmeldung beim Register der Zweigniederlassung nicht. Ist er umgekehrt nur für die inländische Zweigniederlassung bestellt — der eigentlich praktische Fall —, so erfolgt die Anmeldung bei dieser primär. — Handlungsvollmachten sind auch dann nicht anzumelden, wenn sie zur ausländischen Hauptniederlassung anzumelden waren. Nr. 15.

d) **Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft** (über Aktiengesellschaften bei § 201 Nr 7 ff.). Beide sind, falls der Sitz im Auslande, die Zweigniederlassung im Inlande ist, gemäß §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1, 108 zum Register der Zweigniederlassung anzumelden. Ob eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft vorliegt, ist aus den §§ 105, 161 zu entnehmen, wobei für den Begriff des Handelsgewerbes die §§ 1, 2, nicht das ausländische Recht entscheidend ist. Demnach wäre eine Vereinigung zum Betriebe der Landwirtschaft auch dann nicht eine offene Handelsgesellschaft, wenn sie es nach dem Rechte ihres Sitzes wäre. Wie sollte der deutsche Registerrichter dazu kommen, solche Vereinigung zur Eintragung zuzulassen? Umgekehrt würde er eine Vereinigung, die die Kriterien des § 105 erfüllt, als offene Handelsgesellschaft selbst dann behandeln, wenn sie nach ausländischem Recht bürgerliche Gesellschaft ist, was besonders wichtig für den Fall des § 2 ist. Dies ist schon deswegen notwendig, um den Ausländer nicht vor dem Inländer zu begünstigen. Ist der deutsche Unternehmer registerpflichtig, so muß es auch der ausländische sein. So kann es dahin kommen, daß eine ausländische Gesellschaft einem verschiedenen Recht unterstehen kann hinsichtlich der Beurteilung ihrer rechtlichen Natur, je nachdem es sich um ihre ausländische Hauptniederlassung oder um ihre inländische Zweigniederlassung handelt. Freilich wird zu beachten sein, daß das materielle Gesellschaftsrecht der ausländischen Handelsgesellschaft grundsätzlich von dem Recht des Sitzes beherrscht wird. Doch wird man die Bestimmungen des H.G.B. über die Vertretung und die Gesamthaftung als zwingendes Recht auf die inländische Zweigniederlassung anzuwenden haben. Art. 30 E.B.G.B. Im einzelnen gilt: Nr. 16.

α) Bei Errichtung der Zweigniederlassung hat die Anmeldung alle in den §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1 angegebenen Tatsachen zu enthalten. Sie ist von sämtlichen Gesellschaftern vorzunehmen (vgl. O.L.G. Dresden in Entsch. F.G. XIII S. 28) und die die Zweigniederlassung vertretenden Gesellschafter haben die Firma zu zeichnen (§ 108).

β) Änderungen der Firma, des Sitzes und der Personen der Gesellschafter sind nach den §§ 107, 108 anzumelden, desgl. sind anzumelden Änderungen der Firma der Zweigniederlassung und Verlegung der Zweigniederlassung.

γ) Die in § 125 Abs. 4 genannten Tatsachen sind zum Register der Zweigniederlassung nur insoweit anzumelden, als diese davon mitbetroffen wird. Ist die Vertretungsbefugnis lediglich auf die ausländische Hauptniederlassung beschränkt, so kommt eine Anmeldung nicht in Frage.

δ) Die Auflösung der Gesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters, sowie die Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten sind auch dann anzumelden, wenn eine Anmeldung zum Register der ausländischen Hauptniederlassung nicht vorgeschrieben ist. Liquidatoren sind nur dann anzumelden, wenn solche nach ausländischem Recht anerkannt werden.

10. **Älteres Recht.** § 13 findet auch auf Zweigniederlassungen Anwendung, die unter der Herrschaft des älteren Rechts errichtet sind, sofern die Anmeldung zur Eintragung bis zum 1. Jan. 1900 noch nicht erfolgt war. Dies ist besonders von Wichtigkeit für Abs. 3. Die Vorschriften derjenigen Einführungsgesetze zum alten H.G.B., die das Verfahren bei Eintragung inländischer Zweigniederlassungen von ausländischen Hauptniederlassungen betreffen (Denkschr. II S. 3153) fallen von da ab fort. In Wegfall kommen aber auch solche Vorschriften, nach denen die inländischen Bevollmächtigten ausländischer Gesellschaften selbst dann, wenn eine Zweigniederlassung nicht vorlag, einzutragen waren. Nr. 17.

§ 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.

Entw. I § 13, II § 14; Denkschr. I S. 29, II S. 3153; A.D.H.G.B. Art. 26, 45 Abs. 4, 89 usw.

Nr. 1. 1. **Anmeldungspflicht und Anmeldungsrecht.** Die Verpflichtungen zu Anmeldungen, Zeichnungen und Einreichungen ergeben sich nach Maßgabe der einzelnen Bestimmungen. Wer bloß zur Anmeldung berechtigt ist (z. B. im Falle des § 3 Abs. 2, des § 25 Abs. 2, des § 28 Abs. 2, des § 36), untersteht dem Zwang des Registerrichters nicht. Doch ist wohl zu beachten, daß durch Ausübung einer Berechtigung eine Verpflichtung zu Registerakten für die Folgezeit entstehen kann. So ist die zum Handelsregister der Hauptniederlassung erfolgte Eintragung stets, also auch wenn sie freiwillig erfolgt ist, zu dem der Zweigniederlassung zu bewirken und von dem Registerrichter der Zweigniederlassung gemäß § 14 zu erzwingen. Ebenso ist eine Änderung und das Erlöschen der einmal eingetragenen Firma stets anzumelden. Die Erteilung der Prokura ist richtiger Ansicht nach von dem Geschäftsinhaber nach § 53 auch dann anzumelden, wenn dieser die Firma nach § 36 nicht eintragen zu lassen braucht (vgl. bei § 53). Da andererseits die Eintragung der Prokura die Eintragung der Firma voraussetzt, so entsteht durch Erteilung der Prokura auch im Falle des § 36 eine Verpflichtung zur Anmeldung der Firma.

Nr. 2. 2. Das **Zwangsrecht des Registerrichters** besteht grundsätzlich, wo eine Verpflichtung zur Anmeldung auferlegt ist, nie natürlich, wo die Eintragung nur fakultativ ist (§§ 2, 3 Abs. 2, 36). Doch enthält das Gesetz auch bei Anmeldungspflicht einzelne Ausnahmen (§§ 175, 319 Abs. 2, 320 Abs. 3, 333 Abs. 1). In solchen Fällen besteht zwar auch eine Verpflichtung zur Anmeldung (Behrend S. 237 Anm. 48), aber § 14 findet auf sie keine Anwendung, soweit es sich um die Anmeldung zum Register des Sitzes der Gesellschaft handelt. Dagegen findet in allen diesen Fällen § 14 Anwendung auf die Anmeldungen zum Register der Zweigniederlassung.

Nr. 3. 3. Das Zwangsrecht hat nur der zuständige Registerrichter, d. h. im Zweifel der Registerrichter der Hauptniederlassung. Es hat aber nicht bloß der Registerrichter der Hauptniederlassung, sondern auch der der Zweigniederlassung, ja letzterer kann es haben, wo es ersterer nicht hat, z. B. wenn es sich um Anmeldung der Aufhebung der Zweigniederlassung handelt, um Anmeldung der auf die Zweigniederlassung beschränkten Prokura, ferner wenn die Eintragung in den Fällen der §§ 175, 319 Abs. 2, 333 Abs. 1 beim Register des Sitzes erfolgt ist. Umgekehrt kann es ersterer haben, wo es letzterer nicht hat, z. B. im Falle des § 33 Abs. 2, Satz 2, des § 201 Abs. 2. Soweit der Registerrichter der Zweigniederlassung einschreiten darf, darf er es nur innerhalb der Grenzen seiner örtlichen Zuständigkeit. So würde er wegen unzulässiger Firmenführung der Hauptniederlassung kein Ordnungsstrafverfahren einleiten können (K.G. in Johow-Ring XXXI A 206, XXXVI A 128).

Nr. 4. 4. Dem Zwangsrecht unterstehen alle Verpflichteten nach Maßgabe ihrer Verpflichtung[1]). Die Verpflichtung kann sich im einzelnen Falle erstrecken auf die Anmeldung, auf die Zeichnung, auf die Einreichung von Schriftstücken. Wer zu dem einen verpflichtet ist, ist darum noch nicht notwendig zu dem anderen verpflichtet. So ist die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft von sämtlichen Gesellschaftern, die Zeichnung nur von den vertretenden Gesellschaftern zu bewirken (§ 108). — Immer richtet sich das Zwangsrecht gegen diejenigen physischen

---

[1]) Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn der Staat selbst Unternehmer ist. Ordnungsstrafen können hier nicht verhängt werden, hier bleibt nur übrig, daß der Registerrichter sich beschwert (Cohn bei Gruchot XLII S. 73, Staub-Bondi § 36 A. 8, a. A. Makower § 14, II).

Personen, denen gegebenenfalls die konkrete Verpflichtung obliegt (K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 463, VII S. 346, XII S. 412; Johow-Ring XXI A 271, XXVI A S. 232, XXXI A 207, Entsch. F.G. II S. 183), und zwar gegen die sämtlichen, zur Mitwirkung bei der Anmeldung Verpflichteten (K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 463), der Registerrichter darf nicht einen herausgreifen (Marcus in Holdheim 04, S. 30). Ist der eine bereit, während der andere sich weigert, so ist natürlich nur der sich weigernde zu zwingen (Ld.G. Hamburg in Holdheim 04, S. 198). Bei Übernahme eines Geschäfts mit Firma ist als Verpflichteter der neue Inhaber anzusehen, denn er ist der derzeitige Firmenträger (Feder in D.J.Z. 04, S. 118).

4a. Der Registerrichter hat nur ein Zwangsrecht behufs Bewirkung der Anmeldung durch Verhängung von Ordnungsstrafen. Darüber hinaus kann er die Eintragung weder selbst verfügen noch dazu Anweisungen erlassen (K.G. in O.L.G. Rspr. I S. 356). Nr. 4a.

5. Das **Zwangsrecht** des Registerrichters wird **von Amts wegen** ausgeübt. Nr. 5. Hat er von dem Vorhandensein der Verpflichtung glaubhafte Kenntnis erhalten, (solche Kenntnis ihm zu verschaffen sind die Organe des Handelsstandes gehalten D.F.G.G. § 126, welche auch die dementsprechenden Anträge stellen und bei Ablehnung dieser Anträge Beschwerde erheben können, dazu K.G. in Entsch. F.G. IV S. 207, IX S. 250), so kann er zunächst ohne Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens den Beteiligten zur Erfüllung seiner Anmeldepflicht auffordern, gegen welche Aufforderung wie überhaupt gegen alle außerhalb des ordentlichen Verfahrens erfolgenden Mitteilungen (K.G. in Z. LIV S. 260, Johow-Ring XXXVII A 192) Beschwerde nicht zulässig ist. Er kann aber auch sofort zum Ordnungsstrafverfahren schreiten. Diesenfalls hat er dem Beteiligten durch Verfügung (D.F.G.G. § 16) unter Androhung einer in bestimmtem Betrage zu beziffernden (K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 410) Ordnungsstrafe, die den Betrag von 300 Mark nicht übersteigen darf, aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Die Beschwerde gegen die Verfügung auf Einleitung des Zwangsverfahrens (gleichgültig ob die Verfügung vom Gericht erster Instanz oder bei Ablehnung des Gerichts erster Instanz vom Beschwerdegericht ergangen ist (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 250, X S. 24 = Johow-Ring XXXVII A 189, 196), gleichgültig, welches der Grund der angeblichen Unzulässigkeit der Verfügung ist (Josef in Holdheim XIX S. 84), ist unzulässig (D.F.G.G. § 132 Abs. 1), vielmehr ist dem Beteiligten, der die Verpflichtung zur Anmeldung bestreitet, überlassen, rechtzeitig (hinsichtlich der Fristberechnung D.F.G.G. § 17) mündlich oder schriftlich, letzterenfalls auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers, Einspruch zu erheben. Als solchen „Einspruch" wird man im Zweifel eine „Beschwerde" erachten dürfen (K.G. in Johow-Ring XXXI A 164), auf die Wahl der Worte kommt es nicht an (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 105 = Johow-Ring XXVII A 216). Auch in dem Gesuch um einstweilige Einstellung des Registerzwanges kann ein „Einspruch" liegen (K.G. im Zentralbl. I S. 532). — Doch kann der Registerrichter die Verfügung freiwillig ändern (D.F.G.G. § 18). Über den weiteren Gang des Verfahrens normieren D.F.G.G. §§ 133—139 (ausführliche Darstellung bei Brand Anm. 6 ff.). Hier ist nur folgendes hervorzuheben:

a) Die Strafe wird festgesetzt, wenn innerhalb der Frist weder der Verfügung nachgekommen noch Einspruch erhoben wird (bez. der erhobene Einspruch zurückgenommen wird). Aber auch die nach Ablauf der Frist vorgenommene Anmeldung hindert die Festsetzung der Strafe (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 44 vgl. XIII S. 36, anders Johow-Ring XXVI A 75). Ist dagegen die Strafe einmal festgesetzt, so nützt nachträgliche Anmeldung nichts mehr.

b) Während gegen die Verfügung auf Einleitung des Zwangsverfahrens nur Einspruch zulässig ist, findet gegen den Beschluß, durch den die Strafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, sofortige Beschwerde statt (D.F.G.G. § 139), gleichgültig, ob dieser Beschluß in der ersten oder zweiten Instanz ergeht (K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 218).

c) Ist die Strafe festgesetzt, so kann die Beschwerde nicht darauf gestützt werden, daß die strafandrohende Verfügung nicht gerechtfertigt gewesen sei; darum kann eine Herabsetzung der Strafe auch nicht durch die Beschwerde erreicht werden. (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XIV S. 154, Bayr. Obst.Ld.G. in L.Z. 09, S. 789.)

d) Die Beschwerde gegen die Festsetzung kann sich auch darauf stützen, daß die Versäumung eine entschuldbare war (K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 343 Anm.).

e) Im Falle der Verwerfung des Einspruchs und Festsetzung der Strafe hat das Gericht eine neue Verfügung zu erlassen, also wiederum eine Ordnungsstrafe unter Setzung einer Einspruchsfrist anzudrohen (D.F.G.G. § 135 Abs. 3).

Nr. 6. 6. Der Registerrichter hat auch in anderen gesetzlich bestimmten Fällen als solchen, die § 14 im Auge hat, das Recht, Personen durch Ordnungsstrafen zur Erfüllung oder zur Unterlassung gewisser Handlungen anzuhalten, vgl. darüber und über das zu beobachtende Verfahren bei den §§ 37 Abs. 1, 319 Abs. 1, 325 Nr. 9. Soweit eine gesetzliche Vorschrift nicht zugrunde liegt, kann er Ordnungsstrafen nicht verhängen, sondern muß eine Unrichtigkeit des Handelsregisters auf andere Weise beseitigen (vgl. aus der Praxis K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 342: fälschliche Standesbezeichnung eines Kaufmanns als „Bankier", ohne daß die Firma die Bezeichnung enthielt).

Nr. 7. 7. Nicht dem Registerrichter, sondern der Polizeibehörde liegt ob die Anhaltung zur Erfüllung der durch G.O. § 15a vorgeschriebenen Pflichten (vgl. Art. 9 Nr. I des E.H.G.B.).

§ 15.

So lange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache 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 Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

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

Entw. I § 14, II § 15; Denkschrift I S. 30f., II S. 3154; A.D.H.G.B. Art. 25 Abs. 2, 3; 46, 87 Abs. 2 u. a.

Literatur: V. Ehrenberg in Iherings Jahrb. XLVII S. 273ff. u. Hdb. §§ 57ff., H. Lührs, Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsregister, 1898, Telgmann, Wirkung der Eintragung in das Handelsregister Diss. 1903, K. Rauch in Festgabe für Güterbock 1910. Unter den zahlreichen Dissertationen die von Wiegand (1910), Altenburg (1911), Fester (1911). Vgl. auch noch Br. Mayer in Grünhuts Zeitschrift XXXII.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. § 15 enthält die materiellrechtlichen Wirkungen der Öffentlichkeit des Handelsregisters. Dem Grundgedanken nach stimmt er mit den Vorschriften des B.G.B. über die Publizität des Vereinsregisters überein (B.G.B. §§ 68, 70), steht aber in der Tragweite hinter den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches (B.G.B. §§ 891, 892) und sogar des Güterrechtsregisters (B.G.B. § 1435) zurück.

Im Abs. 1 wird die negative Seite des Publizitätsprinzips (Wirkung der Nichteintragung und Nichtbekanntmachung), in Abs. 2 deren positive Seite (Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung) normiert. Abs. 3 enthält eine Spezialbestimmung über die Wirkungen der Eintragung und Bekanntmachnng durch das Gericht der Zweigniederlassung.

Nr. 2. 2. **Gegenstand des Eintrags.** Das Handelsregister unterscheidet sich vom Grundbuche und Schiffsregister grundsätzlich dadurch, daß nicht Rechte, sondern Tatsachen eingetragen werden. Allerdings besitzt die Eintragung für die Entstehung

von Rechtsverhältnissen in manchen Fällen bedingende oder geradezu schaffende Kraft, aber die Eintragung selbst bezieht sich stets nur auf Tatsachen. Eingetragen wird z. B. die Führung der Firma, die Wahl eines Ortes als Niederlassung, der Gegenstand des Unternehmens, die Erteilung der Prokura, die Namen der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, der Betrag der Kommanditisteneinlage, die Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft usw. Das Handelsregister leistet im allgemeinen nicht einmal Gewähr dafür, daß der Eintrag der Wahrheit entspricht, daß z. B. die eingetragene Firma wirklich besteht, daß die eingetragene Prokura wirklich erteilt ist, daß die Namen der Gesellschafter wirklich die richtigen sind. Es gibt nur die „angeblichen" Tatsachen, d. h. die Angaben des Anmeldenden über die Tatsachen wieder. Insofern freilich die anzugebende Tatsache in einem Willensakt besteht, z. B. bei der Erteilung einer Prokura, dem Eintritt eines Gesellschafters, der Änderung einer Firma, kann die Anmeldung die Vornahme dieses Willensaktes durch die dazu legitimierte Person und damit zugleich die Schaffung jener Tatsache darstellen. Aber darüber hinaus vermag sie nicht Tatsachen zu schaffen. So würde z. B. die Anmeldung der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft wegen Todes eines Gesellschafters nicht die Auflösung erzeugen, wenn in Wahrheit der angeblich Verstorbene noch lebt.

3. Nach den früheren Erörterungen (vgl. bei § 12 Nr. 7—14) erstreckt sich auch die Prüfungspflicht der Registerbehörde im allgemeinen nicht auf die Wahrheit der Angaben des Anmeldenden. Freilich hat der Registerrichter seine Mitwirkung zu versagen, wo er die Überzeugung oder den dringenden Verdacht von der Unwahrheit hat, und hat er von Amts wegen zu löschen, sobald er sich von der Unrichtigkeit der Eintragung überzeugt hat (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 158), aber er ist im allgemeinen nicht verpflichtet, sich über die Übereinstimmung der Anmeldung mit der Wirklichkeit Gewißheit zu verschaffen. Nr. 3.

4. **Beweisende Kraft der Eintragung.** Dem Vorgetragenen entspricht es, daß das Gesetz von einer allgemeinen Rechtsvermutung des Inhalts, daß der Eintrag der Wirklichkeit entspreche oder gar von einem dem redlichen Dritten zu gute kommenden öffentlichen Glauben des Handelsregisters, wie ihn für das Grundbuch B.G.B. §§ 891, 892 aufstellt, in § 15 absieht.[1]) Wird z. B. die Nichtexistenz der offenen Handelsgesellschaft wegen Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrages behauptet, so haben die sich auf die Gültigkeit stützenden Gesellschafter die Existenz nachzuweisen, die bloße Berufung auf den Eintrag würde ihnen nichts nützen. Oder ist für einen minderjährigen Kaufmann ein Prokurist ohne die erforderliche obervormundschaftliche Genehmigung bestellt, so bleibt die Bestellung trotz der Eintragung und Bekanntmachung ohne rechtliche Wirkung (vgl. § 48 Nr. 4). Oder hat das Grundbuchamt Zweifel, ob die noch eingetragene Handelsgesellschaft wirklich besteht, so kann es andere Beweismittel heranziehen (K.G. in Johow-Ring XXXIII A 154). Freilich wird meist nach Lage der Dinge eine tatsächliche Vermutung für die Übereinstimmung des Registers mit der Wirklichkeit bestehen, so wird man z. B. tatsächlich vermuten dürfen, daß der eingetragene Firmeninhaber in Wirklichkeit ein Gewerbe betrieb (vgl. bei § 1 Nr. 10). Der Gegner wird seine Einwendungen zu detaillieren, den angeblichen Grund der Nichtübereinstimmung zu bezeichnen haben und die Beweisfrage regelt sich dann nach allgemeinen Grundsätzen. Es ist ferner klar, daß der die Eintragung durch seine Anmeldung Erzielende für die Folgen seiner Willenserklärung nach allgemeinen Grundsätzen einstehen muß, z. B. haben diejenigen, die sich als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft anmeldeten, sich als solche behandeln zu lassen, auch wenn zwischen ihnen kein Gesellschaftsvertrag geschlossen ist (vgl. bei § 105 Nr. 1 und oben § 1 Nr. 10). Wer eine Fabrik als Zweigniederlassung eines Handelsgeschäfts eintragen läßt, muß sich vor dem Gericht dieser Fabrik als dem Gericht der Niederlassung belangen lassen (R.G.Z. L S. 428 und Warneyer 1913 Nr. 106, O.L.G. Darmstadt in Seuffert LVIII Nr. 150, O.L.G. Hamburg in L.Z. 1911, S. 77). Sehr weitgehend R.G.Z. LXVI S. 418, welche Entscheidung bei simulierter Übertragung von Geschäft und Firma und darauf veranlaßter Eintragung und Veröffentlichung den bisherigen Inhaber dritten Nr. 4.

---

[1]) Gegen eine solche Auffassung Herzog's in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt XVII S. 217ff., vgl. v. Hahn S. 137 A. 12.

Gutgläubigen gegenüber nicht mehr als Gläubiger und Schuldner der Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden legitimiert sein läßt. — Ehrenberg Hdb. I S. 645 ff. stellt darnach als gewohnheitsrechtlichen Satz auf: „Wer eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, muß es sich gefallen lassen, daß jeder Dritte ihren Inhalt für richtig hält" und dem wird man wohl zustimmen müssen. Weiter hat das Gesetz selbst für einzelne Fälle eine Rechtsvermutung der Übereinstimmung von Eintrag und Wirklichkeit begründet (vgl. § 5, § 6 Abs. 1; Ehrenberg spricht hier von heilender Wirkung, ein nicht einwandfreier Ausdruck) und endlich statuiert § 15 Abs. 1 in gewissen Beziehungen eine über solche Rechtsvermutung sogar hinausgehende Wirkung. Aber davon abgesehen ist an dem Satz festzuhalten, daß die Existenz der eingetragenen Tatsache durch den Eintrag nicht bewiesen wird. Vielmehr beweist der Eintrag nur die Abgabe der Erklärung, daß jene Tatsachen eingetreten seien (R.O.H.G. XXIII S. 286, R.G.Z. I S. 243, R.G. in Straff. XVIII S. 179, R.G. in J.W. 04, S. 304[20], Adler-Clemens Nr. 377; vgl. ferner O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXXVI S. 467.) Freilich ist der Eintrag keine eigentliche Aufnahme einer Urkunde über eine abgegebene Erklärung, sondern eine öffentliche Urkunde über eine amtliche Verfügung (Z.P.O. § 417) und begründet als solche vollen Beweis seines Inhaltes. Aber daraus folgt nur, daß durch den Eintrag bewiesen wird, der Registerrichter habe legal gehandelt, d. h. er habe die Pflichten der Prüfung, soweit sie ihm obliegen, beobachtet (darüber oben bei § 12 Nr. 7 ff.) In diesem Sinne legt R.G.Z. XXXXI S. 22 und R.G.Z. LXVIII Nr. 26 (vgl. auch K.G. in Entsch. F.G. VI S. 188) demjenigen, der die Gesetzmäßigkeit des Eintrags bestreitet, den Beweis auf. Keineswegs aber darf angenommen werden, daß der Eintrag volle Beweiskraft über die angegebenen Tatsachen enthalte; hätte das Gesetzbuch dies gewollt, so hätte es einen entsprechenden Satz aufstellen müssen.[1])

Nr. 5. 5. Das Gesetz beschränkt sich vielmehr in § 15 darauf, die Folgen zu erörtern, die an Eintragung oder Nichteintragung von wirklich bestehenden Tatsachen sich knüpfen. § 15 setzt also voraus, daß die einzutragende oder eingetragene Tatsache wirklich besteht oder doch kraft positiver Vorschrift durch die Eintragung als bestehend vermutet wird (§ 5). Vgl. Ehrenberg Hdb. I S. 628. Daß sie eintragungsbedürftig ist, ist nicht notwendig, es genügt, daß sie eintragungsfähig ist. Welche Tatsachen eintragungsbedürftig oder eintragungsfähig sind, ergeben die einzelnen Bestimmungen.[2]) Auch die „Berichtigung" des Registers fällt an sich unter § 15. § 15 Abs. 2 wäre jedenfalls auf sie anwendbar, aber auch § 15 Abs. 1. Nur bedeutet die Anwendung von Abs. 1 nicht viel, denn der Dritte, der seine Unkenntnis der Berichtigung vorschützt, entgeht damit nicht der Replik, daß die eingetragene Tatsache in Wahrheit nicht bestand (Ehrenberg a a. O. S. 628). — Ist eine Tatsache an sich eintragungsbedürftig, so treten die Folgen des § 15 aber auch dann ein, wenn sie eine Änderung oder Aufhebung von anderen, eintragungsbedürftigen, aber nicht eingetragenen Tatsachen enthält. Vgl. darüber bei §§ 31, 53, 106, 125, 143, Wiener in Busch XXXVIII S. 1 f., dagegen Wulff in Z. XXXXII S. 1 f.

Nr. 6. 6. **Wirkung der Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung.** Wird eine eintragungsbedürftige oder eintragungsfähige Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht, so kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war **(sogen. relative Unwirksamkeit)**, d. h.

---

[1]) Aus G.B.O. § 33 will Kuttner in Jher. Jahrb. LXI S. 170 ff. und ihm folgend Ehrenberg Hdb. I S. 622 ein allgemeines Prinzip für den Rechtschein, d. h. die Vermutung der Richtigkeit des Eintrags entnehmen. Allein jene Bestimmung rechtfertigt sich durch die Besonderheit der Fälle, eine Generalisierung ist mißlich. Würde man etwa nach dem Vorgange des Schweizer Zivilgesetzb. Art. 9 eine solche Vermutung aufstellen, so müßte man folgerecht die Prüfungspflicht des Registerrichters verschärfen.

[2]) Eine Reihe von Tatsachen wird zwar zum Handelsregister durch Einreichung von Schriftstücken kundgegeben oder gar durch den Registerrichter bekannt gemacht (vgl. z. B. § 199), aber nicht eingetragen. Auf solche erstreckt sich § 15 nicht, sie sind nicht „einzutragende Tatsachen". Vgl. R.G. in J.W. 1910, S. 843[85], 1911 S. 779[48] = R.G.Z. LXXVIII S. 363. Über das Verhältnis des § 15 zu § 36 bei § 36.

a) diese Folgen knüpfen sich an den Mangel der Eintragung[1]) oder den Mangel der Bekanntmachung (gleichgültig aus welchem Grunde und durch wessen Schuld er entstand). Es genügt also nicht, daß eingetragen ist, um die Folgen des § 15 Abs. 1 auszuschließen, zur Eintragung muß vielmehr die Bekanntmachung hinzutreten, vorausgesetzt, daß diese erfordert wird. So weit die Bekanntmachung nicht erfordert wird (vgl. §§ 162 Abs. 2, 3, 175), erzeugt schon die Eintragung den Ausschluß der Folgen des Abs. 1. Umgekehrt ersetzt die Bekanntmachung nicht die Eintragung. Soweit also eine Bekanntmachung, nicht eine Eintragung, vom Gesetze erfordert wird (vgl. z. B. § 199), kann § 15 nicht in Betracht kommen. Wäre ferner die Eintragung in Widerspruch, die Bekanntmachung in Übereinstimmung mit der Tatsache erfolgt, so würde die korrekte Bekanntmachung nicht die unrichtige Eintragung heilen. Eintragung und Bekanntmachung müssen ferner in gehöriger Form ergangen sein (vgl. darüber bei § 10). Daß sie von dem wirklich örtlich zuständigen Registergericht ergangen sind, ist nicht unbedingt notwendig (anders Wiegand, Auslegung des H.G.B. § 15, Diss. 1910 S. 52 A. 77 und Ehrenberg Hdb. I S. 636)[2]). Doch ist selbstverständlich, daß die an bereits bestehende Eintragungen anknüpfenden weiteren Einträge z. B. Prokura-Eintragungen, Eintragungen von Firmenänderungen, von Abänderungen der Statuten, von derjenigen Registerbehörde vorzunehmen und zu publizieren sind, bei der die Haupteintragung erfolgt ist.

b) Die Folge tritt ein, so lange die Eintragung und Bekanntmachung nicht geschehen ist. Folglich hebt die nachträglich erfolgende Berichtigung die Folgen nicht rückwärts auf. Wäre die Eintragung unrichtig, die Bekanntmachung richtig erfolgt, so müßte die Eintragung berichtigt und die Bekanntmachung dann wiederholt werden. Erst mit der erneuten Bekanntmachung nähme die Folge des § 15 Abs. 1 ihr Ende.

c) Die nachteilige Folge trifft denjenigen, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war. Dies ist bei Firmen- und Prokureneintragung der Firmeninhaber, bei Gesellschaftseintragungen die Handelsgesellschaft bezw. deren Mitglieder oder die Erben der Mitglieder.

d) Dieser kann sie Dritten nicht entgegensetzen, d. h. solchen, die an Herbeiführung der Tatsache nicht mitbeteiligt sind. Auf das interne Verhältnis der Mitbeteiligten findet § 15 keine Anwendung, also nicht auf das Verhältnis des Prinzipals zum Prokuristen, der Gesellschafter untereinander, (vgl. R.G.St. XLII S. 229) der Gesellschafter zu den Liquidatoren, der Aktiengesellschaft zum Vorstande usw. (vgl. R.O.H.G. VI S. 141, R.G.Z. IX S. 91, Bolze XIII Nr. 497). Umgekehrt kann sie der Dritte ihm entgegensetzen (vgl. R.G.Z. IX S. 91, O.L.G. Dresden in Seuffert Bl. LXXVII S. 126). Wie weit sie der Dritte einem anderen Dritten entgegensetzen kann, regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen, § 15 ist hier überhaupt nicht anwendbar (Düringer-Hachenburg Anm. 6, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rspr. 07 S. 247 f.). Ebensowenig gilt § 15 für strafrechtliche Folgen, z. B. hört die Buchführungspflicht mit dem Ausscheiden für den ausscheidenden Gesellschafter auf ohne Rücksicht auf die Eintragung des Ausscheidens (R.G.St. XIII S. 310, XLI S. 428), würde der abberufene Geschäftsführer einer G. b. m. H. den Offenbarungseid nicht mehr leisten können, auch wenn die Entziehung der Vertretungsbefugnis nicht eingetragen wäre (O.L.G. Rostock in O.L.G. Rspr. XXIV S. 157). Nr. 7.

e) Er kann sie Dritten dann entgegensetzen, wenn sie diesem bekannt war. Dem Dritten hilft die Unkenntnis auch dann, wenn er in der Lage war, Kenntnis

---

[1]) Dem Mangel der Eintragung steht natürlich die unrichtige Eintragung gleich, soweit die Unrichtigkeit reicht. Vgl. R.O.H.G. XXIII S. 286, O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XIX S. 293. Sorgt der Antragsteller, der von der Unrichtigkeit weiß, aber nicht für die Berichtigung, so darf er sich auf die Unrichtigkeit nicht berufen. Hierzu Staub-Bondi, Einl. zu § 15, Ehrenberg Hdb. I S. 651. Wie ist es, wenn die Eintragung ohne Anmeldung erfolgt? An sich ist solche Eintragung unwirksam, aber sie wird durch die nachträgliche Geltendmachung seitens der zur Anmeldung Legitimierten ratihabiert.

[2]) Wäre z. B. das behufs Firmeneintragung nach § 29 angegangene Gericht in Wahrheit nicht das zuständige, weil die Handelsniederlassung in einem anderen Bezirke ist, so träte trotzdem die Wirkung des § 15 ein.

zu nehmen, seine Unkenntnis wird nie als verschuldete angesehen. Daß dem Dritten die Tatsache bekannt war, ist ihm nachzuweisen, gleichgültig ist aber, woher der Dritte die Kenntnis hatte, es genügt auch zufällige eigene Wahrnehmung. Nur muß es sich um wirkliche Kenntnis handeln, nicht um bloße Mutmaßung.

Nr. 8. f) Die Wirkung des Abs. 1 tritt nicht bloß bei Rechtsgeschäften (so Rauch unter analoger Heranziehung der §§ 1435, 68, 892 B.G.B.), sondern auch im Prozeßverkehr (vgl. Ehrenberg Hdb. I S. 658 ff. und M. Wolff, Grundbegriffe S. 30 Anm. 24), ja darüber hinaus bei obligationes ex lege und ex delicto ein (anders Ehrenberg S. 635), und bei Rechtsgeschäften tritt sie auch dann ein, wenn die Kenntnis des Dritten von der einzutragenden Tatsache für sein Verhalten keinerlei Bedeutung hat. Freilich beschränkt die Denkschrift die Anwendbarkeit des § 15 auf Fälle, in denen nach Lage der Dinge es für den Dritten Bedeutung haben kann, ob er die Tatsache kennt oder nicht. Sei jede Möglichkeit solcher Bedeutung ausgeschlossen, so müsse Dritten gegenüber die Tatsache nach allgemeinen Grundsätzen verwertet werden können. Als Beispiel wird angeführt, daß durch die scheu werdenden Pferde des Geschäftswagens einer offenen Handelsgesellschaft ein Schade angerichtet wird. Hier könne der Geschädigte nicht einen z. Zt. des Unfalls bereits ausgeschiedenen Gesellschafter aus dem in Abs. 1 angeführten Grunde in Anspruch nehmen, weil jeder Zusammenhang zwischen Entstehung des Schadens und Unkenntnis des Dritten vom Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters ausgeschlossen sei. Indessen läßt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes diese Beschränkung nicht rechtfertigen, vgl. Cosack S. 36, Gareis zu § 15, Düringer-Hachenburg Anm. 4. Sie würde auch zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen. Selbst bei dem außerrechtsgeschäftlichen Verkehr kann das Vertrauen auf das Vorhandensein gewisser Tatsachen kausal sein und häufig hängen rechtsgeschäftlicher und außerrechtsgeschäftlicher Verkehr auf das Engste zusammen. Man denke an Verletzung des Verlagsvertrages und an Nachdruck. Soll für den Kontrakt der unwissende Dritte sich den § 15 zunutze machen, für das Delikt nicht? — Dagegen hat Abs. 1 da seine Grenze, wo das Zurückgehen auf den alten Zustand durch die Natur der Verhältnisse oder das Gesetz ausgeschlossen ist, so kann der Dritte den verstorbenen Prokuristen nicht als lebend behandeln und von dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht die Ableistung des Offenbarungseides für die Gesellschaft verlangen (O.L.G. Rostock in O.L.G. Rspr. XXIV S. 157).

Nr. 9. g) Seine praktische Hauptanwendung findet Abs. 1 in Fällen, wo die einzutragende Tatsache eine Befreiung der Beteiligten von Haftungen mit sich bringt (sogen. befreiende Tatsachen), z. B. Entziehung der Prokura oder sonstiger Vertretungsbefugnis, Austritt aus einer Handelsgesellschaft (vgl. § 143), Auflösung der Handelsgesellschaft, Wechsel der Inhaber der Firma (vgl. Adler-Clemens Nr. 816), Aufgabe des Handelsgewerbebetriebes (R.G.Z. LXV Nr. 97). Aber auch wo sich positive Wirkungen an die Tatsachen knüpfen, kommt § 15 Abs. 1 in Betracht, z. B. für die Frage, ob der Dritte ihm gegenüber vorgenommene Kündigungen oder Mahnungen eines neu eingetretenen Gesellschafters oder eines Prokuristen anzuerkennen braucht, ob der Dritte die Eigenschaft des Gegners als Vollkaufmann (im Falle des § 2 bei unterbliebener Bekanntmachung, dagegen nicht im Falle des § 1, anders Wiegand a. a. O. S. 14, 19) gegen sich gelten zu lassen hat usw.

Nr. 10. 7. **Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung.** Wird die eintragungsbedürftige Tatsache, vorausgesetzt daß sie besteht, eingetragen und bekannt gemacht, so ist sie zwar nicht offenkundig im Sinne der Z.P.O. § 291[1]), aber es muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. D. h.:

a) Auch hier ist notwendig Eintragung und Bekanntmachung. Die bloße Eintragung genügt nicht, es sei denn, daß ausnahmsweise von der Bekanntmachung abgesehen wird. (§§ 162 Abs. 2, 3, 175).

---

[1]) Darum braucht das Prozeßgericht sie nicht zu kennen, es sei denn, daß es mit dem Registergericht zusammenfällt (R.G.Z. XIII S. 371). So würde das Prozeßgericht vom Prokuristen Nachweis seiner Prokura verlangen können, das Grundbuchamt könnte, wenn es das Registerzeugnis anzweifelt, andere Beweismittel heranziehen (K.G. in Johow-Ring XXXIII A 153.)

b) Der Dritte muß die Tatsache gegen sich gelten lassen, er kann z. B. nicht wegen Irrtums über diese Tatsache anfechten. Selbstverständlich muß sie auch derjenige, in dessen Angelegenheit sie eingetragen war, gegen sich gelten lassen.

c) Doch braucht der Dritte sie (im Gegensatz zum BGB. § 1435) nicht stets gegen sich gelten zu lassen. Führt der Dritte den Beweis, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte, daß also seine Unkenntnis eine unverschuldete war, so braucht er sie nicht weiter gegen sich gelten zu lassen, als dies nach allgemeinem bürgerlichen Recht der Fall ist. Abs. 1 kommt ihm dann nicht zugute (anders Ehrenberg Hdb. I S. 642). Verschuldet ist seine Unkenntnis dann, wenn er es unterlassen hat, die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen zu beachten (O.L.G. Hamburg in Z. XXXXVI S. 477, R.G. in L.Z. 09, S. 246.) Waren sie ihm noch nicht zugänglich, wohnte er z. B. weit ab vom Publikationsort und schloß er am Tage nach der Ausgabe der betreffenden Zeitungsnummer ein Rechtsgeschäft ab, so ist seine Unkenntnis unverschuldet. Dabei ist davon auszugehen, daß jeder (nicht bloß ein Kaufmann, dieser aber natürlich besonders peinlich) verpflichtet ist, sich über diese Bekanntmachungen zu informieren.

d) Auf das Verhältnis zweier Dritter unter einander bezieht sich Abs. 2 nicht (Prot. S. 928) Düringer-Hachenburg Anm. 9, Ehrenberg Hdb. I S. 641, anders Goldmann S. 60).

e) § 15 Abs. 2 wird, wenn von zwei eintragungsbedürftigen Tatsachen nur für die eine die Eintragung und Bekanntmachung erfolgt ist, seine Wirkung auch für die andere äußern, sofern aus der einen sich der Schluß für die andere ergibt. Beispiel: A bringt Geschäft und Firma in die Gesellschaft m. b. H. ein, welche die Firma des A fortführt. Die Firmenübertragung wird eingetragen und bekannt gemacht, nicht aber wird der auf die alte Firma bezügliche Eintrag gelöscht (vgl. O.L.G. Karlsruhe in L.Z. 1907 S. 753).

8. **Zweigniederlassung.** Die obigen Wirkungen des Publizitätsprinzipes hängen von der Eintragung und Bekanntmachung durch den Registerrichter der Hauptniederlassung ab. Dies gilt auch für Zweigniederlassungen, die im Registerbezirk der Hauptniederlassung liegen oder zwar außerhalb desselben liegen, aber nicht eingetragen sind. Ist dagegen die Zweigniederlassung bei einem besonderen Handelsregister des Inlandes eingetragen, so ist für die obigen Wirkungen hinsichtlich des Geschäftsverkehrs mit dieser Zweigniederlassung die besondere Eintragung und Bekanntmachung durch die Registerbehörde der Zweigniederlassung maßgebend. So lange demnach eine in das Handelsregister der Zweigniederlassung einzutragende Tatsache nicht durch die Registerbehörde der Zweigniederlassung eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie denjenigen Dritten, die durch den Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung in rechtliche Beziehung zu dieser treten, nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie ihnen bekannt ist, gleichgültig ob die Tatsache nur auf die Zweigniederlassung Bezug hat (z. B. Beschränkung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters auf die Zweigniederlassung) oder sich auf das ganze Geschäft erstreckt. Ist umgekehrt die in das Handelsregister der Zweigniederlassung einzutragende Tatsache durch den Registerrichter der Zweigniederlassung eingetragen und bekannt gemacht, so müssen sie alle Dritte, die in Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung stehen, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß sie ihre unverschuldete Unkenntnis nachweisen. Im letzteren Falle können sie sich auch darauf nicht berufen, daß die Tatsache nicht durch die Behörde der Hauptniederlassung eingetragen und publiziert ist. Denn die Vorschrift des § 13 Abs. 2 ist nur eine Ordnungsvorschrift. Abgesehen hiervon gibt es auch Fälle, in denen die Eintragung und Bekanntmachung von Tatsachen lediglich durch den Registerrichter der Zweigniederlassung erfolgt (vgl. bei § 13 Nr. 10). Für inländische eingetragene Zweigniederlassungen ausländischer Hauptniederlassungen greift § 15 überhaupt durch. Die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung im Auslande bestimmt sich nach ausländischem Recht. Nr. 11.

9. **Weitergehende Kraft der Eintragung.** In einer Reihe von Fällen hat die Eintragung in das Register weitergehende Kraft sei es konstitutive im Sinne des Grundbuchseintrags (vgl. §§ 2, 3, 25 Abs. 2, 26 Abs. 2, 28 Abs. 2, 30, 123 Abs. 1, 159 Abs. 2, 172 Abs. 1, 2, 174, 200, 277 Abs. 3, 284, 304 Abs. 4, 5, 306), sei es heilende (311 Abs. 2), sei es Rechtspräsumtionen begründende (§ 5). Dazu V. Ehren- Nr. 12.

berg a. a. O.[1]) Für solche Fälle entscheidet hinsichtlich der stärkeren Kraft regelmäßig die Eintragung in das Register der inländischen Hauptniederlassung. Doch kann daneben § 15 zur entsprechenden Anwendung kommen. Denn obwohl die Eintragung keine „einzutragende" Tatsache ist, wird man den § 15 auf die Eintragung analog anwenden können (Ehrenberg in Iherings Jahrb. XLVII S. 308, Geiler in L.Z. 1907 S. 890ff.).

Nr. 13. 10. **Älteres Recht.** Die Bestimmungen des § 15 beziehen sich nur auf Tatsachen, die nach dem neuen Handelsgesetzbuch eintragungsbedürftig sind. War eine Tatsache lediglich nach altem Recht eintragungsbedürftig, so bemißt sich die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung für die vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach altem Recht, für die später abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verliert die Eintragung ihre Wirkung; war sie zugleich nach altem und neuem Recht eintragungsbedürftig, so äußert die Eintragung und Bekanntmachung ihre Wirkungen nach altem Recht für die vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, ihre Wirkungen nach neuem Recht für die nachher abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, letzteres auch dann, wenn eine Wiederholung der Eintragung und Bekanntmachung unter der Herrschaft des neuen Rechts nicht erfolgt.

§ 16.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten festgestellt, so genügt zur Eintragung die Anmeldung der übrigen Beteiligten. Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist dies auf Antrag eines der Beteiligten in das Handelsregister einzutragen.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt, so darf die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

Entw. I § 15, II § 16; Denkschr. I S. 31—33, II S. 3155.

Literatur: V. Ehrenberg in Iherings Jahrb. LXI S. 441ff., Hdb. I S. 577ff. Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses 1914 S. 41ff., 27ff., 100ff.

Nr. 1. 1. **Prozeßrichter und Registerrichter.** Wo die Eintragung von Amts wegen erfolgt, wie im Falle des § 32 oder bei Löschung einer unzulässigen Eintragung, wird möglicherweise der Registerrichter erst auf Grund behördlicher Mitteilung (z. B. des Konkurseröffnungs-Beschlusses) unmittelbar tätig. Er wird dann eine rechtsgestaltende Entscheidung (aber nur eine solche) ohne weitere Prüfung zugrunde zu legen haben (Marcus in Holdheim XVIII S. 22ff., Kuttner S. 28). Soweit dagegen die Eintragung eine Anmeldung voraussetzt, kann und soll der Registerrichter nur auf Grund der Anmeldung des dazu Verpflichteten eintragen. Diese Anmeldung kann er gemäß § 14 erzwingen (und dazu kann ihm Kenntnis einer gerichtlichen Entscheidung den Anlaß geben), aber so lange sie nicht vorliegt, darf er nicht zur Eintragung oder Löschung schreiten. Dies gilt sogar dann, wenn der Prozeßrichter durch eine Entscheidung (vollstreckbares Urteil, einstweilige Verfügung) die Verpflichtung zur Anmeldung ausgesprochen oder das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Anmeldung festgestellt, bezw. ins Leben gerufen hat, z. B. den Widerspruch

[1]) Auch G.V.G. § 113 und R.G. vom 16. Mai 1894 § 8 kommen in Betracht.

gegen eine Eintragung für unbegründet erklärt hat (Staub-Bondi Anm. 9, Düringer-Hachenburg Anm. 7). Weder kann in solchen Fällen der Prozeßrichter durch unmittelbare Requisition (vgl. K.G. in Johow-Ring XXXIV A 122) noch der Gegner des Anmeldungspflichtigen unter Vorlegung der prozeßgerichtlichen Entscheidung die Eintragung oder Löschung herbeiführen (anerkannt in § 273 Abs. 1). Eine Ausnahme bildet nur der Fall der Z.P.O. § 894. Denn da die Anmeldung eine Willenserklärung ist, wird sie durch das den Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilende rechtskräftige Urteil ersetzt. Voraussetzung ist diesenfalls, daß das Urteil direkt die Verpflichtung zur Anmeldung ausspricht, die bloße Feststellung der einzutragenden Tatsache genügt nicht. Auch muß das Urteil rechtskräftig sein, die bloße Vollstreckbarkeit reicht nicht aus. Der Prozeßgegner hat es dann in der Hand, durch Vorlegung des Urteils im Wege des Vollstreckungsverfahrens (K.G. in Entsch. F.G. X S. 253 = Recht 1910 Nr. 1831, Marcus bei Holdheim XX S. 78) die Eintragung oder Löschung herbeizuführen. Das Urteil ersetzt die Anmeldung (mehr nicht, anders Ehrenberg, siehe unten bei Nr. 6). Der Antrag des Prozeßgegners braucht dann auch nicht öffentlich beglaubigt zu sein (K.G. in Joh.-Ring XLI A 101). Da das Urteil die Anmeldung ersetzt, ist es gleichgültig, ob der Verurteilte in der Lage gewesen wäre, freiwillig die Anmeldung vorzunehmen, z. B. die verurteilte jurist. Person eines Vertreters entbehrt (K.G. in Johow-Ring XLI A 101). Im übrigen bleibt dem Registerrichter die Prüfung der Anmeldung (Marcus in Holdheim XXI S. 122). Er kann u. U. aus Zweckmäßigkeitsgründen von der sofortigen Löschung wegen der Interessenlage Abstand nehmen, z. B. bei Löschung der Firma einer Aktiengesellschaft, bis eine andere Firma gewählt ist (oben § 8 Nr. 5).

2. **Tragweite des Abs. 1.** Über diese Grenzen hinaus gewährt Abs. 1 die Möglichkeit zur Herbeiführung der Eintragung unter der zwiefachen Voraussetzung, daß die Anmeldung nicht durch eine einzelne Person, sondern durch mehrere Beteiligte zu erfolgen hat (die mehreren Gesellschafter, Vorstandsmitglieder usw.) und daß ein Teil der zur Mitwirkung Verpflichteten seine Mitwirkung versagt. Beide Voraussetzungen müssen vorliegen. Abs. 1 greift also nicht Platz bei Anmeldungen durch eine physische Einzelperson, z. B. der Anmeldung der Firma oder Prokura durch den Einzelkaufmann, und greift andererseits nicht Platz, wenn alle zur Mitwirkung Verpflichteten gemeinsam die Anmeldung unterlassen. In beiden Fällen könnte der Dritte entweder auf Grund der Z.P.O. § 894 nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils gegen die sämtlichen Anmeldungspflichtigen die Eintragung herbeiführen oder den Registerrichter veranlassen, nach § 14 die Beteiligten zur Anmeldung anzuhalten. Nr. 2.

Aber Absatz 1 greift überhaupt nicht zugunsten Dritter, sondern nur zugunsten derjenigen Beteiligten Platz, die ihrerseits zur Anmeldung bereit sind, denn das Gesetz will die Mitwirkung, die der eine Teil der Anmeldungspflichtigen dem anderen Teil gewähren soll, ersetzen. Somit haben nur zur Anmeldung selbst Legitimierte, nicht dritte Interessenten die Möglichkeit, im Wege des durch Absatz 1 vorgeschriebenen Verfahrens die Eintragung zu erreichen (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 2).

3. **Entscheidung des Prozeßgerichts.** Die Mitwirkung des widerspenstigen Mitbeteiligten kann ersetzt werden durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung (Urteil, Verfügung) des Prozeßgerichts — nicht des Registerrichters, ebensowenig des Grundbuch-Vormundschafts-Nachlaßrichters —, welche entweder die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Anmeldung direkt ausspricht, oder das Rechtsverhältnis, bezüglich dessen die Eintragung zu erfolgen hat, z. B. die Eingehung der offenen Handelsgesellschaft, die Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters, feststellt gegen den widerspenstigen Mitbeteiligten. Die Feststellung braucht nicht notwendig eine solche im Sinne von Z.P.O. § 256 zu sein, auch Entscheidungen, die zur Vornahme der Anmeldung verurteilen, sowie einstweilige Verfügungen, die in das streitige Rechtsverhältnis rechtserzeugend eingreifen, z. B. durch Entziehung der Vertretungsbefugnis, fallen darunter (Denkschr. II S. 3155, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 248 = Johow-Ring XXXVII A 142); dagegen sind Prozeßvergleiche oder sonstige, in Z.P.O. § 794 genannte Titel der Vollstreckung keine Entscheidungen. Sie können aber als gemeinsame Anmeldungen im Sinne von Nr. 3.

§ 12 in Betracht kommen (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 336ff. = Johow-Ring XXXIV A 122). Freilich wird der Satz da seine Grenze haben, wo erst an die Rechtskraft des Urteils die rechtserzeugende Kraft sich knüpft, z. B. im Falle des § 133 H.G.B., weil erst von da ab die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Anmeldung resultiert (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 225). Die Entscheidung muß ergangen sein gegen den Widerspenstigen als Beklagten; daß die Entscheidung ihm zugestellt ist, braucht nicht nachgewiesen zu werden (Marcus bei Holdheim 1906 S. 68). Kläger sind die zur Anmeldung bereiten übrigen Beteiligten. Auf Grund der Entscheidung können diese dann die Anmeldung vornehmen (eine direkte Requisition seitens des Prozeßgerichts ist also ausgeschlossen) und der Registerrichter ist verpflichtet, bei Vorhandensein der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen, worüber ihm die freie Prüfung bleibt, nur daß er die Richtigkeit der Entscheidung nicht nachprüfen darf (so auch Düringer-Hachenburg, Kuttner und Ehrenberg) der Anmeldung nachzukommen.

Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, nachträglich aufgehoben, so ist auf Antrag eines der Beteiligten — sei es des contumax — sei es der die Anmeldung bewirkenden Beteiligten — die Eintragung wieder zu beseitigen, der Registerrichter ist zur Beseitigung gehalten, auch wenn er die aufhebende Entscheidung für unrichtig hält (Düringer-Hachenburg Anm. 5). Die Beseitigung geschieht durch Eintragung eines entsprechenden Vermerkes.

Nr. 4. 4. **Absatz 2.** Die Tragweite des Abs. 2 ist eine weitergehende, als die des Abs. 1. Während Abs. 1 nur auf den Fall, daß die Anmeldung durch mehrere Beteiligte zu erfolgen hat, sich beschränkt, gilt Abs. 2 für den Fall jeder Eintragung. Während Abs. 1 nur zur Anmeldung selbst Legitimierten offen steht, ist Abs. 2 umgekehrt gerade für Dritte von praktischer Bedeutung, wenngleich er auch den zur Anmeldung Mitberufenen offen steht.

Abs. 1 will die an sich zulässige oder gebotene Eintragung erzwingen, Abs. 2 denjenigen, die durch eine bevorstehende[1]) unzulässige Eintragung verletzt werden, die Möglichkeit geben, die Vornahme der Eintragung zu verhindern. „Unzulässige Eintragung" ist nicht bloß solche, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung oder wegen Verstoßes gegen die öffentlichrechtlichen Vorschriften des Handelsgesetzbuches vom Registerrichter abzulehnen ist, sondern vor allem solche, die die Rechte eines Dritten verletzt, z. B. Eintragung einer unbefugt geführten, wenngleich äußerlich ordnungsgemäßen Firma, Eintragung eines statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses, Eintragung einer unbefugt erteilten Prokura u. dgl. m. In solchen Fällen kann der zur Klageerhebung legitimierte Dritte (z. B. im Falle des § 271 der Aktionär oder im Falle des § 37 der in seinen Rechten Verletzte) eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts erwirken, die die Eintragung oder auch den Gebrauch der Firma für unzulässig erklärt (ein Feststellungsurteil genügt nicht, vgl. Kuttner S. 42, anders Ehrenberg Hdb. I S. 583) und auf Grund dieser Widerspruch beim Registergericht gegen die Eintragung erheben. Diesenfalls hat die Eintragung, sofern sie mit der Entscheidung in Widerspruch steht (vgl. dazu Bayer. Obst.Ld.G. in L.Z. 09 S. 566) schlechterdings zu unterbleiben, eine Nachprüfung der Richtigkeit der prozeß-gerichtlichen Entscheidung steht dem Registerrichter nicht zu. Erfolgt trotz des Widerspruches Eintragung oder sollte die Eintragung schon erfolgt sein, so ist Löschung zu beantragen. Wird die Entscheidung nachträglich aufgehoben, so können die Beteiligten die Eintragung aufs neue betreiben; der Registerrichter hat es aber trotz der Aufhebung der Entscheidung in der Hand, die Eintragung abzulehnen. Nur die die Eintragung verbietende, nicht die sie gestattende Entscheidung des Prozeßgerichts präjudiziert ihm.

Nr. 5. 5. § 15 bezieht sich nur auf Eintragungen. Die Erzwingung von Zeichnungen und Einreichungen regelt sich nach allgemeinen Bestimmungen.

---

[1]) Ist die Eintragung bereits erfolgt, so ist Abs. 2 nicht maßgebend. Hier würde vielmehr entweder das Löschungsverfahren nach D.F.G.G. §§ 141—143, falls dessen Voraussetzungen vorliegen, Platz greifen, oder der Registerrichter würde die Beteiligten zur Anmeldung der Löschung anhalten oder der Kläger würde den Weg über § 894 Z.P.O. einschlagen.

6. Über die durch § 16 gezogenen Grenzen hinaus wollen Ehrenberg a. a. O. und Kuttner S. 100ff. eine weitere Bindung des Registerrichters durch das rechtskräftige Urteil des Prozeßrichters dann annehmen, wenn das Urteil zwischen denselben Parteien ergangen ist, zwischen denen auch die Registersache schwebt und die Existenz oder Nichtexistenz eines einzutragenden Rechtsverhältnisses festgestellt hat, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen ein neuer selbständiger Grund zur Ablehnung für den Registerrichter eingetreten ist. Diese Ausführungen werden ja dem tatsächlichen Zustand der Dinge entsprechen, besonders, wenn der Registerrichter selbst das Verfahren ausgesetzt hat, um die Entscheidung herbeizuführen. Aber es ist doch immer zu beachten, daß der Registerrichter nicht bloß inter partes, sondern mit Wirkung auch Dritten gegenüber Eintragungen vornimmt, daß deshalb die allgemeine publizistische Wirkung der Rechtskraft des Prozeßurteils noch nicht den Registerrichter bindet. Im übrigen wird ja der Weg über Z.P.O. § 894 zum gewünschten Ergebnis führen. Nur wo das Urteil rechtsgestaltende Kraft hat, bindet es den Registerrichter unbedingt (Ehrenberg Hdb. I S. 580). Noch weniger kann davon die Rede sein, daß die Entscheidungen anderer Gerichte, z. B. der Verwaltungsgerichte, für den Registerrichter verbindlich sind. Vgl. auch Hellwig, System I S. 62f. — Umgekehrt haben aber auch Entscheidungen des Registerrichters für andere Gerichte nur soweit bindende Kraft, als sie innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit ergangen sind, rechtsgestaltende Kraft besitzen oder durch das materielle Handelsrecht mit Wirksamkeit auch bei Rechtswidrigkeit ausgestattet sind (z. B. im Falle des § 5). Hierzu Ehrenberg Hdb. I S. 655ff., Förster-Kann Z.P.O. § 322 Nr. 8a. Nr. 6.

Dritter Abschnitt.

Handelsfirma.

Vorbemerkung.

Dieser Abschnitt enthält mehr, als die Überschrift ankündigt. Nicht bloß das Firmenrecht, sondern auch die aus der Übernahme oder Fortführung eines Geschäftes entstehenden Rechtsfolgen mit Bezug auf die Haftung des neuen Inhabers werden in ihm geregelt (§§ 25—28), letztere aber nur insoweit, als sie nicht dem Gesellschaftsrecht angehören (§§ 130, 159) und auch nur insoweit, als es sich um das Geschäft eines Vollkaufmanns handelt. — Die Gliederung des Abschnittes ist die, daß nach der Begriffsbestimmung der Firma (§ 17) die Form der Firmen (§§ 18—20), dann das Recht zur Fortführung der Firma (§§ 21—24) behandelt wird. Indem das Gesetz sich hierauf den rechtlichen Folgen, die die Fortführung der Firma bei Übernahme eines Geschäftes hat, zuwendet, dehnt es dann seine Satzungen auf die sonstigen Rechtswirkungen der Geschäftsübernahme hinsichtlich der Schuldenhaftung aus (§§ 25—28). Von § 29 ab geht das Gesetz auf die Registrierung der Firma und die damit zusammenhängenden Verhältnisse ein. § 37 behandelt zum Schlusse den Schutz des Firmenrechts.

Das Verhältnis zum B.G.B. ist ein verschiedenes beim eigentlichen Firmenrecht und beim Recht der Geschäftsübernahme. Das eigentliche Firmenrecht ist eine in sich abgerundete handelsrechtliche Materie, die aus dem B.G.B. keine Ergänzung erhält, es sei denn, daß es sich um die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Deliktsrechts handelt. Das Recht der Geschäftsübernahme (§§ 25—28) ist dagegen nur im Zusammenhang mit den Sätzen des B.G.B. verständlich, es enthält nur eine Anzahl von Sonderrechtsbestimmungen, hinter denen das B.G.B. ergänzend steht.

§ 17.

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

Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden.

Entw. I § 16, II § 17; Denkschr. I S. 33, II S. 3155; Komm.Ber. S. 3874; A D.H.G.B. Art. 15.

Lit.: V. Ehrenberg in Z. XXVIII S. 25ff.; Behrend § 40; Lehmann H.R. § 32; Olshausen, das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrecht 1900; Opet in Z. XLIX S. 51ff.; Marx, Firmenrechtl. Grundbegriffe 1912.

Nr. 1. 1. **Rechtliche Natur der Firma.** Die Firma ist ein Name und nicht mehr, eine besondere Persönlichkeit besitzt sie nicht. Darüber herrscht heute kaum noch Streit (vgl. R.O.H.G. III S. 411, X S. 411 u. a.). Sie ist der Name des Geschäftsinhabers, also Personenname, nicht der Name des Geschäftes, das unter der Firma betrieben wird. Denn das Geschäft besitzt ebenfalls keine eigene Rechtspersönlichkeit (R.G.Z. IX S. 106 vgl. Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaften 2. Aufl. S. 65), folglich ist eine solidarische Verurteilung von Firma und Inhaber aus logischen Gründen ausgeschlossen (Bolze XII Nr. 124, R.G. in J.W. 02, S. 636[19], L.Z. 08 S. 374). Zwischen Geschäftsvermögen und Privatvermögen des Kaufmanns besteht eine tatsächliche, aber nicht eine rechtliche Sonderung, der Kaufmann haftet mit seinem ganzen Vermögen seinen Gläubigern (R.O.H.G. XI S. 152) sogar dann, wenn er mehrere Geschäfte mit verschiedenen Firmen führt (R.O.H.G. XV S. 176, XX S. 35, 36), im Konkurse des Kaufmanns bildet stets dessen ganzes Vermögen eine einheitliche Masse (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XI (1890) S. 12, Striethorst XXXIX S. 101), weder hat das Geschäft an das Privatvermögen, noch das Privatvermögen an das Geschäft Forderungen und Schulden, eine Abtretung von Forderungen etwa von einer Firma an die andere Firma desselben Kaufmanns ist nicht denkbar (O.L.G. Hamburg Z. XXXIV S. 561), es gibt nur tatsächliche Buchungen unter den verschiedenen Geschäften desselben Kaufmanns. Weder Firma noch Geschäft haben einen Wohnsitz (O.L.G. Stuttgart in Z. XXXVII S. 527). Auch ist die Firma nicht Pertinenz des Geschäfts, da sie keine Sache, überhaupt kein selbständiges Vermögensobjekt ist (R.G.Z. I S. 262, IX S. 106, O.L.G. Köln in Busch XXXXV S. 356). Die Firma ist andererseits nicht bloße Bezeichnung des Unternehmens (R.G.Z. IX S. 105), selbst wenn sie Sachfirma ist. Deshalb haftet sie auch nicht am Ort des Geschäftes. Der Firmeninhaber kann das Geschäft verlegen und behält die alte Firma (Busch I S. 390, R.G.Z. XX S. 171). Sie gehört deshalb auch im Konkurse nicht zur Konkursmasse (R.G.Z. IX S. 106),[1]) zur Führung von Prozessen, die das Firmenrecht betreffen, ist der Kridar, nicht der Konkursverwalter legitimiert (O.L.G. Kolmar in Z. XXXXVI S. 467).

Nr. 2. 2. Name eines **Vollkaufmanns.** Die Firma ist der Name eines Kaufmanns. Nichtkaufleute dürfen keine Firma führen, weder für sich noch zu dem Zweck, damit ein anderer für sein Handelsgeschäft davon Gebrauch mache (Busch XX S. 57, R.G.Z. III S. 121, 122, IX S. 1, XXV S. 2, XXXVII S. 58f., O.L.G. Hamburg in Z. XXXXVI S. 481 und in H.G.Z. XVII S. 125f., Bolze XVIII Nr. 114, XXI Nr. 149). Unter Kaufmann ist nur ein Vollkaufmann zu verstehen (§ 4 Nr. 7). Die sogenannten Gelegenheitsgesellschaften führen ebensowenig eine Firma als die Reedereien.

Nr. 3. 3. **Kaufmännischer** Name. Die Firma ist der Name des Kaufmanns als solchen. Wo der Kaufmann stets nur als solcher auftreten kann (so bei den fiktiven Kaufleuten) ist Firma und Name grundsätzlich identisch. Anders beim Einzelkaufmann, hier gehen Firma und bürgerlicher Name begrifflich auseinander. Nur als Kaufmann firmiert der Kaufmann, als Mensch unterzeichnet er mit seinem bürgerlichen Namen. Doch folgt daraus nicht, daß Firma und Namen äußerlich verschieden sind, das Gesetz bemüht sich im Gegenteil, äußere Gleichheit herzustellen.

Nr. 4. 4. Name **für das Geschäft.** Die Firma ist nicht notwendig der einzige Name des Kaufmanns als solchen. Der Kaufmann hat stets nur einen bürgerlichen Namen, führt aber möglicherweise mehrere Firmen (§ 50 Abs. 3), sofern er mehrere

---

[1]) Sie ist überhaupt nicht Vermögensrecht (K.G. in Entsch. F.G. V S. 186), auch nicht Immaterialgüterrecht, sondern Persönlichkeitsrecht, daher ist Zwangsvollstreckung in das Firmenrecht ausgeschlossen und unterliegt ihre Veräußerung nicht der paulianischen Anfechtung, R.G. bei Gruchot XXXVIII S. 1184. Vgl. bei § 22 Nr. 7.

Geschäfte auch am selben Orte besitzt (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 24 = O.L.G. Rspr. XVI S. 79); diese Geschäfte können dann sogar dieselbe Branche haben, doch wird hier stets zu prüfen sein, ob in Wahrheit nicht ein Unternehmen vorliegt. (Anders bei Handelsgesellschaften, welche nur eine Firma führen vgl. § 19 Nr. 4, § 20 Nr. 4, § 105 Nr. 6, § 182 Nr. 5). Darum ist die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht ganz zutreffend. Die Firma ist nicht der Name, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt, sondern der Name, unter dem er ein einzelnes Unternehmen betreibt, wobei jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß er den Gegenstand des Unternehmens im Laufe der Zeit ändert (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 36ff.). Sie ist der Name für das betreffende Geschäft. Innerhalb dieser Grenzen ist sie der alleinige Name. Der Kaufmann darf nicht für das gleiche Geschäft zwei Firmen führen (O.L.G. München in Z. XXXXII S. 500, Johow XIV S. 36, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 23 = O.L.G. Rspr. XVI S. 79, R.G. bei Holdheim 04, S. 228, Johow-Ring XL A 64, XXXVII A 180, a. A. Opet a. a. O. S. 49), etwa eine besondere für die Zweigniederlassung (oben § 13 Nr. 5, wo die Dissentienten genannt sind, vgl. Busch IX S. 449, XVI S. 78; Adler-Clemens Nr. 1229, 1269). Selbst wenn er ein Geschäft mit der Firma hinzuerwirbt (§ 25), darf er die erworbene Firma, falls er das Geschäft mit dem seinigen vereinigt, nicht fortführen (Behrend § 40 Anm. 69). Er hat dann nur, wenn er nicht beide Geschäfte unter besonderen Firmen getrennt führen will (Johow-Ring XXXVII A 181), die Wahl zwischen der alten und neuen Firma. Doch läßt sich wenigstens verteidigen, daß er zu der Firma der erworbenen Zweigniederlassung einen auf die alte Firma bezüglichen Zusatz macht „Deutsche Bank, Filiale zu X, vormals Y". (Dafür R.G.Z. LXII Nr. 2, Bayr. Obst.Ld.G. in Entsch. F.G. VII S. 114 = Johow-Ring XXXII A 301 = Seuffert LXII Nr. 20 = O.L.G. Rspr. XII S. 409, dagegen O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XIII S. 38, K.G. ebenda XVI S. 79). Vgl. bei § 30 Nr. 6. — Aus dem Umstand, daß die Firma der Name für das betreffende Geschäft ist, erklären sich die Sätze der §§ 25f., 50 Abs. 3, 126 Abs. 3.

5. **Entstehung des Firmenrechts. Bedeutung der Eintragung.** Die Firma nimmt der Kaufmann an, indem er das Geschäft unter der Firma betreibt. Die Eintragung in das Handelsregister hat für die Entstehung des Firmenrechts grundsätzlich keine Bedeutung (vgl. R.G.Z. XIV S. 19). Wo die Kaufmannseigenschaft freilich von der Eintragung der Firma abhängt (§§ 2, 200), gilt natürlich ein anderes. Wohl aber hat sie für den Schutz des Firmenrechts erhebliche Bedeutung (§§ 30, 5). Umgekehrt kann die zu Unrecht erfolgende Löschung das Firmenrecht nicht, sondern höchstens das Firmenmonopol zerstören. Nr. 5.

6. **Auftreten unter der Firma.** Der Kaufmann tritt nur dann unter seiner Firma auf, wenn er die vollständige Firma gebraucht, d. h. die Firma in ihren wesentlichen Bestandteilen (Adler-Clemens Nr. 1732), und zwar nach der gewählten Schreibart — eine Anpassung an amtliche Rechtschreibung ist nicht gefordert und darf nicht nachträglich vorgenommen werden (K.G. im B.A. IX S. 61 = O.L.G. Rspr. XX S. 396: „Grundkreditbank" und „Grunderedtbank") — und in der gewählten Sprache (z. B. „Meier-Frères" nicht als „Gebrüder Meier" O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. V S. 273). Die Wahl einer abgekürzten Form z. B. „m. b. H." statt „mit beschränkter Haftung" (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 231ff. = Johow-Ring XXXVI A 129, O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. X S. 184) ist nicht ausgeschlossen (u. U. notwendig, wie bei Telegrammadressen, R.O.H.G. XVI Nr. 60, vgl. § 13 des W.Z.G., sg. „Schlagwort"). Doch darf dies nur ausnahmsweise geschehen (Bayer. Obst.Ld.G. in Seuffert LXV Nr. 31) und es muß stets ersichtlich sein, welche Firma gemeint ist. Strengere Vorschriften gelten beim Wechsel. Doch ist eine unwesentliche Abweichung bei zweifelloser Identität auch hier unerheblich (R.O.H.G. XIV S. 173, XV S. 283, XII S. 243, Bolze II Nr. 341). — Ebensowenig darf der Kaufmann der Firma im Leben beliebige Zusätze machen (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XVI S. 78 = Seuffert LXII Nr. 166) oder statt der eingetragenen Zusätze andere beifügen (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 245: statt „Engros Lager" „Warenhaus"). Der Firma kann der Kaufmann seinen bürgerlichen Namen beisetzen, erforderlich ist dies nicht (R.O.H.G. V S. 266, X S. 411). Auch im Verkehr mit dem Auslande muß die inländische Form gewahrt bleiben (R.G.Z. XXV S. 119). Nr. 6.

Nr. 7. 7. **Gebrauch** der Firma. Die Firma gebraucht der Kaufmann nicht bloß, wenn er sie zeichnet, sondern auch wenn er unter ihr dem Publikum entgegentritt, z. B. indem er im Laden, der mit dem Firmenschild versehen ist, verkauft (L. G. Frankfurt in Z. XXXVII S. 527, O.L.G. Posen in Seuffert LIX Nr. 237, vgl. Bayr. Obst.Ld.G. in Seuffert LXV Nr. 31) oder sonst Handlungen vornimmt, die den Willen kundgeben, sich bei dem Betriebe des Handelsgewerbes der Firma zu bedienen. Zu einem gewissen Gebrauch verpflichtet ihn die G.O. § 15a (Art. 9 des E.H.G.B.). Vgl. unten S. 110ff.

Nr. 8. 8. Firmen**pflicht**. Der Kaufmann hat als Kaufmann zu firmieren, als Nichtkaufmann seinen bürgerlichen Namen anzuwenden, Firmenpflicht neben dem Firmenrecht (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 245). Wendet er als Kaufmann nicht die gewählte Firma an, sondern einen anderen Namen, so kann das Registergericht gegen ihn aus 37 Abs. 1 bezw. §§ 31, 14 vorgehen. Im einzelnen gilt:

a) Die Firmenpflicht besteht nicht ausnahmslos. Stets kann der Kaufmann unter seinem bürgerlichen Namen klagen und Eide leistet er stets unter diesem ab. Einzelne Bestimmungen des H.G.B. verlangen ausdrücklich Angabe des bürgerlichen Namens, obwohl der Kaufmann als solcher tätig ist (§§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 162 Abs. 1, 189 Abs. 3 Nr. 2, 322 Abs. 1). Mit Recht hat Staub dies überall für notwendig erklärt, wo behufs Feststellung der Identität die Angabe des bürgerlichen Namens unerläßlich ist. Vor allem hat dies zu gelten bei Eintragungen in das Grundbuch für den Einzelkaufmann (Staub-Bondi § 17 Anm. 9, Johow IV S. 133, K.G. in Entsch. F.G. III S. 196 = Joh.-R. XXVI A 135 = O.L.G. Rspr. VI S. 504 = Seuffert LVIII Nr. 237, O.L.G. Darmstadt ebenda LXVI Nr. 239, a. A. Makower § 17 IIIe; Düringer-Hachenburg, Anm. 9, woselbst weitere Literaturangaben, Kammergericht in Z. XXIII S. 263). R.G.Z. LXXII Nr. 9 will die Entscheidung von der Landesjustizverwaltung abhängig machen. Für die meisten Bundesstaaten wäre dann die Eintragung unzulässig, für das Königreich Sachsen und einige kleine Bundesstaaten zulässig (O.L.G. Darmstadt in Seuffert LXVI Nr. 239). Indessen verdient diese Mittelmeinung keine Billigung. Die Eintragung auf die Firma im Grundbuch führt zu bedenklichen Konsequenzen, wenn das Geschäft mit der Firma nach der Eintragung veräußert wird, insofern bei der Umschreibung im Grundbuche die Bezeichnung des Erwerbers identisch ist mit der des Veräußerers (die hiergegen gerichtete Bemerkung Düringer-Hachenburgs ist von dem hier eingenommenen Standpunkt aus nicht zutreffend, da im Falle der Veräußerung von Geschäft und Firma durch eine Handelsgesellschaft an einen Einzelkaufmann letzterer im Grundbuch mit seinen bürgerlichen Namen einzutragen ist). — Ebenso sind auf den bürgerlichen Namen vorzunehmen Eintragungen in das Schiffsregister, Genossenschaftsregister, Güterrechtsregister, Stellung eines Strafantrags (Bayer. Obst.Ld.G. in Seufferts Bl. LXXIII S. 292, vgl. aber unten Nr. 10). Auch in gerichtlichen und notariellen Protokollen wird es sich empfehlen, den Träger der Firma auch mit seinen bürgerlichen Namen anzugeben (hierzu Staub-Bondi Anm. 12). Die Eintragung eines Warenzeichens kann unter der Firma erfolgen (R.G.St. XXIX S. 355).

b) Der Kaufmann soll als Nichtkaufmann den bürgerlichen Namen gebrauchen, z. B. wenn er Eheverträge schließt, ein Testament aufsetzt, Wahlakte ausübt usw. Auch so weit der Einzelkaufmann als Vertreter eines Kaufmanns zeichnet, z. B. als Prokurist, Vorstandsmitglied, vertretender Gesellschafter, hat er der vertretenen Firma seinen bürgerlichen Namen beizufügen (§§ 51, 108 Abs. 2, 153, 233).

Nr. 9. c) **Verstoß** gegen die **obigen Vorschriften** macht den fraglichen Rechtsakt noch nicht ungültig. Unterzeichnet der Kaufmann als solcher mit dem bürgerlichen Namen statt mit der Firma, so liegt eine gültige Unterschrift im Sinne vom B.G.B. § 126 vor. Demnach wird nicht bloß bei Beweisurkunden, sondern auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften das Geschäft gültig sein, sofern nur überhaupt feststeht, von wem und zu welchem Zweck die Urkunde ausgestellt ist (R.O.H.G. IX S. 215). Ebenso wenn der Kaufmann sich einer nicht vorschriftsmäßigen Firma bedient (R.G.Z. XVII S. 75, XXVIII S. 120, R.O.H.G. XXII S. 71, 72). Nur da, wo die Urkunde eine streng formale Behandlung erheischt, wie bei Wechseln, kann die rechtsgeschäftliche Erklärung dadurch u. U ungültig werden (Akzept mit dem bürgerlichen Namen, während auf die Firma gezogen ist, (R.O.H.G. IX S. 328, XII S. 173, XX S. 262,

XXI S. 27). Doch ist eine unwesentliche Abweichung unerheblich, wenn zweifellos ist, daß die im Akzept bezeichnete Firma die vom Aussteller gewollte ist (Striethorst LXX Nr. 68, R.O.H.G. XIV S. 173, XV S. 283, XVIII Nr. 106, vgl. auch O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XII (1891) S. 214). Unterzeichnet der Kaufmann umgekehrt mit der Firma, wo der bürgerliche Name zu setzen war, so liegt streng genommen eine Namensunterschrift im Sinne von B.G.B. § 126 nicht vor. Doch hat sich der Kaufmann damit zum Inhalt der Urkunde ebenfalls bekannt. Der Fall ist demnach dem der Namensunterschrift gleichzustellen. Nur bei Solennitätsakten wäre die Unterschrift mit der Firma wirkungslos (vgl. v. Hahn § 3 zu Art. 15). — Die entsprechenden Grundsätze haben zu gelten, wenn der Vertreter den bürgerlichen Namen des Vertretenen statt dessen Firma anwendet oder wenn er unterläßt, der Firma seinen eigenen Namen hinzuzufügen (R.O.H.G. V S. 266).

d) Aus dem Gebrauch der Firma ist nicht notwendig das Vorliegen eines Handelsgeschäfts, aus dem des bürgerlichen Namens das Vorliegen eines Nichthandelsgeschäfts zu entnehmen, darüber bei §§ 343, 344.

9. **Die Firma im Prozesse.** Vgl. hierzu Göppert in Z. XXXXVII S. 267 f. Nr. 10. Pignol im ‚Recht' 04, S. 162, Wachsmann in Gruchot LI S. 313, Förster-Kann Allg. Bem. vor § 50, Nr. 4b, Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß 1912, S. 526, 542 ff., 572 ff., Hermichen, Die Firma im Prozeß, Diss. 1912, und die ausführliche Erörterung bei Staub-Bondi § 17 Anm. 24 ff.

Der Einzelvollkaufmann, auch der ausländische (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. 274, da es sich lediglich um eine prozeßrechtliche Bestimmung handelt, vgl. R.G.Z. XLI S. 410), auch der als Vollkaufmann nach § 5 Geltende (oben § 5 Nr. 2) (über die offene Handelsgesellschaft bei § 124) kann unter der Firma, auch wenn sie nicht eingetragen ist, auch wenn sie ordnungswidrig ist (R.O.H.G. III S. 409, Z. XX S. 615, O.L.G. Rostock in Z. XXXIV S. 561, O.L.G. Frankfurt bei Kaufmann XIII S. 4), klagen und verklagt werden. Er kann es, notwendig ist dies niemals. Auch wenn der Rechtsstreit ein von ihm eingegangenes Handelsgeschäft betrifft, kann er unter dem bürgerlichen Namen als Kläger oder Beklagter auftreten. Tritt er unter der Firma auf, so braucht die Klageschrift in Abweichung von Z.P.O. § 253 nur die Firma des Klägers, bez. Beklagten, tritt er unter dem bürgerlichen Namen auf, so muß sie den bürgerlichen Namen angeben (Z.P.O. § 253 Abs. 2, Nr. 1, vgl. auch § 130 Nr. 1, § 690 Nr. 1, § 750). Ersterenfalls wird dem derzeitigen Inhaber der Firma (über den der Zustellungsbeamte sich vergewissern muß, vgl. Preuß. Justizminist.-Verf. vom 16. 1. 1906, Ziffer II S. 6) als Beklagten, letzterenfalls dem Beklagten unter seinem bürgerlichen Namen zugestellt, ersterenfalls braucht das Urteil nur die Firma, letzterenfalls muß es den bürgerlichen Namen angeben, ersterenfalls ist die Prozeßvollmacht mit der Firma, letzterenfalls mit dem bürgerlichen Namen zu unterschreiben. Stellt ersterenfalls die Prozeßvollmacht der Firmeninhaber mit seinem bürgerlichen Namen aus, so müßte nachgewiesen werden, daß der Vollmachtgeber wirklicher Firmeninhaber ist (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. S. 274). — Freilich kann gegebenenfalls nur eine unrichtige Bezeichnung in der Klageschrift vorliegen. Kläger kann z. B. die „Firma" verklagen wollen, d. h. den derzeitigen Inhaber der Firma, und irrigerweise den etwa verstorbenen Inhaber mit seinem bürgerlichen Namen benennen, oder er kann als den Firmeninhaber irrigerweise nur einen der mehreren Gesellschafter ansehen. Oder Kläger will im Namen einer bestimmten Firma die Klage erheben und gibt versehentlich eine alte, nicht mehr bestehende Firma an (R.G. im Recht 1911 Nr. 1778). Dann hat er, wie bei sonstigen unrichtigen Bezeichnungen, das Recht der nachträglichen Berichtigung bis zum Urteil (O.L.G. Königsberg in Seuffert LVIII Nr. 21 vgl. auch O.L.G. Stettin in O.L.G. Rspr. V S. 82, O.L.G. Zweibrücken ebenda IX S. 252, O.L.G. Hamburg in L.Z. 09 S. 405, O.L.G. Dresden im Recht 01 S. 360, O.L.G. Posen ebenda 289, R.G. bei Holdheim 02 S. 150, R.G. bei Gruchot LV S. 1065). Das gleiche wird zu gelten haben, wenn der Beklagte in Wahrheit nicht Kaufmann war und eine Firma zu Unrecht führte (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 203). Anders, wenn der Kläger eine bestimmte physische Einzelperson wirklich verklagen wollte und verklagt hat, dann kann, falls dieser durch Urteil der Eid auferlegt war, nicht das Urteil dahin berichtigt werden, daß etwa die Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft Beklagte seien (R.G. in J.W. 01 S. 484[5], O.L.G. Karlsruhe im Recht 05 Nr. 2152 = Bad. Rspr. VII S. 202).

— Der Einzelkaufmann kann auch klagen und verklagt werden unter Angabe von Firma und bürgerlichem Namen, dagegen sind zwei getrennte Klagen gegen Firma und bürgerlichen Namen unzulässig (R.G. im Recht 1908 S. 133. Beil. 2, J.W. 02 S. 636[19]; oben Nr. 1). — Stets ist im Auge zu behalten, daß Kläger oder Beklagter ist derjenige Kaufmann, der zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit Firmeninhaber ist (R.G.Z. VI S. 99, LIV S. 17, LXVI S. 416) und das Gericht kann (nicht muß) jederzeit im Laufe des Verfahrens diese Feststellung erzielen (vgl. Z.P.O. § 313; a. A. Staub-Bondi Anm. 29); dagegen ist nicht notwendig, daß in der Klage sofort vom Kläger oder Beklagten die Feststellung erfolgt (Seuffert LV S. 418). Wenn Göppert a. a. O. S. 270 meint, die Behauptung, daß Kläger der Firmeninhaber zur Zeit der Klagezustellung sei, sei deshalb nicht ganz zutreffend, weil ja die Person des Firmeninhabers doch in der Zeit zwischen Einreichung und Zustellung der Klage wechseln könnte, welchenfalls offenbar als Kläger nicht der Inhaber der Firma im Momente der Zustellung, sondern der die Zustellung Veranlassende erscheine, so ist entgegenzuhalten, daß entweder der Fall des § 89 Z.P.O. gegeben ist (Düringer-Hachenburg Anm. 13) oder daß dann der Kaufmann nicht unter seiner Firma, sondern unter einer fremden Firma die Klage erhebt. Denn erhoben ist die Klage erst mit dem Momente der Zustellung. Hinsichtlich der Widerklage vgl. Staub-Bondi § 17 Anm. 32, 35. Stirbt der Kaufmann während des Prozesses, so greift Z.P.O. §§ 239, 246, veräußert er das Geschäft, so greift Z.P.O. § 265 Abs. 2 hinsichtlich der eingeklagten Geschäftsforderungen Platz. Was die Geschäftsschulden betrifft, so vgl. hierüber bei § 26. Der Eid (auch Offenbarungseid) ist von demjenigen zu leisten, der z. Z. der Begründung der Rechtshängigkeit Firmeninhaber war; wird Eidesleistung auferlegt, so ist im Beschluß oder Urteil der Inhaber anzugeben (R.G. in J.W. 02, S. 74[2]). War der Eid nur dem „Inhaber" auferlegt, so ist die Urteilsformel, falls sich herausstellt, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliegt, zu ergänzen (R.G. in J.W. 05 S. 729[27]). — Das Urteil erlangt nur gegen den Rechtskraft, der zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit Firmeninhaber war (vgl. Behrend § 40 Anm. 67, Staub-Bondi § 17 Anm. 35). Die Zwangsvollstreckung gegen ihn, und zwar in sein ganzes Vermögen, also auch das Vermögen eines unter einer anderen Firma betriebenen Geschäfts, kann auf Grund des lediglich die Firma angebenden Urteils erfolgen (Z.P.O. § 750 Abs. 1). Einer Angabe des bürgerlichen Namens bedarf es nicht (anders Hermichen S. 36ff.). Ändert sich bei Identität der Inhaber die Firma im Laufe des Rechtsstreits, so kann Urteil und vollstreckbare Ausfertigung gegen die geänderte Firma erfolgen (anders bei erheblichen Änderungen O.L.G. Hamburg im Z.Bl. XII S. 158). Der Gerichtsvollzieher oder das sonstige Vollstreckungsorgan, z. B. das Vollstreckungsgericht, hätte dann zu prüfen, ob der Exequend identisch ist mit dem, der als Beklagter nach den obigen Grundsätzen anzusehen ist (K.G. in O.L.G. Rspr. I Nr. 243, VII S. 147). Dagegen unterliegt nicht der Nachprüfung des Gerichtsvollziehers die Frage, ob der Betreffende Vollkaufmann war (unrichtig Göppert S. 278). Daß der Beklagte noch Inhaber der Firma ist, ist für die Zwangsvollstreckung nicht Voraussetzung. Hat die Inhaberschaft in der Zwischenzeit gewechselt, so erfolgt die Vollstreckung trotzdem gegen den alten Inhaber. Hinsichtlich des Nachfolgers in der Firma helfen aus die §§ 729, 727 Z.P.O. Über die Fälle der Geschäftsübernahme bei § 26.

Auch im Urkunden- und Wechselprozeß kann der Kaufmann unter der Firma klagen (R.G.Z. XXXXI S. 410), ja hier wird § 17 gerade besonders praktisch. Er braucht seine Identität mit der Firma nicht urkundlich nachzuweisen (Goldmann I S. 70). Er wird ferner unter der Firma Einsprüche und Beschwerden in Handelsregistersachen erheben können.

Führt ein Kaufmann mehrere Firmen, so kann er unter jeder derselben insoweit klagen und verklagt werden, als der Rechtsstreit sich auf den Geschäftsbetrieb der betreffenden Firmen bezieht. Führt er eine mit Zusätzen nach § 30 Abs. 3 versehene Firma der Zweigniederlassung, so kann er unter der Firma der Hauptniederlassung aus Handelsgeschäften auch der Zweigniederlassung klagen und verklagt werden, dagegen unter der Firma der Zweigniederlassung nur, wenn der Gegenstand des Rechtsstreites in den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung fällt (vgl. Staub-Bondi § 13 Anm. 16; O.L.G. Colmar bei Kaufmann X S. 5).

Nicht kann der Einzelkaufmann unter der Firma im Prozesse auftreten, wenn der Gegenstand des Rechtsstreites inkommerziell ist (Ehescheidungs-, Erbschafts-, Vormundschaftssachen). Dahin gehören regelmäßig auch Strafklagen (Busch IX S. 130, XXIX, S. 289f., Bayer. Obst.Ldg. in Seufferts Bl. LXXIII S. 292), doch werden solche Strafklagen unter der Firma angestellt werden können, die Verletzung kommerzieller Güter betreffen, wie des Warenzeichenrechts oder beim unlauteren Wettbewerb (R.G.Str. XXIX S. S. 355, Staub-Bondi Anm. 24). Der zivilistische Anspruch auf Schadensersatz aus Injurien, Nachdruck, unlauterem Wettbewerb usw. kann natürlich von der und gegen die Firma erhoben werden.

10. **Sprache und Schriftzeichen der Firma.** Hier sind die Vorschriften über die Buchführung (§ 43 Abs. 1) insoweit anwendbar, als eine tote Sprache und deren Schriftzeichen (z. B. hebräisch) ausgeschlossen sind mit der selbstverständlichen Ausnahme, daß aus einer toten Sprache herstammende Familien- und Vornamen, ebenso die Firma kennzeichnende übliche Zusätze (senior, junior) geführt werden dürfen. Dagegen läßt sich der umgekehrte Schluß, daß sich der Kaufmann einer jeden lebenden Sprache und deren Schriftzeichen in der Firma bedienen darf, hier nicht ziehen, weil die dem § 43 Abs. 1 zugrunde liegenden Erwägungen hier nicht zutreffen. Die Firma soll dem Publikum den Namen, unter dem der Kaufmann auftritt, kenntlich machen, man soll aus der Firma ersehen, wen man vor sich hat. Soweit dieser Zweck durch Annahme einer fremden Sprache vereitelt wird, ist diese unzulässig (vgl. auch Staub-Bondi § 17 Anm. 22, Düringer-Hachenburg Anm. 8, a. A. Goldmann I S. 80, der für volle Freiheit ist). Noch weiter zu gehen und schlechthin die deutsche Sprache zu verlangen, (so Rothe in D.J.Z. 1911 S. 909) geht nicht an, denn § 8 des D.F.G.G., der als Gerichtssprache die deutsche hinstellt, bezieht sich nur auf das Gerichtsverfahren. Ein diesbezüglicher Antrag wurde in der Kommission des Reichstags abgelehnt (Komm.Ber. S. 3874, vgl. auch Johow VIII S. 24, X S. 15, K.G. in Seuffert LVI Nr. 7, O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. V S. 273 (Meyer frères). Praktisch stellt sich die Sache folgendermaßen dar: Nr. 11.

a) Die Schriftzeichen müssen stets deutsch oder lateinisch sein, russische Schriftzeichen wären z. B. als unzulässig zu betrachten.

b) Der Name (Familienname, Vorname) ist in seiner ursprünglichen Form zu führen, eine Verdeutschung ist geradezu unzulässig.

c) Vom Gesetze vorgeschriebene Bezeichnungen (Aktiengesellschaft u. dergl.) sind stets in der deutschen Sprache zu führen, sofern das deutsche Recht maßgebend ist (vgl. unten Nr. 13).

d) Zusätze sind nicht notwendig in deutscher Sprache zu führen (Johow X S. 15), werden sogar nicht selten in anderer Sprache geführt („et Comp.", „brothers", „frères"). Doch muß der Zusatz dem größeren gebildeten Publikum verständlich sein, und zwar ohne weiteres, nicht erst durch einen Dolmetscher. Sonst handelt es sich um Unfug. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse eines Landteiles Rücksicht zu nehmen.

e) Unzulässig ist es, die Firma in zwei Versionen (deutscher Sprache und polnischer Sprache) zu führen. (Vgl. Hilse in Busch XXXV S. 270ff.).

11. Über **Erlöschen** der Firma bei § 31.

12. **Älteres Recht.** Absatz 2 bezieht sich selbstverständlich auch auf Firmen, die aus alter Zeit herstammen. Hat der Kaufmann vor dem 1. Jan. 1900 geklagt, so wird § 17 anzuwenden sein, sofern der Prozeß noch nicht entschieden ist, denn wenn gleich im alten Recht die Frage bestritten war, ob der Kaufmann unter der Firma im Prozesse auftreten könne (vgl. Staub[5] zu Art. 15, § 6a), so wurde auch von denjenigen, die dies verneinten, eingeräumt, daß es genüge, wenn bis zum Erlaß des Urteils nachträglich der bürgerliche Name angegeben werde. War somit die Klage stets gültig erhoben, so wäre es offenbar eine Spitzfindigkeit, den Kläger, der vor dem 1. Januar 1900 geklagt hat, abzuweisen, während er zur Zeit des Urteils in der Lage wäre, unter der Firma zu klagen. Nr. 12.

13. **Ausländische** Firmen. Die Zulässigkeit ausländischer Firmen bei Zweigniederlassungen im Inlande richtet sich grundsätzlich nach ausländischem Recht. Doch wird Art. 30 d. E.B.G.B. zu beachten, deshalb insbesondere § 18 Abs. 2 auf sie anzuwenden sein (K.G. in Johow-Ring XLII A 160). So wird man für Nr. 13.

Aktiengesellschaften zwar nicht § 20 unmittelbar anwenden dürfen (vgl. bei § 201 Nr. 10), wohl aber einen Zusatz, der sie als solche kennzeichnet, verlangen dürfen, wenngleich nicht notwendig in deutscher Sprache („société anonyme", „limited" a. A. A.G. Leipzig im Zentralbl. II S. 296)[1]). Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn das Kammergericht und Marx S. 132 alle für inländische Firmen aufgestellten Grundsätze auch auf Zweigniederlassungen ausländischer Firmen ausdehnen, z. B. die Bestimmung des § 18 Abs. 1 (Johow XIV S. 14). Denn so gut durch Erwerb einer Firma im Inlande die Wirkungen dieser Bestimmung vereitelt werden können, so gut wird man bei ausländischen Firmen die Nichtanwendbarkeit des § 18 Abs. 1 annehmen dürfen (vgl. Adler-Clemens Nr. 1251, Marcuse bei Holdheim XIX S. 281, R.G. im Recht 09 Nr. 737, Düringer-Hachenburg I S. 23).

Nr. 14. 14. Über **Etablissementsnamen** bei § 4 Nr. 7, § 18 Nr. 6, 7. Soweit der Etablissementsname Bestandteil der Firma geworden ist, greift für ihn das Firmenrecht Platz (O.L.G. Stuttgart in Entsch. F.G. IV S. 215 = Johow-Ring XXVIII A 207). Heißt z. B. der Inhaber des Hotels „Europäischer Hof" Eugen Lüders, so kann er nur firmieren „Eugen Lüders" und die Worte „Hotel Europäischer Hof" als Etablissementsnamen ohne Firmenschutz gebrauchen. Er kann aber auch und wird häufig firmieren „Eugen Lüders Hotel Europäischer Hof". Dann liegt eine Firma vor (Staub-Bondi Anm. 6). Letzteres ist insbesondere anzunehmen, wenn er den Etablissementsnamen zu Unterschriften mit verwendet.

§ 18.

Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen.

Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, sind gestattet.

Entw. I § 17, II § 18; Denkschr. I S. 33—36, II S. 3156, 3157; Komm.Ber. S. 3874, 3875, Sten. Ber. S. 4568, 4582, 5518, 5519, 5520, 5521. A.D.H.G.B. Art. 16.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Die §§ 18—24 (vgl. auch § 30) enthalten die Vorschriften über die Firmengestaltung. Ergänzt werden sie durch die R.G. vom 20. April 1892 § 4 und vom 1. Mai 1889 § 3. Eine diesen Vorschriften widerstreitende Firma ist eine unzulässige, der Inhaber erwirbt trotz Eintragung nicht den Schutz des Firmenrechts, doch ist das unter unzulässiger Firma eingegangene Rechtsgeschäft regelmäßig gültig (vgl. bei § 17 Nr. 9, auch Bolze I Nr. 1169). Was § 18 speziell betrifft, so bezieht sich Abs. 1 nur auf die Firma des Einzelkaufmanns und hat den Fall, daß eine physische Person Einzelkaufmann ist, im Auge. Hinsichtlich der juristischen Person s. unten Nr. 10. Dagegen hat Abs. 2 eine allgemeine Tragweite, er gilt für alle neu angenommenen Zusätze von Firmen (K.G. in Johow-Ring XXVIII A 39).

Nr. 2. 2. **Personenfirma.** Die Firma eines Einzelkaufmanns soll eine Personen-, nicht eine Sachfirma sein (unzulässig also bei einem Fideikommißbesitzer die Bezeichnung „Verwaltung der Fideikommißherrschaft W." R.G.Z. LXXVII S. 193), und zwar eine wahre Firma. Doch gilt dies nur für neue Firmen. Hinsichtlich alter Firmen ist weder das Prinzip der Personenfirma noch das der Firmenwahrheit inne gehalten (§§ 21, 22), so daß der Satz des § 18 praktisch an Bedeutung erheblich

[1]) Dadurch würde, obwohl sich die Firma ändert, der Begriff der Zweigniederlassung nicht aufhören. Der Fall liegt hier ähnlich dem in § 30 Abs. 3 behandelten.

einbüßt. Einigermaßen auszuhelfen sucht die Polizeivorschrift der G.O. § 15a, vgl. unten S. 110ff.

3. **Wahre Personenfirma. Gemischte Firmen.** Das Prinzip der Firmenwahrheit erheischt, daß die Firma sich mit dem bürgerlichen Namen möglichst deckt. Eine völlige Deckung verlangt das Gesetz nicht. Eine solche würde zum Verbot aller Zusätze einerseits, zum Begehren der Ausschreibung aller Vornamen andererseits führen. Das letztere wäre unnötig und lästig, das erstere unzweckmäßig, ja geradezu mit § 30 unvereinbar. Darum gestattet das Gesetz leichte Abweichungen vom (Nichtaufführung aller Vornamen) und gewisse Zusätze zum bürgerlichen Namen. Firmen mit Zusätzen bezeichnet man auch als gemischte Firmen gegenüber den reinen Personenfirmen. Die gemischte Firma ist stets in ihrer Gesamtheit zu gebrauchen, sie bildet ein untrennbares Ganze, der Schutz erstreckt sich nur auf ihre Führung in toto. Die Zusätze zum Namen sind Bestandteile der Firma (R.O.H.G. IV S. 260). Sie sind also wohl zu scheiden von des Firmenschutzes entbehrenden Zusätzen außerhalb der Firma. Stets aber muß im Mittelpunkt („Firmenkern") die Personenbezeichnung stehen, unzulässig wäre es, sie in die Zusätze zu rücken, z. B. „Zentralbureau für d. P. (Anton Lehmann)". Hier müßte die Klammer fallen (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 92). Das Gesetz sorgt selbst hierfür, indem es außer dem Familiennamen mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen verlangt. Gleichgültig ist, ob die Personenbezeichnung voran oder hinterher steht (Buchhandlung von Gottfried Richter), ob sie als Substantivum oder Adjektivum figuriert (Gottfried Richter'sche Buchhandlung, vgl. H. O. Lehmann in Z. XXXIII S. 412). Im einzelnen gilt von den Namen: Nr. 3.

a) **Familiennamen.** Der Kaufmann hat seinen (nicht seines Vaters, so würde „L. Mayer Sohn" für Moses Mayer nicht zulässig sein O.L.G. Darmstadt im Recht 07, S. 905) Familiennamen in der nach dem Gesetz des Registergerichts gestatteten Form (K.G. in Johow-Ring XXIV A 163, XXXV A 150) — Pseudonym genügt nicht, K.G. in Johow-Ring XXXV A 150 — zu führen und zwar ohne jede, auch die geringste Änderung oder Erweiterung. Lautet also der Familienname „L. genannt St.", so darf er weder „L." noch „St." noch „L. = St.", sondern nur „L. genannt St." firmieren (K.G. in O.L.G. Rspr. X S. 230 = Johow-Ring XXVII A 65). Lautet er „Schulz", so darf er nicht „Szulc" firmieren (K.G. in Johow-Ring XXIV A 166). Unerheblich ist, ob er sich tatsächlich lange Zeit einer anderen Form bedient hat (anders Makower S. 107). Ob zum Familiennamen das Adelsprädikat gehört, richtet sich nach Landesrecht (Vgl. Oertmann Komm. zum Allg. Teil des B.G.B. § 12 Nr. 5). Darüber, was als Familiennamen gilt, entscheidet das B.G.B. (Ehefrau B.G.B. § 1355, geschiedene Ehefrau B.G.B. § 1577, eheliches Kind B.G.B. § 1616, uneheliches Kind B.G.B. § 1706, legitimiertes Kind B.G.B. §§ 1719, 1736, Adoptierte B.G.B. §§ 1758, 1762, 1772). Über den Fall der Namensänderung unten § 21. Ehefrauen dürfen weder den eigenen Familiennamen mit dem Namen des Ehemannes, noch Ehemänner den Familiennamen der Ehefrau mit dem eigenen Familiennamen verbinden (a. A. die herrschende Meinung: Bolze II Nr. 233, R.G.Z. XVI S. 60, 61, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. IV (1883) S. 214, K.G. im Recht 06 Nr. 2166, die darin nur einen nach § 18 Abs. 2 zulässigen Zusatz zum Familiennamen erblicken), wohl aber darf eine Ehefrau dem Namen des Ehemannes einen Zusatz geben, der auf ihren Familiennamen hinweist („geb."). Nr. 4.

b) **Vornamen.** „Mindestens ein ausgeschriebener Vorname" muß geführt werden, d. h. mindestens ein Vorname in der vollen solennen (in das Geburtsregister eingetragenen) Form, ohne jede Änderung, Kürzung, Modernisierung. (K.G. in Entsch. F.G. III S. 72 = Johow-Ring XXIII A 206 = O.L.G. Rspr. IV S. 460, anders Makower S. 106.) Weitere Vornamen (sei es alle, sei es ein Teil) können auch in abgekürzter Form geführt werden. Daß der gewählte Vorname der Rufname ist, ist nicht notwendig. Und hat der Kaufmann mehrere, im Betrieb getrennte Geschäfte, so kann er sie in der Weise unter verschiedenen Firmen führen, daß er für jede der Firmen einen anderen Vornamen wählt. Die Ehefrau darf nicht den Vornamen des Mannes wählen (Düringer-Hachenburg Anm. 5). Nr. 5.

4. **Zusätze.** Der Zusatz ist wohl zu unterscheiden von den Bestandteilen des Namens, dem sg. Firmenkern, Firmenkorpus. Letztere fallen niemals unter Nr. 6.

das Verbot des Abs. 2, selbst wenn sie geeignet sind, eine Täuschung des Publikums herbeizuführen, z. B. der Vorname über das Geschlecht des Inhabers (Willy für Wilhelmine), der Familienname über das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses (Doppelname vgl. von Hahn § 7 Anm. 4 zu Art. 16), über das Vorhandensein des Adels (das holländische „van", das deutsche „zur"). Als Zusatz, nicht als Bestandteil des Namens erscheint der Doktorgrad. — Der Zusatz ist andererseits zu unterscheiden von Angaben über geschäftliche Verhältnisse in öffentlichen Bekanntmachungen, Überschriften über das Ladenschild, Mitteilungen (z. B. Aufzählungen der Artikel, der Spezialitäten des Geschäfts, des Geschäftssitzes, der Vertretung, Wappen, Hausmarken, Belassen des Namens eines verstorbenen Ahnen am Hausgiebel (R.G. bei Holdheim 04 S. 228), auch Etablissementsnamen, die von der Firma getrennt sind (oben § 17 Nr. 14). Diese unterstehen nicht dem Firmenrecht, wohl aber dem R.G. gegen den unlauteren Wettbewerb. Wann solche bloße geschäftliche Angabe, wann ein Zusatz vorliegt, ist freilich nicht immer leicht zu entscheiden. Vgl. aus der Praxis R.G.Z. V S. 112, ferner Busch XLV S. 357, Bolze XVI Nr. 116, Johow V S. 18, Z. XXXVII S. 527. Der Zusatz dagegen ist Firmenbestandteil, vermag deshalb eine Verschiedenheit und deutliche Unterscheidung neuer Firmen trotz Identität der Namen hervorrufen („Musterkartenfabrik Karl A." und „Karl A. Spezialgeschäft für Bauartikel" K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 338). Er genießt Firmenschutz als Bestandteil der Firma, nicht als isolierte Bezeichnung, so ist zulässig „La Ferme" gegenüber „J. Huppmann Firma La Ferme" (R.O.H.G. IV S. 260) „Liebig Barbarossa Brunnen" gegenüber „Barbarossa Brunnen E.Br. u. Co." (R.G.Z. XXXVIII S. 84) vgl. Ritter Anm. 2. — Im einzelnen gilt:

Nr. 7. a) **Zulässige** Zusätze. Zulässig sind der Wahrheit entsprechende Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, wenn sie auch hierfür nicht erforderlich sind (Staub-Bondi Anm. 9). Der Person, z. B. „junior", „senior", „Sohn", „Vater", bei Ehefrauen „geborene Y.", Angabe des Ortes („in Köln"), des Doktorgrades, Bezeichnung als Hoflieferant. — Des Geschäfts, z. B. „Café", „Wollhandlung", „Bankgeschäft". Dagegen gehört nicht hierher „Nachfolger von N. N." oder „vormals N. N." Darüber bei § 22. Bei gewissen Geschäften, insbesondere Apotheken und Gasthöfen, ist es herkömmlich, die Geschäftsbezeichnung durch Etablissementsnamen (Apotheke zum König Salomo) zu individualisieren, die nicht direkt auf den Geschäftszweig hinweisen. Wird solch Etablissementsname in die Firma eingefügt, so ist auch dies ein zulässiger Zusatz (Allfeld S. 123). Entspricht der Zusatz der Wahrheit, so ist er auch dann zulässig, wenn dadurch ein anderes Geschäft der gleichen Branche nachteilig betroffen wird (R.G.Z. LIV S. 184f.), z. B. B.S. N'er Feigenkaffeefabrik", wenn dadurch das Geschäft „O.E.W.", das notorisch Feigenkaffee produzierte, eine unliebsame Konkurrenz erhält (unten § 30 Nr. 5).

Nr. 8. b) **Unzulässige** Zusätze. Unzulässig ist ein Zusatz, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet („et Comp.", „Söhne", „Gebrüder", „Erben", „Gesellschaft", „Verein"). Als solcher wurde das Wort „Union" noch nicht angesehen (Bolze X Nr. 184b). Ist ein Gesellschaftsvertrag nur fingiert, um diesen Zusatz zu gebrauchen oder unter dem Namen des anderen Gesellschafters Geschäfte zu schließen, so ist die Firma unzulässig (O.L.G. Hamburg in Z. XLVI S. 481, R.G.Z. VII S. 271, XXXVII S. 58ff. Bolze XVIII S. 114, XXI S. 79, 149). — Unzulässig ist ein Zusatz, der sonst durch seinen Wortlaut geeignet ist, über Art oder Umfang des Geschäfts oder Verhältnisse des Geschäftsinhabers zu täuschen, auch wenn eine Absicht der Täuschung nicht vorhanden ist (K.G. im Recht 07 S. 519 Nr. 1077, O.L.G. Rostock in O.L.G. Rspr. XXI S. 368). Umgekehrt genügt es nicht, daß bei einzelnen Personen aus besonderen Gründen irrige Vorstellungen hervorgerufen werden, sofern der Zusatz seinem Wortlaut nach unverfänglich ist. Täuschung über Art des Geschäftes: z. B. „Verlagsbuchhandlung", wo es sich bloß um eine Bücherverleihung, „Schuhwarenfabrik", wo es sich um Handel mit fertigen Schuhwaren, „Apotheker", wo es sich um eine Drogerie handelt (A.G. Wetzlar in Z.Bl. I S. 25, weil an staatlich konzessionierte Apotheker gedacht wird), „Bankier" bei einem bloßen Agenten oder Makler. — Täuschung über Umfang des Geschäftes: z. B. Zusätze, die auf Exporthandel nach bestimmten Weltgegenden hinweisen, ohne daß dies der Fall ist (Adler-Clemens Nr. 434), der Zusatz „en gros", während lediglich Detailhandel in Frage

steht, Zusätze, wie „Welthaus", „Internationales Möbelmagazin", die auf Großbetrieb hindeuten, während es sich um ein Lokalgeschäft handelt (Adler-Clemens Nr. 1636). Aus der reichen Judikatur vgl. u. a. K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 18 = Johow-Ring XXIX A 87: „Cölner Fahrrad-Börse", ebenda XIV S. 339 = Johow-Ring XXXIII A 123: „Landwirtschaftliche Handelsbank" bei einer offenen Handelsgesellschaft, ebenda XVI S. 81 „Ostpreußische Privat-Landbank", K.G. im Z.Bl. IV S. 120: „Versandhaus", K. f. H. Düsseldorf im Z.Bl. II S. 888: „Fahrrad- und Nähmaschinenhaus", Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 08, S. 574 Beil. 2: „Orientalische Zigarettenfabrik", L.G. I Berlin bei Kaufmann XII S. 9: „Finanzierungsgesellschaft" bei einer Gesellschaft m. b. H. mit 20000 Mk. Stammkapital, Bayer. Obst.Ld.G. im L.Z. 1912 S. 859 = Recht 1912 Nr. 1932: „Werkzeug- und Maschinenindustrie" bei reinem Zwischenhandel, K.G. in Joh.-R. XLI A 110: „Chemische Werke" bei einem unbedeutenden Betrieb, Bayer. Obst.Ld.G. in Seuffert LXVII Nr. 86: „Möbelhaus" bei einem kleinen Möbelgeschäft, K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 406: „Westdeutsche Eisenindustrie" bei einer Gesellschaft mit einem Barkapital von 10000 Mk., Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XXIV S. 111: „Nürnberger Möbelhaus" bei einem mittleren Möbelgeschäft, ähnlich Apt III S. 13: „Kaufhaus" bei einem kleinen Blumenladen. — Dagegen wurden zugelassen: „Bergwerksgesellschaft" bei einer Ges. m. b. H. mit Stammkapital von 20000 Mk. (K.G. in O.L.G. Rspr. XXIV S. 112), „Braunschweigische Landbank" bei einer G. m. b. H. mit 30000 Mk. Stammkapital (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXIV S. 113), „Kommissionsbank" bei einer Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von 250000 Mk. (K.G. in Johow-Ring XLII A 151), „Treuhandgesellschaft" bei einer Gesellschaft m. b. H. mit 20000 Mk. Stammkapital, weil solche Bezeichnung sich jetzt für allerlei Unternehmungen „zu treuen Handen" eingebürgert hat (ebenda S. 156 und dazu Apt III S. 71 ff.) „Warenhaus", nicht Bezeichnung eines umfangreichen Betriebes (Apt I Nr. 1). — Täuschung über Verhältnisse des Geschäftsinhabers: Unwahre Angaben über Familienverhältnisse bezw. Nachfolgerverhältnisse z. B. „Witwe", wenn die betreffende geschiedene Ehefrau ist, „früher X.Y.", wenn gar kein Erwerb von X.Y. vorliegt (O.L.G. Kassel in Seuffert LX Nr. 162 = O.L.G. Rspr. X S. 228), „C. Z.-Söhne", wenn die Söhne von C. Z. eine neue Gesellschaftsfirma annehmen, weil das Publikum hieraus auf ein Nachfolgerverhältnis schließt (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 243 = Johow-Ring XXVIII A 39) oder „J. A. vormals K. u. Z.", wenn J. A. zwar das Geschäft, aber nicht die Firma „K. u. Z." erworben hat (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. X S. 229), oder: „Gegründet 1807. Von 1831 bis 1890 im Besitze von H. F. Riv." (R.G. bei Kaufmann XII S. 7.) Dagegen wäre nicht unzulässig, die Firma „A. B., Sohn", wenn sowohl der Firmenträger als sein Vater A. B. heißen, weil durch das Komma ein Nachfolgeverhältnis ausgeschlossen wird (K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 377). — Unwahre Angaben über Auszeichnungen, Privilegien, Titulaturen: Königlich, privilegiert, Hofbuchhandlung (vgl. K.G. in Johow-Ring XXIII A 212), „Stadtbrauerei" (K.G. in Johow-Ring XXII A 97), „Alleinvertretung der Firma X." (O.L.G. Kiel in Seuffert LXIV Nr. 96), über Monopole, wissenschaftliche Grade (Dr. of dental surgery vgl. O.L.G. Rostock in Mecklb. Z. XXVIII 187 = O.L.G. Rspr. XXI S. 368, zum Doktortitel auch Bayer. Obst.Ld.G. in Seufferts Bl. LXXVIII S. 427 ff. = Entsch. F.G. XIII S. 37). — Unwahre Angaben über Alter des Geschäfts (R.G.Z. XLIV S. 18, O.L.G. Kassel u. Bayer. Obst.LdG. in O.L.G. Rspr. X S. 228, 229), über die Art der Artikel (R.G.Z. LVIII Nr. 33, Warneyer 1910 Nr. 65: „Pilsener Brauhaus", über den Ort der Niederlassung (K.G. in Entsch. F.G. V S. 246 = Johow-Ring XXIX A 210 = O.L.G. Rspr. XI S. 16), wobei zu beachten ist, daß für Vororte die Verkehrsauffassung nicht selten den Hauptort einsetzt, z. B. Berlin für Schöneberg (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 342). — Doch muß der Zusatz stets ein solcher sein, daß die Gefahr einer Täuschung offensichtlich wird. Die bloße Möglichkeit, den Zusatz in einer Richtung auszulegen, genügt nicht. (Sehr rigoros Adler-Clemens Nr. 1776.) Zusätze, die Anfangs zulässig sind, können bei Veränderung des Gegenstandes oder Einschränkung des Betriebes unzulässig werden (Holdheim bei Holdheim II S. 292, Adler-Clemens Nr. 1520, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 36, Johow-Ring XLI A 112, Falkmann in D.J.Z. 04, S. 684). Doch wird man, wie Staub-Bondi Anm. 11 bemerken, hier sehr vor-

sichtig sein müssen. Nicht unzulässig ist die Annahme eines Zusatzes, den früher ein anderes Etablissement gleicher Art geführt hatte, z. B. „Bahnhofs-Hotel", da niemand gehindert ist, solchen Zusatz, wenn er „frei" ist, aufzunehmen und ein Nachfolgeverhältnis daraus noch nicht hervorgeht (O.L.G. Stuttgart in Entsch. F.G. IV S. 215 ff. = Johow-Ring XXVIII A 307). Auch ursprüngliche Familiennamen können im Laufe der Zeit eine allgemeine Bedeutung erlangen, („Café Bauer" vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIV S. 338, R.G. bei Holdheim 08, S. 125, R.G.Z. LXIX Nr. 71: „Liberty Haus").

Nr. 9. c) Die vom Gesetze aufgeführten Kategorien von zulässigen und unzulässigen Zusätzen erschöpfen die wirklichen Fälle nicht. In der Mitte stehen Zusätze, die zwar keine Gefahr der Täuschung für das Publikum in sich bergen, die aber nicht als nähere Bezeichnung der Person oder Geschäfts zweckdienlich sind. Dahin gehören Reklamezusätze („gut und billig", „au bon marché", „erste", „einzige", „neueste", „größte" 2c.), ferner Angaben über den Beruf oder die Vergangenheit des betreffenden (Professor, Pfarrer, Direktor, Rechtsanwalt a. D., ehemals Prokurist bei N. N.). Man wird dem Geist des U.W.G. entsprechend derartige Zusätze dann nicht zulassen dürfen, falls sich in ihnen der Zweck widerspiegelt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen (vgl. R.G.Z. III S. 166, Johow X S. 15, Adler-Clemens Nr. 1273, 1355; milder K.G. im Recht 1912 Nr. 1672). Handelt es sich dagegen um lediglich in die Augen fallende Geschäftsbezeichnungen („Goldene 110", „Zum Hutmatador", „Wilhelma", „Phönix", „Tip Top", „Berliner Chic", „Das muß man sehen", „Behalt mich lieb", „Union" oder Phantasienamen, wie „Kaiser Wilhelm", „Hohenzollern" u. dgl., vgl. Staub-Bondi § 18 Anm. 12), und besteht die Gefahr einer Täuschung über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers nicht — denn auch solche Gefahr ist hier möglich, weil eine enge Beziehung zu einem eine ähnliche Geschäftsbezeichnung führenden Unternehmen angenommen werden könnte — so werden sie als zulässige zu betrachten sein (K.G. in Entsch. F.G. I S. 115 = Johow-R. XX A 267 = O.L.G. Rspr. I S. 288; strenger zu T. die frühere Praxis, Johow X S. 14 f., Z. XXXXII S. 501, Adler-Clemens Nr. 1867).

d) Ferner wird man Zusätze, die gegen die guten Sitten oder den Anstand verstoßen (z. B. geschlechtlich anstößig sind, dazu Marcus in Holdheim XXI S. 290) oder die Vorschriften des Völkerrechts oder dgl. zuwider sind, nicht dulden dürfen. Auch an sich harmlose Zusätze können dann widerrechtlich werden, wenn sie gegen ein vorher erworbenes Warenzeichenrecht eines Dritten verstoßen (R.G.Str. XXX S. 12; R.G. in L.Z. 09, S. 773).

Nr. 10. 5. **Juristische Personen.** Führt eine juristische Person (Reich, Bundesstaat, Kommunalverband, sonstige juristische Person §§ 36, 33), die nicht unter die Handelsgesellschaften fällt, eine Firma, so kann natürlich Abs. 1 nicht Platz greifen. An Stelle des Familiennamens tritt hier der Name der juristischen Person. Insbesondere wird die Firma von Korporationen (Gewerkschaften, Kolonialgesellschaften) und Stiftungen den vollen Korporations- bezw. Stiftungsnamen zu enthalten haben (vgl. Johow XVII S. 4 f., R.G. in J.W. 05, S. 721[13]). Bei Unternehmungen des Fiskus oder einer Kommune wird eine Firma zu wählen sein, die auf den Charakter der Firma deutlich hinweist (Königl. Porzellanmanufaktur, städtische Gasanstalt, Reichsdruckerei, vgl. Johow XII S. 20, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 24) — Abs. 2 findet auch auf diese Firmen volle Anwendung.

Nr. 11. 6. **Gebrauch der Firma.** Der Kaufmann hat die Firma, die er einmal angenommen hat, so zu gebrauchen, wie er sie annahm, insbesondere die Vornamen in der gewählten Reihenfolge, Zahl und Schreibweise, ebenso unter Beibehaltung der Zusätze. Er darf also z. B. nicht, wenn die Firma „J. Huppmann Firma Laferme" lautet, bloß „Laferme" firmieren (R.O.H.G. IV S. 260, R.G.Z. XX S. 72, 73). Will er konsequent ändern, so hat er die Vorschriften über Firmenänderung zu beobachten (vgl. Bayer. Obst.Lb.G. in Seuffert LXII Nr. 166, LXV Nr. 31).

Nr. 12. 7. **Älteres Recht.** Auf ältere Firmen, die am 1. Jan. 1900 im Handelsregister eingetragen sind, findet § 18 keine Anwendung (E.H.G.B. Art. 22 Abs. 1). Über ihre Zulässigkeit entscheidet das für sie maßgebende ältere Recht, d. h.:

a) Bei Firmen, die nach Einführung des H.G.B. in den einzelnen Staaten des alten Bundes angenommen wurden, ist maßgebend das A.D.H.G.B.

b) Bei Firmen, die schon vor Einführung des A.D.H.G.B. geführt wurden, entscheidet das betreffende Landesrecht, insbesondere das Einführungsgesetz zum alten H.G.B. Die meisten der Einführungsgesetze zum alten H.G.B. haben die älteren Firmen, falls sie in bestimmter Frist zur Eintragung angemeldet würden, anerkannt, auch wenn sie dem Art. 16 des A.D.H.G.B. widersprachen.

c) Sind ältere Firmen nicht im Handelsregister am 1. Jan. 1900 eingetragen, so dürfen sie nicht weiter geführt werden, wenn sie im Widerspruch mit § 18 stehen (z. B. nicht einen ausgeschriebenen Vornamen enthalten vgl. K.G. in Johow-Ring XLI A 108), selbst dann nicht, wenn die Anmeldung vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt ist. Unter Handelsregister ist das Register der Hauptniederlassung zu verstehen, sofern diese im Inlande liegt.

d) Die Änderung einer älteren Firma fällt vom 1. Jan. 1900 ab ganz unter das neue Recht, die geänderte Firma darf also auch in den Teilen, die von früher her beibehalten werden, nicht dem neuen Recht widersprechen. Eine Ausnahme gilt nur für den im § 30 Abs. 3 behandelten Fall. Vgl. zum Ganzen K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 49f., K.G. in Entsch. F.G. IV S. 105 (= Johow-Ring XXVII A 216), X S. 204 (= Johow-Ring XXXIX A 102).

§ 19.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zu enthalten.

Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich.

Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden.

Entw. I § 18, II § 19; Denkschr. I S. 36, II S. 3157; Komm.Ber. S. 3875, A.D.H.G.B. Art. 17.

§ 19 regelt die ursprüngliche Firma der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, und zwar ebenfalls nach den Grundsätzen der wahren Personenfirma. Der Inhalt des § 19 geht parallel dem des § 18 Abs. 1. § 18 Abs. 2 findet auf diese Firmen aber ebenfalls Anwendung.

1. **Offene Handelsgesellschaft.** Die neue Firma der offenen Handelsgesellschaft Nr. 1.
soll den Familiennamen (nicht das Pseudonym vgl. K.G. in Johow-Ring XXXV A 150) aller Gesellschafter, oder wenigstens eines von ihnen enthalten. Darnach genügt nicht die Firma „L. Mayers Sohn u. Co." ebensowenig „C. Z. Söhne", weil hier nicht der Familienname des Gesellschafters angegeben, sondern nur seine Eigenschaft als Sohn von L. Mayer kenntlich gemacht wird, woraus nicht notwendig folgt, daß sein Name auch „Mayer" ist (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 241 = Johow-Ring XXVIII A 40). Enthält sie die Familiennamen aller Gesellschafter, so kann ihr außerdem ein Zusatz, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet, beigefügt werden (z. B. Speditionsverein Krüger & Lembke, Dampfschiffahrtsgesellschaft Werner & Link). Doch darf der Zusatz nicht ein solcher sein, daß er eine Täuschung über die Zahl der Gesellschafter zu erwecken geeignet ist. Es darf somit nicht der Zusatz „et Comp." hinzugefügt werden, wenn alle Gesellschafter in der Firma genannt sind (O.L.G. Hamburg in Z. XXXXII S. 502). Enthält die Firma den Familiennamen nur eines Gesellschafters oder eines Teils der Gesellschafter, so muß ein Zusatz gemacht werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet (et Comp. „Handelsgesellschaft" z. B. „Kath-

reiners Malzkaffee Handelsgesellschaft", Holdheim 1911, S. 215 ff.)[1]) und zwar darf der Zusatz das Publikum nicht auf eine falsche Fährte bringen; so würde der Zusatz „Verein", „Gesellschaft" zwar genügen, wenn von drei Gesellschaftern nur einer, nicht dagegen wenn zwei genannt sind, weil die Meinung erweckt wird, die Gesellschaft bestehe nur aus den zwei genannten (K.G. in Entsch. F.G. VII S. 35), ebensowenig genügt der Zusatz „Gebrüder", falls die dadurch gekennzeichneten Brüder mit einem Dritten, z. B. einer Schwester oder mit einem Fremden assoziiert sind (vgl. R.G.Z. LXXXII Nr. 39) oder „Söhne", wenn ein Sohn und ein Enkel des alten Firmeninhabers Gesellschafter sind (Apt II S. 8). Natürlich darf der Zusatz auch nicht auf eine andere Gesellschaftsform hindeuten (Genossenschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, O.L.G. Stuttgart in Z. XXXXII S. 501). — Welcher von den mehreren Gesellschaftern in der Firma genannt ist, ist gleichgültig, auch der Name des nicht vertretenden kann, und zwar allein, darin figurieren. Hinsichtlich des Familiennamens gilt das gleiche wie beim Einzelkaufmann (§ 18 Nr. 4). Vornamen können bei allen oder nur bei einem der Familiennamen angefügt werden, und zwar ausgeschrieben oder abgekürzt. Sie brauchen aber niemals beigefügt zu werden, selbst dann nicht, wenn zwei Gesellschafter denselben Familiennamen tragen (vgl. das Beispiel bei Busch I S. 391, doch wäre hier richtiger „Müller & Gebrüder Schulze" zu firmieren gewesen). Der hinzugefügte Vorname darf nicht ein solcher sein, den keiner der Gesellschafter führt, z. B. nicht der eines Aszendenten. Die neu angenommene Firma „Karl Z. Söhne" wäre formwidrig (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 242 = Johow-Ring XXVIII A 41 vgl. O.L.G. Darmstadt Recht 07 S. 905 Nr. 2201). Über die gewerbepolizeilichen Bestimmungen der G.O. § 15a vgl. unten S. 110 ff.

Nr. 2. 2. **Kommanditgesellschaft.** Mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter ist in der Firma zu benennen, es können aber auch mehrere oder alle genannt sein. Stets aber ist ein Zusatz zu machen, der ein Gesellschaftsverhältnis (nicht notwendig, wenngleich erwünscht ein Kommanditgesellschaftsverhältnis) andeutet. In dieser Beziehung gilt das gleiche wie zu 1. Würden also die Namen aller persönlich haftenden Gesellschafter in der Firma aufgeführt, so würde der Zusatz „Verein" nicht genügen, wohl aber der Zusatz „Kommanditgesellschaft", weil aus letzterem sich ergibt, daß außerdem ein (nicht genannter) Kommanditist beteiligt ist (unrichtig Adler-Clemens Nr. 435).

Nr. 3. 3. **Namen anderer Personen.** Die Namen anderer als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen weder in der Firma der offenen Handelsgesellschaft noch der der Kommanditgesellschaft stehen. Insbesondere wird dies praktisch für den Kommanditisten und stillen Gesellschafter. Die Fassung des Abs. 4 zeigt deutlich, daß bei völligem Gleichlaut des Namens von Kommanditisten und persönlich haftenden Gesellschaftern der Aufnahme nichts im Wege steht, weil es sich um den Namen der letzteren handelt. Auch wird die Aufnahme anderer Namen dann zulässig sein, wenn die Fassung klar stellt, daß die dadurch gekennzeichneten Personen nicht Firmeninhaber sind (Wolff's telegraphisches Bureau, Kontinental-Telegraphen-Kompagnie, Kommanditgesellschaft, Theodor Wimmel, Richard Wenzel, Busch X S. 304f., Renaud, Kommanditgesellschaft S. 128 oder: „A. & Co., Gesellschaft zur Ausbeutung des X'schen Patentes") (Staub-Bondi Anm. 3). Über die Folgen unbefugter Aufführung des Namens eines Kommanditisten oder Stillen vgl. bei §§ 176, 335. Wie weit sonst Dritte, deren Name verbotswidrig aufgenommen wird, haften, regelt sich nach bürgerlichem Recht (B.G.B. §§ 826, 823).

Nr. 4. 4. Die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft hat nur eine Firma, dieselbe offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft kann nicht zwei Firmen führen (a. A. Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften, Diss. 1905). Es gilt hier das gleiche, wie von der Aktiengesellschaft. Erwirbt sie also ein Geschäft mit der Firma, so muß sie, falls sie die neue Firma annehmen will, ihre Firma ändern oder sie muß die neu erworbene Firma fallen lassen. Unzulässig wäre es, daß sie sich bei der erworbenen Firma

[1]) „Sozietätsbrauerei Klara Ziegler" (Renaud, Kommanditgesellschaft S. 127) würde dagegen nicht genügen, weil hier das Vorhandensein einer Gesellschaft nicht klar hervortritt.

als Inhaberin eintragen läßt und ihre alte Firma beibehält. In der Änderung der Firma läge natürlich nicht die Begründung einer neuen offenen H.G. Für Umschreibung der auf die alte Firma eingetragenen Hypotheken etc. bedürfte es also keiner Auflassung (K.G. in Johow-Ring XXVIII A 253). Dagegen ist nicht ausgeschlossen der bequemere Weg, daß die gleichen Personen eine besondere Handelsgesellschaft mit der anderen Firma bilden. Er unterscheidet sich durch die Schaffung eines neuen Firmenträgers vom vorigen Fall (hierzu K.G. in Johow-Ring XXVIII A 254).

5. Das ältere Recht stimmt überein (Art. 17). Über die Firmen von Gesellschaften, die vor Einführung des alten H.G.B. in die einzelnen Staaten des Bundes geführt wurden, gilt das bei § 18 Nr. 12 Bemerkte. Nr. 5

§ 20.

Die Firma einer Aktiengesellschaft sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen; die erstere Firma hat außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft", die letztere Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien" zu enthalten.

Entw. I § 19 II § 20; Denkschr. I S. 37, II S. 3157; Komm.Ber. S. 3875; A.D.H.G.B. Art. 18.

Die Firma der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien soll regelmäßig Sachfirma sein und soll stets die Bezeichnung der betreffenden Rechtsform enthalten.

1. **Sachfirma.** Die Firma soll dem Gegenstand des Unternehmens entlehnt sein. Der Gegenstand kann im allgemeinen oder detaillierter angegeben werden, immer aber muß er sichtbar sein. So würde nicht genügen, daß ein mythologischer Zeitungsname (Heimdal) für ein Verlagsgeschäft als Sachfirma angewendet wird, da aus diesem der Gegenstand selbst dann nicht ersichtlich ist, wenn der Verlag jene Zeitung fortzuführen hauptsächlich bestimmt war (vgl. K.G. in Seuffert LVI Nr. 6, K.G. im Recht 06, S. 758 Nr. 1849). — Auch werden ganz farblose Gattungsbezeichnungen, wie „Handelsgeschäft", „Fabrik" und „Bank" nicht als genügend zu erachten sein (Staub-Bondi Anm. 1; vgl. K.G. in Johow-Ring XXXVII A 172). Nähere Zusätze sind nach § 18 Abs. 2 gestattet. Insbesondere kommen Zusätze, die sich auf den Ort beziehen (Hannoversche Bank, Berliner Holzkontor) in Betracht, ferner allegorische Bezeichnungen, mythologische, historische und dergl. Namen. Irreführende Angaben sind auch hier unstatthaft[1]). So können u. U. auch allegorische Bezeichnungen beim Publikum die Annahme der Identität mit der Firma einer außerhalb bestehenden, allgemein bekannten Aktiengesellschaft erzeugen. Denn wenn § 30 nur deutliche Unterscheidung von allen, an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen gebietet, so folgt daraus nicht, daß darüber hinaus schrankenlose Freiheit herrscht. Ist die Firma geeignet, eine Täuschung über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen, so ist § 18 Abs. 2 gegeben. Solche Täuschung kann auch schon dadurch gegeben sein, daß durch Verwendung des gleichen Phantasienamens die Annahme einer engen Interessengemeinschaft mit dem den gleichen Phantasienamen (z. B. „Laura", „Prometheus") führenden anderen Institut hervorgerufen wird. Doch wird dies nur da zu gelten haben, wo es sich um Firmen handelt, die einen Weltruf genießen, und nur dann, wenn die gleiche Branche in Frage steht. Vgl. außerdem § 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Nr. 1.

2. **Ausnahmen.** Nur regelmäßig soll die Firma eine Sachfirma sein, d. h. die Registerbehörde kann von dem Erfordernis der Sachfirma dann absehen, wenn Nr. 2.

---

[1]) Das Obst.Lb.G. München hat als solchen die Bezeichnung „Klosterbräu N." angesehen (Z. XXXIV S. 562), weil die Meinung erweckt werden könnte, als ob die Brauerei dem Konvent eines der dortigen Klöster angehörte. Indessen würde bei Hinzufügung der Bezeichnung „Aktiengesellschaft" solche Meinung kaum entstehen.

die besonderen Verhältnisse dies rechtfertigen, namentlich wenn die Wahl einer Sachfirma wegen des Bestehens derartiger Firmen schwierig ist oder wenn es sich um Fusionierung mehrerer Geschäfte zu einer neugegründeten Aktiengesellschaft handelt (vgl. den reichsgerichtlichen Fall in L.Z. 1912 S. 316 = Warneyer 1912 Nr. 35: „Maschinenfabrik R. Karges und Gustav Hammer u. Cie. Aktiengesellschaft", ferner O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXI S. 369 „Sorge-Ammer Maschinenfabrikaktiengesellschaft"). Vor allem wird bei Aktienkommanditgesellschaften die Aufnahme des Namens des Komplementars zulässig sein. Liegen solche besonderen Verhältnisse nicht vor, so kann die Registerbehörde nach § 37 Abs. 1 einschreiten. Eine Haftung der in der Firma Genannten für den entstehenden Schaden wird jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn die Bezeichnung der Rechtsform in der Firma enthalten ist.

Nr. 3. 3. **Bezeichnung der Rechtsform.** Die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" ist unbedingt geboten, und zwar ohne Abkürzung (A.G.). Die Bezeichnung muß in deutscher Sprache erfolgen. Das englische „limited", das französische „société anonyme" würde für in Deutschland domizilierende Aktiengesellschaften nicht genügen. Anders für die Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften (vgl. bei § 17 Nr. 13). Die Bezeichnung muß ferner in einer Form, die den genauen Typus erkennen läßt, erfolgen. Nicht genügen würde z. B. „Aktienbrauerei". Dagegen ist nicht nötig, daß das Wort „Aktiengesellschaft" getrennt von den anderen Teilen der Firma geführt wird. So würde genügen „Bremer Droschkenaktiengesellschaft" (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 371 = Johow-R. XLI A 263). Die Bezeichnung kann vor- oder nachgestellt werden.

Nr. 4. 4. Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien führen stets nur **eine** Firma, auch bei Betrieb mehrerer Geschäfte (Johow XII S. 35, XVI S. 5f. Johow-Ring XX A 40, K.G. in Entsch. F.G. XII S. 222, a. A. Scheuing a. a. O.). Auch führten sie nicht neben der Firma noch einen Namen, die Firma ist zugleich ihr Name (R.G.Z. I S. 28, LXII S. 9), vgl. bei §§ 182 Abs. 2 Nr. 1, 322 Abs. 1.

Nr. 5. 5. Über die Firmen der Gesellschaften mit beschränkter Haftung R.G. vom 20. April 1892 § 4 (dazu K.G. in Entsch. F.G. IX S. 231, O.L.G. Hamburg ebenda X S. 184ff.), der Erwerbs und Wirtschaftsgenossenschaften R.G. vom 1. Mai 1889 § 3, der Versicherungsvereine a. G. V.A.G. § 18 Abs. 2 (dazu K.G. in Entsch. F.G. IV S. 23). Auch diese führen nur eine Firma (Johow XIV S. 35).

Nr. 6. 6. **Ältere Firmen.** Hierüber normiert der Art. 22 des E.H.G.B. Danach gilt:

a) Ist die Aktiengesellschaft mit dieser Firma nach Einführung des alten H.G.B. in die einzelnen Staaten des Bundes entstanden, so gilt grundsätzlich Art. 18 d. A. D. H.G.B.

b) Bestand die Aktiengesellschaft mit dieser Firma schon vor Einführung des A. D. H.G.B. in die einzelnen Staaten des Bundes, so entscheidet das betreffende Landesgesetz, insbesondere das Einführungsgesetz zum A. D. H.G.B.

c) Nachträglich braucht auch nicht eine die Rechtsform angebende Bezeichnung in die Firma aufgenommen zu werden, es sei denn, daß die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist (d. h. daß den Hauptbestandteil der Firma Personennamen bilden, vgl. im einzelnen Staub-Bondi § 20 Anm. 4, Brand Anm. 3) und sich nicht erkennen läßt die Rechtsform der Inhaberin. Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 52. Wird die Firma nachträglich geändert, so greift § 20 H.G.B. Platz (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 369).

§ 15a Gewerbeordnung.

Für die §§ 18—20 kommt gemeinsam in Frage § 15a der Gewerbeordnung:

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder

am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirtschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Beteiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Beteiligter anordnen.

Entw. I § 16 Anm. 1, II Art. 9; Denkschr. I S. 34, 35, II S. 3289, 3156, 3157, Komm.Ber. S. 3934.

Literatur: Cohn in Gruchot Bd. XLII, Riesenfeld im Preußischen Verwaltungsblatt XXI Nr. 33, v. Landmann und v. Rohrscheidt, Komm. zur G.O., zu § 15a.

Die Vorschrift bildet eine Ergänzung zum Firmenrecht.

Von den vier Absätzen des § 15a G.O. beziehen sich Abs. 1 und 4 nicht bloß auf Voll-, sondern auch auf Minderkaufleute, ja sogar auf Gewerbetreibende, die überhaupt nicht Kaufleute sind, z. B. kleine Drucker, kleine Buchbinder, sofern sie einen offenen Laden haben, während Abs. 2, 3 nur Vollkaufleute betrifft. Vgl. oben bei § 4 Nr. 7 S. 54. Nr. 1.

Alle vier Absätze enthalten nur gewerbepolizeiliche Vorschriften, der Begriff des Kaufmanns sowie das Recht der Firmenführung wird dadurch nicht beeinflußt. Indem im allgemeinen auf die Kommentare zur G.O. verwiesen wird, ist Folgendes zu bemerken:

a) Die Verpflichtung betrifft nur solche Gewerbetreibende, die einen **offenen Laden** haben **oder Gast- oder Schankwirtschaft** betreiben. **Laden** ist nicht bloß der Verkaufsstand, sondern auch möglicherweise bei Handwerkern die Werkstatt (siehe Grimm, W.B.), überhaupt jede Räumlichkeit, die zum Feilhalten oder zur sonstigen Ausübung der kommerziellen Tätigkeit dient, so bei Leihbibliotheken der Raum, in dem die Bücher ausgegeben werden. Auch das Kontor kann hierunter fallen. Dagegen gehören nicht hierher Fabriken, Speicher, Lagerplätze (O.L.G. Darmstadt im Gew. Archiv VIII S. 201). Gleichgültig ist, ob es sich um einen Laden in festem Gebäude oder um Verkaufsbuden oder Stände in Markthallen handelt (anders Düringer-Hachenburg I S. 209, die unter Laden nur feste Niederlassungsstätte in geschlossenem Raum verstehen). Doch wird man bloß vorübergehende Verkaufsstände wohl kaum hierher zu ziehen haben, ebensowenig wohl Automaten (a. A. v. Landmann). Der Laden muß ferner ein **offener**, d. h. für das Publikum zugänglicher sein, daß er gerade mit Schaufenster versehen ist, ist nicht notwendig. Geschlossene Lokale fallen nicht darunter; daß erst geläutet werden muß, um hineinzugelangen, spricht noch nicht gegen den offenen Laden (Gew. Arch. III S. 400). Daß der Laden der Feilbietung von Waren dient, wie das K.G. im Gew. Arch. II S. 385 annimmt, ist zu eng. Auch Bearbeitung von Waren, Vermietung, Handel mit Wertpapieren kann in Frage kommen, dagegen kaum Dienst- oder Werkverträge (K.G. ebenda: Kaufmännische Auskunftsbureaus). Unter **Gastwirtschaft** fällt auch der Betrieb eines Hôtel garni, dagegen nicht das gewerbsmäßige Vermieten von Wohnungen für längere Zeit (dazu v. Landmann bei § 33). Nr. 2.

Nr. 3. b) Die Verpflichtung bezieht sich nur auf Anbringung von Namen, beziehungsweise Firma an der **Außenseite** oder am **Eingange** des Ladens oder der Wirtschaft (nicht genügt Anbringung im Schaufensterraum, auch wenn dies klar sichtbar ist), nicht also auf Anbringung des Namens in den Korrespondenzen, auf Fakturen u. dgl., aber auch nicht auf Anbringung an der Fabrik. Hat ein Gewerbetreibender mehrere offene Läden, so ist an jedem die Anbringung vorzunehmen.

Nr. 4. c) Anzubringen ist der **Familienname** des Inhabers (also bei Verpachtung eines Hotels zu eigenem Wirtschaftsbetrieb der Familienname des Pächters) **mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen.** Unzulässig ist die Anbringung des Namens eines Strohmannes (O.V.G. LV S. 260), ebenso die Anbringung (oder das Stehenlassen) eines falschen Namens neben der Anbringung eines richtigen (O.L.G. Rostock in Meckl. Z. XXIX S. 383, O.L.G. Hamburg in L.Z. 1914 S. 413). Das Erfordernis des ausgeschriebenen Vornamens bezweckt vor allem, das Publikum auf den Umstand, daß eine Frau Gewerbetreibende ist, aufmerksam zu machen, in den Entw. I und II war es sogar auf diesen Fall beschränkt, erst in der Reichstagskommission erfolgte die Generalisierung. Daß der ausgeschriebene Vorname der Rufname ist, ist auch hier nicht notwendig. Der ausgeschriebene Vorname darf bei mehrfacher Anbringung nur derselbe sein (O.V.G. im Gew. Arch. V S. 40).

Nr. 5. d) Ist der Gewerbetreibende **Vollkaufmann**, so ist außerdem seine (eingetragene oder nichteingetragene) **Firma** anzubringen, sei es an derselben Stelle (z. B. Name und Firma am Eingang), sei es an der anderen von beiden Stellen (so die Firma am Ladenschild, der Name am Eingang). Enthält die Firma den Familiennamen und einen ausgeschriebenen Vornamen des Gewerbetreibenden, so genügt die Angabe der Firma. Gestattet ist, daneben noch den Familiennamen mit einem anderen ausgeschriebenen Vornamen, z. B. dem Rufnamen, oder mit allen Vornamen anzubringen, ja diese können auch abgekürzt angebracht werden.

Nr. 6. e) Bei **offenen Handelsgesellschaften**, die aus nur zwei Gesellschaftern bestehen, sind die Familiennamen beider Gesellschafter mit je mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen dann anzubringen, wenn die Gesellschaftsfirma nicht den Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen jedes Gesellschafters enthält. Bilden also August Müller und Friedrich Schmidt eine offene Handelsgesellschaft mit der Firma „Müller & Schmidt" oder „A. Müller & F. Schmidt", so sind die Namen August Müller und Friedrich Schmidt an der Außenseite und am Eingang des Ladens neben der obigen Firma anzubringen. Besteht die offene Handelsgesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern, und enthält die Firma den Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen von zwei Gesellschaftern, sowie einen das Vorhandensein weiterer Gesellschafter andeutenden Zusatz, so bedarf es einer weiteren Angabe nicht, doch kann die Polizeibehörde im einzelnen Falle anordnen, daß die Familiennamen und je mindestens ein ausgeschriebener Vorname sämtlicher Gesellschafter an der Außenseite oder am Eingang des Ladens angebracht werde.

Nr. 7. f) Bei **Kommanditgesellschaften** und **Kommanditgesellschaften auf Aktien** sind nur die Namen der Komplementare anzubringen; ist also nur ein Komplementar da und sein Familienname mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen in der Firma enthalten, so bedarf es besonderer Angabe des Komplementars nicht weiter; sind zwei Komplementare da und sind nicht beider Familiennamen nebst je einem ausgeschriebenen Vornamen in der Firma enthalten, so sind die Familiennamen und je ein ausgeschriebener Vorname Beider besonders anzugeben. Sind mehr als zwei Komplementare da und enthält die Firma die Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen von zwei Komplementaren, sowie einen das Vorhandensein weiterer Gesellschafter andeutenden Zusatz, so bedarf es einer weiteren Angabe nicht, doch kann die Polizeibehörde im einzelnen Falle anordnen, daß die Familiennamen und je mindestens ein ausgeschriebener Vorname sämtlicher Komplementare an der Außenseite oder am Eingange des Ladens angebracht werde.

Nr. 8. g) Ist Gewerbetreibender eine juristische Person, so wird deren Vereinsbeziehungsweise Stiftungsname an die Stelle des Familiennamens zu treten haben. Die Namen von Mitgliedern sind nicht anzubringen, selbst dann nicht, wenn alle Aktien oder Geschäftsanteile in einer Hand sind (O.L.G. Posen bei Kaufmann 05 S. 470). — Dür.-Hachenb. I S. 209 wollen auf jurist. Personen die Vorschrift überhaupt nicht erstrecken.

h) Die Anbringung hat „in **deutlich lesbarer Schrift**" zu erfolgen, d. h. die Schriftzeichen sollen, wie bei der Firma, deutsch oder lateinisch sein (siehe § 17 Nr. 11). Im übrigen ist es gleichgültig, ob sie auf Holz-, Porzellan-, Messingschildern, durch Aufmalung auf der Wand, durch Metallleitern auf dem Schaufenster usw. geschieht. Sie hat für die Dauer der Benutzung des Raumes als Geschäftsstelle zu erfolgen, es genügt nicht, daß sie einmal angebracht und dann wieder beseitigt ist (Bayer. Obst.Ld.G. bei Holdheim 1904 S. 162). Sie hat so zu erfolgen, daß der Name bei geöffnetem Geschäft gelesen werden kann (K.G. im Gew. Arch. IV S. 18). Nr. 9.

i) Die Vorschrift gilt auch für Gewerbetreibende, die aus früherer Zeit her ihr Gewerbe betreiben. Nr. 10.

k) Die Verletzung der Vorschrift hat strafrechtliche Ahndung (§ 148[14] G.O.) und Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 B.G.B. zur Folge (Staub-Bondi, Exkurs zu § 37 Anm. 9). Nr. 11.

§ 21.

Wird ohne eine Änderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

Komm. Ber. S. 3877.

1. Vorbemerkung. Die Paragraphen 21—24 betreffen die Fälle der Fortführung einer Firma (abgeleitete Firma) d. h. die Fälle, in denen vom Prinzip der Firmenwahrheit abgewichen wird. Sie gliedern sich in drei Gruppen. Entweder bleiben die Personen der Geschäftsinhaber die gleichen und es ändert sich nur deren Namen (§ 21), oder sie wechseln völlig (§§ 22, 23) oder sie wechseln teilweise (§ 24). Im ersten Falle ist das Prinzip der Firmenwahrheit nur äußerlich aufgegeben, weil ja dem Geschäftsinhaber sein alter Name reserviert wird, im zweiten und dritten Falle wird es auch innerlich verlassen, weil der Geschäftsinhaber den Namen eines Fremden führt. Nr. 1.

2. **Anwendungsgebiet des § 21.** § 21 bezieht sich auf Fälle, in denen der bürgerliche Name einer physischen Person in der Einzelfirma, der eines persönlich haftenden Gesellschafters in der Gesellschaftsfirma steht. Vorausgesetzt ist eine ursprüngliche Firma, da hinsichtlich der abgeleiteten Firma die besonderen Grundsätze des § 22 zur Anwendung gelangen. Bei der ursprünglichen Firma entsteht die Frage, welche Folgen eine Änderung des bürgerlichen Namens eines Firmenträgers für die Firma hat. Das Gesetz entscheidet die Frage zweckmäßig dahin, daß die bisherige Firma fortgeführt werden kann. Nr. 2.

3. **Änderung des bürgerlichen Namens.** Eine Änderung des bürgerlichen Namens wird besonders praktisch als Folge familienrechtlicher Hergänge, beim weiblichen Kaufmann infolge der Verehelichung (B.G.B. § 1355) und der Ehescheidung (B.G.B. § 1577), bei beiden Geschlechtern im Falle der Annahme an Kindesstatt (B.G.B. § 1758), und deren Aufhebung (B.G.B. § 1772), sowie der Legitimation (B.G.B. §§ 1719, 1736, 1616). Sodann aber auch als willkürlicher Rechtsakt (Annahme eines neuen Namens) mit staatlicher Bewilligung nach Maßgabe des betreffenden Landesrechts. Die Änderung kann letzterenfalls sich auf Familiennamen oder Vornamen erstrecken. Nr. 3.

4. **Fortführung der bisherigen Firma.** Die bisherige Firma kann fortgeführt werden, weder hat die Registerbehörde das Recht des Einschreitens noch kann ein Dritter, z. B. der frühere Ehemann gegen die geschiedene Ehefrau, die sich wieder verheiratet und damit einen anderen Namen erhält, auf Änderung bringen. Doch darf man die Bestimmung nicht dahin auslegen (so Makower Nr. II und Löwenthal, das Firmenrecht nach dem neuen H.G.B. 1899 S. 138, 169), daß der Ehemann, wenn die Frau für den allein schuldigen Teil erklärt wird, ihr zwar die Führung des Namens, aber nicht die Führung der seinen Namen tragenden Firma untersagen könne. Das Gesetz wollte offenbar nicht so weit gehen, die schuldige Ehefrau mit Wohltaten auszustatten. Es ist dies um so eher anzu- Nr. 4.

nehmen, als die Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes Handelsfrau werden und eine Firma führen kann, der Widerspruch des Ehemannes dagegen häufig nur durch eine Ehescheidungsklage zum Ausdruck gebracht werden wird. Doch muß der Ehemann dann Führung auch des Namens untersagen, die bloße Untersagung der Führung der Firma würde nicht angehen, umgekehrt kann er Führung des Namens untersagen, Führung der Firma gestatten. Das K. G. in Entsch. F.G. VIII S. 38 = O.L.G. Rspr. XIV S. 341 macht einen unzulässigen Unterschied, ob die Firma bereits eingetragen war oder nicht. — Hatte die Ehefrau vor der Untersagung Geschäft und Firma weiterveräußert, so wird das Untersagungsrecht des Ehemannes sich auch gegen den Erwerber richten (anders Ritter Anm. 2). Die zur Fortführung des Namens berechtigte Ehefrau kann ihrerseits für das bürgerliche Leben ihren Mädchennamen wieder annehmen, dagegen die Firma fortführen. — Wird die Adoption wieder aufgehoben, so hat der Adoptant kein Untersagungsrecht auf Fortführung der Firma (a. A. Düringer-Hachenburg I S. 231). — Die bisherige Firma kann fortgeführt werden, sie kann aber auch geändert werden, doch bedarf es bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft dazu der Zustimmung der übrigen Gesellschafter (§ 108).

Nr. 5. 5. Auf die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird § 21 entsprechend anzuwenden sein.

Nr. 6. 6. **Ältere Firmen.** § 21 umfaßt auch ältere Firmen, sofern die Änderung des Namens nach dem 31. Dez. 1899 erfolgt (weitergehend wollen Düringer-Hachenburg Anm. 3 auch bei Änderung des Namens vor dem 1. 1. 1900 das neue Recht anwenden).

§ 22.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im § 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

Entw. I § 20, II § 21; Denkschrift I S. 37, II S. 3157, 3158; Komm.Ber. S. 3875, 3876, Stenogr. Bericht S. 4558, 4563, 4567, 4570, 4573, 4582; A. D. H.GB. Art. 22.

Vgl. zur Literatur: Grave, Das kaufmänn. Geschäft. Diss. 1905; Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs 1907; Müller-Erzbach in Z. LXI S. 357ff.; Binder, Rechtsstellung der Erben I S. 31ff.; Stegemann, Vererbung eines Handelsgeschäfts 1903; Isay, Recht am Unternehmen 1910.

Nr. 1. 1. Vorbemerkungen. § 22 betrifft die zweite Gruppe von Fällen der abgeleiteten Firma. Die Sachlage ist hier der des § 21 geradezu entgegengesetzt. Geschäft und Firma gehen auf andere über. Es tritt völliger Wechsel des Geschäftsinhabers ein. Der neue Inhaber bekommt das Privileg, einen neuen Namen zu führen. Juristisch liegt das Verhältnis nicht so, daß ein Recht, das Firmenrecht, veräußert und erworben wird, zu welcher Annahme § 23 verleiten könnte, denn die Firma als solche ist überhaupt nicht selbständiges Vermögensobjekt (s. oben § 17 Nr. 1, anders Makower § 23 II), sondern so, daß das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen dem Erwerber des Geschäftes gestattet, einen fremden Namen auf Zeit oder dauernd, nur für sich oder auch seinen Nachfolger, anzunehmen. Der Fall liegt also dem des

Adoptionsvertrages (B.G.B. § 1758 Abs. 2) analog, vgl. besonders R.G.Z. IX S. 106, Sohm, Der Gegenstand S. 181 N. 6, Binder in Z. LIX S. 19 Anm. 32. Diese Voraussetzungen sind nach einander zu betrachten.

2. Erwerb eines Handelsgeschäfts. Es muß ein **Handelsgeschäft** erworben werden. Über den schillernden Begriff des Handelsgeschäfts näheres bei § 25. Aus § 25 Abs. 2 geht soviel klar hervor, daß der Begriff des Handelsgeschäfts im Sinne des § 22 sich nicht mit dem des Handelsvermögens deckt, da die Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden nicht notwendig mit zu übertragen sind (vgl. R.G.Z. IX S. 83). Es steht deshalb nicht im Wege, daß ein Teil des Geschäftsvermögens beim Veräußerer verbleibt (R.G. bei Holdheim 1905 S. 213). Erwerb des Handelsgeschäfts kann schon vorliegen, wenn bloß die körperlichen Gegenstände (Waren, Geschäftsutensilien) oder nicht einmal diese übertragen werden, und kann fehlen trotz Verkaufs des Warenlagers (O.L.G. Breslau bei Kaufmann XI S. 15; so liegt kein Erwerb des Geschäfts vor, wenn nur die Aktiven zur Sicherung übereignet werden R.G. in L.Z. 1911 S. 463). U. U. kann schon in der Überweisung der Kundschaft oder sonstiger tatsächlicher Möglichkeiten (vgl. R.G.Z. XXXVII S. 178, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XXIV S. 169) die Übertragung des Handelsgeschäfts liegen (a. A. Grave S. 20, dessen Bemerkungen irreführend sind, vgl. dagegen Pisko S. 28 ff.) Es kommt nur darauf an, daß diejenigen Geschäftsbestandteile übertragen werden, durch welche die Kontinuität des Geschäftsbetriebes gewahrt bleibt, der sogen. wesentliche Bestand, (R.G. in D.J.Z. 06 S. 711), daß also dem Gedanken, die Firma bestehe für das Geschäft fort, trotz Änderung der Person des Inhabers die Sachlage Rechnung trägt (vgl. R.G.Z. XXV. S. 3, Bolze VI Nr. 169, VIII Nr. 161, Z. XXXXVI S. 474, 476, Behrend S. 211 Anm. 34). Ob dies der Fall ist, ist Tatfrage. Bei Ausschließung des Überganges der Aktiva und Passiva wird jedenfalls angedeutet werden müssen, was denn wirklich übergeht (R.G. in J.W. 04 S. 99[28]). Sind dies nur die Utensilien oder nur einzelne Waren, so ist von Geschäftsübergang nicht zu sprechen (R.G.Z. LXIII Nr. 56). Danach ist auch die Frage, ob dingliche Übertragung für den Erwerb des Geschäfts nötig ist (so Goldmann S. 90, 91, Ritter Anm. 4) oder der Schuldvertrag genügt (so Brand Anm. 2a) müßig; grundsätzlich wird freilich das erstere anzunehmen sein. Bestritten ist, ob Erwerb einer Zweigniederlassung genügt, zumal wenn deren Firma von der Firma der Hauptniederlassung in Einzelheiten abweicht (dagegen Johow IX S. 19, dafür Busch IV S. 127, Johow XV S. 12f., XVIII S. 24, vgl. Kammergericht in Entsch. F.G. II S. 231, Bayr. Obst.L.G. in O.L.G. Rspr. III S. 406, wie es scheint auch R.G.Z. LXVII Nr. 27). Die Frage wird zu bejahen sein, da nichts den Kaufmann hindert, die Zweigniederlassung zu einem getrennten Geschäft zu erheben und solche Abtrennung diesenfalls vorzunehmen (vgl. Bayr. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. III S. 406 = Joh.-R. XXIII D 14, R.G.Z. LXXVII Nr. 19). Umgekehrt kann nur die Hauptniederlassung mit der Firma veräußert und die Zweigniederlassung mit der Firma als besonderes Unternehmen zurückbehalten werden (R.G. in Entsch. F.G. XI S. 187). Stets muß das Handelsgeschäft in seiner Totalität, nicht darf bloß ein einzelner Geschäftszweig oder eine einfache Verkaufsstelle übertragen werden (Johow XIII S. 28 Bayr. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 298, XXIV S. 116). Nr. 2.

3. **Dasjenige Handelsgeschäft**, für welches die **Firma geführt** wird, muß erworben werden. Demnach kann nur ein Geschäft des Vollkaufmanns in Frage kommen (Johow XIII S. 27, vgl. bei § 4 Nr. 7) und zwar eines wirklichen Vollkaufmanns. Die Fiktion des § 5 würde jedenfalls gegenüber dem Registerrichter nichts nützen (Staub-Bondi Anm. 3, oben § 5 Nr. 2 S. 58). Betreibt ein Vollkaufmann zugleich ein Kleingewerbe, so kann durch Veräußerung dieses nicht Übergang des Firmenrechts erzeugt werden, selbst wenn der Erwerber Vollkaufmann ist, die Firma bleibt beim Geschäft des Vollkaufmanns. Führt der Vollkaufmann mehrere Geschäfte und Firmen, so kann die Firma nur mit dem Geschäft, zu dem sie gehört, übertragen werden (§ 23), der Veräußerer darf nicht frei bestimmen, welche seiner Firmen übergehen, welche bei ihm verbleiben solle. War das Unternehmen überhaupt noch kein kaufmännisches (z. B. im Falle des § 2 die Firma noch nicht eingetragen), so kann § 22 überhaupt keine Anwendung finden, selbst wenn der Erwerber sich eintragen läßt (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. II S. 144). Ebensowenig, wenn umgekehrt das Unternehmen beim Veräußerer ein Nr. 3.

Handelsgewerbe war, jetzt aber keines mehr ist, z. B. der Veräußerer war eine Aktiengesellschaft, das Unternehmen ein landwirtschaftliches, der Erwerber ist eine physische Person.

Nr. 4. 4. Ein **„bestehendes"** Handelsgeschäft muß erworben werden. Ist das Geschäft also erloschen, so ist eine Übertragung der selbst eingetragenen Firma nicht möglich, weil dann auch die Firma erloschen ist. Und existierte in Wahrheit nie ein Geschäft (vgl. die Fälle in R.O.H.G. VI Nr. 57, R.G.Z. IX S. 1, 2 XXII S. 58, XXV S. 1; O.L.G. Hamburg in Z. XLVI S. 481, O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. 07 S. 79), so existierte in Wahrheit auch keine Firma. Andererseits darf das Erfordernis des „Bestehens" nicht wörtlich genommen werden. Das Geschäft „besteht" jedenfalls bei vorübergehender Betriebseinstellung durch Krieg oder Streiks, ferner im Sinne des § 22 noch im Liquidationsstadium. Denn, wie bei Handelsgesellschaften eine Liquidationsfirma geführt (§§ 153, 298) und das Erlöschen der Firma erst nach Durchführung der Liquidation angenommen wird (§§ 157 Abs. 1, 302), so hebt das Gesetz selbst den Erwerb des Geschäfts von Todes wegen hervor, obwohl hier der Fall so liegen kann, daß der Tod des Erblassers ein Aufhören des Handelsgewerbsbetriebes für eine gewisse Zeit zur Folge hat. Auch durch Eröffnung des Konkurses hört das Geschäft und die Firma nicht notwendig zu „bestehen" auf, nicht einmal bei Handelsgesellschaften (Johow XIII S. 35 ff., oben § 1 Nr. 34). Eine Veräußerung der Firma im Konkurse ist also zulässig, und zwar, wie Staub-Bondi § 22 Anm. 5 bemerken, so lange als noch die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen möglich ist, als deren wirtschaftliche Grundlagen nicht zerstört sind. Sollten die wirtschaftlichen Grundlagen zerstört sein, so wäre die Firma erloschen und der Kridar dann nicht mehr in der Lage, Geschäft und Firma nach Einstellung des Konkurses weiterzuveräußern (solchen Fall hat, wie es scheint, R.G. in D.J.Z. 02 S. 500 im Auge). Ausdrücklich erkennt dies § 32 an, eine Bestimmung, die nur unter der Annahme des Fortbestandes der Firma verständlich ist, ferner § 144 und § 307. (Vgl. auch Behrend S. 258 Anm. 35, 260 Anm. 43).

Nr. 5. 5. **Erwerb.** Der Erwerb kann unter Lebenden oder von Todes wegen, dauernd oder auf Zeit stattfinden. Fälle des Erwerbes unter Lebenden sind Kauf, Tausch, Schenkung, Ehevertrag, Erbenauseinandersetzung, Erbschaftskauf, Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter, Fälle des Erwerbes von Todes wegen Erbvertrag, Testament, Legat (R.G.Z. IX S. 82, LXVI S. 321). Daß der Alleinerbe das Geschäft mit der Firma fortführen kann, hebt das Gesetz als selbstverständlich nicht weiter hervor. Die als Vorerbin eingesetzte Ehefrau ist, falls minderjährige Kinder als Nacherben in Betracht kommen, befugt, das zum Nachlaß gehörige Geschäft ohne Genehmigung des Vormundschaftgerichts fortzuführen und sich als Firmeninhaberin eintragen zu lassen (K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 456). Die Praxis des K.G. läßt auch die gemeinsame Eintragung von Witwe und Kindern mit dem Vermerke, daß die Witwe die alleinige Vertretungsbefugnis habe, zu (nicht unbedenklich). Ersitzung des Firmenrechts ist ebenso ausgeschlossen (R.G.Z. XXV S. 6) wie Exekution in die Firma.

Wird das Handelsgeschäft verpachtet (Busch XIII S. 171, R.O.H.G. XXI S. 305, O.L.G. Braunschweig in Seuffert LVI Nr. 174, R.G.Z. LXX S. 22; dazu Diss. von Möbius 05, Schönewald 04, Henkel 08, v. Buttlar 08) oder ein Nießbrauch (dazu Diss. von Selters 04 und Jacusiel 06, für beide Fälle Düringer-Hachenburg, § 25 Anm. 31 ff.) daran bestellt (unter Lebenden oder durch Legat, vgl. z. B. Adler-Clemens Nr. 1876),[1]) so kann das Verhältnis entweder so gestaltet werden, daß der Pächter, bezw. Nutznießer das übernommene Geschäft auf den Namen des bisherigen Inhabers, etwa als Prokurist desselben, führt, so daß dieser weiter daraus verpflichtet wird, sg. Castellanvertrag (O.L.G. Hamm in Seuffert LXI S. 305); dann ist letzterer, nicht der Pächter, bezw. Nießbraucher Firmeninhaber. Es kann aber auch so gestaltet werden, daß der Pächter oder Nießbraucher das übernommene Geschäft unter eigener Firma fortführt, so daß

---

[1]) Einfache Verpfändung des Geschäfts scheidet, weil Exekution in die Firma nicht zulässig ist, aus, wohl aber könnte Antichrese in Betracht kommen (B.G.B. §§ 1213, 1273, Cohn bei Gruchot XLII S. 49).

in Zukunft nur er verpflichtet wird, dann greift § 22 Platz (vgl. Bolze IV Nr. 222, O.L.G. Dresden in Z. XXXVII S. 530 K.G. in Entsch. F.G. XI S. 36). Letzterenfalls ist der Übernehmer gehalten, sich als Firmeninhaber in das Handelsregister eintragen zu lassen (§ 31) und der Verpächter bez. Nießbrauchbesteller gehalten, seine Firma löschen zu lassen, auch seinen Namen vom Laden oder der Wirtschaft zu entfernen. Der Firma selbst wird man die letztere Folge nur dann ansehen, wenn der Übernehmer einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügt. — Über das ehemännliche und elterliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht bei § 1 Nr. 29, 20.

6. **Erwerber** (bez. Übernehmer). Gleichgültig ist, ob der Erwerber zu dem- Nr. 6.
selben Typus von Personen oder Kaufleuten oder zu einem anderen gehört. Es kann ein Einzelkaufmann das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder das Geschäft einer Handelsgesellschaft (Aktiengesellschaft R.G.Z. XV S. 110), umgekehrt eine Handelsgesellschaft das Geschäft einer Handelsgesellschaft (vgl. z. B. den Fall in L.Z. 1913 S. 287) oder das Geschäft eines Einzelkaufmanns übernehmen. Die übernehmende Handelsgesellschaft kann dieselbe oder eine andere Rechtsform besitzen, als die veräußernde, beide können etwa offene Handelsgesellschaften sein (vgl. z. B. O.L.G. Dresden in Seuffert LXII Nr. 168) oder die veräußernde ist offene Handelsgesellschaft, die erwerbende Aktiengesellschaft. Übernimmt eine Aktien-Gesellschaft ein Handelsgeschäft, so ist es gleichgültig, ob die Übernahme von der noch unfertigen Gesellschaft im Gründungsstadium (Umgründung) oder von der entstandenen Gesellschaft erfolgt. Das Gesetz bejaht die frühere Streitfrage, ob die Aktiengesellschaft die Firma der offenen Handelsgesellschaft oder des Einzelgeschäfts, das in sie umgegründet wird, führen darf, es bejaht auch die Frage, ob eine Aktiengesellschaft eine Personenfirma mit dem Geschäft übernehmen darf. Nur darf die Aktiengesellschaft nicht zwei Firmen führen. Besaß sie beim Erwerb der Firma bereits eine andere Firma, so muß sie eventuell die alte Firma in die neue umändern (K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften I S. 152, K.G. in Entsch. F.G. XII S. 222; a. A. Hinsberg bei Holdheim VI S. 254 und die dort Zitierten). Dem Staat und der Kommune wird man nicht das Recht zugestehen dürfen, abgeleitete Firmen zu führen, hierauf beruht wenigstens § 36.

7. **Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder dessen Erben** in die Nr. 7.
Firmenfortführung. Die Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers (d. h. des Geschäftsinhabers zur Zeit des Erwerbes, nicht eines etwaigen früheren Geschäftsinhabers R.G.Z. LXXVI Nr. 68) kann, da es sich um ein Persönlichkeitsrecht handelt (vgl. Sohm im Arch. f. B.R. XXVIII S. 181) nur von ihm selbst erfolgen, gleichgültig, ob es sich um eine ursprüngliche oder abgeleitete Firma handelt (für den letzteren Fall anders Keyßner in Z. L S. 285 und O.L.G. Darmstadt in Seuffert LXVII Nr. 232), somit im Konkurse nicht vom Konkursverwalter, sondern nur vom Kridar (R.G.Z. IX S. 106), LVIII S. 169, K.G. im Entsch. F.G. IX S. 47), der Konkursverwalter hätte dagegen die Veräußerung des Geschäfts vorzunehmen (Bolze VI Nr. 169, dazu Jaeger K.O. § 1 Anm. 7). Zwangsvollstreckung in das Firmenrecht ist auch bei abgeleiteten Firmen ausgeschlossen (R.G.Z. LXX S. 229), das Firmenrecht unterliegt nicht der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung (R.G. in J.W. 05 S. 22[23]). Handelt es sich um eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, so müssen alle Gesellschafter einwilligen (§ 116 Abs. 2), die Liquidatoren sind nicht berechtigt, die Einwilligung zu erteilen. (F. Meyer in L.Z. IV Nr. 1 S. 60.) Bei der Aktiengesellschaft bedarf es eines Beschlusses der Generalversammlung mit Dreiviertelmehrheit (§§ 292 Nr. 2, 303). — Was die Erbenbewilligung betrifft, so bedarf es einer solchen dann nicht, wenn der Erblasser selbst die Bewilligung erteilt hatte, indem er letztwillig Geschäft und Firma zuwandte. Geschah dies durch ein Vermächtnis, so wird nach B.G.B. § 2174 der Bedachte nur einen Anspruch gegen die Erben auf Erteilung der Zustimmung haben. — Zuzustimmen haben die Erben überhaupt, auch wenn sie nicht Erben in das Geschäft sind, während umgekehrt Träger des Namens, die nicht Erben sind (z. B. die Ehefrau), nicht zuzustimmen haben. Übernimmt einer von mehreren Erben das Geschäft, so haben die übrigen zuzustimmen. Untersagte der Erblasser die Fortführung, so nützt die Zustimmung der Erben nichts. Knüpfte er die Fortführung an die Zustimmung eines Dritten, so tritt dieser an die Stelle des Erben. War ein Testamentsvollstrecker ernannt, zu dessen Obliegenheiten auch

die Übertragung des Geschäfts gehörte, so wird nur er zuzustimmen haben (dazu Marcus in Holdheim 06 S. 225). Bei Vor- und Nacherben haben nur die Vorerben zuzustimmen (vgl. von Bruch in D.J.Z. 1911 S. 928). Der Nachlaßverwalter hat ebensowenig ein Zustimmungsrecht als der Konkursverwalter bei Nachlaßkonkurs. — Die Einwilligung hat ausdrücklich, d. h. unzweideutig, wenn auch nicht notwendig mit Worten, (R.O.H.G. X S. 291) z. B. durch Nicken auf Befragen, durch Annahme einer Stelle als Geschäftsleiter bei dem Nachfolger zu erfolgen. In dem Erbschaftsverkauf liegt noch nicht eine Zustimmung zur Firmenfortführung, da das Firmenrecht kein Vermögensrecht ist (K.G. in Entsch. F.G. V S. 185 = Johow-Ring XXIX A 83). Das bloße Dulden der Fortführung genügt nicht. (R.G. in Seuffert LXVII Nr. 42). — Die Einwilligung ist beim Erwerb bez. der Übernahme einzuholen. Doch ist nicht gerade notwendig, daß sie im Moment des Erwerbes erteilt wird. Auch die nachträgliche Zustimmung ist zulässig, sofern der dazwischen liegende Zeitraum so gering ist, daß die Kontinuität gewahrt bleibt (Busch V S. 502, Bolze VIII Nr. 156, R.G. in L.Z. 1911, S. 138). Die Veräußerung bloß der Firma ist wirkungslos, „solange nicht das Handelsgeschäft veräußert wird, demgemäß eine Klage auf Übertragung nur der Firma nur dann zulässig, wenn das Geschäft übertragen ist (R.G.Z. LXIII Nr. 56).

Nr. 8. 8. **Befugnis des Erwerbers zur Fortführung der Firma.** Unter den obigen Voraussetzungen darf der Erwerber die bisherige, eingetragene oder nicht eingetragene (Z. XX S. 620, XXIII S. 264, Johow V S. 24, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 33, X S. 180, R.G.Z. LXV S. 15, unrichtig Adler-Elemens Nr. 1759) Firma für das Geschäft mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, die Fortführung eines bloßen Firmenzusatzes ist ausgeschlossen. Das Recht des Erwerbers kann nun nicht mehr dadurch beeinträchtigt werden, daß der frühere Inhaber nach Veräußerung von Geschäft und Firma die Löschung der Firma im Handelsregister erwirkt (R.G.Z. LXV Nr. 4). Wohl aber zessiert das Recht des Erwerbers, wenn er nach seiner Rechtslage von der Fortführung der Firma keinen Gebrauch machen kann, z. B. eine Handelsgesellschaft als Erwerber neben der alten Firma die erworbene Firma fortführen will (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 222) oder der Erwerber das erworbene Geschäft mit dem seinigen vereinigt und den Antrag auf Löschung der erworbenen Firma bereits gestellt hat (R.G. bei Holdheim 08 S. 256) oder er das erworbene Geschäft nur als Zweigniederlassung seines bisherigen Hauptgeschäftes fortführen will (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 23, vgl. oben § 17 Nr. 4). Im einzelnen gilt:

a) Dem Erwerber steht die Befugnis zu, doch kann dieser bei endgültigem Erwerb Geschäft und Firma seinerseits veräußern, weil im Zweifel anzunehmen ist, daß die Bewilligung sich auch auf die späteren Inhaber des Geschäfts erstreckt (Johow XIII S. 30, Bolze VI Nr. 170, R.G. bei Holdheim 02, S. 203). Ist die Befugnis ausdrücklich auf ihn beschränkt, wie im Zweifel bei Verpachtung des Handelsgeschäfts mit Firma (B.G.B. § 596 Abs. 1), während bei Nießbrauchbestellung Verpachtung für die Dauer des Nießbrauchs möglich ist (B.G.B. § 1059), so ist die Weiterveräußerung schlechthin wirkungslos (R.G. in J.W. 1911 S. 660[39]), ebenso die Aufnahme eines offenen Gesellschafters (K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 225 = Johow-Ring XXXI A 155), der zweite Erwerber kann sich nicht etwa auf seinen guten Glauben berufen, der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" ist ausgeschlossen (R.G.Z. XXV S. 5, 6, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIV (1893) S. 147). — Stets muß der Erwerber das ganze Geschäft weiter veräußern. Nicht zulässig ist, daß er einen Teil des Geschäfts mit der Firma weiter veräußert, einen anderen mit der gleichen Firma zurückbehält (R.G. in L.Z. 08, S. 59, K.G. in O.L.G Rspr. VII S. 147, IV S. 462); a. A. für den Fall, daß in der Firma nicht der Name des früheren Inhabers steht, O.L.G. Darmstadt in Seuffert LXVII Nr. 232 = Johow-Ring XLIII S. 288 = O.L.G. Rspr. XXIV S. 115. = Entsch. F.G. XI S. 275. Diese Auffassung könnte zu einer immer stärkeren Spaltung führen. A in Firma „A u. Co" erhebt eine Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung und veräußert sie mit Firma an B, B erhebt eine Zweignieder-

---

[1]) Unter Erben ist auch der Fiskus bei herrenlosem Nachlaß inbegriffen (Bolze VI Nr. 168.)

lassung zur Hauptniederlassung und veräußert sie mit Firma an Z. Aus der einen erworbenen Firma könnten so Dutzende gemacht werden. Richtig Bayer. Obst.Lb.G. in L.Z. 1912 S. 858 = Seuffert LXVIII Nr. 62 vgl. auch Staub-Bondi Anm. 13. Selbst die Genehmigung des früheren Firmeninhabers würde den Akt nicht rechtswirksam machen, denn Firma und Geschäft dürfen nur zusammen veräußert werden (Johow XIII S. 28f. a. A., wie es scheint, R.G.Z. LXVII Nr. 27 und K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 462, VII S. 147).

b) Sie steht dem Erwerber für das Geschäft zu. Wie die Firma nicht ohne das Geschäft auf ihn übergeht, so darf er sie auch nur mit dem Geschäft führen. Er darf also den Gegenstand des Unternehmens nicht gänzlich ändern, etwa aus einem Fabrikgeschäft eine Agentur machen (R.G.Z. I S. 261, O.L.G. Düsseldorf in Ztrbl. XI S. 472, a. A. Anonymus in Z. XXXVII S. 1 f.) auch nicht allmählich, wie Staub-Bondi § 22 Anm. 10, Makower S. 117, Brand 3c, annimmt, wohl aber darf er sowohl Betrieb als Branche einschränken oder erweitern (O.L.G. Dresden in Z. XXXVII S. 531, bedenklich Bolze III S. 234), wenn nur im Ganzen der Charakter der gleiche bleibt (R.G. bei Holdheim 02 S. 203; R.G.Z. XLVI S. 151). Löst er das Geschäft wirklich auf und eröffnet er ein neues Geschäft, so darf er die erloschene Firma nicht aufs Neue annehmen, selbst wenn der Gegenstand des Unternehmens der gleiche ist. Er darf auch nicht in der neuen Firma, die er für das neue Geschäft annimmt, auf die frühere Firma verweisen (R.G. bei Kaufmann XII S. 7).

c) Dem Erwerber steht nur die Befugnis zu. Eine öffentlichrechtliche Pflicht liegt ihm nie ob. Er kann sich stets des Rechtes entschlagen und zur Personenfirma nach § 18 zurückkehren. Läßt er seine Personenfirma eintragen, so wird ihm die Rückkehr zur übernommenen Firma freilich nur dann zu gestatten sein, wenn der dazwischen liegende Zeitraum ein kurzer war (Busch, V S. 502, weitergehend wie es scheint O.L.G. Dresden in Z. XXXVII S. 530, 531, während das O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 119 nach Eintragung der eigenen Personenfirma jede Rückkehr zur übernommenen Firma versagt.) Wie weit er dem Veräußerer gegenüber sich zur Fortführung der Firma verpflichtet hat, ist eine andere Frage, die den Registerrichter nichts angeht. Demgemäß wird auch der Pächter oder Nießbraucher, der die Firma übernommen hat, einseitig eine andere Firma annehmen können und dazu wird dem Registerrichter gegenüber selbst dann nicht die Einwilligung des Verpächters nötig sein, wenn er vertragswidrig handelt. Die Firma fällt dann an den Verpächter zurück und zwar mit dem Geschäft, da in der Annahme der neuen Firma auch ein Verzicht auf das Pachtrecht liegt (nicht zutreffend K.G. in Entsch. F.G. X S. 205ff. = Johow-Ring XXXIX A 110 = O.L.G. Rspr. XXI S. 373).

d) Die „bisherige Firma" darf er fortführen. Es muß also eine Firma Nr. 9.
wirklich bisher bestanden haben und zwar eine zulässige Firma. War die Firma unzulässig, hatte z. B. der nur einen abgekürzten Vornamen in der Firma führende Inhaber bei Inkrafttreten des neuen H.G.B. es unterlassen, die Firma eintragen zu lassen, und überträgt er sie nun mit dem Geschäft, so kann der Erwerber sie nicht führen, sie auch nicht zu einer gültigen durch Vervollständigung des Vornamens machen (R.G. bei Holdheim 04 S. 228). Lag nur ein Geschäftsname vor, so trifft § 22 nicht zu (s. o. bei § 4 Nr. 7). Auch der gute Glaube würde dem Erwerber nichts nützen. — Die bisherige Firma des Veräußerers 2c. darf er fortführen, nicht die des Vormannes des Veräußerers oder des Vorgängers in der Pacht (K.G. in O.L.G. Rspr. X S. 328). — Die bisherige Firma darf er fortführen. Kürzungen oder Änderungen darf er an ihr nicht vornehmen, weder an dem Namen noch an den Zusätzen, vgl. Johow-Ring XXIII A 212 (anders Staub-Bondi § 18 Anm. 8a und Marcus in Holdheim 08 S. 87), K.G. in Entsch. F.S. VII S. 199 (selbst, wenn die Kürzung nach § 13 W.Z.G. zulässig wäre). Lautete z. B. die ursprüngliche Firma „G. Th. Hofmusikalienhandlung", so kann der Nachfolger sie nicht in „G. Th. Hofmusikalienhandlung und Pianofortelager" ändern. Vgl. R.G. in J.W. 07 S. 523[31]. Er darf auch nicht solche vornehmen, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes dienen — Busch IX S. 469, Johow XI S. 393, R.G. bei Holdheim 1900 S. 285, O.L.G. Rostock in Entsch. F.G. IV S. 158 = Johow-Ring XXVIII A 310, K.G. in Entsch. F.G. IV S. 105, VII S. 199ff., Jo-

how-R. XXXIV A 128, Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XVI S. 78, K.G. ebenda XXI S. 369, XIX S. 297, wo ausgeführt ist, daß der Erwerber zweier Geschäfte mit verschiedenen Firmen diese nicht zu einer kombinierten Firma verschmelzen darf (z. B. die eine Firma lautet: „Erste Christbaumschmuckfabrik", die andere „Thüringer Wattenfabrik", die kombinierte „Erste Christbaumschmuck- und Wattenfabrik", oder gekauft sind ein Pflaster- und Straßenbaugeschäft i. F. „Joh. S. und Sohn" und ein Asphalt- und Betongeschäft i. F. „Martin G." Der Käufer will aus beiden Geschäften ein einheitliches mit der Firma „Joh. S. u. Sohn u. Martin G. (Inhaber Karl E.)" machen. Vgl. R.G.Z. L S. 116. — Häufig ist die Praxis hier aber tolerant (Staub-Bondi Anm. 11). — Eine alte Firma ist vielmehr ganz oder gar nicht fortzuführen. Nicht einmal die Einwilligung des Veräußerers zur Änderung genügt, das gesetzliche Privileg ist eng auszulegen. Fühlt der Erwerber sich beengt, so soll er die übernommene Firma ablegen und zur ursprünglichen Firma zurückkehren. (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 107, R.G. in Holdheim 1900 S. 285, O.L.G. Stuttgart in Zentralbl. XI S. 373, O.L.G. Rostock in Johow-Ring XXVIII A 310). Doch bestehen mehrere Ausnahmen:

α) Handelt es sich um Begründung einer Zweigniederlassung, so greift § 30 Abs. 3 auch hier Platz.

β) Bestandteile der alten Firma, die eine Täuschung hervorzurufen geeignet sind, müssen getilgt werden. Solche Tilgung kann sich auch nachträglich vernotwendigen (vgl. Staub-Bondi § 18 Anm. 11, 8a). Hierhin gehört insbesondere der Fall, daß die Firma einer Aktiengesellschaft von einem einzelnen Kaufmann übernommen wird. Hier ist die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" dann zu tilgen, wenn nicht ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz beigefügt wird (R.G.Z. XV S. 110, 111). Ähnlich bei Übernahme staatlicher oder kommunaler Firmen. Ferner gehört hierhin der Fall, daß dem Vorgänger das Hoflieferantenprädikat verliehen war, da solches im Zweifel nur für die Person verliehen wird (K.G. in Johow-Ring XXIII A 208) Vgl. Bayer. Obst. Ld. G. im Recht 1912 Nr. 1931.

γ) Übernimmt umgekehrt eine Aktiengesellschaft eine Firma, die noch nicht auf diese Rechtsform hinwies, so hat sie die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" aufzunehmen. Damit bleibt die Firma die alte (wichtig wegen § 25, R.G. in L.Z. 08 S. 59)

δ) Stets kann ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz beigefügt werden (N. N. Nachfolger). Dabei kann der bürgerliche Name des Erwerbers (und bei Weiterveräußerung dessen Rechtsnachfolgers, Bayer. Obst.Ld.G. in Johow-Ring XX D 15 = Entsch. F.G. I S. 47) in die Firma aufgenommen (Hermann Schulz Nachfolger von August Müller) oder fortgelassen werden. Auch im ersteren Falle liegt eine übernommene Firma nach § 22, nicht eine neue nach § 18 vor. Der Schutz des Firmenrechts greift deshalb für den aufgenommenen Namen Platz (unzutreffend O.L.G. Köln bei Kaufmann VII S. 23). Es kann dann auch der Zusatz „Nachfolger" fortbleiben (Gesenius'sche Buchhandlung M. Heinsius, Z. XX S. 617). Anders, wenn er einen außerhalb der Firma stehenden Zusatz macht (früher im N.'schen Hause). Solche Firma wäre keine übernommene (vgl. Bolze XVI Nr. 116). — Stets aber muß der Zusatz so gewählt werden, daß er den Eindruck des Nachfolgeverhältnisses zu erwecken geeignet ist. Wird nur der Eindruck hervorgerufen, daß es sich um einen Zusatz nach § 18 Abs. 2 handelt, so würde eine Änderung vorliegen.

Der das Nachfolgeverhältnis andeutende Zusatz kann übrigens, falls nicht ein anderes vereinbart ist, in der Folgezeit Änderungen unterliegen, ohne daß damit die Identität der Firma aufhört, er gehört nicht zur „übernommenen" Firma (Bayer. Obst. Ld.G. in Entsch F.G. I S. 47 = Johow-Ring XX D 15 = O.L.G. Rspr. I S. 183, hier richtig Marcus in Holdheim XVII S. 87, Staub-Bondi § 18 Anm. 8a). Dies wird praktisch bei Eintritt einen neuen Inhabers (Ritter, Vorträge S. 50). Daß bei Pachtung des Geschäfts der Zusatz das Pachtverhältnis kenntlich machen muß, wie Schönewald S. 25 behauptet, ist nicht zutreffend.

ε) Hat der Veräußerer die Fortführung nur mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz gestattet, so darf die Firma nicht ohne jenen Zusatz fortgeführt werden (R.O.H.G. XIV S. 187).

Nr. 10. 9. Die Frage, ob der **Veräußerer eine gleichlautende Firma in Zukunft weiterführen darf**, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Er ist gezwungen

einerseits den § 18, andererseits den § 30 Abs. 1 zu beobachten (vgl. O.L.G. Köln in Z. XXXXVI S. 474 [bedenklich], O.L.G. Karlsruhe im Recht 02 S. 436, 440). Wie weit er sich eines Konkurrenzgeschäfts zu enthalten hat, s. bei § 25 Nr. 4, 7. Dritten gegenüber hat vom Moment des Firmenerwerbes an der Erwerber alle aus dem Firmenrecht entspringenden Untersagungsrechte, also auch die Geltendmachung der vom Vorgänger erwirkten rechtskräftigen Untersagungsurteile (O.L.G. München im Recht 1910 Nr. 572).

10. Gelangt Geschäft und Firma wieder an den alten Inhaber zurück (z. B. bei beendeter Pacht und beendetem Nießbrauch), so ist der das Nachfolgeverhältnis andeutende Zusatz zu streichen (§ 18 Abs. 2). Denkbar wäre auch, daß auch nach Ablauf der Zeit die Firma nicht zurückkehren, sondern ganz erlöschen soll (vgl. R.G.Z. LXXVI Nr. 68). Doch wird solch Wille klar hervortreten müssen. Im Zweifel kann der Verpächter die Firma dann ohne weiteres führen, einer Einwilligung des Pächters bedarf er nicht. Nr. 11.

11. **Älteres Recht.** § 22 bezieht sich nur auf den nach Inkrafttreten des neuen H.G.B. erfolgten Erwerb von Firmen. Ist der Erwerb vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt, so gilt das alte Recht (§ 22). Hierbei ist zu beachten: Nr. 12.

a) Nach Art. 22 Abs. 1 des E. H.G.B. können nur die am 1. Jan. 1900 eingetragenen Firmen nach den bisherigen Vorschriften fortgeführt werden. Erwirbt somit jemand nach dem 31. Dez. 1899 ein Geschäft mit einer nicht eingetragenen Firma, so hat er sich zu vergewissern, daß die erworbene Firma dem neuen Recht entspricht, sonst kann er die Firma nicht fortführen. Dies wird z. B. praktisch, wenn jemand die nicht eingetragene Firma eines Einzelkaufmanns, die nur den Familiennamen enthält, erwirbt (vgl. § 18 Abs. 1, dazu Johow-Ring XLI A 108, XXVII A 217, 220).

b) Erwirbt eine Aktiengesellschaft vor dem 1. Jan. 1900 eine Personenfirma, so ist sie zwar nicht nach § 22, wohl aber nach Art. 22 Abs. 2 des E. HGB. verpflichtet, mit dem 1. Jan. 1900 die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" in die Firma aufzunehmen. Vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 50f.

c) Da der Begriff des Handelsgewerbes seit 1900 eine Erweiterung erfahren hat, so ist es denkbar, daß jemand vor 1900 ein Geschäft erworben hat, das mit dem 1. 1. 1900 zum Handelsgewerbe wurde. Diesenfalls darf er den früheren Geschäftsnamen nicht als Firma zum Handelsregister anmelden, sondern er muß eine neue Firma annehmen, da § 22 voraussetzt, daß zur Zeit des Erwerbes das Gewerbe ein Handelsgewerbe war (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. II S. 144ff.).

d) Verschmäht es der Erwerber, die übernommene Firma fortzuführen und nimmt er eine neue Firma an, so untersteht er natürlich den Sätzen des neuen H.G.B.. (R.G. in Holdheim 1900, S. 285.)

§ 23.

Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden.

Entw. I § 21, II § 22; Denkschr. I S. 37, II S. 3157; A. D. H.GB. Art. 23.

Die Erörterung dieses Paragraphen ist im § 22 erfolgt. Zu bemerken ist nur nochmals, daß die Übertragung der Firma auch zeitlich getrennt nach Übertragung des Geschäfts erfolgen kann (§ 22 Nr. 7). Das Wort „Veräußerung" bezieht sich auf die sämtlichen in § 22 angeführten Fälle (vgl. R.G.Z. LXIII Nr. 56, LXVI S. 321, K.G. in O.L.G. Rspr, XVI S. 80). Das gegen § 23 verstoßende Rechtsgeschäft ist nichtig (B.G.B. § 134) und erzeugt auch unter den Kontrahenten keinerlei Rechtswirkungen (R.G.Z. IX S. 2, R.G. bei Holdheim 03, S. 110). Dagegen steht § 23 nicht einer Vereinbarung mehrerer Gesellschafter entgegen, wonach sie das Firmenrecht als einem unter ihnen zugehörig betrachten, sodaß es selbst nach Ausscheiden des Betreffenden nicht an Dritte übertragen werden dürfe (R.G Z. LXVI S. 320 ff).

Das alte Recht stimmt überein.

§ 24.

Wird jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden.

Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.

Entw. I § 22, II § 23; Denkschr. I S. 37, II S. 3157; A. D. H.G.B. Art. 24.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Im § 24 ist der zwischen den beiden obigen stehende Fall behandelt, daß ein teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaber stattfindet. Teilweiser Wechsel ist aber nur da möglich, wo eine Mehrheit von Geschäftsinhabern in Frage steht. Somit kann § 24 nur Anwendung finden, wenn eine Handelsgesellschaft als bisheriger oder als neuer Geschäftsinhaber in Betracht kommt, und zwar eine Handelsgesellschaft der in § 19 aufgeführten Art; denn nur bei einer solchen sind die Gesellschafter Geschäftsinhaber. Demnach wird jedenfalls die Aktiengesellschaft vom § 24 nicht betroffen. Ist bei der Aktiengesellschaft der Name eines Aktionärs ausnahmsweise (§ 20) in der Firma enthalten, so kann der Betreffende, wenn er die Mitgliedschaft aufgibt, nicht Abänderung der Firma im Wege der Statutenänderung verlangen. Das gleiche hat bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gelten. Aber auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird bei Ausscheiden des Komplementars das gleiche anzunehmen sein, da sie nur als eine modifizierte Aktiengesellschaft erscheint. In allen diesen Fällen sorgt schon die obligatorische Bezeichnung der Rechtsform dafür, daß ein Mißverständnis nicht entsteht. — Auch darf § 24 nicht zur Umgehung der Vorschriften über die neue Firma benutzt werden. Wird also eine offene Handelsgesellschaft nur zu dem Zwecke eingegangen, um eine Firma zu erlangen, auf die der einzelne kein Anrecht hat, insofern der eine Gesellschafter dann sofort ausscheidet, so wäre die Berufung auf § 24 unzulässig (anders L.G. Mainz in Hess. Rspr. I S. 179). Auch hat § 24 an § 18 Abs. 2 seine Grenze (Staub-Bondi Anm. 5).

Nr. 2. 2. **Fälle des teilweisen Wechsels der Geschäftsinhaber.** Das Gesetz gestattet die Fortführung der bisherigen Firma in drei Kategorien von Fällen:

a) Aufnahme eines Gesellschafters in ein bestehendes Handelsgeschäft, d. h. Umwandlung des Einzelgeschäfts in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, letzterenfalls auch dann, wenn der bisherige Geschäftsinhaber sich nur als Kommanditist beteiligt, es sei denn, daß § 19 Abs. 4 umgangen werden soll.

b) Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Handelsgesellschaft, gleichgültig ob diese den alten Typus bewahrt oder nicht. Demnach fallen hierunter auch Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, sei es durch Eintritt eines neuen Kommanditisten, sei es durch Verwandlung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einen Kommanditisten, und umgekehrt Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft. Doch darf auch hier nicht § 19 Abs. 4 geradezu umgangen werden.

c) Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Handelsgesellschaft, selbst wenn damit aus der Handelsgesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns wird (vgl. besonders § 142, Bolze XIII Nr. 120, K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 467 = Johow-Ring XXIV A 193). Der Grund des Ausscheidens (Tod, Austritt, Konkurseröffnung, vgl. § 138, Ausschluß) ist gleichgültig. Das Wort umfaßt alle Fälle. Notwendig ist aber, daß das Geschäft das gleiche bleibt. Es darf nicht etwa nach Auflösung oder beendigter Liquidation der Gesellschaft der eine Gesellschafter der ehemaligen Gesellschaft deren Firma fortführen für ein von ihm begründetes neues Geschäft, selbst nicht mit Einwilligung der übrigen früheren Gesellschafter (vgl. R.G.Z. I S. 261, Staub-Bondi § 24 Anm. 2a).

3. **Fortführung der Firma.** In allen obigen Fällen kann, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag andere Vereinbarungen getroffen waren (R.G. in L.Z. 07, S. 738), die bisherige Firma fortgeführt werden, d. h. es bedarf eines Beschlusses zur Fortführung nicht. Nach Lage des Falls darf der Firma auch ein Zusatz betr. das Nachfolgeverhältnis zugefügt werden (2a und teilweise 2c). Es sind nicht etwa alle Gesellschafter zu befragen, ob sie mit der Fortführung einverstanden sind, noch hat jeder der mehreren Gesellschafter das Recht, eine Änderung der Firma im Sinne des § 19 zu verlangen, vielmehr bedarf es umgekehrt zur Änderung der Beschlußfassung. Wird lediglich die Tatsache des Wechsels der Inhaber zum Handelsregister angemeldet (§ 31), so ist anzunehmen, daß die alte Firma fortgeführt wird. — Wohl aber muß der ausscheidende (auch der ausgeschlossene) Gesellschafter, dessen Name (nicht bloß der gleiche Name eines anderen, Bolze XIII Nr. 120, vgl. R.G. bei Gruchot XXXVI S. 1154, wohl aber der beiden, z. B. 2 Brüdern, gemeinsame Name, R.G.Z. LXV S. 382, vgl. Holdheim 1911, S. 323; R.G. bei Seuffert LXIV Nr. 167 = Warneyer 1908 Nr. 528) in der Firma enthalten ist, bezw. dessen Erben (§ 138)[1]) zur Fortführung der Firma, auch wenn dieser ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" gemacht wird (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 83) die ausdrückliche Einwilligung erteilen. Konkludente Handlungen genügen nicht, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIX (1898) S. 68. Die Erteilung ist nach § 12 nachzuweisen. Verweigert er die Erteilung, wozu er schlechthin ohne Nachweis eines Interesses berechtigt ist (Bolze III Nr. 235), so ist die Fortführung der bisherigen Firma unzulässig und es ist zur Wahl einer neuen Firma zu schreiten, wobei die Vorschriften der §§ 18, 19 zu beobachten sind (vgl. R.G.Z. V S. 112f., a. A. Staub-Bondi § 24 Anm. 3b, die nur Entfernung dieses Namens aus der Firma verlangen und Fortführung des Firmenrestes zulassen). Der Gesellschaftsvertrag kann übrigens die Erteilung der Einwilligung für nicht notwendig, wie umgekehrt, wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma nicht enthalten ist, die Einwilligung für erforderlich erklären. Nr. 3.

4. **Wirkungen der Fortführung.** Hinsichtlich der Wirkungen der Fortführung darf nicht mit Staub-Bondi § 24 Anm. 4 und Marx S. 216 schlechthin auf § 22 Bezug genommen werden, da die Fälle hier nicht stets gleichartig liegen. Vielmehr ist § 22 nur dann heranzuziehen, wenn es sich um den ihm parallelen Tatbestand des Abs. 2 handelt. Hier hat der einwilligende Gesellschafter, der ausscheidet, das Recht unveränderter Fortführung der Firma für das gleiche Geschäft zu begehren (L.G. Frankfurt in Z. XXXIV S. 567, Adler-Clemens Nr. 1472; bedenklich Bayer. Obst.Ld.G. in Entsch. F.G. I S. 47—49). Dagegen darf, wo nur die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 gegeben sind, nicht so streng verfahren werden. Insbesondere wird es gestattet sein, Zusätze zur Unterscheidung von Personen oder des Geschäfts auch nachher der Firma einzufügen (vgl. auch Johow XIII S. 34, Puchelt-Förtsch zu Art. 24 Nr. 4), eine völlige Änderung des Gegenstandes des Unternehmens kann nachträglich wohl zulässig erscheinen (man denke an den Fall, daß nur die in der Firma nicht genannten Personen wechseln). Notwendig ist nur, daß nicht das Geschäft selbst aufgelöst wird. Hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirkungen vgl. §§ 25, 130, 158, 159, sowie Anhang zum fünften Titel. Nr. 4.

5. Wird bei Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine Handelsgesellschaft die bisherige Firma nicht fortgeführt, sondern eine neue angenommen, so erlischt jene; löst sich also die Handelsgesellschaft nachträglich wieder auf, so kann die frühere Firma von dem Einzelkaufmann nur dann wieder angenommen werden, wenn die Voraussetzungen des § 18 vorliegen. Sie hat nicht etwa bloß geruht und wacht wieder auf, folglich können die Erben sie nicht etwa aufnehmen (unrichtig Z. XX S. 620). Nr. 5.

6. Das alte Gesetz (Art. 24) stimmte überein.

---

[1]) Ist der Übrigbleibende alleiniger Erbe des Ausscheidenden, so erledigt sich natürlich diese Frage. Adler-Clemens Nr. 971.

§ 25.

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.

Entw. I § 23, II § 24; Denkschr. I S. 37—39, II S. 3158; Stenogr.Ber. S. 4559, 4563.

Literatur: Siehe bei § 22, ferner Simon in Z. XXIV S. 94ff., Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 99. Weitere Literatur bei Lehmann H.R. § 24. Vgl. noch Brandi, Übernahme eines Handelsgeschäfts und ihre Bedeutung für den Übergang der Forderungen und Schulden, Diss. 05.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Mit dem § 25 beginnt ein neuer Unterabschnitt, der sich mit der Regelung gewisser materiellrechtlicher Folgen befaßt, die aus der Übernahme des Handelsgeschäftes eines Vollkaufmanns (vgl. R.G.Z. LV Nr. 22; oben § 4 Nr. 7) entstehen. Drei Fälle werden in den §§ 25—28 behandelt: Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden (§ 25, 26), Fortführung des Geschäfts durch die Erben (§ 27), Verwandlung eines Einzelgeschäfts in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (§ 28). Dagegen sind die durch den Mitgliederwechsel innerhalb einer Handelsgesellschaft erzeugten Rechtsfolgen an anderer Stelle normiert (§§ 130, 159, 160, 173). — Keineswegs will das Gesetz die Materie des Geschäftsüberganges erschöpfend regeln, es wendet seine Aufmerksamkeit nur zwei Punkten zu, der Haftung des Erwerbers für die alten Geschäftsschulden einerseits, dem Übergang der Geschäftsforderungen auf den Erwerber andererseits. Dabei bildet die Schuldenhaftung den Hauptgegenstand seiner Normierung, während der Forderungsübergang nur für gewisse Fälle eigentümlich geregelt ist. Im übrigen greift das bürgerliche Recht für die Materie des Geschäftsüberganges Platz. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß auch Sätze des H.G.B. z. B. § 346, § 377 in Betracht kommen, und endlich finden sich im Aktienrechtsabschnitt Sonderbestimmungen für den Übergang des Vermögens im ganzen (§§ 303, 304ff.).

Nr. 2. 2. **Begriff des Handelsgeschäfts** (vgl. H. Müller, Die rechtliche Natur des Handelsgeschäfts, Diss. 08, Grave, Das kaufmännische Geschäft, Diss. 05). Der Begriff des Handelsgeschäfts ist kein fest bestimmter, das Wort hat eine wechselnde Bedeutung. Ein weiterer und ein engerer Begriff läßt sich unterscheiden:

a) Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist soviel wie Handelsvermögen, d. h. die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert (vgl. Behrend S. 202, 203, v. Hahn zu Art. 22 § 2). Das Handelsgeschäft in diesem Sinne ist ein Vermögen und zwar je nach der Sachlage das Vermögen überhaupt (so bei der Aktiengesellschaft) oder ein Teil des Vermögens, der rechtlich oder tatsächlich

vom übrigen Vermögen (dem Privatvermögen) unterschieden ist. Man unterscheidet Geschäftsaktiva und Geschäftspassiva. Zu den **Aktivis** des Geschäfts gehören einmal alle diejenigen Sachen, dinglichen Rechte und Persönlichkeitsrechte, die dem Betriebe des kaufmännischen Gewerbes unmittelbar dienen („Zubehör des Unternehmens", wie Pisko § 6 nicht einwandfrei konstruiert), d. h. von Sachen einerseits diejenigen, mit denen der Kaufmann Handel treibt (Waren, Wertpapiere, möglicherweise Grundstücke), andererseits diejenigen, die er zum Betrieb des Handelsgewerbes- ge- oder verbraucht, (Utensilien, Geschäftshaus, das in das Geschäft gesteckte Geld, die Handelsbücher)[1]), von Persönlichkeitsrechten die mit dem Geschäft verbundenen Patentrechte, Autorrechte, Rechte auf Warenzeichen, usw. Sodann gehören dahin die **Geschäftsforderungen** zum Unterschied von Privatforderungen. Das Gesetz definiert sie mit Recht als „im Betriebe des Geschäfts begründete Forderungen"[2]). Sie sind nicht identisch mit Forderungen aus Handelsgeschäften. Denn einerseits kann der Einzelkaufmann mehrere Handelsgewerbe betreiben, dann gehören zu dem einzelnen Handelsgewerbe nur diejenigen Forderungen aus Handelsgeschäften, die im Betriebe dieses Handelsgewerbes begründet sind, alle übrigen Forderungen aus Handelsgeschäften sind für dieses Handelsgewerbe Privatforderungen. Andererseits erstreckt sich der Begriff der Geschäftsforderungen auch auf Ansprüche ex lege oder ex delicto, soweit sie im Betriebe des Geschäfts entstanden sind, z. B. Ansprüche auf Schadenersatz oder Buße wegen Verletzung von Patent- oder Autorrechten. Endlich gehören zu den Aktivis tatsächliche Beziehungen von Vermögenswert, wie Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse, Alter und Renommee des Geschäfts (sog. Chancen). Sie können wichtiger sein als die übrigen Aktiva.

Geschäftspassiva oder **Geschäftsschulden** (gegenüber Privatschulden) sind im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten, gleichgültig aus welchem Rechtsgrunde. Sie müssen im Betriebe des Geschäfts begründet sein. Über diesen Begriff siehe bei § 343. (Die Rechtsvermutungen des § 344 würden auch hier in Betracht kommen. Vgl. Wolff in Z. XLVII S. 256, R.G.Z. LXXII S. 436). Die durch Übernahme des Geschäfts entstehenden Verbindlichkeiten gegenüber dem früheren Inhaber können und werden meist Geschäftsschulden des Erwerbers sein, z. B. A kauft von B Geschäft und Firma, dann ist die Kaufgelderschuld zweifellos des A Geschäftsschuld, gilt also bei Weiterveräußerung des Geschäfts als Geschäftspassivum (R.G. in Seuffert LXIII Nr. 259, R.G. in J.W. 08 S. 206[27]); oder ein Gesellschafter übernimmt bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft das Geschäft mit den Passivis als Alleinschuldner (K.G. in Gruchot LIV S. 1065); oder A verpflichtet sich, bei Erwerb des Geschäfts innerhalb gewisser Grenzen Konkurrenz zu unterlassen, die Unterlassungspflicht ist Geschäftsschuld (vgl. den ähnlich gelagerten Fall in R.G.Z. LXVIII Nr. 71). Über solche auf der Firma lastende Verbindlichkeiten Ehrenberg in Z. XXVIII S. 27ff., auch O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XI S. 406, R.G. in D.J.Z. 06, 1149. — Sie brauchen es aber nicht stets zu sein, z. B. A, B, C, D sind Inhaber des Geschäfts. A tritt gegen eine Abfindungssumme, die ihm B, C, D jeder zu einem Drittel zu zahlen versprechen, aus. B, C, D führen das Geschäft fort. Dann kann die Schuld des B, C, D deren Privatschuld sein. Möglicherweise soll die Abfindungsschuld aber auch in Fällen der letzteren Art Geschäftsschuld sein, indem A den Anspruch auf die Summe gegen die Gesellschaft behalten soll. Es hat die Lage des Falles zu entscheiden. Vgl. hierzu Simon in Z. XXIV S. 94ff., zu allgemein Cosack S. 52.

Auch die Geschäftspassiva können aus Vertrag, Gesetz oder unerlaubter Handlung entstehen (R.G.Z. XV S. 54, 133), auch sie sind nicht identisch mit Schulden aus Handelsgeschäften. So gehört z. B. dahin die auf dinglichem Grund beruhende Pflicht zur Herausgabe einer fremden Sache (vgl. Reichel in J.W. 1910,

---

[1]) Über die Behandlung der Geschäftsbücher im Konkurse K.O. §§ 1 Abs. 3 (dazu Jaeger K.O. § 1 Anm. 20), 117 Abs. 2, in der Zwangsvollstreckung Z.P.O. § 811 Nr. 11. Vgl. im übrigen O.L.G. Dresden in Busch XLVII S. 60, R.O.H.G. VII S. 74f., XIX S. 419f., O.L.G. Dresden in Seuffert LVII Nr. 162, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 400.

[2]) Dahin gehören z. B. auch Forderungen gegen Handlungsgehilfen, R.O.H.G. I. Nr. 7.

S. 742). Dagegen wird man nicht vom Registerrichter verhängte Ordnungsstrafen dahin zählen können, sie sind öffentlichrechtlicher Natur (Marcus in Holdheim XVIII S. 185).

b) Handelsgeschäft im engsten Sinne sind diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb eines Handelsgewerbes gewährleistet wird. U. a. können schon die Chancen als Handelsgeschäft in diesem Sinne gelten.

c) Innerhab dieser Grenzen kann die Anwendung des Begriffes von Fall zu Fall wechseln. Das Handelsgeschäft kann nach der Meinung der Parteien alle Aktiva (ausnahmslos oder mit einzelnen Ausnahmen) oder nur einen Teil der Aktiva, alle Passiva oder nur einen Teil der Passiva oder die Passiva überhaupt nicht umfassen. Der rechtliche Charakter kann somit schwanken von Vermögen zur Sachgesamtheit, zu einzelnen Sachen, ja es können möglicherweise von Rechtsverhältnissen nur Schuldverhältnisse in Betracht kommen. Nur muß der engste Begriff stets gegeben sein; es muß das Handelsgeschäft als „einheitliches Ganze" übertragen werden sollen (O.L.G. Posen in Seuffert LIX S. 414, R.G.Z. LV S. 124, R.G. in L.Z. 08, S. 64). So wäre Erwerb des ganzen Warenlagers noch nicht notwendig Erwerb des Handelsgeschäfts (K.G. in L.Z. 08, 82, besonders praktisch bei Sicherungsübereignungen (R.G. in L.Z. 1911, S. 463). Vgl. bei § 22 Nr. 2. Wäre die Kontinuität des Handelsgewerbsbetriebes für den Käufer nicht gewahrt, so läge einfacher Kauf einer Quantität Waren vor. Veräußerung eines unselbständigen Geschäftszweiges kann nicht als Veräußerung des Handelsgeschäfts gelten, selbst wenn die Absicht beim Erwerbe bestand, den Geschäftszweig zu einem selbständigen Handelsgeschäft zu erheben (R.G.Z. LXIV Nr. 30, O.L.G. Karlsruhe in Bad.Rspr. 1911 S. 186) vielmehr müßte vor der Veräußerung die Selbständigkeit begründet sein. Dagegen wäre Veräußerung einer Zweigniederlassung Veräußerung eines Handelsgeschäfts (Düringer-Hachenburg Anm. 16, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XII S. 423). Oben § 22 Nr. 2.

Nr. 3. 3. **Bedeutung des Geschäftserwerbes.** Nach dem Vorgetragenen ist unter Erwerb (bez. Übernahme § 22 Abs. 2) des Handelsgeschäfts ein Verschiedenes zu verstehen, bald Übernahme eines fremden Vermögens im Sinne von B.G.B. § 419, bald Erwerb einer Sachgesamtheit oder einzelner Sachen, bezw. Rechte, bald Schuldübernahmevertrag.

Sachenrechtlich ist das Handelsgeschäft als Gewerbsunternehmen nicht Gegenstand dinglichen Rechts. Es ist daran kein Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht möglich, es unterliegt nach deutschem Recht nicht der Exekution (R.G.Z. LXVIII S. 54, LXX Nr. 60). Es kann sich nur um die schuldrechtlichen Fragen handeln.

Das H.G.B. enthält sich der Mannigfaltigkeit des Lebens gegenüber der Aufstellung einer allgemeinen Regel. Es sagt nicht, daß im Zweifel ein den Erwerbsgegenstand bildendes Handelsgeschäft im weitesten Sinne (als Handelsvermögen) noch umgekehrt, daß es im Zweifel im engsten Sinne aufzufassen sei. Nicht einmal für den Fall der Übernahme der Firma stellt es eine allgemeine Vermutung auf, es beschränkt sich auch hier darauf, das Verhältnis des Geschäftserwerbers nach außen (zu Schuldnern und Gläubigern des Geschäfts) zu regeln. Hinsichtlich der internen Beziehungen zwischen Erwerber und Veräußerer schweigt es überhaupt. Und es läßt sich keineswegs auf das interne Verhältnis ohne weiteres ausdehnen, was für das externe hingestellt ist. Möglicherweise ist nach innen eine Verpflichtung zur Tilgung von Schulden nicht vorhanden, während nach außen Schuldenhaftung anerkannt ist, so beim Nießbraucher und Pächter, der das Geschäft unter der Firma fortführt oder in dem Falle, daß der Veräußerer sich seinerseits verpflichtet hatte, das Geschäft schuldenfrei zu übergeben, möglicherweise sollen nicht alle Aktiva übergehen. Es kann Cosack S. 51, Düringer-Hachenburg Anm. 7, 11 u. a. nicht darin beigestimmt werden, daß bei jedem Geschäftserwerb der Erwerber die sämtlichen Geschäftsaktiva und Geschäftspassiva übernehme, wenn die Parteien nicht ein anderes vereinbaren, oder daß er die sämtlichen Aktiva und die sämtlichen Passiva, soweit er letztere kannte oder kennen mußte (Ritter Anm. 1) übernehme. Diese Auffassung legt einen einheitlichen Begriff des Geschäfts zugrunde, der in Wahrheit gar nicht vorhanden ist (vgl. auch Regelsberger in Z. XIV S. 1, Behrend S. 207). Vielmehr ist das Verhältnis jedesmal besonders zu untersuchen.

4. Verhältnis nach innen. Nr. 4.

a) Richtet sich der Vertrag auf Erwerb des ganzen Handelsvermögens (Aktiva und Passiva), wozu dann auch die Zweigniederlassungen gehören (oben bei § 13 Nr. 8), so kann ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft (Kauf einschließlich Erbschaftskaufes, Tausch, Erbenauseinandersetzung (vgl. § 27 Nr. 8)[1]), es kann aber auch Nießbrauchsbestellung oder Verpachtung (vgl. z. B. O.L.G. Dresden in Seuffert LXII Nr. 168) oder Bestellung eines Nutzungspfandes (B.G.B. § 1213) vorliegen, denn auch solche werden als Erwerb im Sinne des § 25 aufzufassen, oder es werden doch jedenfalls auf sie die Vorschriften über den Erwerb entsprechend anzuwenden sein, (Denkschr. II S. 3158, vgl. Z. XX S. 608, Düringer-Hachenburg Anm. 37)[2]). Das Gesetz unterscheidet allerdings in § 22 Erwerb und Übernahme, aber für § 25 kommt es nur auf die Tatsache der Fortführung an. — Auch der Fall, daß der Elternteil das Geschäft der Kinder unter eigenem Namen fortführt, wird hierher zu rechnen sein (vgl. oben § 1 Nr. 20). — Je nachdem nun der Erwerb auf die Dauer erfolgt oder eine bloße Übernahme auf Zeit vorliegt, wird sich das interne Verhältnis verschieden gestalten:

α) Im ersten Falle hat der Veräußerer die sämtlichen körperlichen Gegenstände und übertragbaren[3]) Rechte auf den Erwerber zu übertragen, er hat ihm ferner die abtretbare Geschäftsforderungen abzutreten. Nicht als abtretbar wird im Zweifel anzusehen sein der Anspruch des Veräußerers gegen den zugunsten der Firma sich verbürgenden Dritten auf Leistung der Interzession. Denn der Bürge hat sich nicht für die Firma, sondern für den alten Geschäftsfirmeninhaber verpflichtet (O.L.G. Rostock in Mecklenb. Z. f. Rechtspflege II S. 13f., Seuffert XXXXVII S. 310, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XII (1891) S. 19), doch kann der Fall ausnahmsweise anders liegen (vgl. z. B. O.L.G. München in Z. XXXV S. 234, auch Bolze V Nr. 714, X Nr. 518). Dagegen sind an sich wohl abtretbar Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (R.G.Z. LI S. 170). — Er hat ihn ferner in die Lage zu versetzen, bezw. ihm Gelegenheit zu geben, die Chancen des Geschäftes auszunutzen (z. B. ihm die Rezepte über Zubereitung von Fabrikaten herauszugeben (Apt III S. 174)), auch dahin mitzuwirken, daß die für das Geschäft bestimmten Sendungen an den Erwerber gelangen (Bolze XXIII Nr. 155, R.G.Z. LV S. 124), sowie alles zu unterlassen, was den Erwerber in der dem Zweck des Vertrages entsprechenden Ausnutzung dieser Chancen stören könnte, wozu u. U. die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes gehören kann (vgl. R.G. im Recht 08 Nr. 2073), während es zu weit ginge, anzunehmen, daß der Veräußerer sich ohne weiteres stets der Konkurrenz zu enthalten habe (Düringer-Hachenburg Anm. 13; siehe auch unten bei Nr. 7). Umgekehrt ist der Erwerber verpflichtet, die Geschäftsschulden (fälligen und nichtfälligen) zu übernehmen und die Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (B.G.B. § 415 Abs. 3). Diese Verpflichtung wird sich auch erstrecken auf Geschäftsschulden, hinsichtlich deren der Veräußerer die Einrede der Verjährung hatte (R.G. im Recht 1910 Nr. 2071). Unter den Geschäftsschulden sind die wahren Geschäftsschulden zu verstehen. Die Präsumtion des § 344 Abs. 2 würde nach innen nicht Platz greifen (Wolff in Z. XXXXVII S. 259). Wann das Eigentum oder sonstige Recht an den einzelnen Gegenständen auf den Erwerber übergeht, regelt sich nach bürgerlichem Recht (Tradition, Auflassung usw), soweit nicht besondere handelsrechtliche Sätze (§§ 366, 474) in Betracht kommen. Dabei ist zu bemerken, daß zwar der Grundsatz „Hand wahre Hand" dem Erwerber zugute kommt, daß aber trotzdem eine Herausgabepflicht bestehen kann aus § 25 (Reichel a. a. O.). Der Gefahrsübergang, die Haftung

---

[1]) Über Vermächtnisse siehe bei § 27.

[2]) Ist Erwerb auch die Fortführung nach Beendigung des Nießbrauchs bezw. der Pacht seitens des Nießbrauchsbestellers, bezw. Verpächters? Man wird dies wohl bejahen, jedenfalls aber analoge Anwendung zulassen müssen (K.G. in D.J.Z. 06 S. 86 a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 37). Will der Verpächter der aus § 25 für ihn entstehenden Gefahr entgehen, so wird er bei der Verpachtung den Ausschluß seiner Haftung für die Geschäftsschulden des Pächters vereinbaren müssen.

[3]) Über die Übertragbarkeit von Preismedaillen und Ehrendiplomen vgl. O.L.G. Dresden in Z. XXXX S. 446, K.G. in D.J.Z. 06 S. 204; über Telegrammadressen O.L.G. Dresden in Z. XLVI S. 472, R.G. im B.A. IX S. 8, Heyden in D.J.Z. 1900, S. 92; Staub-Bondi § 22 Anm. 25.

für Mängel und Evikktionen, für Verität und Bonität von Forderungen[1]) und dergl. bemißt sich nach dem konkreten Rechtsgeschäft, wobei wiederum handelsrechtliche Sätze eingreifen können. Der Übergang der Geschäftsforderungen liegt gewöhnlich schon in dem Veräußerungsvertrag, wie sich aus B.G.B. § 398 klar ergiebt. Mit der Forderung gehen die Hypotheken, Pfandrechte, Bürgschaftsrechte auf den Erwerber über (B.G.B. § 401). Verlangt das bürgerliche Recht eine besondere Form für den Abtretungsvertrag (z. B. B.G.B. § 1154), so entsteht für den Veräußerer die Verpflichtung, dieser Form zu genügen, es liegt nur ein pactum de cedendo vor. Über die Verpflichtung des Veräußerers, die zur Geltendmachung der Forderungen nötige Auskunft zu erteilen, sowie die zum Beweise der Forderungen dienenden Urkunden auszuliefern, vgl. B.G.B. § 402.

Was die Form des ganzen Rechtsgeschäftes betrifft, so kann B.G.B. § 311 in Betracht kommen, z. B. wenn eine Aktiengesellschaft ihr Geschäft verkauft, daneben B.G.B. § 313. In Ermangelung solcher Fälle ist der Vertrag formlos. Für Aktiengesellschaften vgl. die §§ 303, 304.

Nr. 5. β) Im zweiten Falle (vgl. hierzu besonders Düringer-Hachenburg Anm. 31ff.; Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft 06, ferner die bei § 22 Nr. 5 genannte Literatur, zumal Isay S. 157ff.) hat der bisherige Geschäftsinhaber die Verpflichtung, den Nießbrauch (Form u. U. § 311 B.G.B.) an den einzelnen zum Geschäft gehörenden Gegenständen zu bestellen (vgl. B.G.B. § 1085, der freilich nur, wo es sich um ein Vermögen handelt, direkt zur Anwendung gelangt) — oder bei der Pacht (Form u. U.: §§ 581 Abs. 2, 566, 580 B.G.B.) dem Erwerber den Besitz der betreffenden Gegenstände zu verschaffen (ähnlich beim Nutzungspfand). Hinsichtlich der Bestellung des Nießbrauchs an körperlichen Gegenständen greift B.G.B. §§ 1030, 1032, 873, an Rechten B.G.B. §§ 1068, 1069, an Wertpapieren B.G.B. § 1081 Platz. Ist ein Sachinbegriff (Warenlager) in Frage kommend, so ist § 1035 B.G.B. maßgebend. Die dinglichen Rechte an den einzelnen Gegenständen regeln sich nach allgemeinen Grundsätzen. Deshalb bleibt der Veräußerer Eigentümer der Sachen, bez. Gläubiger der Forderungen und kann der Zwangsvollstreckung aus Klagen gegen den Erwerber widersprechen und im Konkurse des Erwerbers sein Aussonderungsrecht geltend machen. Doch kann bei Nießbrauch, (entsprechend bei Pacht) der Fall des quasi usus fructus vorliegen, welchenfalls der Nießbraucher, bez. Pächter Eigentümer der Sachen wird (B.G.B. § 1067) oder es kann der Fall des sog. Dispositionsnießbrauchs gegeben sein. Soweit dies nicht der Fall ist, wird nach der Natur der Sache man meist dem Sinne der Parteien gerecht werden, wenn man bei dem Nießbrauch den § 1048, bei der Pacht den § 586 B.G.B. entsprechend anwendet (Düringer-Hachenburg Anm. 35, 42) und zwar nicht bloß für körperliche Gegenstände, sondern auch für Rechte. Für den Fruchtgenuß wird B.G.B. § 1655 (oben § 1 Nr. 20) auch hier anwendbar sein. — Der Erwerber übernimmt hier dem Veräußerer gegenüber an sich nicht die Verpflichtung, die zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Gläubiger schlechthin rechtzeitig zu befriedigen, bez. den Besteller von den damals vorhandenen Geschäftsschulden zu befreien, sondern nur die Verpflichtung, die Zinsen und sonstigen wiederkehrenden Leistungen aus früheren Geschäftsschulden abzuführen (analoge Anwendung von B.G.B. § 1088; a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 34 und Staub-Bondi § 22 Anm. 16). Dagegen ist er gehalten, dem Besteller die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände herauszugeben (B.G.B. § 1087 Abs. 1), sofern er nicht von dem Recht, selbst zu erfüllen, Gebrauch macht. Im übrigen sind für die internen Rechte und Pflichten die Grundsätze vom Nießbrauch, Pfand, Pacht entsprechend mit Vorsicht anzuwenden. Näheres zumal bei Düringer-Hachenburg a. a. O. So wird § 537 B.G.B. nur für die vermieteten Sachen anwendbar sein. Auch wird Pächter wie Nießbraucher nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung haben (vgl. Kohler in Iherings Jahrb. XXIV S. 231, O.L.G. Braunschweig in Seuffert LVI S. 307), § 585 B.G.B. wird nicht anwendbar sein u. a. m.

γ) In beiden Fällen sind die Handelsbücher und Korrespondenzen dem Erwerber, soweit als sie für die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen von Wert sind, zu übergeben, (R.O.H.G. XIX S. 419, Busch V S. 462, O.L.G. Frankfurt im

[1]) Haftung des Verkäufers für Zusage der „Gangbarkeit" des Geschäfts, Busch XIII S. 223ff. (unten Nr. 6).

Recht 07, S. 581 Nr. 1219) dagegen nicht notwendig Beibücher (O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. 06, S. 244). Wieweit Warenzeichen mitzuübertragen sind, richtet sich nach Lage des Falles (hierzu O.L.G. Hamburg in Seuffert LXIII Nr. 209).

b) Richtet sich der Vertrag nur auf Übertragung der Aktiva oder nur eines Teils der Aktiva, so ist der Veräußerer verpflichtet, die einzelnen Sachen, Forderungen oder sonstigen Rechte zu übertragen und für Gelegenheit der Ausnutzung der Chancen Sorge zu tragen, auch die dazu erforderlichen Handlungsbücher zu übergeben (R.O.H.G. XIX S. 419). Nach der Praxis des R.G. finden die Bestimmungen über Haftung wegen Sachmängel beweglicher Sachen einschließlich der Verjährung (!) auf den Kauf eines Handelsgeschäfts analoge Anwendung (R.G.Z. LXIII Nr. 14), so bei der Zusicherung einer gewissen Rentabilität, aber auch ohne Zusicherung bei Fehlern im Sinne von B.G.B. § 459, dagegen nicht die Bestimmung des § 455 B.G.B., denn ein „Eigentum am Geschäft" gibt es nicht (R.G.Z. LXVII Nr. 95, LXIX Nr. 98). Hierzu Bechstein, Gewährleistung beim Verkauf eines Handelsgeschäfts Diss. 08 und Düringer-Hachenburg Anm. 14. — Bei Nießbrauchsbestellung oder Bestellung eines Nutzungspfandes werden diese Bestimmungen gemäß § 493 B.G.B. ebenfalls anwendbar sein, während bei Verpachtung die Grundsätze über Haftung des Verpächters maßgebend sind. Solche Übertragung bloß der Aktiva ist stets bei Verpfändung und regelmäßig bei Verpachtung des Geschäftes anzunehmen. Nr. 6.

c) Handelt es sich umgekehrt nur um Übernahme von Passivis, so greift B.G.B. § 415 f. Platz.

d) Ist zugleich in dem Übernahmevertrage ausbedungen, daß der Veräußerer kein **Konkurrenzgeschäft** errichten dürfe, so muß sich der Veräußerer eines solchen enthalten. Die Ausbedingung ist gültig, falls sie nicht eine contra bonos mores verstoßende Beschränkung der persönlichen Freiheit enthält. Die besonderen Bestimmungen, die für die Konkurrenzklausel von Handlungsgehülfen gelten, sind hier nicht anwendbar. Verstößt der Vertrag wider die guten Sitten, so ist er schlechthin nichtig, ein richterliches Ermäßigungsrecht ist nicht anerkannt. Hinsichtlich der Vertragsstrafen normiert das bürgerliche Recht, bezw. der § 348 des H.G.B. Häufig wird man aus der Stipulation entnehmen können, daß abweichend von B.G.B. § 340 Abs. 2 durch Bezahlung der Strafe der Bruch des Verbotes gesühnt sein solle (R.G.Z. XXXIII S. 142, XXXX S. 100. Vgl. Staub-Bondi § 22 Anm. 33 ff.; zur Judikatur: Bolze IV Nr. 668, 669, VIII Nr. 459, 462, 463, XI Nr. 354, 355, XII Nr. 415, 416, XVI Nr. 388, XVIII Nr. 408, XIX Nr. 495; R.GZ. LIII Nr. 38, 88; LXXVIII Nr. 88, Seuffert LVI Nr. 227, O.L.G. Hamm im Recht 07, S. 306 Nr. 556, R.G. im Recht 07, S. 823 Nr. 1780 = L.Z. 07, S. 591). Nr. 7.

5. **Verhältnis nach außen**, d. h. gegenüber den Gläubigern und Schuldnern des bisherigen Geschäftsinhabers. Nr. 8.

a) **Verhältnis zu den Gläubigern des Geschäfts.** Das Gesetz geht in allen Fällen davon aus, daß der Erwerber, bez. Übernehmer das Geschäft selbst betreibt. Seine Regelung trifft also den sg. Kastellanvertrag (oben bei § 22 Nr. 5) nicht. Es unterscheidet, ob die bisherige Firma fortgeführt wird oder nicht. Ersterenfalls läßt es ohne weiteres, letzterenfalls nur unter besonderen Voraussetzungen die Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Inhabers eintreten. Die Tatsache der Firmenfortführung ist dem Gesetze dabei das entscheidende Moment, nicht die Vereinbarung der Parteien über die Fortführung (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. III S. 275), noch die Tatsache der Vermögensübernahme (so Hellwig S. 399). Die Haftung aus § 25 tritt, da sie unmittelbar auf Gesetz beruht, auch bei formbedürftigen Verträgen des früheren Inhabers ohne Beobachtung der Form durch den neuen Inhaber ein (R.G. in J.W. 05, S. 687 Nr. 9). Gleichgültig ist, ob die Firma vom Erwerber befugt oder unbefugt, mit oder ohne Einwilligung des alten Inhabers fortgeführt wird, ob Schuldübernahme vereinbart war oder nicht. Es genügt die unveränderte Firmierung. Das Gesetz legt den Gedanken zu Grunde, daß in der Fortfirmierung sich der einseitige Verpflichtungswille des Erwerbers, für die Schulden des bisherigen Inhabers zu haften auspräge, darum sind Einwendungen aus dem internen Verhältnis zwischen Erwerber

und Veräußerer den Gläubigern gegenüber ausgeschlossen,[1]) ja selbst die Ungültigkeit oder Wirkungslosigkeit des Veräußerungsvertrages würde die Haftung nicht beseitigen (a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 20, Brand S. 99, 100), es sei denn, daß dies dem Gläubiger bekannt war oder sein mußte (R.G.Z. LXVI S. 418, vgl. R.G. im Recht 09 Nr. 2528 = Warneyer 1909 Nr. 480, unten § 186 Nr. 6). Dementsprechend tritt die Haftung auch sonst bei unbefugter Firmenfortführung ein, so wenn die Firma gegen § 18 Abs. 2 verstößt (RG. in L.Z. 1911, S. 608). Gleichgültig ist auch, ob der Wechsel des Inhabers eingetragen wird oder nicht, ja ob überhaupt die Firma eingetragen war oder nicht. Notwendig ist nur, daß eine wirkliche Firma fortgeführt wird. Die bloße Fortführung eines Geschäftsnamens oder Warenzeichens würde noch nicht die Haftung aus § 25 begründen (oben § 4 Nr. 7). Wohl aber würde bei Eintragung der Firma im Handelsregister der § 5 seine Wirkung äußern. Der solche Firma Fortführende würde der Haftung aus § 25 auch dann unterliegen, wenn in Wahrheit das erworbene Geschäft kein Handelsgewerbe darstellte oder wenn es nur zu den Kleingewerben zählte. — Notwendig ist weiter, daß die bisherige Firma fortgeführt wird. Änderungen, welche an der Firma vorgenommen werden, schließen die Haftung aus, wenn dadurch die Identität der Firma in Fortfall kommt, was bei bloßem Zusatz eines Nachfolgeverhältnisses oder des Zusatzes „Aktiengesellschaft" oder „G. m. b. H." nicht anzunehmen ist (R.G. im Recht 09 Nr. 2517, 1911 Nr. 1537, L.Z. 08 S. 59, 1912, S. 538; O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rspr. IX S. 246), wohl aber wenn zwei Firmen verschiedener, gleichzeitig erworbener Handelsgeschäfte zu einer Firma für das unierte Geschäft verbunden werden (R.G.Z. L Nr. 25, hiergegen Staub-Bondi Anm. 4). Daß der auf die Firma des alten Inhabers bezügliche Eintrag im Handelsregister nicht gelöscht ist, macht nichts aus (O.L.G. Karlsruhe in L.Z. 07 S. 753). — Fortführung der bisherigen Firma bedeutet, daß nicht bloß nach innen vereinbart, sondern nach außen zu erkennen gegeben wird, daß die alte Firma weiter die Firma des auf den neuen Inhaber übergegangenen Handelsgeschäfts sein solle (R.G. bei Warneyer 1913 Nr. 159). Ein bloßer gelegentlicher, durch besondere Umstände veranlaßter Gebrauch der alten Firma ist noch keine Fortführung (R.G.Z. LXXIII S. 72, vgl. R.G. in Holdheim 04 S. 228, R.G. in L.Z. 1913 S. 288, Bode in D.J.Z. 07 S. 823), auch nicht Belassung eines Ladenschildes mit der alten Firma für kurze Zeit (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. III S. 276, R.G. in Holdheim 04 S. 228). Dagegen ist nicht nötig, daß dem Publikum kundgegeben wird, wer der neue Inhaber der alten Firma sei (O.L.G. Naumburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 119). Nicht fortgeführt wird die Firma, wenn Geschäft und Firma zugleich von einem anderen weiter übernommen werden (R.G. in L.Z. 1913 S. 538). Daß dagegen das Geschäft bloß zu Abwicklungszwecken fortgeführt wird, steht nicht im Wege (R.G. im Recht 1912 Nr. 3412). Nicht fortgeführt werden kann die Firma, wenn der Erwerber gar nicht zur rechtlichen Existenz kommt, z. B. die Gesellschaft m. b. H., in die das Geschäft umgegründet werden soll, nicht Rechtsfähigkeit erwirbt. Wie weit eine Haftung solchenfalls aus Handlungen von Vertretern vor Eintragung der G. m. b. H. zum selben Ziel führt, ist Tatfrage (R.G. in L.Z. 1911 S. 550ff.).

Nr. 9. α) Bei **Fortführung der Firma** haftet der Erwerber (ob als solcher auch der Verpächter bez. Nießbraucher bei Zurücknahme des Geschäfts anzusehen ist, oben Nr. 4 S. 127 Anm. 2) für alle Geschäftsschulden des letzten Inhabers. Er haftet für Geschäftsschulden. Hinsichtlich der Frage, ob eine Geschäftsschuld vorliegt, greifen die §§ 343, 344 Platz (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XI S. 405, R.G.Z. LIX S. 213, LXXII S. 436). Der Umstand, daß das Passivum in den Geschäftsbüchern des bisherigen Inhabers eingetragen war, ist dagegen nicht unbedingt entscheidend (R.O.H.G. VIII S. 42, 385). Gleichgültig ist, ob die Geschäftsschulden ihm offenbart oder verschwiegen, ja als nicht vorhanden vorgespiegelt (R.G. in L.Z. 09, S. 140) waren, ob sie fällig waren oder erst fällig werden (vgl. § 26 Abs. 2, R.O.H.G. VIII S. 385), ob sie bedingt oder unbedingt sind (R.G. in L.Z. 08 S. 59, Recht 1910 Nr. 996) ob sie auf Geldleistungen oder andere Leistungen, auch Unterlassungen (vgl. z. B. R.G.Z. LVIII

[1]) Dagegen ist eine Anfechtung des Verpflichtungsgrundes nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, solchenfalls würden die §§ 122, 123 B.G.B. Platz greifen.

Nr. 5, LXVI S. 322) gehen, ob sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Selbst Verbindlichkeiten zu Leistungen rein persönlicher Art gehören dahin, an Stelle der Leistungspflicht würde dann unter Umständen Schadenersatzpflicht treten. Ebenso können Verpflichtungen aus einem Gesellschaftsvertrage in Frage kommen trotz § 717 B.G.B. (R.G.Z. LXXVI Nr. 3). Insbesondere sind, wie die Judikatur ständig annimmt, auch die zum Zweck des Erwerbs des Geschäfts vom früheren Inhaber aufgenommenen Schulden Geschäftsschulden (R.G. in Seuffert LXIII Nr. 259, Gruchot LIV S. 1065, L.Z. 1912 S. 911 u. a.)[1]) — Er haftet dem Dritten. Erwirbt der bisherige Geschäftsinhaber die Forderung eines Dritten, so muß er sich die Einreden aus den internen Vereinbarungen mit dem Erwerber gefallen lassen. Hatte der Konkursverwalter das Geschäft (mit der Firma unter Einwilligung des Kridars) veräußert, so zählen die Konkursgläubiger nicht zu den Dritten. Die Konkursgläubiger können ihre Befriedigung nur aus der Masse suchen (R.G.Z. LVIII Nr. 43). — Er haftet, aber er muß besonders ausgeklagt werden. Eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen den alten Inhaber ist gegen ihn nur unter den besonderen Voraussetzungen der Z.P.O. §§ 727, 729 möglich. Darüber bei § 26. Eine einseitige Erklärung, daß er nicht haften wolle, nützt dem Erwerber nichts. Es bedarf vielmehr einer entgegenstehenden Vereinbarung. Aber auch eine entgegenstehende Vereinbarung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, sei es mit Rücksicht auf alle, sei es mit Rücksicht auf einzelne Passiva, befreit den Erwerber nicht, außer wenn sie eingetragen und bekannt gemacht oder vom Erwerber oder Veräußerer dem Dritten mitgeteilt ist. — Die Eintragung der Vereinbarung muß gleichzeitig mit der ungesäumt betriebenen (Wolff in Z. XXXXVII S. 261, R.G. in Seuffert LIX Nr. 108, L.Z. 1913, S. 288, O.L.G. Rspr. XXI S. 374, 375 — O.L.G.G. Hamm, Frankfurt —) Eintragung des neuen Inhabers erfolgen, und zwar sowohl bei dem Register der Haupt- wie bei dem der Zweigniederlassung. Unterbleibt sie bei letzterem, so ist § 15 Abs. 3 hierauf anzuwenden (R.G. in Seuffert LXIII Nr. 48 = Gruchot LII S. 685). War der alte Firmeninhaber noch nicht eingetragen, so muß er sich zuvor selbst eintragen lassen. — Die Vereinbarung muß eingetragen und bekannt gemacht sein. Die rechtzeitige Anmeldung zum Handelsregister hilft auch dann nichts, wenn durch Schuld der Registerbehörde die Eintragung und Bekanntmachung verzögert wurde (R.G.Z. LXXV Nr. 33). Die Bekanntmachung hat in den in § 10 bestimmten Zeitungen zu erfolgen. Ist die Vereinbarung eingetragen und bekannt gemacht, so kann der Gläubiger sich nicht darauf berufen, daß er die Bekanntmachung weder kannte noch kennen mußte, § 15 Abs. 2 kann hierauf keine Anwendung finden (Staub-Bondi Anm. 19, K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 376, anders Ehrenberg im Hdb. I S. 638, 640.) — Die Mitteilung an den Dritten hat zwar nicht vor Fortführung der Firma (so Cohn in Gruchot XLII S. 52) aber doch sofort bei Fortführung des Geschäfts und nicht später als die Mitteilung vom Firmenübergang, keinesfalls später als die Bekanntmachung des Überganges durch den Registerrichter zu erfolgen. Nachträgliche Veröffentlichungen beseitigen die einmal begründete Haftung nicht. Der Dritte oder sein Bevollmächtigter (R.G. bei Holdheim 04 S. 103) muß auch durch die amtliche Publikation oder durch direkte Mitteilung seitens einer der beiden Parteien Kenntnis erhalten. Kenntnisnahme durch Mitteilung anderer oder aus öffentlichen Zeitungen oder durch Schlußfolgerungen aus gesprächsweisen Äußerungen des Erwerbers (O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XXI S. 374) genügt nicht (R.G. in Seuffert LIX Nr. 39, R.G.Z. LXXV S. 139; R.G. bei Warneyer 1912 Nr. 266; a. A. Wolff in Z. XXXXVII S. 263). Widersprechen sich die Mitteilungen des Veräußerers und Erwerbers, so entscheidet die richtige Mitteilung (Düringer-Hachenburg Anm. 26), wie

[1]) Stets aber handelt es sich nur um Geschäftsschulden aus diesem Geschäft. Für Übernahme von Geschäftsschulden aus einem ganz anderen Unternehmen bedarf es der Schuldübernahme durch den Erwerber (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XI S. 403, K.G. in Seuffert LVII Nr. 85 = O.L.G. Rspr. IV S. 146, R.G. bei Holdheim 08 S. 47). Es kann auch nicht etwa Vereinbarung des Gläubigers und früheren Inhabers die Schuld aus einen anderen Unternehmen diesem Geschäft zuweisen (O.L.G. Stuttgart a. a. O).

überhaupt die Mitteilung der Wirklichkeit entsprechen muß (R.G. in L.Z. 09 S. 140). Eintragung und Mitteilung müssen so deutlich sein, daß der Dritte erkennen kann, die ihn betreffende Schuld sei auf den Erwerber nicht übergegangen (R.G. in Holdheim 02 S. 73; L.Z. 1911 S. 608, 933). Die Mitteilung hat den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung (R.G.Z. LXVII S. 9, 414) deshalb kann, wenn inzwischen die Forderung vom Gläubiger abgetreten ist, B.G.B. § 407 zur Anwendung gelangen (a. A. Klein in Seufferts Bl. LXXIV S. 200). — Natürlich würde den Erwerber befreien ein privativer Schuldübernahmevertrag, den der Veräußerer oder ein Dritter mit dem einzelnen Gläubiger schließt (vgl. hierzu R.G. in L.Z. 1913 S. 617).

Nr. 10. β) **Wird die Firma nicht fortgeführt**, so soll der Erwerber für die Geschäftsschulden des letzten Inhabers nur haften, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Solch' besonderer Verpflichtungsgrund wurzelt entweder im bürgerlichen Recht oder im Handelsrecht. — Im bürgerlichen Recht. Dahin gehört Schuldübernahmevertrag des Erwerbers mit dem betreffenden Gläubiger (B.G.B. §§ 414, 415), sei es durch ausdrückliche Worte, sei es durch konkludente Handlungen (R.O.H.G. XV S. 74, vgl. O.L.G. Braunschweig in Z. XXXXII S. 505), während bloße Erfüllungsübernahme im Zweifel dem Gläubiger noch keine Rechte gewährt, ferner Bürgschaft, Versprechen des Erwerbers zugunsten bestimmter oder aller Gläubiger, so daß diese das Recht unmittelbar erwerben sollen, was im Zweifel aber nicht anzunehmen ist (B.G.B. § 329, vgl. R.O.H.G. XXI Nr. 73, R.G.Z. II S. 54, aber auch R G.Z. LXV S. 167), endlich der Fall des B.G.B. § 419. Letzterer wird besonders vorkommen bei Veräußerung (nicht Nießbrauchsbestellung oder Verpachtung) des Geschäfts einer Aktiengesellschaft (vgl. § 303 Nr. 8, wobei es schon genügt, daß das Aktivvermögen veräußert wird (R.G.Z. LXIX S. 285) und nicht im Wege steht, daß einzelne Gegenstände ausgenommen werden (R.Z LXIX S. 290, LXXI S. 378, R.G. in Seuffert LXV Nr. 24), aber auch Veräußerung des Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft wird man hierher zählen müssen (Cohn bei Gruchot XXXXII S. 56, a. A. Staub-Bondi § 22 Anm. 20, Düringer-Hachenburg Anm. 5, R.G. im Recht 1910 Nr. 850). Ja sogar bei einem Einzelkaufmann ist er nicht ausgeschlossen (Düringer-Hachenburg Anm. 5), aber im Zweifel nicht anzunehmen. Weitergehend will O. v. Gierke in Festschrift für Martitz S. 69 auf Sondervermögen § 419 B.G.B. analog anwenden und deshalb einen Ausschluß der Haftung innerhalb jener weiten Grenzen überhaupt nicht zulassen (S. 75), was de lege ferenda jedenfalls wünschenswert wäre. Im Falle des § 419 B.G.B. haben die Gläubiger vom Abschlusse des Vertrages ab Ansprüche gegen den Erwerber, der dann allerdings nur bis zum Bestande des übernommenen Vermögens haftet. Keinesfalls wird § 419 B.G.B. durch § 25 H.G.B. ausgeschlossen (R.G.Z. LXIX S. 285, LXXI Nr. 95). — Im Handelsrecht. Das Gesetz erklärt als besonderen Verpflichtungsgrund, daß die Übernahme der Verbindlichkeit in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist. Es gibt hier dem in langer Praxis entwickelten Satze Ausdruck, daß in solcher Bekanntmachung das öffentliche einseitige, darum von der Tatsache, ob die Übernahme vereinbart ist oder nicht, unabhängige (R.G.Z. XXXVIII S. 173f.) rechtsgeschäftliche Versprechen des Erwerbers liege, den Gläubigern haften zu wollen („ein selbständig wirksamer, von der Akzeptation der Geschäftsgläubiger unabhängiger, obligatorischer Dispositionsakt des Übernehmers" R.O.H.G. I Nr. 18, XXI S. 233), aus welchem die Gläubiger auch ohne Akzept gegen den Erwerber vorgehen können. Notwendig ist eine öffentliche oder an eine erhebliche Anzahl von Geschäftsgläubigern gerichtete (R.O.H.G. IV S. 5. XI S. 153, R.G.Z. XXXVIII S. 176) Bekanntmachung in handelsüblicher Weise, sei es durch Anschlag an der Börse oder Versendung von Zirkularen oder Inserierung in Zeitungen, Erklärung zum Handelsregister (R.G.Z. VIII S. 66, XVII S. 98f. und die dort Zitierten) oder sonst (Veröffentlichung der Bilanz unter Ansetzung des früheren Inhabers, vgl. Deutsche Juristenzeitung 1896 S. 57, R.G. im Rechte 02 S. 23: Bezugnahme auf die dem Registerrichter überreichte Bilanz, Vgl. R.G. bei Seuffert LXVII Nr. 60). Dagegen würde nicht Anzeige an die Polizei genügen (R.O.H.G. XI S. 153). Auch muß die Übernahme der Passiva kundgegeben sein, die Kundgabe der Übernahme des Geschäfts oder der Geschäftsaktiva allein genügt nicht (vgl. auch R.O.H.G. XVI S. 272, R.G.Z. L S. 120,

vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIII (1892) S. 191). Sonstiges Bekanntwerden ohne Kundmachung genügt jedenfalls nicht (anders R.G.Z. bei Gruchot XXXVII S. 1152, wonach der Bekanntmachung das Bekanntwerden dann gleichzustellen ist, wenn es nicht der Absicht der Kontrahenten zuwiderläuft).

γ) Der Inhalt der Haftung des Übernehmers bestimmt sich nach B.G.B. § 421 ff. Demnach kann er eine dem alten Geschäftsinhaber zustehende Forderung nur dann aufrechnen, wenn er sie miterworben hat (vgl. B.G.B. § 422 Abs. 2) und Einwendungen aus dem internen Verhältnis zwischen ihm und dem Geschäftsveräußerer sind den Gläubigern gegenüber ausgeschlossen. Der Gerichtsstand des die Haftung des alten Inhabers begründenden Vertrages gilt auch für den Übernehmer (O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 141). Nr. 11.

b) **Verhältnis zu den Schuldnern des Geschäfts.** Das Gesetz überläßt die Frage, unter welchen Voraussetzungen und von welchem Moment ab die Geschäftsforderungen auf den Erwerber übergehen, im allgemeinen dem bürgerlichen Recht. Nach diesem entscheidet sich, ob die Forderung überhaupt einseitig abtretbar ist (vgl. z. B. für Mietsforderungen B.G.B. § 549 und K.G. in O.L.G. Rspr. V S. 369, für Akkordforderungen O.L.G. Karlsruhe in L.Z. 07 S. 753), entscheidet sich ferner die Rechtswirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner, insbesondere wie weit Zahlung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger oder einen Dritten gegen den neuen Gläubiger wirkt (B.G.B. §§ 407, 408), welche Wirkung die Denuntiation seitens des Zedenten hat (B.G.B. § 409) wobei zu bemerken ist, daß als Denuntiation nicht notwendig die Anzeige vom Übergang des „Geschäfts" gilt, denn zum Geschäft gehören ja die Geschäftsforderungen nicht notwendig und die Anzeige bezweckt möglicherweise nur, den Erwerber zu empfehlen, (Cosack S. 53) — welche Legitimation der Schuldner, bevor er zahlt, von dem neuen Gläubiger begehren kann (B.G.B. § 410). Ebenso entscheidet sich nach bürgerlichem Recht, welche Rechtstellung der Nießbraucher, Pfandgläubiger nach Außen erlangt, soweit nicht die Parteien ein Besonderes, z. B. fiduziarische Abtretung, vereinbaren, was häufig ihrem mutmaßlichen Willen entsprechen wird (Düringer-Hachenburg Anm. 35). Nur für den Übergang solcher Forderungen, deren Abtretung nicht einer besonderen Form bedarf (für Wechsel, hypothekarische Forderungen u. dgl. würde § 25 nicht passen, Düringer-Hachenburg Anm. 25) enthält § 25 Abs. 1 Satz 2 eine wichtige Sonderbestimmung. Es sollen, falls der Erwerber die bisherige Firma mit Einwilligung des alten Inhabers oder dessen Erben fortführt, die Geschäftsforderungen dem Schuldner gegenüber als übergegangen gelten (also nicht cessio legis, sondern gesetzliche Fiktion der alleinigen Legitimation gegenüber nur dem Schuldner), d. h. die Schuldner sind berechtigt und verpflichtet, lediglich den Erwerber als Gläubiger anzusehen, können an ihn zahlen und dürfen weder an den früheren Inhaber noch an einen Dritten zahlen; einer besonderen Legitimation bedarf der Erwerber nicht mehr. Die Tatsache der Einwilligung zu der Firmenfortführung genügt, sie ersetzt die schriftliche Denuntiation der §§ 409, 410 B.G.B. Dies gilt sogar dann, wenn das Geschäft nur verpachtet oder ein Nießbrauch daran bestellt ist. Nach außen tritt dann eine weitergehende Wirkung ein, als nach B.G.B. § 1074 der Fall wäre. — Notwendig ist hier, im Gegensatz zur Passivenübernahme, nicht bloße Firmenfortführung, sondern berechtigte Fortführung der Firma (mit Einwilligung des früheren Inhabers), d. h. der Veräußerer muß zur Firmenführung berechtigt gewesen sein — also gilt die Folge nicht bei von Minderkaufleuten geführten Firmen, doch würde hier § 5 dem Erwerber zugute kommen — und er muß seine Einwilligung erteilt haben. Dabei entscheidet für den Übergang der Forderung der Zeitpunkt der Konsenserteilung. Wird die Einwilligung demnach re vera erst nachträglich, nach Eintragung des neuen Erwerbers in das Handelsregister, erteilt, so ist der Übergang der Geschäftsforderung erst mit dem späteren Datum der Konsenserteilung erfolgt. Wird umgekehrt die Einwilligung schon vor der Eintragung des neuen Erwerbers in das Handelsregister erteilt, so gilt der Übergang als erfolgt trotz fehlender Eintragung. Doch würde solchenfalls gemäß § 15 Abs. 3 erfordert werden müssen der Nachweis, daß dem Schuldner das Vorhandensein der in § 25 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen bekannt ist. Die Einwilligungserklärung des früheren Inhabers ist somit die Legitimation des neuen Gläubigers. Aber für die Tatsache der erteilten Einwilligung wird genügenden Beweis die Eintragung und Bekanntmachung des Firmenüberganges liefern. Denn Nr. 12.

da der Registerrichter die Eintragung des neuen Firmeninhabers erst nach erfolgter Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers vornehmen darf, so wird durch die Eintragung und Bekanntmachung der Beweis der Legalität der Eintragung und damit des erteilten Konsenses erbracht (Cohn a. a. O. S. 58, Staub-Bondi § 25 A. 16a, oben § 15 Nr. 4). — Steht andererseits die Tatsache der erteilten Einwilligung fest, so kann der frühere Inhaber auf eine entgegenstehende Vereinbarung, wonach alle oder gewisse Forderungen nicht übergehen sollen, sich dem Schuldner gegenüber nur dann berufen, wenn solche entweder in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von ihm oder dem Erwerber dem betreffenden Schuldner mitgeteilt worden ist, z. B. mitgeteilt ist, daß die Forderung „gemeinsames Eigentum" der Gesellschafter bleiben soll (R.G. in J.W. 03 S. 388[19]). Einfacher Protest des früheren Inhabers genügt nicht, die Vereinbarung muß wirklich getroffen sein. In dieser Beziehung gilt das gleiche, wie hinsichtlich der Passiva.[1]) Ebenso wird der Einwand des früheren Inhabers, daß die Einwilligung deshalb von Bedeutung nicht sein konnte, weil das Handelsgeschäft nicht mitübertragen wäre, nur dann vorgebracht werden können, wenn dem Schuldner diese Tatsache bekannt war oder bekannt sein mußte (R.G.Z. LXVI S. 418). — Ist der Übergang der Forderungen in Gemäßheit der obigen Bestimmungen während eines schwebenden Prozesses erfolgt so greifen für den Prozeß und die Vollstreckung die §§ 265 Abs. 2, 325, 727, 731 Z.P.O. Platz (dazu Staub-Bondi § 17 Anm. 40). Ist er nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung erfolgt, so ist Z.P.O. § 729, § 731 maßgebend.

Nr. 13. 6. Was die Person des Geschäftserwerbers betrifft, so gilt im Großen das bei § 22 Nr. 6 Bemerkte. Von den Fällen des § 24 gehört nur einer hierher, nämlich der, daß aus einer Handelsgesellschaft ein Einzelgeschäft wird (unzutreffend Staub-Bondi § 25 Anm. 1, die diesen Fall übersehen). Die anderen Fälle gehören unter die §§ 28, 130, 173. Vgl. aber bei § 162.

Nr. 14. 7. § 25 findet insoweit nicht Anwendung, als besondere Gesetze ein anderes bestimmen (vgl. z. B. Versicherungsvertragsgesetz § 151 Abs. 2).

Nr. 15. 8. Statutenkollision. § 25 gehört nicht zu der Normen, die nach Art. 30 des E.B.G.B. dem an sich maßgebenden ausländischen Recht vorgehen (R.G.Z. LX Nr. 68, LXXIII S. 368). Hat somit im Ausland jemand das Geschäft mit Firma übernommen, so greift das ausländische Recht über die Frage der Schuldenhaftung und den Forderungsübergang ein. Anders, wenn mit der Übernahme zugleich eine Verlegung des Sitzes in das deutsche Reich erfolgt, dann ist § 25 anwendbar (R.G. im Recht 1912 Nr. 1495).

Nr. 16. 9. **Älteres Recht.** § 25 bezieht sich nur auf Fortführungen von Handelsgeschäften, die in die Zeit nach dem 31. Dez. 1899 fallen. Für ältere Fortführungen gilt das ältere Recht (E.B.G.B. Art. 170). Entscheidend ist nicht, daß der Erwerb des Geschäfts in die Zeit vor Inkrafttreten des neuen H.G.B. fällt; denn Fortführung und Erwerb sind nicht identisch. Haftungsgrund ist die Tatsache der Fortführung, nicht der Erwerb. Würde also das Geschäft vor dem 1. Jan. 1900 erworben, aber erst später mit der Firma fortgeführt, so träte § 25 Absatz 1 in Kraft, ebenso Abs. 3, wenn erst nach dem 31. Dez. 1899 die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise kundgegeben ist. — Die Judikatur des Reichsgerichts kam übrigens für das ältere Recht zu ähnlichen Ergebnissen. — Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 85—87.

§ 26.

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren

[1]) Dem Erwerber gegenüber würde er natürlich auf die Vereinbarung sich schlechthin berufen können, folglich im Konkurse des Erwerbers die ausgenommene Forderung als seine Forderung beanspruchen und die Auszahlung des an den Erwerber Gezahlten begehren dürfen. (Staub-Bondi A. 15).

die Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt.

Die Verjährung beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des § 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Übernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte.

Entw. I § 24, II § 25; Denkschr. I S. 39, II S. 3158.

1. **Stellung der Gläubiger zum alten und neuen Geschäftsinhaber.** Durch die Übernahme der Geschäftsschulden seitens des Erwerbers verlieren die Gläubiger ihre Ansprüche gegen den alten Geschäftsinhaber regelmäßig nicht. Es haften ihnen vielmehr regelmäßig beide als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. B.G.B. Es liegt gesetzliche kumulative Schuldübernahme (O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 141, Reichel, Schuldmitübernahme S. 101, 107; Staub-Bondi § 25 Anm. 9 sprechen von kumulativer Haftungsübernahme und wollen die Sätze über ein Gesamtschuldverhältnis nur analog anwenden). Für die interne Ausgleichpflicht wird freilich § 426 B.G.B. kaum heranzuziehen sein. — Weil der frühere Inhaber noch weiter Schuldner ist, bleiben auch für seine Schuld eingegangene Bürgschaften bei Bestand (R.G. in L.Z. 1911 S. 213). Auf den gegen den alten Inhaber angestrengten Prozeß hat die Geschäftsübernahme keinen Einfluß, der Geschäftsübernehmer wird nicht Prozeßpartei (R.G. Z. XLVI S. 42), notwendige Streitgenossenschaft liegt nicht vor. Demgemäß wird, falls eine Klage zur Zeit der Übernahme gegen die Firma bereits angestrengt war, der Erwerber nur als Nebenintervenient nach Z.P.O. § 66 auftreten können. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des Urteils gegen den Übernehmer normiert Z.P.O. §§ 729, 731. Nach diesen Paragraphen kann, falls der Übernehmer das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, gegen ihn in Ansehung derjenigen Geschäftsschulden, die vor dem Erwerbe des Geschäfts gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellt worden sind, die Erteilung einer weiteren (Staub-Bondi § 17 Anm. 43) vollstreckbaren Ausfertigung verlangt werden, sofern die Übernahme und Fortführung der Firma gerichtsoffenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen ist. Kann dieser Nachweis nicht geführt werden, so ist Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erheben. Die Bestimmung bezieht nur auf den Fall der Fortführung der bisherigen Firma und greift auch hier nicht Platz, wenn die Schuldübernahme gemäß § 25 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Auf den Fall der Übernahme des Geschäfts ohne die Firma bezieht sie sich nur dann, wenn eine Vermögensübernahme nach § 419 B.G.B. vorliegt (Z.P.O. § 729 Abs. 1), ein Fall der selten gegeben sein wird (oben § 25 Nr. 10). Hätte also der Übernehmer durch öffentliche Kundgebung die Schuld übernommen (§ 25 Abs. 3), so würde Z.P.O. § 729 nicht anwendbar sein, aber auch nicht Z.P.O. § 727, denn nicht Rechtsnachfolge in die Schuld, sondern kumulative Schuldübernahme steht in Frage (vgl. Göppert in Z. XXXXVII S. 270), es bedürfte also neuer Ausklagung. Auch muß die Schuld vor dem Erwerb des Geschäfts gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellt sein. Schwebt der Prozeß zur Zeit des Geschäftserwerbes noch, so wird er durch die Übernahme nach § 265 Z.P.O. nicht beeinflußt. Das Urteil wirkt nur gegen den alten Inhaber, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Geschäftsübernehmer kann nach Z.P.O. § 727 nur verlangt werden, wenn er wirklicher Rechtsnachfolger des alten Schuldners ist, nicht bei kumulativer Schuldübernahme (R.G. im Recht 08 S. 65, Beilage 2, O.L.G. Dresden in L.Z. 08 S. 468). Nr. 1.

Der Verlust der Gläubigeransprüche gegen den alten Inhaber tritt vielmehr nur dann ein, wenn entweder ein privativer Schuldübernahmevertrag zwischen den Gläubigern und dem neuen Erwerber nach B.G.B. § 414f. geschlossen ist oder wenn sie den alten Inhaber aus seiner Geschäftsverbindlichkeit entlassen haben. Solche Entlassung liegt aber keineswegs darin, daß sie den neuen Erwerber in Anspruch nehmen oder von ihm Teilzahlungen entgegennehmen (R.G.Z. XIX S. 253), oder sonst mit ihm den Geschäftsverkehr fortsetzen (R.G. in L.Z. 1910 S. 618), wie umgekehrt die Einklagung des alten Inhabers an sich keinen Verzicht auf das Recht gegen den neuen Erwerber darstellt (R.O.H.G. VIII S. 384), selbst dann nicht, wenn den Gläubigern mitgeteilt war, daß die Schuldübernahme durch Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer nachträglich rückgängig gemacht sei; denn solche Rückgängigmachung kann ihrem erworbenen Recht keinen Eintrag tun. Es ist das Recht der Gläubiger, von jedem der Schuldner die Leistung ganz zu fordern, und bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet (B.G.B. § 421). Ebensowenig ist als Erlaß anzusehen, daß der Gläubiger die ihm aus einem gegenseitigen Vertrag (z. B. Kauf) obliegende Leistung an den neuen Erwerber, an den auch die Geschäftsforderungen nach § 25 übergegangen sind, abführt. Denn mit der Übertragung der Aktiva ermächtigt nicht bloß, wie das R.G. sich ausdrückt, der alte Inhaber die Gläubiger die Leistung statt an ihn, an den neuen Erwerber abzuführen (R.G.Z. XXXI S. 47), sondern der neue Erwerber als Rechtsnachfolger in die Forderung hat das alleinige Recht auf die Leistung (Staub-Bondi § 26 Anm. 1, vgl. auch O.L.G. Hamburg bei Seuffert LX Nr. 238, R.G. bei Holdheim 1901 S. 81, 1903 S. 179, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 386, R.G. in L.Z. 1912 S. 549). Auch die nachträgliche Bewilligung besserer Bedingungen an den neuen Erwerber, z. B. Stundung des Kaufpreises, Annahme eines Prolongationswechsels enthält nicht ohne weiteres einen Verzicht auf die Forderung gegen den alten Inhaber, (R.G. in Holdheim 1913 S. 87), da ja nicht einmal der Erlaß gegenüber dem neuen Erwerber notwendig die Forderung gegen den alten Inhaber tilgt (B.G.B. §§ 423, 425). Derartige nachträgliche Vereinbarungen mit dem neuen Erwerber können vielmehr die Rechtslage des alten Inhabers nicht berühren (B.G.B. § 425 Abs. 1). Auch im Schweigen des Gläubigers auf die Erklärung des früheren Inhabers, daß er sich als befreit betrachte, wenn nicht binnen bestimmter Frist der Anspruch gegen ihn geltend gemacht würde, liegt keine Entlassung, den Gläubiger verpflichtet nicht die bona fides, auf derartige Präjudize sich zu äußern. Vgl. darüber bei § 346.

Nr. 2. 2. **Verjährung.** Die Verjährung der Gesamtschulden untersteht dem B.G.B. § 425 Abs. 2. Sie läuft also gegen jeden der beiden Schuldner getrennt. Unterbrechung und Hemmung, die im Verhältnis zu dem einen eintritt, wirkt nicht gegen den anderen. Doch sind beide nach § 26 nicht gleich gestellt. § 26 enthält zugunsten des alten Inhabers eine dem § 159 entsprechende Sonderbestimmung. Diese greift nur dann Platz, wenn der Erwerber kraft Handelsrechts als Schuldübernehmer gilt, also wenn er haftet auf Grund der Firmenfortführung oder auf Grund öffentlicher Bekanntmachung der Schuldübernahme. Haftet er dagegen lediglich kraft bürgerlichen Rechts (z. B. aus B.G.B. § 419, als Bürge oder dgl.), so läuft die Verjährung gegen den früheren Inhaber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. — Die Sonderbestimmung betrifft lediglich die Dauer der Verjährungsfrist. Hinsichtlich der Hemmung, Unterbrechung und Wirkung der Verjährung gilt bürgerliches Recht. Die Dauer soll nicht 5 Jahre übersteigen, muß aber nicht 5 Jahre erreichen. Falls kraft Gesetzes eine kürzere Verjährungsfrist für die betreffende Forderung gilt (z. B. aus B.G.B. §§ 196, 197 oder H.G.B. §§ 414, 423, 439), oder falls die von früher her schwebende längere Frist vor Ablauf jener 5 Jahre vollendet ist, soll es dabei sein Bewenden haben. Umgekehrt wird, falls der Anspruch nach Uebernahme der Geschäftsschuld gegen den alten Inhaber rechtskräftig festgestellt ist, die dreißigjährige Verjährung des B.G.B. § 218 eintreten. — Die fünfjährige Verjährung soll beginnen, falls der neue Erwerber auf Grund der Firmenfortführung haftet, mit dem Tage der Eintragung desselben in das Handelsregister der Hauptniederlassung (§§ 31, 29). Vorher beginnt sie diesenfalls nicht, selbst wenn dem Gläubiger der Firmenwechsel mitgeteilt ist. Bedarf es umgekehrt der Bekanntmachung der Eintragung? § 26 enthält solche

Vorschrift nicht. Da aber Aenderung der Firmeninhaber nach § 31 zu den eintragungsbedürftigen Tatsachen zählt, so wird nach § 15 Abs. 1 der Dritte, wenn eine Bekanntmachung überhaupt nicht erfolgt ist, sich die fünfjährige Verjährung nicht entgegenhalten zu lassen brauchen, es sei denn, daß ihm die Änderung der Firmeninhaber bekannt war. Erfolgt die Bekanntmachung noch nachträglich innerhalb der fünf Jahre, wenn auch noch so spät, so wird § 26 anzuwenden sein. (Ehrenberg, Hdb. I S. 632). — Es genügt andererseits die Eintragung in das Register der Hauptniederlassung, einer Eintragung in das Register der Zweigniederlassung bedarf es nicht, den selbstverständlichen Fall ausgenommen, daß nur die Zweigniederlassung veräußert wird. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Eintragung, der regelmäßig aus dem Register sich ergeben wird, eventuell von dem, der sich auf die Verjährung beruft, zu beweisen ist. Und zwar beginnt sie mit dem Ende des Tages, der Tag selbst also wird nicht mitgezählt. — Solange die Eintragung des neuen Erwerbers nicht erfolgt ist, würde für die Verjährung das bürgerliche Recht Platz greifen (Ehrenberg a. a. O.). Ob man mit Ehrenberg das Wissen des Dritten der Eintragung gleichstellen soll, ist zweifelhaft. — Haftet der neue Erwerber auf Grund öffentlicher Kundgebung der Schuldübernahme, so beginnt die Verjährung mit dem Ende des Tages, an dem die Kundmachung stattgefunden hat, also der Anschlag erfolgt, die Zeitung erschienen ist usw. Die Feststellung dieses Tages wird Schwierigkeiten bereiten, wenn die Kundmachung sukzessiv (Versendung von Briefen an eine Anzahl Gläubiger) geschieht. Hier wird dem früheren Inhaber der Beweis obliegen, daß an dem von ihm in Bezug genommenen Tage die Mitteilung an eine so erhebliche Anzahl von Gläubigern erfolgt war, daß der Begriff der öffentlichen Kundmachung vorlag. — Wird die Forderung gegen den früheren Inhaber erst später fällig, so beginnt die Verjährung erst mit dem auf den Fälligkeitstag fallenden Tag. — Trifft ein Gläubiger mit dem früheren Inhaber nach Uebernahme des Geschäfts eine neue Vereinbarung, so untersteht der Anspruch daraus der allgemeinen Verjährung, denn es handelt sich hier nicht um eine übernommene Schuld (R.O.H.G. VIII S. 386, 387). Vgl. im übrigen bei § 159.

3. **Altes Recht.** § 26 Abs. 1 ist auch auf die Fälle anwendbar, in denen Nr. 3.
der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 unter der Herrschaft des älteren Rechts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftete, sofern die Ansprüche gegen den alten Inhaber noch nicht am 1. Jan. 1900 verjährt sind (Art. 169 des E. B. G. B.)

§ 27.

Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1. tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Entw. I § 25, II § 26; Denkschrift I S. 39, II S. 3158, 3159.

Literatur: Bolte in Z. LI S. 413 ff.; Schulteß, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 H.G.B. 1903; Stegemann, Die Vererbung eines Handelsge-

schäfts 1903; Nelson, Haftung der Erben eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten; Wachsner in L.Z. 1910, S. 381. Dazu die Literatur bei § 25.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Nach bürgerlichem Recht sukzediert der Erbe in die Gesamtheit der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers. Die Geschäftsaktiva, insbesondere die Geschäftsforderungen gehen auf ihn mit allen übrigen Aktivis des Nachlasses mit dem Anfall der Erbschaft über (B.G.B. § 1942). Was die Geschäftspassiva betrifft, so tritt wie bei sonstigen Schulden des Nachlasses eine Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß dann ein, wenn Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs eröffnet ist. Bei Mehrheit der Erben haften die Erben bis zur Teilung des Nachlasses als Gesamtschuldner, wie sie andererseits die Forderungen des Nachlasses als Gesamtgläubiger derart besitzen, daß nur an alle zusammen geleistet werden kann (B. G.B. § 2032). Führen die mehreren Erben das Geschäft über die zur Teilung erforderliche Zeit ungetrennt fort, so kann darin die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft liegen (darüber bei § 105 Nr. 1). — Nach erfolgter Teilung reguliert sich die Haftung der einzelnen Erben aus B.G.B. § 2060. Hat kraft Erbteilung einer der mehreren Erben das Geschäft übernommen, so gilt dies als Erwerb unter Lebenden, auf den die Vorschriften des § 25 Anwendung finden. — Ueber den Einfluß der Erbfolge auf schwebende Prozesse und auf die Vollstreckung Z.P.O. §§ 239, 243, 246, 727, 728, 731, (dazu Staub-Bondi § 17 Anm. 45, 46).

Nr. 2. 2. **Tragweite** des § 27. § 27 enthält gegenüber dem bürgerlichen Recht eine Sonderbestimmung[1]) lediglich bezüglich des Überganges von Passivis, nicht von Aktivis auf den Erben und auch nur von Geschäftspassivis, nicht von sonstigen Passivis (über den Begriff der Geschäftspassiva bei § 25 Nr. 2; denn es liegt kein Grund vor „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" anders zu fassen, als den dort formulierten Begriff). Diese Sonderbestimmung betrifft auch nur den Fall, daß das Geschäft eines Einzelkaufmanns auf den oder die Erben übergeht. Handelt es sich um die Fortsetzung der Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, so normieren die §§ 139, 161 Abs. 2. Die Sonderbestimmung verschärft die Haftung der Erben. Der Erbe (auch der Vor- und Nacherbe B.G.B. § 2139, hierzu K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 456), der das zum Nachlaß gehörige, also z. B. auch dem Erblasser verpachtete, Geschäft fortführt, haftet unter gewissen Voraussetzungen unbeschränkt für sämtliche Geschäftspassiva des Erblassers (ebenso für die vom Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Vorerben inzwischen eingegangenen) ohne Rücksicht darauf, ob Inventar errichtet ist oder nicht, die Geschäftsgläubiger können ihn belangen ohne Rücksicht auf etwa ergangene Aufgebote und haben Vollstreckung in sein ganzes Vermögen, nicht bloß in das Geschäftsvermögen.

Nr. 3. 3. **Voraussetzungen** des § 27. Die Voraussetzungen des § 27 sind:

a) Entweder der Erbe hat das Geschäft unter **eigenem Namen** fortgeführt[2]) worin noch nicht eine Annahme der Erbschaft zu erblicken ist (anders für die Regel Staub-Bondi Anm. 6). Dann haftet er unbeschränkt nur dann, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere er die Übernahme der Geschäftspassiva in handelsüblicher Weise kundgemacht hat. Hier liegt im Grunde gar keine erbrechtliche Haftung vor, sondern eine Haftung aus selbständigem

---

[1]) Daß der Erbe, wenn er (vor oder nach Erwerb der Erbeneigenschaft) sich durch Schuldübernahme, Bürgschaft oder dergl. selbständig verpflichtet hatte, haftet, brauchte das Gesetz nicht zu sagen. Hier gilt das bei § 25 Nr. 10 Bemerkte zum Teil. Vgl. O.L.G. Hamburg in Seuffert LXV Nr. 135.

[2]) Ist sein eigener Name mit der Geschäftsfirma übereinstimmend, so wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß er das Geschäft in eigenem Namen fortführt. (a. A. Staub-Bondi Anm. 17, weil die Annahme, daß der Erbe die Firma des Erblassers fortführe, für den Erben günstiger sei, wegen der Überlegungsfrist des Abs. 2. Diese Auffassung hängt mit der oben bekämpften zusammen, daß in der Fortführung des Geschäfts ohne die Firma des Erblassers regelmäßig eine Annahme der Erbschaft zu erblicken sei. Die hier vertretene Ansicht entspricht dem Grundgedanken des B.G.B. § 164 Abs. 2).

Verpflichtungsgrunde. Der Erbe haftet als selbständiger Promittent. Voraussetzung der Promittentenhaftung ist aber nach § 27, daß er endgültiger Erbe geworden ist und es bleibt, daß er also das Ausschlagsrecht nicht mehr besitzt, daß er die Erbschaft angenommen hat. Solange er seine Erbeneigenschaft noch rückgängig machen kann durch Ausschlagung der Erbschaft, wäre es sinnlos, von einer Erbenhaftung zu sprechen. Tatsächlich erledigt sich die Frage, ob er endgültiger Erbe geworden ist, für den Fall der Kundmachung der Passivenübernahme, da in dieser (auch ohne Eintragung des Erben) stets die Erklärung der Annahme der Erbschaft durch den Erben liegen wird. Die unbeschränkte Haftung für die Geschäftspassiva kann der Erbe nicht mehr rückgängig machen, sie ist eine endgültige. Die beschränkte Haftung für die sonstigen Passiva des Erblassers bleibt davon unberührt. — Was für den Erben gilt, gilt für die mehreren Erben, die als offene Handelsgesellschaft unter eigener Firma das Geschäft fortführen.

b) Oder der Erbe, bez. sein Vertreter, (dagegen nicht der Nachlaßkonkursverwalter, Testamentsvollstrecker) hat (bezw. die Erben haben) das Geschäft unter der **alten Firma** ohne oder mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz (§ 22 Abs. 1) fortgeführt. — Unter Fortführung ist zu verstehen die Fortsetzung der werbenden Tätigkeit des Betriebes in eigenem Namen, wobei unerhebliche zeitliche Unterbrechungen ebensowenig hinderlich sind wie der Umstand, daß zwischen dem Tode und der Fortführung eine Geschäftsführung durch Testamentsexekutoren oder Nachlaßverwalter stattgefunden hatte. Ob die Fortführung durch den Erben in Person oder durch seinen gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter erfolgt, ist gleichgültig. Auch Änderungen in der Betriebsweise schließen den Begriff der Fortführung nicht aus, Einschränkungen, z. B. durch Aufgabe einer Zweigniederlassung, ändern an der Fortführung nichts. — Liegt solche Fortführung vor, so soll auch eine unbeschränkte Haftung für die Geschäftspassiva eintreten, aber sie soll nicht endgültig mit dem Moment der Firmenfortführung eintreten, sondern sie soll erst dann eintreten, wenn der Erbe nicht innerhalb der gesetzlichen Frist die Fortführung des Geschäftes einstellt (der Vormund des Erben soll dazu die Genehmigung der Obervormundschaft einholen B.G.B. § 1823). In der Zwischenzeit herrscht hinsichtlich der durch § 27 betroffenen Haftung ein Ungewißheitszustand, so daß Zugriffe (vgl. Z.P.O. § 778 Abs. 1) auf Grund von § 27 gegen den Erben nicht zulässig sind (vgl. R.G.Z. LX S. 179; es liegt weder schwebende noch auflösende Bedingung vor). Beschränkt sich die Fortführung nur auf eines von mehreren Geschäften des Erblassers, so gilt nur für dieses § 27, beschränkt sie sich nur auf eine Zweigniederlassung, so wird es Tatfrage sein, wieweit noch von „Handelsgeschäft" die Rede sein kann. Es wäre entspr. dem bei § 22 Bemerkten denkbar, daß der Erbe die Zweigniederlassung zu einem selbständigen Geschäft erhebt. — Im übrigen, zumal mit Bezug auf die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte und die Verfügung über Nachlaßgegenstände kommt es ganz darauf an, ob der Erbe die Erbschaft im ganzen bereits angenommen hatte oder noch vor der Ausschlagung steht. Denn in der Fortführung des Geschäfts mit der alten Firma liegt nicht notwendig eine Annahme der Erbschaft. Hierzu bedarf es besonderen Verhaltens, z. B. der Bewirkung der Eintragung in das Handelsregister (unten Nr. 5, dagegen Staub-Bondi Anm. 16). Hat der Erbe die Erbschaft angenommen, so sind seine Verfügungen und Geschäftsbesorgungen schlechthin wirksam, steht er noch vor der Ausschlagung, so greift B.G.B. § 1959 Platz. — Führt der Erbe nach Ablauf der Frist das Geschäft unter der alten Firma fort, so gilt die unbeschränkte Haftung des § 27 rückwärts als mit dem Anfall der Erbschaft eingetreten, der Erbe kann sich nicht etwa auf § 2014 B.G.B. berufen (O.L.G. Breslau bei Kaufmann III S. 31), er haftet unbeschränkt für alle Geschäftsverbindlichkeiten, soweit sie dem Erben überhaupt zur Last fallen. Der Erbe hat dann die Haftung des Erblassers fortgesetzt, seine Haftung ist demgemäß Folge seiner Erbeneigenschaft (nicht, wie Bolte und Stegemann wollen, Haftung aus Schuldübernahme; bei gegenseitigen Verträgen des Erblassers würde also die Gegenleistung stets in den Nachlaß fallen, anders Bolte S. 439). Die Haftung aus § 27 unterscheidet sich von der Erbenhaftung des bürgerlichen Rechts nur dadurch, daß sie nicht eine Universalsukzession in alle Schulden des Erblassers, sondern nur eine Sukzession in die Geschäftsschulden darstellt. Hinsichtlich der sonstigen Schulden des Erblassers bleiben die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts maßgebend, sodaß der Erbe möglicher- Nr. 4.

weise für diese nur beschränkt haftet. — Führt der Erbe nach Ablauf der Frist das Geschäft dagegen nicht unter der alten Firma fort, so entscheidet sich die Frage seiner Haftung rein nach bürgerlichem Recht, es kann sich dann nur um die gewöhnliche Universalsukzession in alle Schulden des Erblassers handeln; doch wird man die Erbenhaftung dann nicht auf die in der Überlegungsfrist kontrahierten Schulden erstrecken dürfen, für die vielmehr der Erbe als Kontrahent persönlich haftet (Wachsner in L.Z. IV S. 382, Zahn, Die Haftung aus den Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses Diss. 1910, O.L.G. Hamburg in Seuffert LXV Nr. 135; a. A. O.L.G. Dresden in Seuffert LXII S. 284, wie es scheint, auch R.G.Z. LXII Nr. 12 und Eccius bei Gruchot LI S. 564 ff.). — Bei mehreren Erben erhebt sich die Frage, wer über die Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma zu entscheiden hat. Staub will diese Frage nach den Grundsätzen, die für die Verwaltung des Nachlasses bei Mehrheit von Erben gelten, entscheiden, demgemäß bei Meinungsverschiedenheit demjenigen Recht geben, der die Fortführung verlangt, und die anderen nur durch Ausschlagung der ganzen Erbschaft dann der unbeschränkten Haftung aus § 27 entgehen lassen (§ 27 Anm. 27, ebenso O.L.G. Bamberg in Zentralbl. X S. 351). Indessen dürfte dies doch einen Eingriff in die Privatsphäre der einzelnen Erben darstellen. Vielmehr wird man mit Düringer-Hachenburg Anm. 11 dem einzelnen das Recht geben, der Fortführung des Geschäfts unter der Firma für seinen Teil zu entsagen. Es haften dann eben nur diejenigen von mehreren Erben, die tatsächlich das Geschäft unter der Firma nach Ablauf der für sie maßgebenden Überlegungsfrist fortführen. — Wird der Erbe nachträglich für erbunwürdig erklärt, so entfällt ex tunc die Erbenhaftung (B.G.B. § 2344).

Nr. 5. 4. **Einstellungsfrist.** Die gesetzliche Frist ist eine Überlegungsfrist (Ausschlagungsfrist), die der des B.G.B. § 1944 parallel läuft. Sie beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe vom Anfall der Erbschaft (B.G.B. § 1942 Abs. 1), gleichgültig auf welchem Wege, Kenntnis erlangt hat. Vom Grund der Berufung braucht er — abweichend von B.G.B. § 1944 Abs 2 — nicht Kenntnis erlangt zu haben. Sie dauert jedenfalls drei Monate vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme an, wobei der Tag der Kenntnisnahme nicht mitgerechnet wird (B.G.B. § 187 Abs. 2), doch kann sie länger dauern, wenn nämlich die gewöhnliche Überlegungsfrist des B.G.B. für den Erben noch nicht verstrichen ist, z. B. der Erbe sich beim Beginn der Überlegungsfrist im Auslande aufgehalten hatte (B.G.B. § 1944 Abs. 3). Bei mehreren Erben kann sie für jeden verschieden lang sein. So lange der Erbe überhaupt noch in der Lage ist, die ganze Erbschaft auszuschlagen, hat er es auch in der Hand, das Geschäft einzustellen und somit seine besondere Haftung aus § 27 zu beseitigen. Anders, sobald er die Erbschaft nach Ablauf der handelsrechtlichen Überlegungsfrist angenommen hat. Solche Annahme liegt aber, wie Düringer-Hachenburg Anm. 7 mit Recht aus § 27 folgern, noch nicht in der bloßen Fortführung des Geschäfts über jenen Zeitpunkt hinaus. — Ist oder wird der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und fehlt ihm ein gesetzlicher Vertreter, so kann die Frist gegen ihn nicht ablaufen, bevor drei Monate verstrichen sind, nachdem er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, oder der Mangel der Vertretung aufgehört hat (B.G.B. § 206), doch gilt dies natürlich nicht, wenn er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb des vom Erblasser hinterlassenen Geschäfts ermächtigt war (B.G.B. §§ 206 Abs. 2, 112). Stirbt der Erbe während der Frist, so wird seinen Erben eine neue Einstellungsfrist zugute kommen (vgl. B.G.B. § 1952 Abs. 2 und dazu Düringer-Hachenburg Anm. 11). — Eine Eintragung des Erben in das Handelsregister unter der Firma des Erblassers ist während dieser Frist unzulässig, denn es steht ja noch nicht fest, ob eine Änderung der Firmeninhaber vorliegt, der Registerrichter darf die Erben deshalb während der Frist nicht zur Anmeldung anhalten (anders Staub-Bondi Anm. 16, die eine Eintragung unter Klarstellung des Provisoriums für zulässig erklären); provoziert der Erbe die Eintragung unter der alten Firma selbst, so läge darin ein Verzicht auf die beschränkte Haftung, ebenso wenn er das Geschäft mit Firma in der Überlegungsfrist veräußert oder verpachtet (Staub-Bondi § 27 Anm. 24, R.G.Z. LVI S. 199, a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 11).

5. **Entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2.** Da § 27 die Vorschriften des § 25 überhaupt zur entsprechenden Anwendung gelangen läßt, so fragt es sich, ob der die Firma fortführende Erbe in der Lage ist, die unbeschränkte Haftung auch dadurch abzuwenden, daß er nach Analogie von § 25 Abs. 2 in das Handelsregister eine die Haftung ablehnende einseitige Erklärung eintragen und bekannt machen läßt oder daß er eine solche dem Gläubiger mitteilt. Diese Frage ist mit Cohn (bei Gruchot XXXXII S. 63) gegen die überwiegende Meinung zu verneinen. Indem § 27 Abs. 2 dem Erben den Weg anzeigt, auf dem er sich von den Folgen des Abs. 1 frei machen kann, versperrt er ihm die Möglichkeit, die Firma fortzuführen und doch die unbeschränkte Haftung zu vermeiden. § 27 Abs. 2 tritt also an Stelle des § 25 Abs. 2. Die Bestimmung des § 25 Abs. 2 rechtfertigt sich daraus, daß dort die Gläubiger in der Lage sind, den früheren Geschäftsinhaber zu belangen, wenn der die Firma fortsetzende neue Erwerber die Geschäftspassiva nicht trägt. Diese Möglichkeit fehlt hier den Geschäftsgläubigern. Dazu kommt, wie Goldmann richtig bemerkt, daß, wenn der Erbe durch einseitige Erklärung die Haftung ablehnen könnte, § 27 Abs. 2 überflüssig wäre. Auch die Denkschrift scheint von diesem Gesichtspunkt auszugehen. Will der Erbe also nicht die Passiva tragen, so soll er das Geschäft nicht unter der alten Firma fortsetzen. Vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus hätte der § 27 keinen sonderlichen Wert für das Publikum, er wäre sogar schädlich. — Auch eine testamentarische oder erbvertragsmäßige Bestimmung des Erblassers könnte an der unbeschränkten Haftung des die alte Firma fortführenden Erben nichts ändern. (A. A. Düringer-Hachenburg Anm. 6.) — Im übrigen ist es für § 27 gleichgültig, ob es sich um Intestat-, Testaments- oder Vertragserben handelt. Nr. 6.

6. **Vermächtnis.** § 27 greift nicht Platz für den Fall eines Vermächtnisses des Handelsgeschäfts mit Aktivis und Passivis. Der Vermächtnisnehmer, der das vermachte Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt oder der sich öffentlich zur Tragung der Passiva bekennt, würde nicht aus § 27 haften. Wohl aber wäre § 25, wenn auch nicht unmittelbar, so doch analog anzuwenden, denn dem Vermächtnisnehmer fällt das Geschäft nicht ipso jure an, sondern er hat nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Übertragung der Geschäftsaktiva (B.G.B. §§ 2176, 2174) und den Erben gegenüber die Verpflichtung zur Übernahme der Geschäftspassiva. Nach außen würde er aber erst durch Fortführung der unveränderten Firma oder öffentliche Kundgebung der Passivenübernahme selbständig haftbar werden, dies aber auch dann, wenn die Passiva den Wert der Aktiva übersteigen. Der Anspruch der Gläubiger gegen den Erben aus bürgerlichem Recht oder ev. sogar aus § 27 H.G.B. bliebe außerdem gewahrt. Der Forderungsübergang auf den Legatar, der die Firma mit Einwilligung des Erben fortführt, würde sich nach § 25 Abs. 1 vollziehen. Auch § 25 Abs. 2 würde hier zur Anwendung gelangen. Hätte der Erblasser die Haftung ausgeschlossen, so wären die Erben verpflichtet, die Mitwirkung zur Eintragung des Ausschlusses zu gewähren und die Eintragung dieser Bestimmung bez. die Mitteilung durch den Erben oder Vermächtnisnehmer an den Dritten würde von der Haftung befreien (Düringer-Hachenburg Anm. 14). Nr. 7.

7. **Erbenauseinandersetzung.** Ebensowenig greift § 27 für den Fall Platz, daß später, nachdem gemäß § 27 die unbeschränkte Haftung eingetreten ist, unter den mehreren Erben einer im Wege der Erbauseinandersetzung das Geschäft oder die Firma übernimmt. Hier gilt vielmehr § 25. Würde während der Deliberationsfrist des § 27 einer der mehreren Miterben Geschäft und Firma allein übernehmen, so würde allerdings § 27 anwendbar sein. Nr. 8.

8. § 27 bezieht sich nur auf Handelsgeschäfte eines **Vollkaufmanns.** Die Fortführung des Geschäfts eines Minderkaufmanns durch den Erben bestimmt sich lediglich nach bürgerlichem Recht. Doch ist § 5 H.G.B. zu beachten. Nr. 9.

9. **Prozessuale Verwirklichung des § 27.** Lag gegen den Erblasser ein vollstreckbarer Titel vor, so greifen die §§ 727, 781 Z.P.O. durch, den Einwendungen aus §§ 755, 767, 781 begegnet der Gläubiger mit Berufung auf § 27 H.G.B. Liegt kein solcher vor, so wird nach allgemeinen Grundsätzen gegen den Erben vorzugehen sein. Der Gläubiger wird den Einwand der beschränkten Haftung des Erben (§ 780 Z.P.O.) abwarten und erst dann auf § 27 H.G.B. zurückgehen. Nr. 10.

10. **Älteres Recht.** Da die Haftung des Erben aus § 27 einen Erbanfall mit den Wirkungen des B.G.B. voraussetzt, so tritt sie nur ein, wenn der Erblasser Nr. 11.

nach dem 31. Dez. 1899 gestorben ist (Art. 213 des E.B.G.B.). Ist er vorher gestorben, so gilt das ältere Recht auch dann, wenn der Anfall der Erbschaft erst nach dem 31. Dez. 1899 eintritt, z. B. an den Nacherben. Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 79 f.

§ 28.

Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Entw. I § 26, II § 27; Denkschrift I S. 39, 40, II S. 3159.

Literatur: K. Lehmann in Z. L S. 1 ff.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Nach § 25 hätte die Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine Handelsgesellschaft nur dann die Wirkung, daß letztere die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Firmeninhabers trägt, wenn die Handelsgesellschaft die bisherige Firma unverändert fortführt oder sich durch handelsübliche Kundmachung zur Uebernahme der Passiva bekennt. Im übrigen würde es eines besonderen Verpflichtungsgrundes nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts bedürfen. Ebenso würden die Geschäftsforderungen gegenüber den Schuldnern als auf die Handelsgesellschaft übergegangen nur dann gelten, wenn der bisherige Alleininhaber in die Fortführung der Firma durch die Handelsgesellschaft willigte, während sonst eine besondere Abtretung nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts zu erfolgen hätte. Weitergehend (ja über das wirtschaftliche Bedürfnis hinaus, vgl. Pisko, Unternehmen S. 195) knüpft § 28 an die Umwandlung eines Einzelgeschäfts (gleichgültig ob es einer physischen oder juristischen Person zusteht, in letzterer Hinsicht anders Düringer-Hachenburg Anm. 3) in eine Handelsgesellschaft nach außen schlechthin die Folge des Ueberganges der Geschäftsforderungen und der Uebernahme der Geschäftspassiven (d. h. der Passiven dieses Geschäfts, nicht eines anderen Geschäfts des Kaufmanns, R.G. bei Holdheim 08 S. 47) gleichgültig ob die Firma fortgeführt wird oder nicht, ob es sich um Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft handelt, ob die Hinzutretenden letzterenfalls Komplementare oder Kommanditisten sind. Ja auch der Fall, daß der neueintretende Komplementar, der frühere Inhaber Kommanditist wird, fällt darunter. — § 28 bezieht sich aber nur auf das Geschäft eines Vollkaufmanns, wobei jedoch § 5 zu beachten ist. Selbst in dem Falle greift er nicht durch, wenn durch eine Ausdehnung des Geschäfts eines Minderkaufmanns kraft Eintritts eines Dritten eine offene Handelsgesellschaft entsteht (a. A. Staub-Bondi Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. 2 u. a.) — § 28 statuiert nicht eine Gesamtrechtsnachfolge, vielmehr greifen in sonstiger Hinsicht die allgemeinen Grundsätze Platz. So würde es der Auflassung der eingebrachten Grundstücke an die Gesellschaft bedürfen (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IX S. 255, K.G. ebenda XIII S. 23). — Über die Frage, ob Haftung eintritt, auch wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig ist, (R.G.Z. LI S. 39, K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 377) näheres bei § 105 Nr. 1. — Findet die Umwandlung während des Prozesses gegen den bisherigen Firmeninhaber statt, so bedarf es einer Klageänderung, wenn das Urteil gegen die Handelsgesellschaft wirken soll (O.L.G. Cassel in Recht 07 S. 836 Nr. 1877).

Nr. 2. 2. **Fusion zweier Einzelgeschäfte.** Nicht unter § 28 fällt es, wenn zwei Einzelkaufleute sich in der Weise verschmelzen, daß sie an Stelle ihrer alten Ge-

schäfte ein von einer Handelsgesellschaft gebildetes neues Geschäft beginnen; denn die Bestimmung des § 28 beruht auf der Forterhaltung des alten Geschäfts, bleibt dagegen keines der verschmelzenden Geschäfte weiter bestehen, so liegt einfach Aufgabe der alten Geschäfte und Bildung eines neuen Geschäfts vor (vgl. K.G. in Entsch. F.G. VI. S. 185, VII S. 186 = Johow-Ring XXX A 110, R.G. in L.Z. 1911, S. 213; a. A. Staub-Bondi § 28 Anm. 1 — vgl. jedoch Anm. 5 — und Cohn bei Gruchot XXXXII S. 67, wie es scheint, auch K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 375). Eine Haftung für die Passiva eines der früheren Geschäfte seitens der Gesellschaft ist hier überhaupt nicht gegeben. Wann dies der Fall ist, ist Tatfrage. Die Führung der Firma des einen Geschäfts sei es ohne sei es mit einem Zusatze (vgl. R.G. in L.Z. 1911 S. 213) wird jedenfalls ein entscheidendes Zeichen dafür sein, daß dieses Geschäft fortbestehen, und wird häufig die faktische Vermutung begründen, daß das andere aufgegeben werden soll. Die Annahme einer neuen Firma ist umgekehrt kein entscheidendes Zeichen, daß keines der alten Geschäfte fortgeführt werden solle, vielmehr kann trotzdem das eine oder es können beide in vereintem Betriebe fortgeführt werden (vgl. z. B. K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 375, O.L.G. Rspr. XXIV S. 121, O.L.G. Bamberg ebenda XVI S. 83, O.L.G. Dresden in Seuffert LXIII Nr. 164). Werden dagegen nur einzelne Bestandteile des früheren Geschäftes z. B. nur das Warenlager oder nur eine unselbständige Betriebsstelle inferiert, so kann von Fortführung keine Rede sein.

3. **Haftung der Gesellschafter.** Da die neue Gesellschaft haftet, haften auch deren Gesellschafter für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, und zwar entweder unbeschränkt (persönlich haftende) oder beschränkt (Kommanditisten) in Gemäßheit der §§ 128, 129, 171, 172. Ebenso haften nachträglich neu eintretende Gesellschafter nach §§ 130, 173. Demgemäß haftet der frühere Inhaber in doppelter Eigenschaft: als ursprünglicher Kontrahent und als Mitglied der Gesellschaft (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 407). Als letzterer belangt, kann er sich auf § 129 stützen, als ersterer nicht. Und wird er als ersterer aus der Haft entlassen, so bleibt er doch als letzterer haftend. Scheidet er aus der Gesellschaft später aus, so kommt ihm die kurze Verjährung aus § 159 nur als Gesellschafter, nicht als ursprünglichem Schuldner zugute. Umgekehrt hat er als früherer Inhaber nicht das Privileg des § 26, da der Fall des § 25 hier nicht vorliegt (a. A. Ritter Anm. 2.) Ficht der neu eintretende Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag mit Erfolg an, so wird er für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers nicht haften, wohl aber für die seit seinem Eintritt kontrahierten (Düringer-Hachenburg § 28 Anm. 4, 123 Anm. 9, 130 Anm. 7). Nr. 3.

4. **Entgegenstehende Vereinbarungen.** Die Bestimmung des § 28 ist im Gegensatz zu denen der §§ 128, 130, 173 nicht zwingenden Charakters. Die Gesellschaft kann mit dem früheren Inhaber eine entgegenstehende Vereinbarung, sei es hinsichtlich der Übernahme der Passiva (so daß die Geschäftsgläubiger des früheren Inhabers zu kurz kommen können), sei es hinsichtlich der Übertragung der Forderungen des Geschäfts, treffen. Doch muß solche entweder in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht (§§ 15, 10), oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden sein. Die Eintragung und Bekanntmachung dieser Vereinbarung darf nicht später erfolgen als die Eintragung der Gesellschaft und die darauf ergehende Bekanntmachung nach den §§ 106, 162, da sonst bereits fertige Tatsachen vorliegen (a. A. O.L.G. Dresden in Seuffert LXIII Nr. 164, wo mit Goldmann S. 140 ein modicum tempus auch nach erfolgter Eintragung der Gesellschaft noch offen gelassen wird. Allein mit der vorbehaltlosen Eintragung und Bekanntmachung der Gesellschaft ist für den Verkehr die Meinung gebildet, daß die Haftung des Eintretenden begründet ist). Sie hat zum Register sowohl der Haupt- wie der Zweigniederlassung zu erfolgen, anderenfalls würde für letztere § 15 Abs. 3 zur Anwendung kommen. Die Mitteilung kann von jedem der Gesellschafter, auch dem nicht vertretenden, auch dem Kommanditisten erfolgen. Sonstige Kenntnisnahme seitens des Dritten genügt nicht (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 376). Nr. 4.

5. **Austritt eines Gesellschafters.** Der umgekehrte Fall, daß durch Austritt eines Gesellschafters aus der Handelsgesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns wird, fällt nicht unter § 28, sondern unter § 25. Nr. 5.

Nr. 6. 6. Nicht unter § 28 fallen folgende weitere Fälle:

a) Die aus X und Y bestehende offene Handelsgesellschaft verwandelt sich in eine Kommanditgesellschaft, indem X oder Y Kommanditist wird.

b) Die aus X und Y bestehende Kommanditgesellschaft verwandelt sich in eine offene Handelsgesellschaft, indem der Kommanditist persönlich haftender Gesellschafter wird.

Streng genommen liegt in beiden Fällen Auflösung der bisherigen Gesellschaft und Bildung einer neuen vor (R.G.Z. XXXII S. 47). Dch steht das Gesetz auf einem anderen Standpunkt. Es nimmt bei der Umwandlung Fortbestand der alten Gesellschaft an, sodaß es eines Übertragungsaktes nicht bedarf und die früheren Gesellschaftsgläubiger Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen auch in der Folgezeit suchen können. Vgl. bei § 162, R.G.Z. LV Nr. 31. Nach dem K.G. soll bei Umwandlung sogar die auf die bisherige Gesellschaftsform hinweisende Firma beibehalten werden können (Holdheim 1899 S. 226), was aber bedenklich ist, wenn eine offene Handelsgesellschaft sich in eine Kommanditgesellschaft umwandelt.

c) Eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft löst sich ganz auf und überträgt ihr Geschäft auf eine neue offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, die ganz oder zum Teil aus den gleichen Gesellschaftern besteht. Hier ist einfach der Fall des § 25 gegeben. (R.G. in L.Z. 1913 S. 287).

Nr. 7. 7. **Älteres Recht.** § 28 ergreift nur nach dem 31. Dez. 1899 erfolgende Umwandlungen von Einzelgeschäften in Handelsgesellschaften. (O.L.G. Breslau in O.L.G. Rspr. III S. 407). Für vorher erfolgte gilt das ältere Recht (E.B.G.B. Art. 170). Nach letzterem existierte die besondere Bestimmung des § 28 nicht, vielmehr entschieden über die Haftung die allgemeinen Grundsätze (vgl. dazu R.O.H.G. II Nr. 33, III Nr. 38, Striethorst LXXVII Nr. 2).

Nr. 8. 8. **Statutenkollision.** Für ausländische Verhältnisse eines im Auslande domizilierten Kaufmanns ist § 28 nicht maßgebend (R.G. im Recht 07 S. 135 Nr. 238, v. Bar in Ehrenbergs Hdb. I S. 345 Anm. 2).

§ 29.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Entw. I § 27, II § 28; Denkschrift I S. 40, 41, II S. 3159; A. D. H.G.B. Art. 19.

Nr. 1. 1. **Pflicht zur Firmenanmeldung.** § 29 legt jedem Vollkaufmann die Pflicht zur Firmenanmeldung auf. Doch ist, wie der Schlußsatz ergibt, an den Einzelkaufmann gedacht, für Handelsgesellschaften normieren die Bestimmungen des zweiten Buches (§§ 106, 108, 161 Abs. 2, 162, 195, 325 Nr. 1) sowie des besonderen R.G. vom 20. 4. 1892 §§ 7ff. Ferner ist nur der Fall der ursprünglichen Firma ins Auge gefaßt, für abgeleitete Firmen greift § 31 Platz (Änderung der Firmeninhaber). § 29 bezieht sich endlich an sich nur auf bereits existierende Vollkaufleute. Doch sind Unternehmer, die erst mit der Eintragung der Firma Kaufleute werden (§ 2), den Bestimmungen des § 29 durch § 2 unterworfen (anders im Falle des § 3 Abs. 2). Der Einzelkaufmann kann sein eine physische und eine juristische Person (hinsichtlich der juristischen Personen vgl. außerdem die §§ 33—36). Physische Personen, die fertige Vollkaufleute sind, sind stets zur Anmeldung verpflichtet, für juristische Personen existieren Ausnahmen (§ 36, vgl. für die Reichsbank Reichsbankgesetz von 1875 § 66). Die Pflicht zur Firmenanmeldung bedeutet natürlich Pflicht zur Anmeldung der wirklichen Firma. Bei Anmeldung einer falschen Firma ist die Anmeldung von neuem vorzunehmen (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. V S. 273). Die Pflicht besteht auch dann, wenn durch den Betrieb des Handelsgewerbes einem öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Verbot zuwider gehandelt wird (Bayer. Obst.Lb.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 289).

Unterlassung der Pflichterfüllung begründet für Dritte, die dadurch geschädigt werden, möglicherweise am § 826, dagegen nicht aus § 823 Abs. 2 B.G.B. einen

Schadensersatzanspruch (R.G.Z. LXXII S. 411f.: die Arbeiter eines Kaufmanns waren dadurch der Unfallsrente verlustig gegangen. Vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 124.)

2. Anmeldung des **Ortes der Handelsniederlassung.** Der Kaufmann ist ferner zur Anmeldung des Ortes seiner Handelsniederlassung verpflichtet (vgl. für Handelsgesellschaften die §§ 106 Abs. 2 Nr. 2, 195 Abs. 2 Nr. 1, mit 182 Abs. 2 Nr. 1). Damit ist ihm eine Pflicht auferlegt, einen festen örtlichen Mittelpunkt seiner gewerblichen Tätigkeit zu nehmen. Dieser Mittelpunkt kann identisch sein mit seinem Wohnsitz oder davon verschieden sein (vgl. bei § 13 Nr. 2). Das erstere ist jedenfalls da der Fall, wo es an einem besonderen Geschäftslokal überhaupt gebricht, z. B. bei Gewerbebetrieben im Umherziehen. Derartige Gewerbetreibende (sie werden als Vollkaufleute nicht gerade häufig sein) haben also ihren Wohnsitz als Ort der Handelsniederlassung anzugeben. — Nur zur Anmeldung des Ortes seiner Handelsniederlassung ist der Kaufmann verpflichtet. Angabe der Straße, Hausnummer 2c. sowie des Geschäftszweiges behufs Eintragung ist vom § 29 nicht erfordert (anders bei juristischen Personen § 33 Abs. 3, dann bei Aktiengesellschaften § 182 Abs. 2 Nr. 2 und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, R.G. von 1892 § 3 Nr. 2, § 8). Es kann auch der Denkschrift nicht zugegeben werden, daß zum Zwecke besserer Unterscheidung die Angabe der Lage der Geschäftsräume und des Geschäftszweiges bei der Anmeldung verlangt werden kann, denn das Gesetz begrenzt die Verpflichtung des Kaufmanns lediglich auf Angabe des Ortes der Hauptniederlassung. Demgemäß sind auch Geschäftsbranche, Geschäftslokal und Wohnung des Firmeninhabers weder einzutragen noch bekannt zu machen (Birkenbihl in Archiv f. bürgerl. Recht VI S. 235. Vgl. auch R.G.Z. XX S. 74). Sollte die Eintragung des Geschäftszweiges erfolgt sein und sich herausstellen, daß der Geschäftszweig unrichtig eingetragen ist (z. B. ein Makler ist als Bankier eingetragen), so wird eine Löschung von Amts wegen nach § 142 D.F.G.G. erfolgen können. Das Verfahren des § 29, bezw. § 37 wird hier nicht am Platz sein (K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 342). Nr. 2.

3. Gericht der Hauptniederlassung. Die Anmeldung hat zunächst bei dem Gericht der Niederlassung, d. h. **der Hauptniederlassung**, zu erfolgen (R.G.Z. XXI S. 2, 3), also bei demjenigen Gericht, in dessen Bezirk der Ort, von dem aus die kaufmännische Leitung stattfindet, gelegen ist (vgl. bei § 13 Nr. 4). Dies gilt sowohl von physischen als von juristischen Personen (O.L.G. Dresden in L.Z. 1912 S. 942 = Entsch. F.G. XII S. 124, K.G. in Johow-Ring XLIV S. 124). Sollte der Ort den Bezirken mehrerer Registergerichte angehören (z. B. infolge baulicher Ausdehnung), so wird die Anmeldung bei dem eigentlich kompetenten Registergericht genügen. Nach der preuß. Just. Min. Verf. vom 7. Nov. 1899 § 15 soll jedes der beteiligten Registergerichte die übrigen auf dem Laufenden über die Eintragungen der Firmen halten. — Darüber, daß es sich um die wirkliche Hauptniederlassung handelt, nicht um die nominelle, vgl. bei § 13 Nr. 4. Würde der Kaufmann die Anmeldung vornehmen, ohne in dem betreffenden Bezirke die Hauptniederlassung zu besitzen, so bliebe dem Registerrichter der wahren Hauptniederlassung das Zwangsrecht aus § 14. Doch besteht eine Prüfungspflicht darüber, ob die angegebene Niederlassung die Hauptniederlassung sei, für den Registerrichter nicht (vgl. bei § 13 Nr. 4). Die Anmeldung hat außerdem bei dem Gerichte der Zweigniederlassung zu geschehen. Anmeldungen und Eintragungen bei Gerichten, in deren Bezirk sich überhaupt keine Niederlassungen befinden, erzeugen nicht den Schutz des Firmenrechtes. Nr. 3.

4. **Zeit** der Anmeldung. Die Anmeldung hat spätestens unverzüglich nach Beginn des Unternehmens zu erfolgen, kann aber schon vorher geschehen. Nr. 4.

5. Hinsichtlich der **Form** der Anmeldung vgl. § 12 Nr. 2ff. Die Prüfungspflicht der Registerbehörde wird sich außer den allgemeinen Punkten (vgl. § 12 Nr. 8ff.) zu erstrecken haben: Nr. 5.

a) Auf die Kaufmannseigenschaft des Anmeldenden. Zu diesem Behufe hat der Anmeldende, falls er Kaufmann auf Grund des § 1 zu sein angibt, den Gegenstand des Gewerbes, falls er sich auf § 2 stützt, die Art und den Umfang des gewerblichen Unternehmens anzugeben. Meldet der gesetzliche Vertreter (Vater, Vormund) die Firma des Mündels an, so hat der Registerrichter das Recht, die Beibringung der obervormundschaftlichen Genehmigung zur Neubegründung des Geschäfts zu fordern (oben § 1 Nr. 17).

b) Auf die Vollkaufmannseigenschaft des Anmeldenden, wobei es auf den gegenwärtigen Charakter des Betriebes, nicht auf zukünftige Möglichkeiten ankommt (K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 146, XIV S. 330 = Johow-Ring XXXIII A 116, R.G. in J.W. 08 S. 148[22]).

c) Auf die Rechtmäßigkeit der angemeldeten Firma.

In den ersten beiden Beziehungen hat der Registerrichter, soweit ihm Zweifel bleiben, von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten (vgl. bei § 12 Nr. 14, 7).'

Nr. 6. 6. **Zeichnung der Firma.** Außer der Anmeldung hat die Zeichnung der Firma zu erfolgen. Die Vorschrift soll es ermöglichen, die Echtheit der Firma zu prüfen, doch hat sie wenig Bedeutung. Hinsichtlich der Form vgl. § 12 Nr. 5, 3. Für den Fall, daß es sich um eine juristische Person handelt, die nicht Handelsgesellschaft ist, vgl. § 35, für Handelsgesellschaften §§ 108 Abs. 2, 148 Abs. 3, 161 Abs. 2, 195 Abs. 4. Ob Analphabeten von der Zeichnung befreit sind, ist bestritten, doch wird die Frage zu bejahen sein. Ebenso werden Gelähmte, Blinde und ähnliche, durch ein Gebrechen zur Zeichnung Unfähige davon zu entbinden sein (Marx S. 30). Für Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte hat der gesetzliche Vertreter zu zeichnen (vgl. Behrend § 40 Anm. 44). Einer Zeichnung der Namensunterschrift, wie im alten Recht, bedarf es nicht. Daß die Zeichnung eine „leserliche" sei, wie Michels in D.J.Z. 03 S. 141 annimmt, ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich.

Nr. 7. 7. Die **Bedeutung der Anmeldung.** Die Unterlassung der Anmeldung behufs Eintragung hat bei Kaufleuten nach § 1 keine Bedeutung für den Kaufmannsbegriff, anders bei solchen nach § 2, ferner bei Aktiengesellschaften und den verwandten Kapitalgesellschaften, doch zieht sie auch bei den Erstgenannten bedeutende Nachteile nach sich (§ 30, ferner G.V.G. §§ 104 Abs. 1, 113 Abs. 1). Umgekehrt liegt in der Anmeldung der Firma jedenfalls die feierliche Kundgebung des gegenwärtigen oder zukünftigen Handelsgewerbsbetriebes (R.G.Z. XXII S. 59) und die Übernahme der Verpflichtung, sich für dieses Geschäft bis zu anderweitiger Anmeldung nur dieser Firma bedienen zu wollen (vgl. bei § 17 Nr. 8). Meldet z. B. ein Kaufmann eine Firma an, die er in Wahrheit nicht führt („Gebrüder Meyer", während er in Wahrheit „Meyer frères" firmiert), so muß er zwar Dritten gegenüber die Eintragung wider sich gelten lassen, aber seine Anmeldung verstößt wider das Gesetz und fällt unter § 37 (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. V S. 273). Er hat dann die wahre Firma anzumelden.

Nr. 8. 8. **Haupt- und Zweigniederlassung im gleichen Registerbezirk.** § 29 hat den Normalfall im Auge, daß der Kaufmann im Bezirk des Registergerichts lediglich eine Niederlassung hat. Es ist aber denkbar, daß er im Bezirk des Registergerichts der Hauptniederlassung zugleich Zweigniederlassungen besitzt. Befinden sich solche am gleichen Ort oder in der gleichen Gemeinde, wie die Hauptniederlassung, so kommt eine besondere Anmeldung nicht in Frage. Sind dagegen Ort und Gemeinde innerhalb desselben Bezirkes verschieden, so ist die Anmeldung der Zweigniederlassung schon aus dem Grunde nötig, um das Firmenrecht für diesen Ort bezw. für diese Gemeinde zu sichern (§ 30 Abs. 3). Andererseits kann § 13 hier nicht in Betracht kommen, da er den Fall behandelt, daß das Registergericht der Zweigniederlassung ein anderes als das der Hauptniederlassung ist. Es wird solchenfalls vielmehr genügen, aber auch erforderlich sein, daß der Kaufmann zugleich den Ort der Zweigniederlassung zur Eintragung anmeldet (vgl. K.G. in Entsch. F.G. X S. 247 ff. = Johow-Ring XXXIX A 117). Durch die Eintragung der Filiale sichert er sich dann sein ausschließliches Firmenrecht für den Ort der Zweigniederlassung. Besteht an letzterem bereits eine gleiche eingetragene Firma, so hat er den Zusatz nach § 30 Abs. 3 hinzuzufügen. So kann es kommen, daß der gleiche Registerrichter für seinen Bezirk neben der Firma der Hauptniederlassung auch eine nach § 30 Abs. 3 abweichende Firma der Zweigniederlassung einträgt (vgl. auch Denkschrift II S. 3153). Über Zweigniederlassungen im Bezirke eines anderen Registergerichts bei § 13 Nr. 10 ff.

Nr. 9. 9. **Älteres Recht.** § 29 bezieht sich auch auf Kaufleute, die vor dem 1. Jan. 1900 ihren Geschäftsbetrieb begonnen haben, ja sogar auf solche, die vor diesem Zeitpunkt eingetragen sind. Sie müssen nachträglich den Ort ihrer Handelsniederlassung anmelden, was ihnen nach altem Recht nicht oblag.

§ 30.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne die gleichen Vornamen und den gleichen Familiennamen und will auch er sich dieser Namen als seiner Firma bedienen, so muß er der Firma einen Zusatz beifügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo eine Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche eingetragene Firma, so muß der Firma für die Zweigniederlassung ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechender Zusatz beigefügt werden.

Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind.

Entw. I § 28, II § 29; Denkschrift I S. 41, II S. 3159, 3160; A.D.H.G.B. Art. 20, 21 Abs. 2.

1. **Ausschließlichkeit** des Firmenrechts. Durch die Eintragung einer rechtmäßigen Firma, gleichgültig ob es sich um eine neue oder übernommene handelt, erwirbt der Kaufmann für denselben Ort oder dieselbe Gemeinde das ausschließliche Recht, sich dieser Firma zu bedienen. Alle gleichlautenden Firmen desselben Ortes, bezw. derselben Gemeinde, die erst nach seiner Firma eingetragen werden, müssen ihm weichen. Die Registerbehörde hat im Interesse der Sicherheit des Verkehrs auf Vermeidung der Übereinstimmung zwischen einer neuen und einer eingetragenen Firma zu achten. Die Vorschrift ist zugleich im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen (vgl. bei § 37). Nr. 1.

2. **Erwerb des ausschließlichen Firmenrechts.** Nicht das Firmenrecht überhaupt (abgesehen von den Fällen der §§ 2, 3 u. dgl.) sondern das ausschließliche Firmenrecht wird erworben erst mit der Eintragung der Firma. Das bloße Bestehen einer Firma sichert den Schutz des § 30 nicht. Dagegen wäre es wohl möglich, daß der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma aus § 37 Abs. 2 von einem anderen Unterlassung des unbefugten Firmengebrauchs verlangt. Denn § 37 Abs. 2 gewährt jedem, der in seinen Rechten durch den unbefugten Firmengebrauch verletzt wird, den Anspruch auf Unterlassung (vgl. das Nähere daselbst). Auch die Anmeldung der Firma sichert nicht die Ausschließlichkeit. Danach hat der früher eingetragene Firmeninhaber das Ausschließungsrecht gegenüber dem früher angemeldeten, aber später eingetragenen (a. A. mit Unrecht Stadtger. Berlin bei Busch I S. 395), und noch mehr gegenüber einer alten, nicht einmal angemeldeten Firma (a. A. Makower und Brand). Wie weit ein Rückgriff des Geschädigten gegen die Registerbehörde besteht, die ihre Amtspflicht verletzt hat, (bez. den Staat) regelt sich nach dem B.G.B. § 839 und dem maßgebenden Landesrecht. — Andererseits genügt die Eintragung, eine Bekanntmachung nach § 10 hat für den Schutz des § 30 keine Bedeutung, sie kann lediglich für die Schadensersatzpflicht des Dritten von Relevanz sein (§§ 37 Abs. 2, 15). Doch muß eingetragen sein eine rechtmäßige Firma. Wer eine unzulässige Firma eintragen läßt, hat dadurch kein Recht auf Führung, um so weniger ein Recht auf ausschließliche Führung erlangt (R.O.H.G. VI Nr. 57). Wie von Amts wegen und auf Antrag gegen ihn vorgegangen werden kann (§ 37), so würde der auf Grund des § 30 Belangte einredeweise die Unrechtmäßigkeit der eingetragenen Firma Nr. 2.

vorschützen können, sei es, daß es sich dabei um einen Verstoß gegen die Firmengestaltung (§§ 18—21) oder um einen materiellen Mangel im Firmenrecht, (Erlöschen des Geschäfts, §§ 22, 31 Abs. 2, vgl. R.G.Z. XXIX S. 69, R.G. bei Holdheim 05 S. 25) handelt. Doch ist selbstverständlich, daß eine von der Registerbehörde zugelassene Firma, die von der Regel abweicht, z. B. die Personenfirma einer Aktiengesellschaft, nicht nachträglich unter Berufung auf den Mangel ausreichender Gründe zur Abweichung als unzulässig angefochten werden kann. Auch ist die der Eintragung einer Firma nach § 5 zukommende besondere Wirkung zu beachten. Und endlich wird mit Behrend (§ 40 Anm. 41) anzunehmen sein, daß ein unzulässiger Zusatz noch nicht das ausschließliche Firmenrecht mit Bezug auf den Firmenkern raubt.

Nr. 3. 3. **Örtliche Beschränkung des Firmenrechts.** Das ausschließliche Firmenrecht ist gegenständlich unbeschränkt. Es steht dem Berechtigten gegenüber allen anderen Kaufleuten, ob sie Einzelkaufleute oder Handelsgesellschaften sind, ob der Gegenstand ihres Handelsgewerbes der gleiche oder ein anderer ist, zu. Wohl aber ist es örtlich beschränkt. Er besteht nur für denselben Ort oder dieselbe Gemeinde, bezw. bei Mehrheit von Niederlassungen einer Firma dieselben Orte oder dieselben Gemeinden. Der Begriff „Ort" ist kein Rechtsbegriff, sondern ein Verkehrsbegriff (Kammergericht in Z. XXXVII S. 529, XXXX S. 444), „ein zu einer Wohnungsgesamtheit abgeschlossener Raum oder ein angebauter und bewohnter Landteil" (Grimm, Wörterbuch s. h. v.) Es fällt darunter nicht bloß eine Stadt, Flecken, Dorf, sondern z. B. auch ein abgeschlossenes Tal (v. Hahn § 5 zu Art. 20, Johow VIII S. 12). Möglicherweise bilden mehrere Städte nur einen Ort und gehört ein Ort mehreren Staaten an (vgl. Kammerger. in Z. XXXVII S. 529). Es kann somit derselbe Ort in die Bezirke mehrerer Registergerichte fallen (oben § 29 Nr. 3). Der Begriff der Gemeinde ist dagegen ein politischer, über den das maßgebende Landesrecht zu entscheiden hat. Den Landesregierungen[1]) ist durch Abs. 4 die Befugnis gewährt, benachbarte Orte oder Gemeinden zu konsolidieren; liegen sie in verschiedenen Bundesstaaten, durch gemeinsame Verfügungen (Ritter Anm. 4). — Außerhalb des Ortes oder der Gemeinde kann die gleiche Firma befugt angenommen werden, selbst wenn der andere Ort im Bezirke des gleichen Registergerichts liegt, wobei jedoch das allgemeine Prinzip des § 18 Abs. 2, daß Zusätze, die eine Täuschung des Publikums herbeizuführen geeignet sind, nicht beigefügt werden dürfen, sowie § 14 des W.Z.G. und § 16 des U.W.G. zu beachten sind, so daß durch diese Gesetze der Schutz des Firmenrechts räumlich erheblich erweitert ist. Auch wird die befugt angenommene und eingetragene Firma des anderen Ortes nicht dadurch nachträglich zur unbefugten, daß der andere Ort durch Einverleibung seine Selbständigkeit einbüßt; denn der obrigkeitliche Akt der Einverleibung kann erworbene Rechte nicht verletzen. Er beabsichtigt auch dies nicht (Johow XVI S. 12f.) Notwendig ist nur, daß die Firma vor der Einverleibung eingetragen war. Die uneingetragene Firma des einverleibten Ortes muß sich gefallen lassen, der eingetragenen des Hauptortes nachzustehen (zum gleichen Resultat gelangen Staub-Bondi § 30 Anm. 3a).

Nr. 4. 4. **Inhalt des ausschließlichen Verbietungsrechts.** Kraft des ausschließlichen Firmenrechts des Eingetragenen darf eine gleichlautende „neue" Firma innerhalb jener Grenzen nicht geführt werden. „Neu" ist jede nicht eingetragene oder für jene Grenzen später eingetragene Firma, gleichgültig ob sie wirklich neu angenommen oder längst geführt war (in dieser Hinsicht anders Düringer-Hachenburg Anm. 2d, Brand Anm. 2a, Makower S. 136) und letzterenfalls, ob sie eine ursprüngliche oder abgeleitete ist, ob die Firma einer Haupt- oder Zweigniederlassung (Abs. 3). Neu ist somit auch die im gleichen Handelsregister vorher für einen anderen Ort dieses Sprengels eingetragene Firma, falls das Geschäft nun nach dem gleichen Ort verlegt oder eine Zweigniederlassung am gleichen Orte errichtet wird.

---

[1]) In Preußen soll nach dem Ausführungsgesetz zum H.G.B. Art. 1 Abs. 2 der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig sein (dazu Verf. des Justizm. u. des Min. für Handel und Gewerbe vom 5. Mai 1913) in Mecklenburg-Schwerin ist nach der A.V. zum H.G.B. § 1 das Großh. Ministerium des Innern und der Justiz zuständig.

5. **Gleichlautende Firma.** Eine gleichlautende neue Firma darf nicht geführt werden. Gleichlautend ist nach dem Gesetze aber die neue Firma schon dann, wenn sie sich von der alten Firma nicht deutlich unterscheidet. Bei Auslegung dieser Worte ist einerseits davon auszugehen, daß ein deutlicher (klar erkennbarer) Unterschied nur dann vorliegt, wenn derjenige, der mit der Firma kontrahiert, ohne minutiöse Untersuchungen in der Lage ist, die Verschiedenheit wahrzunehmen, andererseits, daß die mit dem Firmeninhaber Kontrahierenden, zumal die Handel- und Gewerbetreibenden, mit der kaufmännischen Anschauung wohl vertraut sind oder doch sein müssen, nach der hergebrachtermaßen gewisse verhältnismäßig kleine Verschiedenheiten eine merkliche Abweichung darstellen, z. B. eine andere Stellung der in der Firma enthaltenen Initialen oder eine Initiale mehr oder weniger (R.G.Z. XX S. 72), zumal die Firma im Leben mit peinlicher Genauigkeit gezeichnet wird oder doch werden soll. Demnach läßt sich nur unter Beurteilung aller einschlägigen Tatverhältnisse feststellen, ob eine deutliche Unterscheidung vorliegt. In der Regel wird anzunehmen sein, daß bei zwei Firmen mit gleichlautendem Familiennamen das Fehlen der Vornamen in der einen (aus der Zeit des alten Rechts stammenden) Firma einen deutlichen Unterschied abgibt gegenüber der mit vollem Vornamen versehenen anderen (R.G.Z. XX S. 71, vgl. Busch XXIII S. 442), ebenso Verschiedenheit sämtlicher Vornamen oder doch des ausgeschriebenen Vornamens (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 20: Johann Herm. H. gegenüber Hermann H., O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 1906 Hauptbl. 160: A. C. de Freitas & Co. gegenüber P. J. de Freitas & Co.), ja sogar Hinzufügung eines weiteren Vornamens: Max Bock und Max M. Bock (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 377). Doch kann auch schon eine andere Firmierung des gleichen Vornamens (unabgekürzt Heinrich und abgekürzt H., verschiedene Abkürzungen, z. B. C. Schulz und K. Schulz), sowie eine verschiedene Reihenfolge derselben Vornamen einen deutlichen Unterschied abgeben, wie andererseits trotz Abweichungen in den Vornamen durch die Anfügung gleichlautender Zusätze die Vorstellung der Übereinstimmung erweckt werden kann, falls nämlich diese geeignet sind, das Hauptaugenmerk des Publikums auf sich zu richten (vgl. Adler-Clemens Nr. 1127, 1195 — sehr weitgehend — bedenklich Nr. 39, ferner Bolze V Nr. 198, R.G. bei Warneyer 1913 Nr. 79). Der Umstand, daß ein Teil der Namen einer Firma identisch ist mit den Namen einer anderen Firma, wird in der Regel nicht genügen (Müller u. Schulz — Müller, Schulz und Schmidt). Für einen Nebenpunkt erklärte in einem Fall das R.G. den Zusatz „et Co." R.G.Z. XXXVII S. 59, während das O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIV S. 342 ihn regelmäßig als deutliches Unterscheidungsmerkmal ansieht. Vgl. auch Bayer. Obst. LdG. in L.Z. 08 S. 81, wo „Adolph L." und „Adolf L., Gesellschaft m. b. H." für verschiedene Firmen angesehen werden. Daß der Zusatz „in Liquidation" keinen deutlichen Unterschied abgibt, folgt schon aus § 153 (vgl. R.G.Z. XV S. 105, XXIX S. 68, Johow X S. 17). Das gleiche hat natürlich nach den §§ 22, 25 für den ein Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz zu gelten (Adler-Clemens Nr. 319), selbst wenn in dem Zusatz der Name des Nachfolgers genannt ist, während bei Gleichheit bloß des in dem Zusatz genannten Nachfolgernamens mit dem Namen einer anderen Firma Unterscheidbarkeit gegeben sein kann („Hotel Hüttenrauch Nachfolger Blinzler" deutlich unterschieden von „Hotel Blinzler", nicht aber von „Hotel Hüttenrauch" O.L.G. Cöln bei Ritter S. 59). Verschiedenheit des Familiennamens ruft richtiger Ansicht nach stets einen deutlichen Unterschied hervor, auch wenn die Aussprache die gleiche ist (Berent, Behrendt, vgl. Johow XIII S. 29, a. A. vielfach die Praxis: O.L.G. Dresden in Z. XXXVI S. 471, O.L.G. Colmar ebenda S. 480, auch Busch XXX S. 87f., O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. X S. 49 = Seuffert LXIV Nr. 223 = Johow-R. XXXVIII A 311 = O.L.G. Rspr. XIX S. 298, welches Gericht sogar annimmt, daß „Hartmann u. Schulze" sich von „Th. Hartmann u. Schultze" nicht genügend deutlich unterscheidet); aber sollte wirklich Lehmann von Lemann, Leemann, Leman, oder Schultz von Schulz oder Mäusel von Meisel oder Cohn von Cohen (vgl. Hans. G.Zt. 1900, Hauptblatt 115) Herz von Hertz (dies leugnet in der Tat O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. X S. 269 = O.L.G. Rspr. XXI S. 377 = Joh.-Ring XLI A 267), Frenckel von Fraenkel, Frank von Franck nicht genügend deutlich unterschieden sein? Es kommt doch auf die Zeichnung, nicht auf den Klang an (vgl. auch Brand Anm. 2d). Bei Verschiedenheit der Familien-

Nr. 5.

namen ist auch die Gleichheit einer Örtlichkeitsbezeichnung oder eines sonstigen Zusatzes innerhalb der Firma noch kein Kollisionsgrund (Bolze XVII Nr. 123, R.G. in J.W. 02, S. 27[20]). Noch weniger kann die Verwendung gleicher Schriftzüge bei verschiedenen Firmen in Betracht kommen (Busch XXIII S. 444, R.G.Z. II S. 141). Ob die Verschiedenheit des auf den Gesellschaftstypus hinweisenden Zusatzes bei Firmen von mehreren Handelsgesellschaften eine deutliche Unterscheidung abgibt, ist Tatfrage. Vergleiche einerseits K.G. in Entsch. F.G. X S. 29, Bayer. Obst.LdG. in L.Z. 08, S. 81, K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 343 = Johow-Ring XXVI A 215, andererseits O.L.G. Hamburg in O.L.G Rspr. XXI S. 37 = Entsch. F.G. X S. 269 = Joh.-R. XLI A 267.

Aus der Kasuistik: kein deutlicher Unterschied in den Firmen „Ernst von Sprekelsen" und „Ernst und von Sprekelsen" (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. II Nr. 57); „Rabattsparverein der vereinigten Geschäftsleute (Klebesystem) G. m. b. H." und „Sparverein vereinigter Geschäftsleute" (R.G. im Recht 08, S. 177 Beil. 2); „G. Reh" und „Gebr. Reh" (O.L.G. Dresden bei Kaufmann V S. 33); „Hotel Habsburg" und „Hotel Habsburger Hof" (K.G. in O.L.G. Rspr. XXV S. 365).

Dagegen deutlich unterschieden: „Süddeutsche Wäscheindustrie G. u. B". von „Süddeutsche Wäscheindustrie Inhaber A. M." (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 1910 S. 103); „Berliner Kohlensäureindustrie G. m. b. H." von „Aktiengesellschaft für Kohlensäureindustrie" (K.G. in Zentralbl. X S. 79 = Entsch. F.G. X S. 20); „Schillertheater Aktiengesellschaft" von „Friedrich Wilhelmstädt-Schillertheater G. m. b. H." (R.G. in L.Z. 07 S. 504); „Bürgerliches Brauhaus Pilsen" von „Pfau Pilsener Brauhaus Berlin" (R.G. in J.W. 1900, S. 840); „Restaurant à la Aschinger" und „Bierquelle nach Aschinger G. m. b. H." (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 109); „Union Deutsche Verlagsgesellschaft" und „Berliner Union Verlagsgesellschaft m. b. H." (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 340); „Frankfurter Gummifabrik" und „Vereinigte Berlin-Frankfurter Gummifabriken" (O.L.G. Frankfurt im Recht 08 Nr. 605); „Deutscher Sport" und „Deutsches Sportkommissionsbureau Max L." (K.G. bei Kaufmann IV S. 26); „Musterkarten-Fabrik Karl A." und „Karl A., Spezialgeschäft für Bureauartikel" (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 338). —

Aus der bloßen gleichen Anwendung von Bezeichnungen, die Gemeingut im Verkehr sind (Firmenschlagwörter) wie „Kurhaus", „Kakaokompagnie", „Brauhaus", „Feigenkaffeefabrik", „Maschinenfabrik", „Benediktinerlikörfabrik", „Klosterbrauerei", „Eisenbahnhotel", „Käsefabrik" kann nie ein Verbietungsrecht abgeleitet werden (R.G.Z. LIV S. 183, Zbl. VII S. 213, L.Z. 07 S. 909, 08 S. 594 = Warneyer 1908 Nr. 653). Wann ein Firmenschlagwort vorliegt, ist Tatfrage. Die Bezeichnung „Normalzeit" für die Firma eines Uhrengeschäfts hat das R.G. als Firmenschlagwort nicht anerkannt (R.G.Z. LXXVIII Nr. 57). Vgl. den § 18 Nr. 8.

Nr. 6. 6. **Abänderung der neuen Firma bei Kollision.** Bei Kollision ist der Inhaber der neuen Firma gezwungen, die Firma derart umzugestalten, daß eine deutliche Unterscheidung von der alten Firma erzielt wird. Die Umgestaltung darf andererseits nicht zu einer nach allgemeinen Grundsätzen unzulässigen Firma führen, somit müssen bei einer ursprünglichen Firma die Vorschriften der §§ 18—20 beobachtet werden, also muß der Inhaber der neuen Firma, falls er gleichen Namen und Vornamen hat, einen Zusatz machen, der eine deutliche Unterscheidung herbeiführt, z. B. „Carl Stiller junior" oder „Carl Stiller Schuhwarengeschäft" gegenüber „Carl Stiller". Handelt es sich um eine abgeleitete Firma, die nach einem anderen Orte verlegt wird, so ist sie im Falle des § 22 ganz abzulegen (vgl. bei § 22 Nr. 9), wie die abgeleitete Firma überhaupt nur in der alten Gestalt geführt werden darf (a. A. Marx S. 30), dagegen im Falle des § 24 möglicherweise nur mit einem Zusatz zu versehen (vgl. bei § 24 Nr. 4). Für zwei Fälle gibt das Gesetz positive Vorschriften, durch die das Ermessen des Richters beschränkt wird.

a) Die neue Firma ist die Firma der Hauptniederlassung. Ist sie die ursprüngliche Firma eines Einzelkaufmanns, der eine physische Person ist, so kann dieser sich seines Vornamens und seines Familiennamens uneingeschränkt nach § 18 bedienen, auch wenn sie völlig mit denen der alten Firma übereinstimmen. Er hat nicht die Verpflichtung, einen anderen seiner Vornamen zu wählen oder den gewählten Vornamen abzukürzen, er hat lediglich einen Zusatz anzufügen, durch den eine deutliche Unterscheidung der Firmen hervorgerufen wird. Doch muß dieser

Zusatz ein nach § 18 Abs. 2 zulässiger sein. Auch der Zusatz einer Branche genügt, (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XI (1890) S. 128: C. H. A. Meyer und C. H. A. Meyer, Fabrik und Handlung von Fleischwaren), wenn die Branchen verschieden sind (O.L.G. Frankfurt bei Kaufmann III S. 32). Der Zusatz bloß des Ortes ist schwerlich genügend (Bolze V Nr. 198). — Auf Handelsgesellschaften und juristische Personen bezieht sich die Vorschrift des § 30 Abs. 2 nicht, doch wird sie wenigstens auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften entsprechend anzuwenden sein.

b) Die neue Firma ist die Firma einer Zweigniederlassung (über die Firma der Zweigniederlassung bei § 13 Nr. 5b, § 17 Nr. 4). Dann kann und soll (O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XIII S. 38, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 27; a. A. Bayer. Obst.Lb.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 409) die Firma der Hauptniederlassung unter allen Umständen beibehalten werden, vorausgesetzt, daß sie einen von der alten Firma sie deutlich unterscheidenden Zusatz erhält, d. h. der eigentliche Firmenkern der Hauptniederlassung ist in der Firma der Zweigniederlassung unter allen Umständen beizubehalten (gegen Düringer-Hachenburg Anm. 5), wohl aber können Zusätze beigefügt werden. Wieweit freilich in der Freigabe dieser Zusätze zu gehen ist, darüber herrscht in der Praxis großes Schwanken. Insbesondere darüber, ob bei Erwerb eines Geschäfts, welches als Zweigniederlassung des Hauptgeschäfts des Erwerbers fortgeführt wird, in der Firma der Zweigniederlassung auf die frühere Firma zusätzlich verwiesen werden kann: „Bayerische Handelsbank Filiale Bamberg vormals Hermann H." (Bayer. Obst.Lb.G. in Entsch. F.G. VII S. 114). Der moderne Konzentrationsprozeß hat gerade bei Banken die Frage aktuell gemacht und es ist nicht zu leugnen, daß bei juristischen Personen, die nur eine Firma führen dürfen, wirtschaftliche Erwägungen für eine freiere Auffassung sprechen, während bei physischen Personen die Möglichkeit der Fortführung in Gestalt eines selbständigen Geschäfts gegeben ist. Jedenfalls sollte man bei Prüfung der Frage sich andererseits nicht von zu großer Weitherzigkeit leiten lassen, da schließlich immer im Auge zu behalten ist, daß die Zweigniederlassung doch nur Bestandteil der Hauptniederlassung ist. Nicht würde, wie Düringer-Hachenburg Anm. 5 mit Recht bemerken, der Zusatz „Filiale" allein genügen, weil darunter im Leben nicht selten auch am gleichen Orte errichtete Verkaufsstellen verstanden werden, vielmehr ist kenntlich zu machen, daß die Hauptniederlassung außerhalb liegt; auch der Zusatz „Agentur" wäre bedenklich, da er zweifelhaft läßt, ob eine Zweigniederlassung vorliegt (Zentralbl. II S. 358). Doch gilt dies nur so lange, als die Zweigniederlassung ihren rechtlichen Charakter behält, wird sie zur Hauptniederlassung, so greifen allgemeine Grundsätze Platz. — Über die Klage unter der Firma der Zweigniederlassung bei § 17 Nr. 10, § 13 Nr. 5.

7. **Verlust des ausschließlichen Firmenrechts.** Die Ausschließlichkeit des Firmenrechts wird verloren mit Löschung der Firma, auch wenn diese zu Unrecht erfolgt, aber auch mit Aufgabe der Niederlassung an diesem Orte ohne Löschung. Denn wie die Firma an ein Geschäft, so ist das ausschließliche Firmenrecht an den Bestand der Niederlassung in dem Bezirke gebunden. Mit Verlegung der Niederlassung nach einem anderen Ort hört die Firma für diesen Ort zu bestehen auf. Verwandlung der Hauptniederlassung in eine Zweigniederlassung erhält das ausschließliche Firmenrecht. Nr. 7.

8. Das ältere Recht stimmte überein. Nr. 8.

§ 31.

Eine Änderung der Firma oder ihrer Inhaber sowie die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten

nicht auf dem im § 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen.

Entw. I § 29, II § 30; Denkschr. I S. 41, II S. 3160; A. D. H.G.B. Art. 25, R.G. vom 30. März 1888.

Nr. 1. 1. Absatz 1 bezieht sich primär auf den Fall, daß der Anmeldungspflichtige, d. h. der derzeitige Firmenträger, ein Einzelkaufmann, und zwar eine physische Person ist. Einzelkaufleute, die juristische Personen sind, unterstehen den §§ 34 Abs. 1, 33 Abs. 3, Handelsgesellschaften den §§ 106—108, 143, 148, 161 Abs. 2, 175 usw. Würde also ein Einzelkaufmann das Geschäft einer Handelsgesellschaft unter deren Firma fortführen, so griffe § 31, würde eine offene Handelsgesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns unter dessen Firma fortführen, so griffen die §§ 106, 108 Platz. Im einzelnen gilt:

Nr. 2. a) Anzumelden ist **Änderung der Firma**, auch der nicht eingetragenen. Überhaupt greifen die Verpflichtungen aus § 31 auch dann Platz, wenn vorher unterlassen war, die Firma nach § 29 anzumelden. Unterbleibt die Eintragung und Bekanntmachung der Änderung einer nicht eingetragenen Firma, so ist § 15 Abs. 1 anzuwenden (vgl. Busch II S. 154, Bolze II Nr. 343, IX Nr. 109, R.G.Z. XV S. 35, Kammergericht in Z. XXXXII S. 508, a. A. Wulff in Z. XXXXII S. 1 f.). Unter Änderung ist nur eine generelle Änderung, nicht die durch § 30 Abs. 3 gebotene Änderung für den Bezirk einer Zweigniederlassung gemeint. Die letztere ist nicht zum Register der Hauptniederlassnng anzumelden. Änderung (nicht Aufgabe) der Firma ist auch die Wahl eines ganz anderen Handelsnamens (Johow XIV S. 242 ff.).

Nr. 3. b) Anzumelden ist jede **Aenderung der Inhaber.** Darunter fällt nicht bloß, wie der Wortlaut besagt, Wechsel der Geschäftsinhaber infolge Übernahme des Geschäfts mit Firma (§§ 24, 25, 27), selbst wenn der Übernehmende bisher als vertretungsberechtigter Gesellschafter die Firma gezeichnet hatte (K.G. in Johow-Ring XXIV A 193 = Entsch. F.G. III S. 83 = O.L.G. Rspr. IV S. 467), sondern auch Änderung des Namens ohne Änderung der Person (§ 21), denn der Zweck des Handelsregisters, die derzeitigen Firmenträger klar erkennbar zu machen, würde sonst vereitelt werden. Die Praxis trägt bei Tod des bisherigen Firmeninhabers auch die Erbengemeinschaft ein (K.G. in Entsch. F.G. II S. 178 = Johow-Ring XXII A 281 = O.L.G. Rspr. III S. 408, Entsch. F.G. IX S. 159 = Johow-Ring XXXV A 153, vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 454).

Nr. 4. c) Anzumelden ist **Verlegung der Niederlassung** von einem Ort nach einem anderen Ort, selbst innerhalb desselben Gerichtssprengels. Handelt es sich um Verlegung der Hauptniederlassung an einen anderen Ort, so ist anzumelden sowohl bei dem Registergericht des bisherigen (hier zuerst: K.G. in Entsch. F.G. II S. 31) wie (nach § 29) bei dem des zukünftigen Ortes der Niederlassung. Ist der neue Registerrichter der Ansicht, daß die Firma eine unzulässige ist, so wird er zwar zunächst eintragen müssen, aber dann gemäß § 37 H.G.B., bez. § 144 D.F.G.G. vorgehen können. (K.G. in O.L.G. Rspr. XXV S. 411 = Entsch. F.G. XII S. 136). Liegen beide Orte im gleichen Sprengel, so findet natürlich nur eine Anmeldung stett. Unter Ort ist nicht ein Gerichtsbezirk, sondern derjenige Raum zu verstehen, für den das ausschließliche Firmenrecht gewährt ist, also je nach Lage des Falles, ein Ort oder eine Gemeinde. Wechsel des Geschäftslokales innerhalb desselben Ortes ist nicht anzumelden, ebensowenig Wechsel des Geschäftszweiges (anders bei juristischen Personen, § 34 Abs. 1). Die Verlegung einer Zweigniederlassung ist nur bei den Registerbehörden der Zweigniederlassung anzumelden, beim Registergericht der Hauptniederlassung hat ein Vermerk stattzufinden. (§ 13 Nr. 10).

d) Die Anmeldung hat nach § 29 zu erfolgen. Demgemäß ist bei Änderung des Inhabers die Anmeldung vom neuen Inhaber vorzunehmen und von diesem die Firma zu zeichnen, selbst wenn ein Gesellschafter das Geschäft der offenen Handelsgesellschaft übernimmt, der früher die als vertretender Gesellschafter gezeichnet hatte (K.G. in Johow-Ring XXIV A 193 = O.L.G. Rspr. IV S. 467).

Nr. 5. 2. Absatz 2 betrifft alle Firmen. Die Firma **erlischt** nicht durch Wechsel des Firmenträgers, auch dann nicht, wenn an Stelle einer physischen Person oder einer

Gesellschaft eine juristische Person Träger wird (Fall des § 22, vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 246, K.G. in Johow-Ring XLIV S. 150). Bei bloßem Nichtgebrauch der derzeitigen Firma kann es sich entweder um eine Änderung der Firma handeln (wenn das Geschäft vom Inhaber fortbetrieben wird) oder um gänzliches Erlöschen der Firma (vgl. R.G.Str. XXIII S. 350). Letzteres liegt vor, wenn das Gewerbe aufhört, ein kaufmännisches zu sein oder wenn es dauernd zum Kleingewerbe herabsinkt (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 404), wobei auch § 5 H.G.B. für den Registerrichter gleichgültig ist (oben § 5 S. 58), ferner, wenn das Geschäft, für das sie geführt wird, erloschen ist (vgl. bei § 22 Nr. 4), wogegen die Fortdauer einzelner, aus dem Betriebe herrührender Rechtsverhältnisse noch nicht spricht (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 463). Die Firma erlischt ferner, wenn der Firmeninhaber stirbt und die Erben zwar das Geschäft, aber nicht die Firma fortführen,[1]) ferner die abgeleitete Firma, wenn das Geschäft ohne sie weiter veräußert wird. Die bloße Verlegung der Hauptniederlassung läßt die Firma ebensowenig erlöschen (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 216), als eine Veränderung des Gegenstandes des Gewerbes (vgl. K.G. in Entsch. F.G. XI S. 36 ff., O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. I S. 212), doch kann eine Pflicht zur Abänderung nach § 30 eintreten. Wird die Zweigniederlassung aufgegeben, so erlischt die Firma für deren Bezirk. Die Löschung der Firma allein bewirkt nicht deren Erlöschen, (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 257 = Johow-Ring XXVIII A 42 = Entsch. F.G. XI S. 216), auch nicht im Falle des § 2 (oben § 1 Nr. 33). Bei Handelsgesellschaften ist in allen solchen Fällen das Liquidationsstadium mit seiner Wirkung der Forterhaltung in Betracht zu ziehen (vgl. Marcus in Holdheim 1911 S. 29). Auch durch unzulässige Änderung der alten Firma erlischt letztere nicht notwendig. Man kann zu ihr zurückkehren (O.L.G. Dresden in L.Z. 1913, S. 564).

Zur **Anmeldung des Erlöschens** ist der (gegenwärtige oder ehemalige) Kaufmann (§ 29) verpflichtet. Ist der Kaufmann in Konkurs geraten, so hat nicht der Konkursverwalter, sondern der Kridar die Anmeldung vorzunehmen (Marcus in Holdheim 1913 S. 106). Bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften liegt im Falle der Liquidation die Verpflichtung den Liquidatoren ob (§§ 34 Abs. 3, 35, vgl. §§ 157, 302 Abs. 1). Erfolgt bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft eine andere Art der Auseinandersetzung, so haben nach § 29 die Gesellschafter selbst die Verpflichtung zur Anmeldung. Besondere Fälle im Aktienrecht §§ 304, 306. Endigt die Handelsgesellschaft oder juristische Person durch den Konkurs, so hat das Registergericht nach beendigtem Konkurse die Firma von Amts wegen zu löschen (vgl. bei § 32). In den übrigen Fällen schreitet es von Amts wegen nur im Notfalle ein, sei es, daß die dazu Verpflichteten nicht vorhanden sind oder nicht ausfindig gemacht werden können, oder daß die über sie verhängten Ordnungsstrafen erfolglos bleiben. Über das dann zu beobachtende Verfahren D.F.G.G. § 141 (und dazu K.G. in Entsch. F.G. X S. 23). Hervorzuheben ist, daß auf Grund einstweiliger Verfügung eine Löschung der Firma nicht erfolgen darf, (K.G. in Seuffert LXIII Nr. 215), weil die Grenzen einer einstweiligen Verfügung damit überschritten werden. — Hat der Registerrichter die Firma versehentlich gelöscht, so kann er den Löschungsvermerk wieder beseitigen, es sei denn, daß sich herausstellt, daß die Firma in Wahrheit inzwischen erloschen ist (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 257 = Johow-Ring XXVIII A 42, vgl. K.G. in Entsch. F.G. XIII S. 45). — War von Anfang an eine Firma zu Unrecht geführt, weil der sie Führende gar nicht Vollkaufmann war, so greift § 31 überhaupt nicht durch, die Löschung hat dann von Amts wegen zu erfolgen (O.L.G. Jena in Entsch. F.G. XII S. 46). Nr. 6.

[1]) Bei Tod eines Einzelkaufmanns wird ein Schwebezustand zunächst eintreten, insofern es ungewiß ist, ob die Erben das Geschäft fortsetzen werden. Der Registerrichter kann sie nach Ablauf der im § 27 Abs. 2 aufgestellten Frist auffordern, sich zu erklären. Lösen sie es auf, so können sie das Erlöschen der Firma anmelden (vgl. § 143 Abs. 3), sind aber nicht dazu zu zwingen, da sie selbst nicht Firmeninhaber geworden sind. Veräußern sie es mit der Firma, so hat der Erwerber die Anmeldung vorzunehmen. Schlagen sie die Erbschaft aus, so greift das Offizialverfahren von § 141 D.F.G.G. ein. (Marcus bei Holdheim 1905, S. 183).

Nr. 7. 3. **Für beide Absätze ist § 15 zu beachten** (vgl. oben § 1 Nr. 33). Bei Änderung der Inhaber der Firma durch Veräußerung oder Verpachtung des Geschäfts nebst Firma hat die Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung die Folge, daß das Publikum den bisherigen Inhaber noch als Träger der Firma ansehen darf, folglich würde dieser nichtwissenden Dritten aus unter der Firma abgeschlossenen Geschäften seines Rechtsnachfolgers haften (vgl. R.O.H.G. XXI S. 306, O.L.G. Naumburg im Recht 01 S. 318, O.L.G. Hamburg in L.Z. 1911 S. 311). Es hat somit der Verkäufer oder Verpächter ein dringendes Interesse daran, daß die Änderung der Inhaber der Firma eingetragen und publiziert wird, vgl. R.G.Z. XII S. 12, XV S. 36, Bolze XVII Nr. 516, Adler-Clemens Nr. 1843.

Nr. 8. 4. **Älteres Recht.** § 31 ergreift alle unter der Herrschaft des neuen Rechts eintretenden Tatbestände der in ihm angeführten Art, also auch die Verlegung einer nicht eingetragenen Niederlassung. Ist die Niederlassung vor dem 1. Jan. 1900 verlegt, so braucht nur die Anmeldung der am 1. Jan. 1900 bestehenden Niederlassung nach § 29 zu erfolgen.

§ 32.

Wird über das Vermögen eines Kaufmanns der Konkurs eröffnet, so ist dies von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen. Das gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sowie von der Einstellung und Aufhebung des Konkurses. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragungen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 15 bleiben außer Anwendung.

Entw. I § 30, II § 31, Denkschr. I S. 42, II S. 3160.

Nr. 1. 1. **Eintragung.** Die Eintragung erfolgt auf Grund der vom Gerichtsschreiber des Konkursgerichts mitgeteilten beglaubigten Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses (K.O. § 112), bezw. des das Konkursverfahren einstellenden oder aufhebenden Beschlusses (K.O. §§ 205, 163, 190). Auch der Wiederaufnahmebeschluß gehört hierher (K.O. § 198). Sie erfolgt in das Handelsregister der Haupt- und Zweigniederlassung (§ 13: für Preußen vgl. die Allg. Verf. vom 7. November 1899 §§ 29, 31). Sie erfolgt nur, wenn die Firma eingetragen ist (Düringer-Hachenburg Anm. 2).

Nr. 2. 2. **Öffentliche Bekanntmachung.** Die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung nach § 10 unterbleibt, weil die diesbezüglichen Beschlüsse durch das Konkursgericht bereits publiziert werden (K.O. §§ 111, 205, 163 Abs. 2, 190 Abs. 2, 198 Abs. 2) und die Wirkung der Beschlüsse eine konkursrechtliche, nicht eine speziell handelsregisterliche ist. Somit bleibt § 15 außer Anwendung. Vgl. im übrigen bei den §§ 144, 307.

§ 33.

Eine juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat, ist von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes nicht.

Bei der Eintragung sind die Firma und der Sitz der juristischen Person, der Gegenstand des Unternehmens und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugnis des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens sind gleichfalls einzutragen.

Entw. I § 31, II § 32; Denkschr. I S. 42, 43, II S. 3160.

1. **Juristische Personen.** Nur diejenigen juristischen Personen (Korporationen und Stiftungen, privatrechtliche und öffentlichrechtliche, vgl. jedoch § 36) kommen hier in Betracht, die kraft des Gegenstandes des Gewerbebetriebes (§ 1) oder kraft der Art und des Umfanges des Unternehmens (§ 2) als Vollkaufleute einzutragen sind,[1]) nicht solche, die kraft ihrer Rechtsform Kaufmannsqualität besitzen (oben § 6). Ob sie inländische oder ausländische sind, ist an sich gleichgültig, vorausgesetzt, daß ihre Rechtsfähigkeit in Deutschland anerkannt ist. Einzelne Fälle sind aufgezählt bei § 1 Nr. 12. Nr. 1.

Ihre Verfassung kann sich nach Reichsrecht oder Landesrecht (vgl. E.B.G.B. Art. 163, 164 ff.) regeln, ersterenfalls lediglich nach dem B.G.B. oder nach Spezialrecht (so bei den Kolonialgesellschaften).

Der Inhalt des § 33 geht parallel einerseits den §§ 195 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 4, 198, andererseits dem B.G.B. §§ 59, 64. Hervorzuheben sind nur gewisse Punkte.

2. **Bestehen** der juristischen Person. § 33 setzt eine bereits existente juristische Person voraus. Die Eintragung in das Handelsregister hat hier also keinesfalls konstitutive Bedeutung. Die Eintragung kann dagegen für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft Bedeutung haben (§ 2) und die Rechtsvermutung des § 5 begründen. Die Frage, ob der Verein Rechtsfähigkeit hat, entscheidet sich nach bürgerlichem Recht. Die Prüfung des Registerrichters wird sich insbesondere darauf richten, ob die erforderliche staatliche Verleihung (B.G.B. § 22) stattgefunden hat. Ist der Verein ein eingetragener Verein, so ist damit ausgeschlossen, daß er für die Durchführung seiner idealen Zwecke ein Handelsgewerbe betreibt (oben § 1 Nr. 5, a. A. Marcus im Recht 1911, S. 726). Nr. 2.

3. **Firma.** Die Firma der juristischen Person untersteht nicht dem § 20, kann vielmehr frei gewählt werden, wobei jedoch der § 30 Abs. 1, 3 sowie B.G.B. § 57 Abs. 2 zu beachten sind. Der allgemeinen Begriffsbestimmung der Firma (§ 17 Abs. 1) entsprechend ist die Firma der Name der juristischen Person, unter dem diese im Handel auftritt. Darum haben Firma und Name sich möglichst zu decken (vgl. bei § 18 Nr. 10, a. A. Cohn bei Gruchot XXXXII S. 71), andernfalls würde die juristische Person unter einem anderen Namen im Vereinsregister (B.G.B. § 64) unter einem anderen im Handelsregister (§ 33) erscheinen. Doch werden unterscheidende Zusätze zum Namen nach § 18 Abs. 2 gestattet, bei Zweigniederlassungen unter Umständen sogar geboten sein (§ 30 Abs. 3). Täuschende Zusätze sind auch hier zu vermeiden, da § 18 Abs. 2 eine allgemeine Tragweite besitzt. Auch zwei Firmen kann die juristische Person führen, z. B. eine neu angenommene und eine erworbene, vorausgesetzt, daß sie zwei Geschäfte führt (anders Aktiengesellschaften § 20 Nr. 4). Natürlich darf dies nicht der Satzung widersprechen (Staub-Bondi Anm. 10). Nr. 3.

4. **Satzung.** Die Satzung der juristischen Person ist auf ihre Rechtsgültigkeit von der Registerbehörde nicht nochmals zu prüfen, wenn die kompetente Behörde, z. B. der Bundesrat für Kolonialgesellschaften, den Stempel der Gesetzlichkeit darauf gedrückt hat. Fehlt es der juristischen Person, was bei älteren vorkommen kann, an einer Satzung, so ist die Bestimmung nicht anwendbar. Nr. 4.

---

[1]) Handelt es sich um eine juristische Person, die Land- oder Forstwirtschaft und daneben ein Handelsgewerbe betreibt, so gilt hinsichtlich der Eintragungspflicht das in § 3 Vorgetragene. Für den Fall, daß sie sich eintragen läßt, greifen die §§ 33—35 Platz.

5. **Bestellung des Vorstandes.** Was die einzureichenden Urkunden über Bestellung und entsprechende Aenderung des Vorstandes betrifft, so kann bei Stiftungen die Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt werden (B.G.B. § 86). Dann ist eine amtliche Bescheinigung darüber einzureichen. Daß die Urkunden nicht bei dem Register der Zweigniederlassung einzureichen sind, entspricht dem Aktienrecht (§ 201 Abs. 2). Der Registerrichter hat die Prüfung, ob die Bestellung sich nach den eingereichten Urkunden als rechtsgültig erweist (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 254, 382).

Nr. 6. 6. **Einzutragende Tatsachen.** An die Eintragung der Firma knüpfen sich die Folgen der §§ 2, 5, 30. Die Unterlassung der Eintragung der anderen Tatsachen zieht lediglich die Nachteile des § 15 Abs. 1 nach sich. Was als Sitz der juristischen Person gilt, bestimmt B.G.B. §§ 24, 80, über den Gegenstand des Unternehmens vgl. bei § 182 Nr. 7, über Vertretungsbefugnisse des Vorstandes vgl. B.G.B. §§ 26, 28, 70, 86. Die Satzung selbst wird nicht eingetragen, abgesehen von den im Schlußsatz angegebenen Bestimmungen. Da § 29 auch auf juristische Personen Anwendung findet, so ist auch der vom Orte des Sitzes verschiedene Ort der Handelsniederlassung anzumelden und einzutragen (vgl. Düringer-Hachenburg § 33 Anm. IV Nr. 3).

Nr. 7. 7. **Älteres Recht.** § 33 ergreift alle juristischen Personen, die am 1. Jan. 1900 eintragungspflichtig sind, auch die bereits vorher eingetragenen. Der Registerrichter hat, falls die Eintragung nicht die in § 33 vorgeschriebenen Punkte enthält, das Erforderliche nachzuholen, er hat die Statuten und die Urkunden über Bestellung des Vorstandes sich nachträglich einreichen zu lassen, falls sie noch nicht bei den Akten sind. Dagegen wird er die Eintragung deshalb, weil sie vorher nicht auf Anmeldung sämtlicher Mitglieder des Vorstandes vorgenommen ist, nicht zu wiederholen brauchen.

§ 34.

Jede Änderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Tatsachen oder der Satzung, die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist, sowie die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugnis sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung einer Änderung der Satzung genügt, soweit nicht die Änderung die im § 33 Abs. 3 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Änderung.

Die Anmeldung hat durch den Vorstand oder, sofern die Eintragung erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll, durch die Liquidatoren zu erfolgen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren geschieht von Amts wegen.

Im Falle des Konkurses finden die Vorschriften des § 32 Anwendung.

Entw. I § 31, II § 33; Denkschr. I S. 42, 43, II S. 3160; Komm.Ber. S. 3877.

Nr. 1. 1. Absatz 1. Die Bestimmung ist dem B.G.B. §§ 71, 74, 67, 76 nachgebildet. Die Änderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Tatsachen, welche der Nachprüfung des Registerrichters unterliegt (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S 254, 383), ist nicht stets eine Änderung der Satzung (z. B. Wechsel der Mitglieder des Vorstandes) und eine Änderung der Satzung kann auch andere Tat-

sachen als die im § 33 Abs. 3 betreffen. — Über die Auflösung der juristischen Person normiert das bürgerliche Recht. Das Wort Auflösung umfaßt hier auch Entziehung der Rechtsfähigkeit, während das bürgerliche Gesetzbuch beide Begriffe unterscheidet (B.G.B. §§ 41—43, 45). Die Eröffnung des Konkurses wird von Amts wegen eingetragen (§ 32). Unter Liquidatoren sind nur die bei Auflösung der juristischen Person in Frage kommenden Liquidatoren zu verstehen, eine besondere Liquidation des Handelsgewerbes im juristischen Sinne des Wortes gibt es hier so wenig wie beim Einzelkaufmann (a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 4). — Außer den in Abs. 1 angegebenen Tatsachen sind nach allgemeinen Grundsätzen noch weitere anzumelden, z. B. Verlegung der Niederlassung (§ 31), das Erlöschen der Firma bei Aufgabe des Handelsgewerbes (Staub-Bondi § 34 A. 3), die Aufgabe der Zweigniederlassung bei dem Register der Zweigniederlassung. — Die Eintragung dieser Tatsachen hat keine konstitutive Bedeutung, die Wirksamkeit der Satzungsänderung, Auflösung usw. regelt sich nach bürgerlichem Recht. Nur die Folgen des § 15 treten ein.

2. Absatz 2. Die Bestimmung ist den §§ 71 Abs. 2, 64 des B.G.B. einerseits, dem § 277 Abs. 2 des H.G.B. andererseits nachgebildet. Nr. 2.

3. Absatz 3. Vorbildlich sind B.G.B. §§ 71, 67, 76 einerseits, die §§ 277, 293, 234, 296 des H.G.B. andererseits. Die diesbezüglichen Urkunden sind in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift einzureichen (vgl. § 33 Abs. 2). Da das Gesetz nur vom „Vorstand", nicht von „sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes" spricht, genügt die Anmeldung durch diejenigen Vorstandsmitglieder, die nach der Satzung den Vorstand nach außen darstellen (Düringer-Hachenburg Anm. 5). Nr. 3.

4. Absatz 4. Vorbildlich ist B.G.B. § 67 Abs. 2, § 76 Abs. 3 und H.G.B. § 296 Abs. 3. Über gerichtlich bestellte Vorstandsmitglieder und Liquidatoren vgl. B.G.B. §§ 29, 48 Abs. 1. Nr. 4.

5. Absatz 5. Über die Wirkung des Konkurses vgl. B.G.B. §§ 42, 86. Nr. 5.

6. Älteres Recht. § 34 bezieht sich nur auf solche Hergänge, die unter der Herrschaft des neuen Rechts eintreten. Ist die Änderung bezw. Auflösung vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt, so wird sie vom alten Recht beherrscht, so wird z. B. nur derjenige Sitz einzutragen sein, den die juristische Person am 1. Jan. 1900 hat, nicht etwa frühere Sitze, ebensowenig sind frühere Vorstandsmitglieder, deren Amt vor dem 1. Jan. 1900 ablief, einzutragen, Änderungen der Satzung, die vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt sind, erscheinen überhaupt als Originalbestandteile der Satzung, fallen also unter § 33. Löste sich die juristische Person vor dem 1. Jan. 1900 auf, so ist zu unterscheiden, ob sie nach altem Recht Vollkaufmann war oder nicht. Ersterenfalls ist das Erlöschen ihrer Firma gemäß § 31 anzumelden, letzterenfalls ist von einer Eintragung der Firma auch für die Zukunft keine Rede, selbst wenn das Liquidationsstadium sich noch längere Zeit hinziehen sollte, denn § 2 betrifft nur solche Unternehmen, die am 1. Jan. 1900 wirklich betrieben werden, nicht absterbende (vgl. bei § 1 Nr. 35, § 2 Nr. 12). Im ersteren Falle erhebt sich dann wieder die besondere Frage, ob die Bestimmungen des B.G.B. über die Liquidation rückwirkende Kraft haben auf solche juristische Personen, die am 1. Jan. 1900 bereits aufgelöst sind; man wird die Frage zu bejahen haben. Nr. 6.

§ 35.

Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren einer juristischen Person haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Entw. I § 31, II § 34; Denkschr. I S. 42, 43, II S. 3160.

Die Vorschrift entspricht den §§ 195 Abs. 4, 234 Abs 3, 296 Abs. 4. Über die Form der Zeichnung im Leben sagt das Gesetz nichts, doch wird man die §§ 233, 298 Abs. 1 entsprechend anzuwenden haben. Die Vorschrift gilt für alle am 1. Januar 1900 fungierenden Vorstandsmitglieder. Falls sie noch nicht gezeichnet haben, sind sie zur Zeichnung anzuhalten. — Vgl. im übrigen bei § 12.

§ 36.

Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Erfolgt die Anmeldung, so ist die Eintragung auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens zu beschränken.

Entw. I § 32, II § 35; Denkschr. I S. 43, 44; II S. 3160, 3161.

Nr. 1. 1. **Registrierungsrecht.** Staatliche und kommunale Unternehmungen sind nicht eintragungspflichtig. Ist Staat oder Kommune Vollkaufmann nach § 1 (vgl. oben § 1 Nr. 12), so kann er seine Firma eintragen lassen, aber auch ohne Eintragung bleibt ihm die kaufmännische Stellung gewahrt. Jedoch genießt bis zur Eintragung die von ihnen geführte Firma nicht das Recht der Ausschließlichkeit (vgl. § 30 Abs. 1), und wenn sie Prokura erteilen, unterstehen sie dem § 53 (a. A. Staub-Bondi § 36 A. 2, Marx S. 27, Ritter Anm. 1, Brand Anm. 3). Bei Eintragung der Prokura ist dann aber die Eintragung der im § 36 angegebenen Tatsachen nachzuholen (vgl. bei § 53, anders, wie es scheint, Makower II). — Handelt es sich um ein Unternehmen nach § 2 oder ein Nebengewerbe der Landwirtschaft nach § 3 Abs. 2, so sind Staat und Kommune nicht verpflichtet, Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Wollen sie aber solche erwerben, so bedürfen auch sie der Eintragung. — Im Gegensatz zur Herbeiführung der Eintragung ist die Rücknahme nicht frei, die Löschung der Firma kann nicht jederzeit von ihnen begehrt werden (richtig Riesenfeld im preuß. Verwaltungsblatt XX S. 108, O.L.G. Jena in Entsch. F.G. I S. 52ff. = O.L.G. Rspr. I S. 172 = Johow-Ring XX D. 18; K.G. in O.L.G. Rspr. X S. 234 = Johow-Ring XXVIII A 213; a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 4, Goldmann I S. 170, Makower S. 145). Es ist hier § 3 Abs. 2 Schlußsatz entsprechend anzuwenden. Auch ist selbstverständlich, daß Staat und Kommune als Träger der einmal eingetragenen Unternehmung die weiteren Eintragungen zu besorgen haben, die im Laufe der Zeit praktisch werden können, z. B. beim Registergericht der Zweigniederlassungen oder infolge Änderung der Firma. —

Die Freiheit von der Registrierungspflicht wird sich auch auf Vereinigungen zweier Staaten oder zweier Kommunalverbände oder von Staat und Kommunalverband zu offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften beziehen (Preußisch-hessische Eisenbahngemeinschaft? vgl. Brand Anm. 1, Makower S. 8; Bedenken, sie als offene H.G. aufzufassen, hegt R.G.Z. LII Nr. 39). Anders, wenn Staat oder Kommunalverband sich mit einem Privaten vereinigt, anders auch, wenn er sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile einer G. m. b. H. besitzt.

Nr. 2. 2. **Ausländischer Fiskus.** Das Privilegium des § 36 steht nicht dem ausländischen Fiskus und ausländischen Kommunalverbänden zu, vielmehr unterliegen diese der Registrierungspflicht. Die Eintragung wird sich auch bei ihnen auf die im Satz 2 angegebenen Punkte zu beschränken haben. Nicht als ausländische, sondern als inländische Kommunalverbände gelten die in einem deutschen Schutzgebiet oder einem Konsulargerichtsbezirk durch Beschluß des Bundesrates mit dem Rechte eines Kommunalverbandes ausgestatteten Niederlassungen (R.G. vom 3. Juni 1905 § 1).

Nr. 3. 3. **Regent.** Nur die Fisci haben das Privileg, dagegen nicht die Person des Regenten. Von letzterem betriebene Bergwerksunternehmungen z. B. würden nach § 2 eintragungspflichtig sein. Ist der Landesherr, wie im altständischen Staat (Mecklenburg), Träger des Staatsvermögens, so sind von ihm in dieser Eigenschaft durchgeführte Unternehmungen vom Eintragungszwange befreit. Standesherrn besitzen das Privileg nicht (K.G. in Entsch. F.G. II S. 227 = Johow-Ring XXIII A 77).

Nr. 4. 4. **Kommunalverbände.** Unter solchen sind nicht bloß städtische und ländliche Gemeinden, sondern auch Provinzen (Fall bei Bolze XXIII Nr. 310), Kreise, Amtsverbände usw. zu verstehen (Motive z. Entw. I d. B.G.B. IV S. 1113), dagegen nicht kirchliche juristische Personen. Der Kommunalverband kann auch ein gemeinsamer Zweckverband sein (L.G. Freiburg im Zentralbl. VII S. 733).

5. Kraft besonderen Gesetzes ist auch die **Reichsbank** von der Registrierungspflicht frei (vgl. bei § 29 Nr. 1). Nr. 5.

6. Die Beschränkung auf die im Satz 2 angegebenen drei Punkte rechtfertigt sich aus der Natur der Sache. Insbesondere ist die Angabe der mit der Leitung des Unternehmens betrauten Personen wegen deren Amtscharakters (vgl. bei § 59 Nr. 1) nicht tunlich. Eintretende Veränderungen hinsichtlich der drei Punkte sind ebenfalls anzugeben (vgl. § 34 Abs. 1, § 31 f.). Über die Firma vgl. bei § 18 Nr. 10. Was die Form der Anmeldung betrifft, so ist § 12 Absatz 1 maßgebend. Nicht genügt Anmeldung durch die kompetente Behörde mit ihrem Amtssiegel, wie L.G. Paderborn in L.Z. 1910 S. 952 annimmt. Vgl. K.G. in Entsch. F.G. XI S. 24. Nr. 6.

6a. Ist § 15 auf Unternehmen der in § 36 genannten Art zu erstrecken? Die Frage wird zu bejahen sein. Man hat dies bestritten, wenigstens bei Handelsgewerben im Sinne des § 1, weil dadurch ein indirekter Zwang auf die Eintragung geübt werde, allein § 15 bezweckt etwas ganz anderes. Makower S. 74 will den § 15 Abs. 1, Ehrenberg Hdb. I S. 627 sowohl Abs. 1 als Abs. 2 ausschließen. Allein bei derartigen Unternehmungen wird Bekanntschaft des Dritten mit der Firmenträgerschaft wohl meist vorhanden sein, so daß Abs. 1 bei Nichteintragung kaum nachteilig wirken wird. Abs. 2 aber auszuschließen, hieße Staat und Kommune ungebührlich benachteiligen. Bei Prokurenerteilungen liegt hier sicher das gleiche Bedürfnis der Anwendbarkeit wie sonst vor. Nr. 6a.

7. **Älteres Recht.** § 36 betrifft auch aus älterer Zeit her bestehende Unternehmungen, sie können sich also nach dem 31. Dez. 1899 löschen lassen. Er gewährt andererseits dieses Privileg nur für die Zukunft. Hinsichtlich der Eintragungspflicht für die Zeit vor dem 1. Jan. 1900 normiert das ältere Recht. Nr. 7.

§ 37.

Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt.

Entw. I § 33, II § 36; Denkschr. I S. 44, 45, II S. 3161; A.D.H.G.B. Art. 26 Abs. 2, 27.

1. Vorbemerkung. § 37 regelt die Folgen des unstatthaften Gebrauches von Firmen und zwar im Abs. 1 vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung, im Abs. 2 vom Standpunkte des verletzten Privatrechts (Düringer-Hachenburg Anm. 1). Beide Seiten sind grundsätzlich zu scheiden. Der Gebrauch der Firma kann unbefugt vom Standpunkt der öffentlichen Ordnung, befugt oder doch nicht angreifbar vom Standpunkt des Privatrechtes sein, z. B. der Inhaber einer eingetragenen Firma gestattet den Gebrauch einer gleichlautenden Firma, oder der berechtigte Inhaber eines Namens gestattet den Gebrauch seines Namens in einer neuen Firma, oder bei Streit zweier Personen um das Recht zum Gebrauch der gleichen Firma wird Klage wie Widerklage abgewiesen (R.G. im Sächs. Archiv XIV S. 575). Solchenfalls hätte der Registerrichter nach § 30 Abs. 1 einzuschreiten, dagegen wäre ein Anspruch des Gestattenden auf Unterlassung des Gebrauches aus § 37 Abs. 2 nicht gegeben (vgl. R.G.Z. XXIX S. 71, 72). Es kann umgekehrt ein befugter vom Standpunkt der öffentlichen Ordnung, ein unbefugter vom Standpunkt des Privatrechts sein, z. B. der Inhaber der Firma verstößt durch deren Gebrauch gegen vertragsmäßig übernommene Verpflichtungen (R.G.Z. XXXVIII S. 80ff.). Solchenfalls hätte, falls die Firma ein zulässiges Aussehen trägt, der Nr. 1.

Registerrichter kein Recht zum Einschreiten, wohl aber der Verletzte die Klage auf Unterlassung der Führung. Das alte H.G.B. gab der Scheidung klaren Ausdruck, indem es die beiden Seiten in verschiedenen Artikeln behandelte (Art. 26 Abs. 1, 27). Auch das neue H.G.B. hält an der Scheidung fest. Die gesetzlichen Voraussetzungen für das Einschreiten des Registerrichters decken sich nicht mit denen für das Vorgehen des verletzten Privaten, für jenes wird gefordert der Gebrauch einer nach den Vorschriften dieses Abschnittes nicht zustehenden Firma, für dieses unbefugter Gebrauch einer Firma, durch welchen die Rechte eines anderen verletzt werden.

Nr. 2. 2. **Gebrauch einer Firma.** § 37 verlangt

a) Daß eine **Firma** gebraucht werde. Er bezieht sich somit nicht auf den Gebrauch von Namen, Titeln, Wappen, Warenzeichen, Ausstattungen, erläuternden Notizen (vgl. bei § 18 Nr. 6 und R.G.Z. XIX S. 23) usw., auch nicht auf Gebrauch eines Firmenzusatzes isoliert für andere Zwecke (O.L.G. Frankfurt im Recht 07 S. 1272 Nr. 3202), denn der Firmenzusatz genießt nur als Bestandteil der Firma Schutz (oben § 18 Nr. 6). Die Folgen eines unstatthaften Gebrauches aller solcher regeln sich nach bürgerlichem Recht (B.G.B. § 12) oder besonderen Reichsgesetzen (vgl. § 13 W.Z.G., O.L.G. Hamburg im Recht 08 S. 280 Beil. 2) oder dem öffentlichen Landesrecht. Auch der unstatthafte Gebrauch von Etablissementsnamen (vgl. bei § 4 Nr. 7 S. 53) würde nicht unter § 37 fallen. Wohl aber würde darunter fallen die Ausgestaltung des Geschäftsnamens von Minderkaufleuten oder nichtkaufmännischen Gewerbetreibenden in einer Weise, daß sie den Eindruck einer kaufmännischen Firma hervorruft, z. B. durch den Zusatz „et Comp." (vgl. bei § 4 Nr. 7); nicht rechnet dahin O.L.G. Hamburg bei Seuffert LXI Nr. 41 = O.L.G. Rspr. XI S. 380 den Fall, daß zwei Gewerbetreibende für ein gemeinschaftlich betriebenes nichtkaufmännisches Gewerbe ihre Familiennamen durch das Zeichen „&" verbinden, anders mit Recht K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 380 ff. (oben S. 52). — Demgemäß hat auch ein Vollkaufmann, der zum Minderkaufmann wird, seine bisherige kaufmännische Firma umzuändern, wenn sie den Anschein hervorruft, daß er Vollkaufmann sei, was stets der Fall sein wird, wenn es sich um vom bürgerlichen Namen abweichende Namen handelt. Führt er solche nach Löschung im Handelsregister fort, so wäre das Einschreiten des Registerrichters und die Klage des in seinen Rechten Verletzten gegeben. Anders, wenn die bisherige Firma sich mit seinem bürgerlichen Namen deckt, diesen könnte er fortführen.

Nr. 3. b) **Gebrauch** der Firma. Der Gebrauch wird am intensivsten sein, wenn der Gebrauchende die Firma zur Eintragung in das Handelsregister gebracht hat (R.G.Z. XXII S. 59, O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. V S. 274). Aber § 37 bezieht sich auch und zwar vornehmlich auf den Gebrauch einer nicht zur Eintragung gebrachten Firma, er bezieht sich ferner auf den Fall, daß im Leben die eingetragene Firma mit Abänderungen gebraucht wird, ja es ist nicht notwendig, daß bei der Abschließung von Handelsgeschäften ausdrücklich auf die Firma Bezug genommen wird. Es genügt, daß jemand zu erkennen gibt, daß er unter dieser Firma als Kaufmann oder für kaufmännische Zwecke (nicht etwa genügt Benutzung als bürgerlicher Name oder als Pseudonym oder für Theaterzwecke) geschäftlich tätig sein wolle, z. B. durch Aufschrift an der Ladentür, durch Zeitungsinserat, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten, Preiskourante, Briefe und Rechnungen für Geschäftsführende, Telegrammadressen, Gebrauch auf Plakaten, Klischees und Etiketten, (K.G. in Entsch. F.G. VII S. 199 = Johow-Ring XXXIII A 130) in Adreßbüchern, Fernsprechteilnehmerverzeichnissen (im letzteren Falle negiert von O.L.G. Hamburg in L.Z. 1910 S. 90) usw. (R.O.H.G. XIV S. 186, R.G.Z. V S. 111, XIX S. 22, XXXVI S. 14, LV S. 123, Johow V S. 18, Johow-Ring XXXVI A 129, XXXIII A 134, O.L.G. Posen in Seuffert LIX Nr. 237, Bayer. Obst.Ld.G. in Seuffert LXV Nr. 31, vgl. ferner K.G. in O.L.G. Rspr. I Nr. 281, O.L.G. Hamburg ebenda XVI S. 83, Bayer. Obst.Ld.G. ebenda XXI S. 368, Adler-Clemens Nr. 1868, bedenklich Busch XXXX S. 249.)[1]) Die Aufschrift braucht auch nicht erst gemacht zu sein, sie kann von früher her bestanden haben und ist nur nicht entfernt worden. § 37 kann also auch

[1]) Doch würde die bloße Ankündigung, man habe das Geschäft des N. N. übernommen, noch kein Gebrauch der Firma von N. N. sein. Löwenthal, Das Firmenrecht 1899 S. 30.

durch Unterlassen zur Anwendung gebracht werden. Das R.O.H.G. hat den Gebrauch auch da angenommen, wo ein Dritter sich fälschlich als bestellten Vertreter einer Firma geriert, in dieser Eigenschaft Handelsgeschäfte abschließt und Reisende bestellt (XXI S. 223, so auch O.L.G. Kiel in Seuffert LXIV Nr. 96). Indessen fragt es sich, ob diese Entscheidung nicht zu weit geht, da es sich doch nur um Anmaßung der Vertreterschaft handelt (vgl. auch R.G.Z. LV S. 124). Ebensowenig wird unter § 37 fallen, wenn jemand sich als Teilhaber einer Firma bezeichnet, (a. A., wie es scheint O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 381). Umgekehrt nimmt die herrschende Auffassung auf Grund der Protokolle der Nürnberger Kommission S. 924, 925 den Gebrauch nicht schon dann an, wenn Waren mit einer fremden Firma bezeichnet und in den Handel gebracht werden (vgl. Busch IX S. 297, R.O.H.G. IV S. 257, R.G.Z. III S. 165, Bolze V Nr. 201, R.G. im Recht 05 S. 683 Nr. 2884, 01 S. 239, L.Z. 08 S. 594), allein wenn es auch richtig ist, daß das Feilhalten von mit einer fremden Firma versehenen Waren noch nicht der Gebrauch jener Firma ist, so kann doch in der Verwendung einer Firma als Bestandteil eines Warenzeichens der Gebrauch einer Firma liegen (vgl. auch Cosack S. 67, Staub-Bondi Anm. 20, R.G. in J.W. 1911, S. 66[71]). Praktisch wird die letzte Frage freilich durch § 14 Abs. 1 des R.G. vom 12. Mai 1894 geregelt.

c) Ob der Gebrauchende Voll- oder Minderkaufmann oder überhaupt Kaufmann ist, ist an sich gleichgültig. Es ist nicht einmal erforderlich, daß er die Firma selbstnützig gebraucht. So würde auch Gebrauch durch den Konkursverwalter dahin fallen (Josef in L.Z. 1910, S. 534ff.).

3. Absatz 1. Vom Standpunkte der **öffentlichen Ordnung** verbietet Absatz 1 Nr. 4. den Gebrauch einer nach den Vorschriften des Abschnittes über die Handelsfirmen (einschließlich des Art. 22 des E.H.G.B.) dem Gebrauchenden nicht zustehenden Firma, gleichgültig ob es sich um einen Verstoß gegen die formalen Vorschriften über die Ausgestaltung der Firma handelt (z. B. bei neu angenommenen Firmen um einen Verstoß gegen die §§ 18—20) oder um die Verletzung des Grundsatzes der Ausschließlichkeit des Firmenrechts oder um das Fehlen der gesetzlichen Vorbedingungen für das Recht auf Annahme oder Fortführung einer Firma, z. B. um das Fehlen der ausdrücklichen Einwilligung der bisherigen Geschäftsinhaber im Falle des § 22, um die Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft (§ 23, vgl. R.G. in J.W. 03 S. 293[16]), um den Fortfall der Vorbedingungen für die Fortführung der Firma, z. B. Tod des Erwerbers bei Nießbrauchseinräumung an Geschäft und Firma, vorausgesetzt daß dies dem Registerrichter kundgegeben war — oder um die unzulässige Gebrauchsform einer zustehenden Firma (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 34, K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 246, Bayer. Obst.Ld.G. ebenda XVI S. 78, O.L.G. Kolmar ebenda V S. 273, VIII S. 378, 383) oder um den Gebrauch mehrerer Firmen für dasselbe Geschäft (Marcus in Holdheim 09 S. 185). Hierhin ist auch der Fall zu ziehen, daß der die Firma Annehmende bezw. Veräußernde gar kein Gewerbe oder nur ein Kleingewerbe betreibt (O.L.G. Dresden in L.Z. 09 S. 703, a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 2) oder daß er sich nur als Strohmann für einen anderen vorschieben läßt, um diesem die Führung der Firma zu ermöglichen. Denn die einschlägigen Vorschriften der §§ 17, 22 usw. werden dadurch verletzt, und auf § 5 kann er sich gegenüber dem Registerrichter nicht berufen. Praktisch wird hier freilich meist Abs. 2 in Frage kommen (vgl. die einschlägigen Entscheidungen bei Busch XX S. 56, R.G.Z. III S. 121f., IX S. 2f., XXII S. 58, XXV S. 1ff., XXXVII S. 61, O.L.G. Köln in Z. XLVI S. 481), aber ein Einschreiten seitens der Registerbehörde ist nicht ausgeschlossen (R.G.Z. IX S. 2), weil diese Vorschriften zugleich im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen sind (K.G. in Johow-Ring XXXI A 147, XXXV A 147, anders Düringer-Hachenburg Anm. 2, Marcus in Holdheim XVIII S. 185). Dagegen gehört nicht unter § 37 Abs. 1 der Fall, daß die Firma den Vorschriften des H.G.B. entspricht, aber gegen § 16 U.W.G. oder gegen das W.Z.G. verstößt (K.G. in Johow-Ring XLI A 116 = Entsch. F.G. XI S. 114, Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 09 Nr. 1395 vgl. bei § 12 Nr. 7 oben). — Erfährt in allen obigen Fällen das zuständige (über die Zuständigkeit Ehrenberg Hdb. I S. 592) Registergericht durch die Organe des Handelsstandes (D.F.G.G. § 126, oben § 8 Nr. 3) oder durch einen Privaten (gleichgültig, ob dieser verletzt ist oder nicht) von dem Gebrauch der

unstatthaften Firma, so hat es dem Beteiligten unter Androhung (nicht gleich Festsetzung) einer Ordnungsstrafe (bis dreihundert Mark, § 14) aufzugeben, sich des Gebrauchs dieser unstatthaften Firma zu enthalten — nicht sie in bestimmter positiver Art zu ändern (K.G. in Johow-Ring XXXVII A 184 = Entsch. F.G. X S. 37), auch nicht, sie zur Löschung zu bringen (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 339), ebensowenig einzelne Worte aus der Firma fortzulassen (ebenda S. 341) oder das Firmenschild zu entfernen (K.G. in O.L.G. Rspr. V S 274), wohl aber, wenn er zwei Firmen für ein Geschäft gebraucht, nach seiner Wahl die eine Firma löschen zu lassen (K.G. in Johow-Ring XXXVII A 177) — oder binnen bestimmter Frist den Gebrauch der Firma mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen (D.F.G.G. § 140 Nr. 1, § 132).[1]) Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig (D.F.G.G. § 132 Abs. 2). Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, so greifen die §§ 134—139 D.F.G.G. Platz (dazu Ehrenberg a. a. O. S. 595). Wird kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen, so wird die Ordnungsstrafe festgesetzt, aber nur — abweichend von § 14 H.G.B. — falls der Beteiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung (§ 16 D.F.G.G.) dieser zuwider die unstatthafte Firma gebraucht hat. Bestreitet er Zuwiderhandlung, so wird der Registerrichter erst darüber Feststellungen vorzunehmen und erst dann die Ordnungsstrafe festzusetzen haben (anders Ehrenberg S. 597). Gegen die Festsetzung der Ordnungsstrafe findet sofortige Beschwerde statt (D.F.G.G. § 139). — Ist der Beteiligte gestorben, so ist gegen die Erben von neuem vorzugehen (Marcus in Holdheim 09 S. 184). — Äußersten Falls kann bei für den Gebrauchenden eingetragenen Firmen auch die Löschung des Eintrags von Amts wegen Platz greifen (D.F.G.G. §§ 142, 143), wozu auch Dritte (Privatpersonen, Körperschaften, Behörden) durch Stellung von Anträgen Anlaß geben können und bei Ablehnung ihres Antrages dann, aber auch nur dann, ein Beschwerderecht haben, wenn ein ihnen zustehendes individuelles, privates oder öffentliches, Recht verletzt ist (oben § 8 Nr. 3) — während die Verletzung eines bloßen wirtschaftlichen Interesses, z. B. von Gläubigern, um Schiebungen fernzuhalten, nicht genügt. (Hierzu K.G. in Johow-Ring XXVIII A 39, 60, 231, K.G. in Entsch. F.G. VII S. 122 = Johow-Ring XXXII A 123, Entsch. F.G. VII S. 186ff., Entsch. F.G. VII S. 195ff. = Johow-Ring XXXII A 117, Entsch. F.G. VIII S. 196ff. = O.L.G. Rspr. XVI S. 188, ferner K.G. in Entsch. F.G. X S. 21, O.L.G. Rspr. IX S. 241, XII S. 203 (= Johow-Ring XXV A 89), XII S. 201, Johow-Ring XXXIV A 134, XXXIII A 140, XXI A 246, Bayer. Obst.Ld.G. in L.Z. 09 S. 566 und im Recht 1911 Nr. 2458). Über den strittigen Begriff des „Rechts" Unger in Z.Z.P. XXXVI S. 96ff., welcher zu weitgehend als „Recht" schon ansieht das Recht, zu verlangen, was man mit der Beschwerde zu erreichen strebt, auch ohne daß ein bestimmtes subjektives Recht gegeben ist, (Josef in Holdheim 1910 S. 129, 07 S. 292ff.). Darum haben Handelskammern das Beschwerderecht nicht generell (§ 126 D.F.G.G. betrifft diesen Fall nicht K.G. in Johow-Ring XXXIV A 133, XXXVII A 187, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 50 = L.Z. 1910 S. 699), ebensowenig das Aufsichtsamt für Privatversicherung, so weit es sich um die Verletzung von Vorschriften über die Registerpflicht handelt, da die Überwachung dieser Pflicht dem Aufsichtsamt nicht eingeräumt ist (K.G. in Entsch. F.G. VII S. 122). Ausführliche Erörterung bei Ehrenberg a. a. O. S. 604ff. — Dieses Beschwerderecht ist vom Widerspruch der unmittelbar Betroffenen wohl zu scheiden (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. V S. 445, K.G. ebenda VII S. 211). — Übrigens ist das Mittel der Löschung insofern nicht zum Ziele führend, als Gebrauch der Firma trotz Löschung stattfinden kann. Wieweit polizeilich oder strafrechtlich vorgegangen werden kann, richtet sich nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften des Verwaltungsrechts vgl. z B. G.O. § 147 Abs. 1 Nr. 3, § 148 Nr. 14, R.Str.G.B. § 360 Nr. 8,7. Hierzu O.V.G. XLIII S. 305, LV S. 258, Bad. Rpr. VI S. 316, 273. Ohne Grund wollen Staub-Bondi § 18 Anm. 10, § 37 Anm. 9a ein polizeiliches Einschreiten neben dem registerrichterlichen ganz ausschließen.

---

[1]) Daß hieraus unabhängig von § 2 ein Zwangsrecht zur Anmeldung resultieren kann, bemerken richtig Staub-Bondi Anm. 4a.

4. Absatz 2. Umfassender ist der Schutz, den Absatz 2 den in seinen **Privatrechten** durch einen Firmengebrauch **Verletzten** gewährt. Das Gesetz knüpft den Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma an zwei Voraussetzungen: Nr. 5.

a) Der Angesprochene muß eine Firma unbefugt gebraucht haben,

b) Er muß die Rechte des Ansprechenden durch den unbefugten Gebrauch verletzt haben.

a) **Unbefugter Gebrauch** der Firma liegt stets vor, wenn der Angesprochene eine nach den Vorschriften des Abschnittes über die Handelsfirmen ihm nicht zustehende Firma gebraucht. Aber unbefugter Gebrauch kann darüber hinaus auch vorliegen, wenn der Angesprochene eine vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung zulässige Firma gebraucht, nämlich dann, wenn er durch den Gebrauch der Firma gegen den Ansprechenden privatrechtlich widerrechtlich handelt, insbesondere wenn er gegen die gegen ihn übernommenen Vertragsverpflichtungen verstößt (A. A. Staub-Bondi Anm. 18, Düringer-Hachenburg Anm. 6, Ritter Anm. 3, Brand Anm. 4d, O.L.G. Dresden bei Seuffert LVIII Nr. 7, welche stets Verletzung des formellen Firmenrechts verlangen. Ob auch R.G.Z. LVI S. 189 diese Auffassung teilt, ist zweifelhaft). Darnach kann möglicherweise der Registerrichter nicht in der Lage sein, einzuschreiten. Hatte z. B. der Veräußerer des Geschäfts eingewilligt, daß der Erwerber die Firma fortführt und dies dem Registerrichter ohne Einschränkungen kundgegeben, während er mit dem Erwerber ausbedang, daß dieser die Firma nur für eine bestimmte Zeit führen oder daß er sie nicht weiter übertragen dürfe, so würde bei Fortführung der Firma über jene Frist hinaus oder bei Weiterübertragung der Firma der Veräußerer aus Abs. 2 einen Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma haben, während der Registerrichter keine Handhabe zum Einschreiten hätte (O.L.G. Dresden bei Seuffert LVIII Nr. 7, bedenklich O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIV Nr. 49). Einen anderen Fall bietet R.G.Z. XXXVIII S. 86ff. Hier hatte der Pächter eine Mineralquelle („Barbarossabrunnen") eine Firma angenommen, die außer seinem Namen die Worte „Barbarossabrunnen" enthielt, diese Firma dann aber auch nach Ablauf der Pachtzeit beibehalten und weiterübertragen. Der Verpächter und Eigentümer der Mineralquelle ging gegen den Erwerber der Firma vor und erzielte dessen Verurteilung zur Unterlassung des Gebrauchs, weil das Recht des Verpächters durch den Gebrauch solcher im übrigen gegen die Vorschriften des Abschnittes über die Handelsfirma nicht verstoßenden Firma verletzt wurde. Weitere Fälle in R.G.Z. LVIII Nr. 5, wo freilich § 37 nicht herangezogen wurde, O.L.G. Naumburg im Recht 01 S. 210. Hierhin würde auch der Fall gehören, daß der Gesellschaftsvertrag bei Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma nicht enthalten ist, dessen Einwilligung in die Fortführung der Firma für erforderlich hält und nun die Firma ohne seine Einwilligung fortgeführt wird. Nr. 6.

Der unbefugte Gebrauch wird nicht zum befugten durch die gute Absich (R.G.Z. XIX S. 22), ebensowenig durch den guten Glauben des die Firma Gebrauchenden, (R.G. in Holdheim 1905 S. 161, R.G.Z. LXVI S. 323), insbesondere kann sich der weitere Erwerber der Firma nicht auf seinen guten Glauben stützen, der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" greift für Firmenrechte nicht Platz (R.G. in J.W. 03, S. 342[3], vgl. bei § 22 Nr. 8). Auch die Berufung auf die publica fides des Handelsregisters würde nichts helfen, der Erwerber könnte sich nicht darauf berufen, daß die Beschränkung der Firmenübertragung auf gewisse Zeit oder auf die Persönlichkeit seines Vorgängers nicht in das Handelsregister eingetragen sei, er somit nicht in der Lage gewesen sei, davon Kenntnis zu nehmen, denn derartige Stipulationen gehören nicht zu den eintragungsbedürftigen Tatsachen. (Vgl. aus der Praxis: R.G.Z. VII S. 283, XXV S. 5, anders hatte das preuß. Obertribunal bei Busch XXXIII S. 238 entschieden). De lege ferenda würde sich freilich eine Erstreckung der publica fides des Handelsregisters auf derartige Fälle empfehlen. Auch Ersitzung des Firmenrechts ist ausgeschlossen (R.G.Z. XXV S. 6, J.W. 02 S. 27[21]). Unbefugter Gebrauch kann auch außerhalb des Sprengels des betr. Handelsregisters, ja sogar im Auslande stattfinden (Bolze IX Nr. 110, R.G.Z. XVIII S. 32).

b) Die **Rechte** des Ansprechenden müssen durch den unbefugten Firmengebrauch **verletzt** sein. Sind keine Rechte verletzt, so kann die unbefugte Nr. 7.

Führung der Firma höchstens zu einem Einschreiten nach Abs. 1 Veranlassung geben. So kann es kommen, daß, wenn zwei Kaufleute unbefugt die gleiche Firma gebrauchen, keiner gegen den anderen Klage erheben kann (R.G. im Sächs. Arch. XIV S. 575):

α) **Rechte.** Nicht notwendig ist, daß das verletzte Recht ein Firmenrecht ist. Es kann sich auch um ein bloßes Namensrecht (R.G.Z. LVI S. 190, O.L.G. Kassel in Seuffert LX Nr. 162, O.L.G. Hamm ebenda LXII Nr. 236, R.G. bei Holdheim 05 S. 161) oder ein sonstiges Recht, z. B. ein Zeichenrecht, Patentrecht handeln. Demnach ist anspruchsberechtigt nicht bloß ein Vollkaufmann, sondern auch ein Minderkaufmann, letzterer natürlich nicht wegen Verletzung eines Firmenrechts (O.L.G. Breslau im Recht 04 S. 171 Nr. 844), ja ein Nichtkaufmann (R.O.H.G. VI S. 249, vgl. jedoch in dieser Beziehung § 13 des R.G. vom 12. Mai 1894). Von der Praxis wird sogar schon der Nachweis eines berechtigten Interesses für genügend erachtet, auch wo ein eigentliches Recht nicht verletzt ist, z. B. Eingriff des Dritten in das Absatzgebiet des Klägers, Verstoß gegen das U.W.G. (R.G.Z. XXII S. 60, XLIV S. 18, LVIII Nr. 33, R.G. im Recht 1910 Nr. 382 — andererseits aber auch R.G. in L.Z. 1913 S. 289 — vgl. ferner R.G.Z. III S. 166, 167, VII S. 289, XIX S. 22, XXV S. 3, XXIX S. 125), der Neigung des R.G. entsprechend, in dem Betrieb eines selbständigen Gewerbes ein besonderes Rechtsgut zu erblicken (R.G.Z. LI S. 374. LVI S. 271, LVIII S. 29, LXIV S. 156, LXV S. 212, LXXIII S. 111f., Warneyer 1910 Nr. 65). — Umgekehrt genügt der Nachweis, daß ein Recht verletzt ist, es braucht der in seinen Rechten Verletzte nicht noch weiter nachzuweisen, daß sein Vermögen geschädigt sei (R.G.Z. III S. 166, XIX S. 22). Die negatorische Klage steht auch dann zu, wenn durch den unbefugten Gebrauch der Firma dem Kläger ein Schade nicht erwachsen ist, dies ist durch die Fassung des Abs. 2 jetzt außer Zweifel gestellt.[1])

Sind die Rechte mehrerer verletzt, so hat jeder ein Klagerecht (Puchelt-Förtsch zu Art. 27 Anm. 1).

Nr. 8. β) Die Verletzung der Rechte muß eine **Folge des unbefugten Firmengebrauchs** sein. Ist sie eine Folge anderer Handlungen, so greift § 37 nicht Platz. Wer somit (mit der herrschenden Meinung) in der bloßen Etikettierung von Waren mit der Firma nicht einen Gebrauch sieht, kann dem in in seinen Rechten dadurch Verletzten nicht den Anspruch aus § 37 Abs. 2, sondern nur den Schutz aus § 14 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 12. Mai 1894 oder aus § 16 U.W.G. gewähren. Benutzt jemand arglistig die ihm befugt zustehende Firma, um dadurch einer bestehenden Firma unlautere Konkurrenz zu machen, so ist § 37 niemals von dem Verletzten heranzuziehen, denn hier fehlt das Requisit des unbefugten Firmengebrauches (R.G.Z. II S. 141, 142, XX S. 75, R.G. in J.W. 1900, S. 840[4], vgl. Recht 06 S. 256 Nr. 533, O.L.G. Hamburg in Z. XXXXVI S. 480), möglichermeise aber § 16, 5, 1 des U.W.G.

Nr. 9. γ) Es müssen wirklich Rechte verletzt sein. Kein Recht ist verletzt, wenn der frühere Firmeninhaber mit der Veräußerung die Firma endgültig verloren hat, z. B. das Geschäft verkauft, aber die Firma nur dem Käufer persönlich zu führen gestattet hat. Würde dann der Käufer Geschäft und Firma weiter veräußern, so könnte der Verkäufer nur wegen Verletzung seines etwaigen Namensrechts, nicht dagegen wegen solcher eines Firmenrechts gegen den Dritterwerber vorgehen. Denn er hat keine Firma mehr, da er das Geschäft definitiv aufgegeben hat. Vielmehr könnte er sich höchstens an seinen Käufer halten (vgl. R.G.Z. LXXVI Nr. 68) oder das Offizialverfahren aus § 37 Abs. 1 anregen. Keine Verletzung von Rechten liegt ferner vor bei Einwilligung des Dritten in die Führung der Firma, selbst dann nicht, wenn durch die Führung gegen die Ordnungsvorschriften des objektiven Rechts verstoßen wird, denn es handelt sich hier nicht um unverzichtbare Rechte (R.G.Z. XXIX S. 71). Doch ist wohl zu bemerken, daß die Einwilligung durch

---

[1]) Freilich hebt Staub mit Recht hervor, daß § 37 Abs. 2 nicht über B.G.B. § 12 hinausgehend Rechte begründen, sondern nur bestehende Rechte schützen will, daß folglich derjenige, der Verletzung eines Namensrechtes behauptet, die Voraussetzungen des B.G.B. § 12 nachweisen muß (Staub-Bondi § 37 Anm. 12). Über das Namensrecht Gierke, D.P.R. I S. 83, Oertmann zu § 12 B.G.B.

jeden zu erfolgen hat, dessen eigenes Recht verletzt werden kann, will der Firmeninhaber sich einer gesicherten Rechtslage erfreuen. Insbesondere genügt bei Verletzung von Namensrechten nicht, daß der Erblasser (z. B. der Vater des Dritten) eingewilligt hat, denn das Namensrecht ist ein selbständiges Recht des Sohnes (R.G.Z. XLII Nr. 36). Eine strittige Frage ist, ob wegen Verletzung eines Firmenrechts jeder Firmeninhaber oder nur der am selben Ort oder in derselben Gemeinde befindliche und letzterenfalls, ob nur der eingetragene oder auch der nichteingetragene Firmeninhaber vorgehen kann. Aus § 30 läßt sich eine sichere Entscheidung nicht gewinnen, da dieser nur vom Monopol einer eingetragenen Firma spricht. Im übrigen enthält das H.G.B. keinen, den Umfang des Firmenrechts, abgrenzenden Satz. Man wird wohl jedem rechtmäßigen Firmeninhaber ohne Rücksicht darauf, ob er eingetragen ist, und ohne Rücksicht auf örtliche Begrenzung — letztere scheint regelmäßig angenommen zu werden — ein Verbietungsrecht gegen denjenigen zugestehen müssen, der den gleichen Firmenkern oder doch einen nicht deutlich unterscheidbaren unbefugt gebraucht, während im übrigen nur § 37 Abs. 1 oder des W.Z.G. oder U.W.G. eingreifen. Denn wenn schon B.G.B. § 12 beim Namensrecht örtliche Begrenzungen nicht kennt, wird beim Firmenrecht das gleiche gelten müssen (anders O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 381, anders auch, wie es scheint, Ehrenberg in Iherings Jahrb. XLVII S. 310). — Auch der Ausländer genießt, soweit das deutsche Recht es zuläßt, den Schutz des Firmenrechts, vgl. v. Bar in Ehrenbergs Hdb. I S. 332.

c) Der Beweis, daß der Tatbestand des Abs. 2 gegeben ist, liegt dem Kläger ob.

d) Der Verletzte hat die **negatorische** Klage auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma (Exekution Z.P.O. § 890). Ist die Firma eingetragen, so kann die Klage auch auf Bewirkung der Löschung gehen, d. h. auf Vornahme der zur Herbeiführung der Löschung erforderlichen Handlungen (vgl. § 31) durch den Beklagten (vgl. R.G.Z. III S. 168, XXII S. 58, XXV S. 2, XXXVII S. 59, XLIV S. 17, LVIII S. 24); auf Grund des rechtskräftigen Urteils (das vollstreckbare genügt nicht, noch weniger einstweilige Verfügung R.G. in Seuffert LXIII S. 383), das den Schuldner zur Bewirkung der Löschung verurteilt, würde dann der Verletzte gemäß § 894 Z.P.O. die Löschung der Firma selbst herbeiführen können (oben § 16 Anm. 1). Nicht dagegen kann das Urteil auf Löschung gehen, da dem Registerrichter immer die Freiheit der Prüfung des Antrages bleiben muß (anders Ehrenberg a. a. O. S. 588). — War die Firma nicht eingetragen, so kann der Kläger gemäß § 16 Abs. 2 auf Grund der vollstreckbaren Entscheidung des Prozeßgerichts, das die Vornahme der Eintragung für unzulässig erklärt, die Eintragung verhüten. Eine Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten der Verurteilten (Art. 27 Abs. 3) findet nicht mehr statt. Nr. 10.

e) Der Verletzte hat Anspruch auf **Schadensersatz**, falls solcher nach sonstigen Grundsätzen besteht, sei es, daß die Requisite eines selbständigen Delikts vorliegen (B.G.B. § 823), sei es, daß der die Firma unbefugt Gebrauchende vertragsbrüchig geworden ist. Nr. 11.

5. **Konkurrenz mit anderen Ansprüchen.** Der Anspruch aus § 37 Abs. 2 kann mit hier nicht zu erörternden Ansprüchen aus anderen Rechtsgründen konkurrieren. Insbesondere kann: Nr. 12.

a) zugleich der Tatbestand des B.G.B. § 12 gegeben sein, dann nämlich, wenn im Gebrauch der Firma die Verletzung des Namensrechtes eines Dritten liegt. Es muß sich aber dann um den bürgerlichen Namen handeln. Wer eine Firma führt, die nicht seinen bürgerlichen Namen wiedergibt, kann wegen Verletzung seines Firmenrechts sich nicht auf § 12 B.G.B. stützen (R.G.Z. LIX Nr. 79). § 37 ist insofern vorteilhafter als § 12 B.G.B., weil er nicht Nachweis des verletzten Interesses verlangt.

b) es kann zugleich der Tatbestand des § 14 Abs. 1 des R.G. vom 12. Mai 1894 gegeben sein.

c) es kann ein Verstoß gegen das U.W.G. in Frage kommen, insbesondere dessen § 16, aber auch dessen § 4 und dessen § 1. So z. B., wenn die Firmen in toto sich deutlich unterscheiden, wohl aber der Firmenzusatz der einen Firma dem Firmenzusatz der anderen unlauteren Wettbewerb bereitet (R.G. in J.W. 02 S. 27[20]).

Stützt sich Kläger auf dieses Gesetz, so kann er nach § 23 Abs. 4 desselben die Befugnis sich zusprechen lassen, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekannt zu machen.

d) es kann sich um einen Verstoß gegen § 826 B.G.B. handeln.

Nr. 13. 6. **Ausländer.** Der Anspruch aus § 37 Abs. 2 steht auch Ausländern zu; ob ein Recht für sie besteht, richtet sich nach dem maßgebenden ausländischen Recht (O.L.G. Kolmar in Z. XXXXVI S. 464, O.L.G. Frankfurt bei Kaufmann VIII S. 29).

Nr. 14. 7. **Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Anspruches.** Der Anspruch aus § 37 Abs. 2 ist vererblich (Busch XXXVI S. 200) und, soweit ein verletztes Firmenrecht in Frage kommt, auch mit dem Geschäft übertragbar (oben § 22 Nr. 10). Der Erbe braucht auch ein besonderes Interesse nicht darzulegen (v. Hahn zu Art. 27 § 2).

Vierter Abschnitt.

Handelsbücher.

§ 38.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen.

Er ist verpflichtet, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften sowie die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren.

Entw. I § 34, II § 37; Denkschrift I S. 45, II S. 3161, 3162; A. D. H.G.B. Art. 28.

Literatur: Vgl. zu diesem Abschnitt außer den Kommentaren Behrend § 42, Goldschmidt, System §§ 30, 31. Über die kaufmännische Buchführung, auf deren Einzelheiten hier nicht eingegangen werden kann, von Völderndorff in Endemann's Hdb. I § 63, Allfeld S. 194—201, Braune in Z. XXVII S. 158—169, von Canstein I S. 229 ff, Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften 3. Aufl. 1899; Rehm, Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 1903, 2. Aufl. 1914; derselbe in D.J.Z. 07 S. 317; Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind 1905, 1908; Passow, Bilanzen der privaten Unternehmungen 1910; Betzinger in L.Z. 07 S. 311 ff; Crome im Arch. f. zivilist. Praxis XCIX S. 131 ff.; Simon in Festgabe für Koch S. 379 ff.; Ehmck, Ist der Einzelkaufmann nach §§ 38, 39 H.G.B. verpflichtet, auch sein Privatvermögen in Inventur und Bilanz mitaufzunehmen? Diss. 1908.

Nr. 1. 1. **Ordnungsvorschrift.** Die Beobachtung oder Nichtbeobachtung dieser Vorschrift hat für die Kaufmannseigenschaft keinerlei Bedeutung. Die Tatsache der Buchführung kann höchstens ein Zeugnis liefern dafür, daß die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Auch ist die Vorschrift, wenngleich öffentlichrechtlichen Charakters, nicht unmittelbar erzwingbar (anders beim Handelsmäkler hinsichtlich des Tagebuches § 103). Auch Schutzvorschriften im Sinne von § 823 Abs. 2 B.G.B. liegen nicht vor (R.G.Z. LXXIII S. 35, Rehm, Bilanzen[1] S. 41). Einen mittelbaren Zwang üben die Vorschriften der K.O. §§ 239, 240 und des Bankdepotgesetzes § 10 sowie die durch unordentliche Buchführung eintretende Minderung der tatsächlichen Beweiskraft (darüber bei § 45) aus. Vgl. ferner die besonderen Vorschriften des V.A.G. § 65, der G.O. § 38 Abs. 4 (dazu R.G.Str. in D.J.Z. 06, S. 545).

Nr. 2. 2. **Pflicht jedes Vollkaufmanns.** Nur ein Vollkaufmann (vgl. § 4 Nr. 8), aber auch jeder Vollkaufmann (In- wie Ausländer) ist zur Buchführung verpflichtet.

Erweitert sich das Gewerbe eines Minderkaufmanns zu dem eines Vollkaufmanns, so beginnt die Pflicht zur Buchführung, Inventarisierung und Bilanzierung. Demgemäß ist von diesem Zeitpunkt an eine Eröffnungsbilanz zu errichten (R.G. in Straff. im Bankarchiv VII S. 367). Handelt es sich um einen Einzelkaufmann, so trifft die Pflicht lediglich diesen, ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, seinen gesetzlichen Vertreter (bei Mehrheit von Vormündern vgl. B.G.B. § 1797). Ist Vollkaufmann eine juristische Person, so lastet die Pflicht auf dem Vorstand. Die bloßen Angestellten können höchstens als Anstifter oder Gehilfen strafbar werden. Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft lastet die Pflicht auf allen Gesellschaftern, gleichgültig ob sie Geschäftsführung haben oder nicht (vgl. R.G.Str. XXXIV S. 379, XLV Nr. 97). Die nicht geschäftsführenden Gesellschafter haben alles zu tun, um eine ordnungsmäßige Buchführung zu erzwingen, event. durch den Richter die Geschäftsführung nehmen oder die Gesellschaft auflösen zu lassen. (Anders Makower I a, der nur die vertretenden Gesellschafter zur Buchführung verpflichtet sein läßt). Mit Eintritt der Liquidation geht die Pflicht auf die Liquidatoren über (§ 149). Bei der Aktiengesellschaft liegt sie den sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes bezw. deren Stellvertretern ob (§§ 239, 242, R.G. in Straff. XIII S. 235), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien den persönlich haftenden Gesellschaftern, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Geschäftsführern (R.G. v. 1892 § 41) bezw. deren Stellvertretern (§ 44 des Gesetzes).

3. **Annex der Vollkaufmannsqualität.** Die Pflicht zur Buchführung im Sinne dieser Paragraphen hört auf, wo die Vollkaufmannseigenschaft nicht mehr in Frage kommt. Demgemäß ist der persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditist über seine eigenen Vermögensverhältnisse nur dann zur Buchführung gehalten, wenn er für sich ein selbständiges Handelsgewerbe betreibt (v. Hahn zu Art. 28 § 1, R.G. in Straff. XXIX S. 347), was besonders wichtig für den Kommanditisten ist; demgemäß hört die Pflicht auf mit dem Moment, wo die Kaufmannseigenschaft ihr Ende nimmt, also bei ausscheidenden Gesellschaftern mit dem Augenblick des Ausscheidens, gleichgültig, ob das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen ist oder nicht (R.G.Str. XIII S. 310, oben § 15 Nr. 7). Demgemäß trifft den Vollkaufmann, der zugleich Minderkaufmann ist, die Pflicht zur Buchführung nur hinsichtlich des Gewerbes als Vollkaufmann (vgl. R.G. in Straff. XXV S. 3 ff.). Demgemäß ist der Staat und die Kommune nur, soweit die betr. statio fisci in Frage kommt, zur Buchführung verpflichtet. Nr. 3.

4. **Besorgung der Buchführung.** Der Vollkaufmann ist natürlich nicht gehalten, die Buchführung persönlich zu besorgen (R.O.H.G. XVIII Nr. 62), regelmäßig wird er dies nicht einmal tun (hin- und wieder kommen sogen. Geheimbücher vor, die er selbst besorgt und deren Einsicht er dem Personal verschließt (Prot. S. 56). Er hat vielmehr nur dafür Sorge zu tragen, daß die Bücher ordnungsmäßig geführt werden (vgl. § 239, R.G. in Straff. VI S. 421, XIII S. 238). Ihn treffen lediglich die Folgen der unordentlichen Buchführung.[1]) Dabei ist bei Anwendung der K.O. § 240 Nr. 3 beim Kommanditisten mit dem geringen Maß der ihm durch § 166 gewährten Kontrollrechte zu rechnen, während dem persönlich haftenden Gesellschafter nach § 118 das jederzeitige Recht und damit die Pflicht zur Einsicht der Handelsbücher und zur Kontrolle über gehörige Buchführung zusteht und nach § 41 die Pflicht zur Unterzeichnung von Inventar und Bilanz obliegt. Demgemäß wird zwar nicht der letztere (vgl. Busch IX S. 115; anders Düringer-Hachenburg Anm. 6, Ritter Anm. 1) wohl aber der erstere sich darauf berufen können, daß er nicht in der Lage war, die Ordnungswidrigkeit zu bemerken. Überhaupt aber ist dem Einwand, daß der Kaufmann trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht ordnungsmäßige Bücher führen konnte, Gehör zu schenken (R.G. in Straff. I S. 49, XXIX S. 308). Rechtsirrtum schützt natürlich nicht (R.G. in Straff. V S. 409, VIII S. 149), ebensowenig Berufung auf eigene Unfähigkeit (R.G. in Straff. IV S. 421, XIII S. 241, D.J.Z. 07, S. 1148, Gareis-Fuchsberger S. 122). Nr. 4.

5. **Kontrollbücher.** Der Kaufmann führt die Handelsbücher für sich. Die Bücher, welche er im Verkehr mit dem Publikum oder seinen Angestellten zur gegen- Nr. 5.

[1]) Eine Pflicht zur Unterschrift existiert nur für gewisse Unterzeichnungen (§ 41).

seitigen Kontrolle, zur Bestellung, zur Abrechnung führt (Kontrabücher, Beibücher, Kontrollbücher, Bestellungs-, Kommissionsbücher) sind keine Handelsbücher im Sinne des § 38, unterliegen also auch nicht den Vorschriften des § 43 (vgl. R.O.H.G. I Nr. 47, II Nr. 63, XIV Nr. 83, XV S. 171, v. Hahn § 4 zu Art. 28).

Nr. 6. 6. **Zweck der Handelsbücher.** Die Handelsbücher sollen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens des Vollkaufmannes ersichtlich machen, darum fallen nicht darunter die Tagebücher der Handelsmäkler, weil diese nicht seine Handelsgeschäfte, sondern die Geschäfte der Parteien, zwischen denen er vermittelt, bekunden, ebensowenig die für den Erwerb der Mitgliedschaft relevanten Aktienbücher (unten § 222 Nr. 1, letztere auch nicht unter den Begriff der sonst erforderlichen Aufzeichnungen des § 43; a. A., wie es scheint, R.G.Z. LXXII S. 292), auch nicht die Baubücher der Baugewerbetreibenden nach dem R.G. vom 1. Juni 1909. — Die Handelsbücher müssen seine Handelsgeschäfte, soweit er sie als Vollkaufmann abschließt, ersehen lassen. Die sonstigen Geschäfte brauchen nicht gebucht zu werden. Und was die Handelsgeschäfte betrifft, so genügt die Kennzeichnung der wirtschaftlichen Wirkungen (Vermögensveränderungen) des Geschäftsvorfalls (Simon § 43, vgl. Otto, die Verpflichtung zur kaufmännischen Buchführung Diss. 1912 S. 66ff., Wilhelm, das Gefüge der kaufmännischen Buchhaltung 1910 S. III), während eine Spezialisierung des Rechtsgrundes (Kauf, Darlehn 2c.) nicht nötig ist. In den Handelsbüchern werden in erster Linie Vermögensverschiebungen zum Ausdruck gebracht (Denkſch. I S. 45). Darum entscheidet, wie noch zu betonen ist, nicht stets der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung oder Schuld, und zahlreiche Forderungen und Schulden bleiben überhaupt außer Ansatz, darum deckt sich der Begriff der bilanzmäßigen Kredit- und Debetposten keineswegs mit dem von Forderungen und Schulden, weder im Innenverhältnis der einzelnen Konten, noch im Außenverhältnis auf den Debitoren- und Kreditorenkonten. — Andererseits genügt eine bloß ziffernmäßige Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben noch nicht, es muß Aufschluß über den Geschäftsgang gewährt werden, da ja doch die Handelsbücher Klarheit über die Geschäftsführung geben sollen (R.G.St. in D.J.Z. 1911, S. 820). — Die Handelsbücher müssen die Lage des Vermögens, d. h. des ganzen Vermögens des Vollkaufmanns ersehen lassen, also des auch nicht im Geschäft steckenden Vermögens. Demgemäß ist vom Einzelkaufmann das Ergebnis eines landwirtschaftlichen Betriebes, z. B. im Falle des § 3 (vgl. Staub-Bondi § 3 Anm. 14) oder des Betriebes eines Kleingewerbes (R.G. in Straff. V S. 409, XXV S. 3ff., 171, XLI S. 46, anders zumal Rehm in D.J.Z. 07, S. 317) oder der Beteiligung als Gesellschafter buchmäßig in Inventar und Bilanz zu beziffern, ohne daß ein Eingehen auf die Einzelposten hier nötig ist und ohne daß besondere Handelsbücher über das sonstige Vermögen geführt werden. Daß umgekehrt die offene Handelsgesellschaft die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens der einzelnen Gesellschafter in ihren Büchern nicht zu vermerken hat (Busch X S. 311), ergibt sich aus der rechtlichen Natur des Gesellschaftsvermögens. Ebensowenig hat der Vater oder Ehemann das Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau, an dem er ein gesetzliches Nutznießungsrecht hat, einzustellen (Düringer-Hachenburg Anm. 13). Besitzt der Kaufmann mehrere Hauptgeschäfte, so hat er für jedes Bücher zu führen, besitzt er ein Hauptgeschäft mit Zweigniederlassungen, so führt er grundsätzlich für letztere keine besonderen Bücher, doch kommen tatsächlich solche auch vor (Simon S. 98, oben § 13 Nr. 6).

Nr. 7. 7. **Ordnungsmäßige Buchführung.** Die Handelsbücher sollen vollständig und übersichtlich sein. Die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens muß zwar nicht für jedermann, aber doch für den Sachverständigen aus ihnen ersichtlich werden (v. Hahn § 3 zu Art. 28, R.G. in L.Z. 1912 S. 937). Insbesondere gehört dahin, daß die Buchung binnen kurzer Frist nach dem Vorgange und nicht erst am Ende längerer Zeiträume erfolgt (R.G.St. XXXIX S. 217). Im übrigen sind sie nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu führen, d. h. so wie ein sorgfältiger Kaufmann dieser Art nach bestem Wissen und Gewissen Bücher führt (R.G. in Straff. XXV S. 3ff., IV S. 121). Die Anforderungen können „je nach dem Gegenstande, der Art und insbesondere dem Umfange des Geschäfts verschiedene sein" (Denkschr. II S. 3161). Aus letzterem kann vor allem die Notwendigkeit der auf der Idee der Äquivalente (Goldschmidt, System S. 108) oder der Per-

sonifikation der Konten nach Art der stationes fisci beruhenden (Simon S. 61 ff., von Canstein I S. 239 ff.) doppelten Buchführung sich ergeben. Doch verlangt § 38 ein bestimmtes System nicht. Bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist die Pflicht zur doppelten Buchführung stets anzunehmen (Simon S. 72 ff., vgl. § 239 Nr. 1, bestritten!). Bloße ungeordnete Aufzeichnungen zur Stütze des Gedächtnisses (Tagnotizbücher) sind keine Handelsbücher (Staub-Bondi § 38 Anm. 6). — Nicht ausgeschlossen ist, daß dem Landesrecht vorbehalten ist, für einzelne Arten von Kaufleuten besondere Vorschriften über die Buchführung zu erlassen (Pfandleiher haben neben den allgemeinen Handelsbüchern Pfandleihbücher zu führen Art. 94 des E.B.G.B., K.G. in Entsch. F.G. IV S. 154 ff.). —

Die Pflicht zur Buchführung ist im übrigen nicht bloß eine Pflicht zur formell korrekten, sondern auch eine solche zur materiell richtigen Buchführung. Insbesondere verstößt eine wissentlich falsche oder willkürliche Bewertung gegen die Pflicht (R.G.St. XXXIX S. 222).

8. Von einer Aufzählung der einzelnen Handelsbücher ist Abstand genommen (vgl. über solche Simon S. 59 ff.). Nicht einmal ein Kopierbuch ist obligatorisch. Nur das Bankdepotgesetz § 1 verlangt die Führung eines Depot-Nummerbuches (hierüber bei Anhang hinter § 424), das freilich manche (Fischer S. 205, Ritter Anm. 2) nicht zu den Handelsbüchern zählen. Nr. 8.

9. Über die **Unpfändbarkeit** der Handelsbücher in der Zwangsvollstreckung Z.P.O. § 811 Nr. 11, R.G.Z. LI S. 165, über ihre Behandlung im Konkurse K.O. §§ 1 Abs. 3, 117 Abs. 2, 122 Abs. 2, über ihre Herausgabe bei Veräußerungen des Geschäfts bei § 25 Nr. 5γ. Nr. 9.

10. **Handelsbriefe.** Die Abschrift hat den Wortlaut der abgesendeten Handelsbriefe nicht vollständig wiederzugeben. Es genügt, daß das Wesentliche des Inhalts aufgenommen ist. Unter Handelsbriefen ist die gesamte Korrespondenz einschließlich der Telegramme zu verstehen, dagegen fallen Belege (Quittungen, Rechnungen, Frachtbriefe) nicht notwendig darunter (Prot. S. 936). Die geordnete Aufbewahrung kann in der Form eines gebundenen Buches (Kopierbuch) oder in der einer Zusammenlegung nach losen Blättern geschehen. In beiden Fällen kann die Ordnung eine chronologische oder systematische sein (nach Objekt oder Person). Nr. 10.

11. **Älteres Recht.** Das ältere Recht machte das Kopierbuch obligatorisch und verlangte chronologische Eintragung in das Kopierbuch. Diese Verpflichtung hört mit dem 1. Jan. 1900 auf. Doch sind die älteren Kopierbücher nach § 44 aufzubewahren. Nr. 11.

§ 39.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau zu verzeichnen, dabei den Wert der einzelnen Vermögensgegenstände anzugeben und einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen.

Er hat demnächst für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen; die Dauer des Geschäftsjahres darf zwölf Monate nicht überschreiten. Die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken.

Hat der Kaufmann ein Warenlager, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre

geschehen kann, so genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird hierdurch nicht berührt.

Entw. I § 35, II § 38; Denkschr. I S. 46, II S. 3162; A.D.H.G.B. Art. 29.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Inventar und Bilanz fallen entweder unter den Begriff der Handelsbücher, wenn sie nämlich in ein dazu bestimmtes Buch geschrieben sind (§ 41 Abs. 2) oder sie gehören zu den sonst erforderlichen Aufzeichnungen des § 43. Sie unterstehen demnach stets den Vorschriften des § 43 und auf beide findet § 240 Nr. 3 der K.O. Anwendung (vgl. R.G. in Strafs. XIII S. 354, XXIX S. 222, XXX S. 170, XXXIX S. 167; Neukamp in Z. XLVIII S. 454). Nur der Vollkaufmann ist zu ihrer Errichtung gehalten und zwar für jedes Geschäft gesondert, dagegen für alle Niederlassungen eines Geschäfts zusammen, sei es in Form einer die Vermögensmassen der einzelnen Niederlassungen nicht abtrennenden sog. einfachen Bilanz, sei es in Form einer zusammengesetzten Bilanz (Denzler, Filiale S. 310ff.).

Nr. 2. 2. **Inventar.** Als solches definiert das H.G.B. das Verzeichnis der sämtlichen Vermögensgegenstände des Kaufmanns unter Angabe des Wertes derselben. Vermögensgegenstände sind Bestandteile des Vermögens des Kaufmanns, und zwar beim Einzelkaufmann nicht bloß des Geschäfts-, sondern auch des Privatvermögens (R.G.St. XLI S. 41). Sie zerfallen bilanzrechtlich in Aktiva und Passiva. Von Aktivis werden hervorgehoben Grundstücke, Forderungen, bares Geld. Weiter gehören dahin alle beweglichen Sachen, dann dingliche Rechte (Nießbrauch, Hypotheken usw.), Persönlichkeitsrechte (Autorrechte, Patentrechte), sofern für sie Aufwendungen gemacht sind, z. B. ein erworbenes Firmenrecht, nicht dagegen das Recht einer neu angenommenen Firma oder eines neu erworbenen Patentes (Simon S. 168, R.G. in J.W. 01, S. 653[12], für neu erworbene Patente R.G. bei Holdheim 04, S. 159; Brand Anm. 3 will bei Rechten schlechtweg Aufnahme in das Inventar verlangen); unter der Voraussetzung, daß für sie Aufwendungen gemacht sind, auch rein wirtschaftliche Güter (Kundschaft, Geschäftsgeheimnis, Simon a. a. O., R.G.Z. XIX S. 122, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 313), dagegen keine bloße Arbeitskraft. Forderungen und Schulden sind eigentlich sämtlich aufzuführen, gleichgültig welches ihr rechtlicher Grund ist, andererseits streng genommen nur wirkliche Forderungen und Schulden. Tatsächlich aber wird, da die Aufführung auf Grund der Buchpersonalkonten (des Hauptbuches) erfolgt, die Buchung, zumal bei der doppelten Buchführung, aber mit der Rechtslage nie ganz übereinstimmt, vielmehr den wirtschaftlichen Anschauungen des Kaufmanns Rechnung trägt (Simon S. 173ff., Rehm[1] S. 192ff.), das Inventar und die Bilanz gewöhnlich von der Wirklichkeit abweichen. Es werden einerseits Forderungen und Schulden als ausgeglichen angesehen, obwohl dies juristisch nicht der Fall ist, andererseits nicht bestehende, aber drohende Verbindlichkeiten als Passiva eingestellt, soweit sie geeignet sind, die Lage des Vermögens zu beeinflussen (Prämienreserve bei Versicherungsgesellschaften). Ihre Rechtfertigung findet diese Abweichung auch in dem Zweck des Inventars, die wirkliche Lage des Vermögens ersichtlich zu machen. Im einzelnen gilt:

a) Nur die wirklich vorhandenen (Nichtvorhandenes ist nicht durch Vakatanzeigen kenntlich zu machen R.G. in O.L.G. Rspr. VIII S. 261), dem Kaufmanne rechtlich (nicht wirtschaftlich R.G.St. XLIII S. 407) **gehörigen** Gegenstände sind aufzuführen, also nicht fremde, die bloß in seinem Gewahrsam sind, nicht als Dienstkaution bei ihm in Gestalt des regulären Depositum oder des Pfandes hinterlegte (Simon S. 150, Rehm[1] S. 198, [2] S. 32) oder ihm sonst verpfändete (R.G. im Recht 07, S. 710 Nr. 1543, Rehm[1] S. 199) oder ihm in Konsignation gegebene (Rehm[1] S. 199, [2] S. 32) auch nicht die der Ehefrau im gesetzlichen Güterfystem oder die der Kinder in der Gewalt, wohl aber das Gesamtgut bei der Gütergemeinschaft (B.G.B. §§ 1459, 1530, 1549), während die Ehefrau es letzterenfalls fortlassen muß (vgl. K.O. § 2, Düringer-Hachenburg Anm. 4). Umgekehrt sind alle ihm gehörigen Gegenstände aufzuführen, also auch die in fremdem Gewahrsam befindlichen z. B. die in Kommission, Leihe, Verwahrung, Miete gegebenen, die lombardierten, bei Ehefrauen oder Kindern in der

Gewalt die in ehemännlicher oder elterlicher Nutznießung befindlichen. Die reportierten sind nicht aufzuführen (Rehm[1] S. 200, 201, Fischer S. 207). Aufzunehmen sind auch die zu seinem Privatvermögen gehörigen. Doch ist zumal bei Mobilien nicht stets die Rechtslage, sondern die kaufmännische Anschauung entscheidend darüber, was zum Vermögen noch gehört, insbesondere bei Sicherungsübereignungen (dazu Haas in L.Z. VIII S. 61ff., Bondi ebenda S. 273ff.), Distanzkäufen, den bereits zur Versendung aufgegebenen Waren, während die noch im Gewahrsam des Verkäufers befindlichen noch in der Bilanz aufzuführen sind (R.G.Z. LXXX S. 334) und bei vom Einkaufskommissionär erworbenem Gut (Simon S. 154ff., Rehm[1] S. 192ff., [2] S. 34). Auch für Schulden hat zu gelten, daß sie nur insoweit aufzuzeichnen sind, als sie für das Vermögen des Kaufmanns ernsthaftes Interesse haben. So wird die Schuld zur Herausgabe einer hinterlegten Sache in Inventur und Bilanz kaum als Schuld aufgenommen werden (Rehm[1] S. 167).

b) Die Vermögensgegenstände sind **einzeln** zu verzeichnen. Es genügt also nicht, wenn sie unter einem Gesamtnamen figurieren. Dies hat jedenfalls von den zu dem betr. Geschäft gehörenden Gegenständen zu gelten. Was das sonstige Vermögen betrifft, so wird für genügend erachtet werden müssen, daß hier ohne Eingehen auf Einzelheiten eine gesamte Wertangabe der einzelnen Komplexe erfolgt. Insbesondere wird es genügen, wenn das der Land- oder Forstwirtschaft oder einem getrennten Kleingewerbe dienende Vermögen als Ganzes in einer Wertziffer angegeben wird (R.G.Str. XLI S. 46, Ehmck a. a. O.).[1])

c) Der Wert der einzelnen Vermögensgegenstände ist in **Reichswährung** anzugeben (§ 40 Abs. 1). Demgemäß sind Nutzungsrechte und Rechte auf wiederkehrende Leistungen zu kapitalisieren (Puchelt-Förtsch zu Art. 29 Nr. 2).

3. **Bilanz.** Bilanz ist der das Verhältnis der Aktiva und Passiva darstellende Abschluß. Nr. 3. Eine Aufstellung, die diesem Erfordernis nicht gerecht wird, ist überhaupt keine Bilanz (K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 479), z. B. eine solche, die rein fiktive Posten (R.G. bei Kaufmann XII S. 25) oder die nur Summenzusammenstellungen enthält, ohne die Einzelposten wenigstens den Gegenständen nach anzudeuten (KG. in Johow-Ring XX A 64) oder die Aktiva und Passiva zu einem Posten zusammenzieht (K.G. in Entsch. F.G. III S. 81 = Johow-Ring XXIV A 201). Sonstige Mängel der Bilanz können zwar Mängel der Buchführung im Sinne von K.O. § 240 Nr. 3 sein, lassen aber doch den Bilanzbegriff bestehen, z. B. ungenaue Bewertungen (R.G. im Recht 08 S. 353 Beil. 2), Vermischung einzelner verschiedener Konten, falsche Bezeichnungen von Posten (dazu Rehm[1] S. 46ff.) Eine äußere Form verlangt im übrigen das Gesetz für die Bilanz nicht (R.G.Str. XLIV S. 50). — Die Bilanz stellt den Abschluß des Inventars kurz zusammen (Rehm[1] S. 55ff.), indem sie aus den mindestens summarisch in Einzelposten anzugebenden, bei der doppelten Buchführung auf die einzelnen Konten aufgebauten (O.L.G. Bamberg in L.Z. 08 S. 468) Werten der Vermögensgegenstände das Aktivvermögen addiert und ihnen die Summe der Passivbeträge gegenüberstellt, während alle einzelnen Gegenstände und Werte des Inventars in der Bilanz natürlich nicht aufgeführt zu werden brauchen (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 378). Die Differenz ergibt, ob Überschuß oder Defizit vorhanden ist (vgl. H.G.B. § 261 Nr. 6). Der sich auf der betreffenden Seite ergebende Mehrbetrag wird durch Einstellung eines gleichwertigen Postens (Saldo) auf der anderen Seite ausgeglichen (balanziert), das Aktivsaldo also auf der Passivseite, das Passivsaldo auf der Aktivseite (vgl. R.O.H.G. XII S. 18, XXIV S. 73). Die Passivseite erscheint im Bilanzkonto als „Haben", nämlich des Bilanzkonto an den Kaufmann, die Aktivseite im Bilanzkonto als „Soll", nämlich des Bilanzkonto an den Kaufmann (vgl. zur Technik Simon S. 66ff., v. Canstein I S. 246ff.; Rehm[1] S. 139ff.).

4. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten: Eröffnungsinventar bezw. Eröffnungsbilanz einerseits, Jahresinventar bezw. Jahresbilanz andererseits. Nr. 4.

a) Die Aufstellung von **Eröffnungsinventar** bzw. **Eröffnungsbilanz** hat beim Beginne des Handelsgewerbes, d. h. nicht gerade im Moment des Beginnes, aber doch in angemessener Frist nach Beginn (R.G. in Straff. XXVII S. 226ff.) zu er-

[1]) Bei staatlichen und kommunalen Betrieben werden nur die Vermögensgegenstände der betr. Anstalt zu verzeichnen sein (vgl. Laband in D.J.Z. III S. 394).

folgen. Gleichgültig ist, ob es sich um völligen Neubeginn des Geschäfts, oder um Wiederbeginn eines früher betriebenen und inzwischen aufgegebenen Geschäfts (z. B. seitens eines Kridars, R.G. in Straff. XXV S. 76) oder endlich um Erweiterung eines bisherigen Kleinbetriebes zu dem Betriebe des Vollkaufmanns (R.G. im B.A. VII S. 367), bez. die Umwandlung eines Nichthandelsgewerbes in ein Handelsgewerbe (R.G.Str. in D.J.Z. 08 S. 875) handelt, gleichgültig ob der Kaufmann das Geschäft selbst begründet oder von einem anderen übernimmt (R.G. in Straff. XXVIII S. 428).[1]) Auch der Fall, daß einer von mehreren Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft das Geschäft unter bisheriger Firma allein fortsetzt, fällt darunter, nicht aber der des Wechsels von Gesellschaftern innerhalb einer Handelsgesellschaft (R.G. in Straff. XXVI S. 222 ff.), ebensowenig der Fall der bloßen zeitweisen Sistierung des Geschäfts infolge von Konkurs, Krieg, Krankheit oder dergl. Gleichgültig ist, ob Vermögen da ist oder nicht (R.G.Str. in B.A. V S. 189). Auch die Tatsache, daß bereits früher bilanziert war, befreit nicht bei Beginn des Handelsgewerbes von der Eröffnungsbilanz (R.G.Str. in D.J.Z. 08, S. 875). Für einen Minderjährigen, der ohne die erforderliche Genehmigung ein Geschäft betrieb, entsteht die Pflicht mit der Volljährigkeit ganz von Neuem (R.G.Str. XLV S. 4 ff.). Die Eröffnung der Bilanz wird auch nicht ersetzt durch bloße Eintragung des Einlagekapitals in die Handelsbücher (R.G. in Straff. XXII S. 439). — Wo für den Beginn des Handelsgewerbes die Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist (§§ 2, 200, 201 Abs. 2), hat die Aufstellung erst nach der Eintragung zu erfolgen, und zwar ist der Zeitpunkt der Eintragung als maßgebender zugrunde zu legen.[2]) Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft hat sie spätestens nach der Eintragung (§ 123), möglicherweise aber schon vorher zu erfolgen. Auch im Liquidationsstadium einer Gesellschaft hat eine Art Eröffnungsbilanz (dagegen nicht Eröffnungsinventar) stattzufinden (§§ 154, 299). Die Jahreszeit ist bei der Eröffnungsbilanz gleichgültig. — Beginnt der Kaufmann das Geschäft ohne Vermögen, so ist wenigstens dieser Umstand zu verzeichnen (Staub-Bondi § 39 A. 2).

Nr. 5. b) Die Aufstellung von **Jahresinventar** und **Jahresbilanz** hat grundsätzlich für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres zu erfolgen, d. h. es ist der Schluß des betreffenden Geschäftsjahres als der maßgebende Zeitpunkt für die Inventarisierung und Bilanzierung zu betrachten. Die Bewertung der einzelnen Gegenstände hat sich also nach diesem Zeitpunkt zu richten. Das Geschäftsjahr braucht nicht mit dem Kalenderjahr zusammenzufallen, darf aber nicht länger als dieses sein (K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 1), eine Vorschrift zwingenden Inhalts. — Die Aufstellung hat nicht am Schlusse des Geschäftsjahres zu erfolgen, sie beginnt vielmehr erst nach dem Schlusse und ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechenden Zeit zu bewirken, in welcher Hinsicht vor allem der Umfang des Geschäftes entscheidet (Simon S. 111). Für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sowie eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind in dieser Hinsicht besondere Vorschriften aufgestellt (§§ 260 Abs. 2, 325 Nr. 3, R.G. v. 1892 § 41 Abs. 2, R.G. v. 1889 § 33, V.A.G. § 36). Wird das Geschäftsjahr verändert, z. B. der Schluß vom 30. Juni auf den 31. Dez. verlegt, so muß für die Zwischenzeit eine besondere Bilanz aufgestellt werden (R.G. in Straff. II S. 33). Ebenso muß, wenn das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammenfällt, die erste Bilanz für den Schluß des Kalenderjahres auch dann aufgestellt werden, wenn der Geschäftsbeginn inmitten des Kalenderjahres erfolgte (K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 1). Selbverständlich können auch weitere Bilanzen (Zwischenbilanzen vgl. § 240) im Laufe des Jahres

---

[1]) Auch die Fälle der Umwandlung von Unternehmungsformen gehören meist hierher (dazu Rehm im Recht 1912, S. 278 ff.).

[2]) Über die Schwierigkeiten, die sich hier bei Umwandlungen von Unternehmungen in Aktiengesellschaften ergeben, Simon S. 105 ff. Doch würden die Bedenken Simon's sich gegen jede Sacheinlage und Übernahme richten, da in der Zeit zwischen Errichtung der Aktiengesellschaft und Eintragung stets Fluktuationen möglich sind.

aufgestellt werden, nur ersetzen sie die Jahresbilanz nicht. Werden für ein Zweiggeschäft besondere Bilanzen aufgestellt, so müssen diese auf denselben Tag, wie die Bilanzen des Hauptgeschäfts gezogen werden (Simon S. 102).

c) Für das Inventar eines **Warenlagers**, dagegen nicht die Bilanz (R.G. in Nr. 6.
Straff. I S. 421, D.J.Z. 1911, S. 219) wird im Absatz 3 eine **Ausnahme** vom Prinzip der jährlichen Aufstellung gemacht. Diese Ausnahme bezieht sich nur auf das Inventar des Warenlagers (vgl. v. Hahn § 2 z. Art. 29), nicht auf das ganze Inventar. Die alte Fassung, die dies deutlich zeigte, sollte nicht geändert werden. Die Bilanz hat natürlich die aus den Büchern erkennbare Veränderung dieses Lagers zu berücksichtigen. Ist die jährliche Bilanz ohne jährliche Inventarisierung nicht möglich, so kann von letzterer nicht abgesehen werden (R.G. in D.J.Z. 1911 S. 219).

d) Über die Schlußbilanz im Liquidationsstadium einer Gesellschaft § 154, ein besonderer Fall in § 333 Abs. 2. Über die Bilanz im Konkurse K.O. § 124.

5. Eine besondere Gewinn- und Verlustrechnung wird nur in einzelnen Nr. 7.
Fällen verlangt (§§ 260 Abs. 2, 325 Nr. 3, R.G. v. 1892 § 41 Abs. 2).

6. Über besondere Grundsätze für Bilanzen von Aktiengesellschaften bei § 261.

7. **Älteres Recht.** Das im Ganzen übereinstimmende ältere Recht ließ Nr. 8.
Zweifel, ob nicht schon die Bilanz am Ende des Geschäftsjahres fertig gestellt sein müßte.

§ 40.

Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen.

Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werte anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichem Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

Entw. I § 37, II § 39; Denkschr. I S. 46, 47, II S. 3161; A. D. H.G.B. Art. 31.

1. Vorbemerkung: Die Bestimmungen des § 40 dienen dem Zweck der Nr. 1.
Bilanz, eine der Wahrheit entsprechende Übersicht über das Verhältnis des Aktivvermögens und der Schulden zu geben (§ 39 Abs. 1). Eine gegen sie verstoßende Bilanzierung ist eine nicht ordnungsmäßige, doch ist wohl zu beachten, daß das Gesetz unreelle Bilanzierungen verhüten will, d. h. solche, bei denen der Kaufmann seine Gläubiger durch unwahre Darstellungen seiner Vermögenslage schädigt, keineswegs darf das Gesetz peinlich wörtlich genommen werden. Soweit es sich um eine übertriebene Ängstlichkeit handelt, die zur Minderbewertung, insbesondere durch hohe Abschreibungen führt, kann von einer Gesetzverletzung keine Rede sein (a. A. Rehm[1] S. 43) Es handelt sich solchenfalls um Bildung besonderer Reservefonds für magere Jahre (Simon S. 141, Ehrenberg in Iherings Jahrb. LII S. 216 ff., O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. X S. 240). Freilich kann auch in der Minderbewertung ein unreelles Gebaren liegen, z. B. gegenüber dem Mitgesellschafter (offenen, Kommanditisten, stillen Gesellschafter), dessen Gewinn dadurch verkürzt wird, oder gegenüber dem tantièmeberechtigten Handlungsgehilfen oder gegenüber den Aktionären, denen dadurch die Dividende entzogen wird, oder gegenüber dem Geschäftsveräußerer, dem der Überschuß der Aktiva über die Passiva herausgegeben werden soll (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. (1883) IV S. 130, R.G.Z. XLIII Nr. 30, LXXII Nr. 8, unten § 261 Nr. 14) oder gegenüber dem Miterben bei der Auseinandersetzung (Rehm[1] S. 44), dann bleiben diesen die allgemeinen Rechtsbehelfe, es sei denn, daß Vertrag oder Statut eine derartige Bewertungsweise festlegt, was durchaus zulässig ist (vgl. hierzu Neukamp in Z. XLVIII S. 450 ff. vgl. auch Staub-Bondi Anm. 2, § 120 Anm. 2, R.G. in J.W. 02, S. 590[14], 04, S. 418[37],

Holdheim 04, S. 159, L.Z. 07, S. 587, 08, S. 544, Rehm[1] S. 65). Doch wird hierbei stets eine gewisse Freiheit zu wahren und nur bei offenbarer Unbilligkeit, Willkür oder Böswilligkeit eine Anfechtung zu geben sein (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. II S. 248, R.G. in L.Z. 1910, S. 212). — Wieweit in der Unterbewertung eine Steuerdefraudation liegt, ist eine gänzlich andere, hier nicht zu erörternde Frage.

Nr. 2. 2. **Reichswährung.** Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen. Dem entsprechend sind Posten in fremder Währung umzurechnen, auch für das Inventar wird Aufstellung in Reichswährung zu gelten haben, denn auch in diesem hat die Bewertung stattzufinden (Abs. 2). Das entgegengesetzte Verfahren müßte dazu führen, daß bei dem wechselnden Kurse ausländischer Währung eine Umsetzung des Inventars in die inländische Währung (nach welchem Zeitpunkt?) vorgenommen werden müßte, was nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann. — Die Vorschrift gilt auch für Zweigniederlassungen ausländischer Kaufleute (anders Düringer-Hachenburg Anm. 2, Ritter Anm. 1), dagegen wohl nicht für Niederlassungen in deutschen Schutzgebieten, die Silberwährung haben (anders erste Auflage).

Nr. 3. 3. **Bewertungszeitpunkt.** Die sämtlichen Aktiva und Passiva sind nach dem Werte anzusetzen, der ihnen am maßgebenden Zeitpunkt, also bei Jahresbilanzen am Schlusse des Geschäftsjahres zukommt, für das die Bilanz aufgestellt wird, nicht also nach dem Wert zur Zeit der Bilanzaufstellung; variierte an dem betreffenden Tage der Wert (z. B. bei Börsenpapieren), so ist der letzte Wert jenes Tages anzusetzen. Ist der Wert inzwischen vermindert oder der Gegenstand gar untergegangen, so hat dies für die Bilanz an sich keine Bedeutung, denn sie bezieht sich ja auf das vergangene Jahr. Doch wird auch diese Vorschrift nicht übertrieben werden dürfen. Wo es an festen Mitteln zur Ermittelung des Wertes fehlt, wird die im neuen Geschäftsjahr vor Aufstellung der Bilanz gewonnene Kenntnis des Minderwertes nicht wohl ignoriert werden können (vgl. Simon S. 319 und R.G.Z. XLIII S. 129, vgl. J.W. 1912 S. 305[26] = Warneyer 1912 Nr. 120).

Nr. 4. 4. **Wert.** Unter Wert ist einfach der gemeine Wert zu verstehen, den der einzelne Vermögensgegenstand am Schlusse des Geschäftsjahres hatte, also nicht der besondere (individuelle) Wert, den er kraft der eigentümlichen, auf andere nicht übertragbaren Verhältnisse gerade dieses Besitzers (vgl. R.G.Z. XIX S. 122) besaß, auch nicht der Wert, den er gehabt hätte, falls es an jenem Zeitpunkt zu einer allgemeinen Liquidation oder Zwangsversilberung gekommen wäre, denn der Einfluß einer Liquidation ist ebenso unberücksichtigt zu lassen (R.O.H.G. XII S. 19, Bolze XX Nr. 574), wie der einer Zwangsversilberung (Staub-Bondi § 40 A. 3), auch nicht der Wert, den er für das Geschäft hatte (so Staub und R.G.Z. XLIII S. 127), denn damit wird wieder ein subjektives Element hineingebracht (vgl. Simon S. 309), und noch weniger der ‚Buchwert', wie Fischer I S. 16f., 52f., will, denn das ist überhaupt keine Lösung der Schwierigkeit — sondern einfach der gewöhnliche objektive Wert, den dieser einzelne Gegenstand unter den damaligen Verhältnissen besaß (so auch Puchelt-Förtsch zu Art. 31 Nr. 1 und etwas anderes will auch wohl R.G.Z. XIX S. 122 nicht sagen), d. h. bei Gegenständen, die nicht zum Gebrauch bestimmt sind, der Nettoverkaufswert, d. h. der objektive, völlig zweifellose Verkaufspreis unter Abzug aller Geschäftsunkosten, z. B. für Etikettierung und Verladung (O.L.G. Hamburg in L.Z. 09 S. 791, R.G. in L.Z. 08 S. 544, 1910 S. 393), bei Anlagen, die zum Gebrauch bestimmt sind, der Gebrauchswert, den sie für einen verständigen Besitzer solcher Unternehmungen haben (vgl. Behrend S. 880, Rehm, Bilanzen[1] S. 59, 88f., R.G. bei Holdheim 05 S. 214; Recht 08 Nr. 2074, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 299, O.V.G. L S. 114) unter Abschreibung der jeweiligen angemessenen Abnutzung, (dazu Apt III S. 199, 166, 12) ohne Rücksicht auf den höheren Veräußerungswert[1]). Im Grunde kommt dies ziemlich auf das heraus, was Simon

[1]) Daß dies nicht in den feinsten Nüanzen durchgeführt werden kann, daß man vielmehr vom Anschaffungs- oder Herstellungspreis in der Regel ausgehend in der Bemessung der jährlichen Abschreibungen diesen Gebrauchswert wiederspiegelt, liegt in der Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse. Es kann trotz der Ab-

S. 306 den individuellen Wert eines Vermögensgegenstandes nennt. Nur zieht Simon an einzelnen Stellen Folgerungen, die nicht wohl haltbar sind, z. B. S. 420, 421. Im einzelnen gilt:

a) Bei **Sachen und Wertpapieren** kann dieser Wert gegebenenfalls höher oder niedriger als der Herstellungs- oder Anschaffungspreis (über diesen bei § 261 Nr. 4ff.) sein. Haben sie einen Börsen- oder Marktpreis, so kann ihn nach Lage des Falls dieser bestimmen, zumal wenn der hohe Kurs lange Zeit anhält. Die besonderen Vorschriften des § 261 Nr. 1—3 gelten nicht ohne weiteres, wenngleich sie häufig von vorsichtigen Kaufleuten befolgt werden mögen (R.G. in Holdheim XVII S. 126. Fischer Bilanzwerte I S. 17, 130ff.). So hat das R.G.Z. LXXX Nr. 75 angenommen, daß zu festen Preisen an gute Kunden verkaufte Waren zu dem Verkaufspreise angesetzt werden können. Doch stehen manche Gerichtshöfe auf dem Standpunkte, § 261 Nr. 1—3 für maßgeblich zu erklären (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. (1888) IX S. 251, R.G.Str. XXXVIII S. 2ff., dagegen XLVI Nr. 28, vgl. auch Knappe bei Holdheim XIX S. 262 und Apt III S. 11). Bei Betriebsanlagen steht indessen nichts im Wege, anstatt einer Abschätzung nach dem derzeitigen Wert ein dem § 261 Nr. 3 entsprechendes Verfahren (Ansatz des Erwerbspreises und Überweisung einer Summe an den Erneuerungsfonds) einzuschlagen (vgl. Simon S. 129ff., Denkschr. II S. 3162, anders Rehm[1] S. 49ff., der grundsätzliche Bedenken gegen dieses Verfahren hat). Nr. 5.

b) **Forderungen.** Das Wort ‚Forderungen' ist insofern unglücklich gewählt, als die Bilanz nur die Vermögensverschiebungen wiedergibt (oben § 38 Nr. 6) und deshalb keineswegs über die ‚Forderungen' und ‚Schulden' im Rechtssinne völlige Klarheit gewährt, vielmehr zahlreiche Forderungen und Schulden überhaupt nicht gebucht und in der Bilanz verwendet werden, so z. B. Ansprüche auf Dienste, auf Gebrauch oder Nutzung, sofern diesen Ansprüchen Gegenleistungen gegenüberstehen. Leistung und Gegenleistung heben sich hier gewissermaßen auf (Simon S. 183, Festg. für Koch S. 384ff., Rehm[1] S. 185, 742[2] S. 15). Darüber hinaus kann ein Bilanzaktivum oder Bilanzpassivum vorliegen, wenngleich die Praxis nicht gern und häufig davon Gebrauch macht (vgl. Bellardi im B.A. XII S. 205). Auch Forderungen und Schulden auf Lieferung von Waren aus gegenseitigen Verträgen pflegt man, wenn nicht ein Teil vorleistet, aus der Buchung fortzulassen und dafür die Realisierungen zu buchen (Rehm[1] S. 204, 215, Fischer S. 145). § 40 meint nur, daß die Vermögensverschiebungen richtig zu bewerten sind und, soweit ihnen Forderungen und Schulden zugrunde liegen oder daraus resultieren, entsprechend dem Wert des Postens darzustellen sind. Hierzu Fischer S. 159ff., 193ff. In diesem Sinne ist im Folgenden von Forderungen und Schulden zu sprechen. Nr. 6.

Der Grundsatz der objektiven Wertschätzung würde bei betagten unverzinslichen Forderungen dahin drängen, trotz B.G.B. § 272 das interusurium abzuziehen, doch verfährt die Praxis nur bei Wechselforderungen so (Rehm[1] S. 751, [2] S. 414, Fischer S. 210ff.). Bei durch ein Pfand oder eine Bürgschaft gedeckten Forderungen wird der Wert des Pfandes oder der Bürgschaft häufig die entscheidende Rolle spielen (Rehm[1] S. 756ff., R. G. im Recht 07 S. 710 Nr. 1543). Bei verjährten Forderungen, die durch ein Pfand voll gedeckt sind, kann der ganze Betrag angesetzt werden (B.G.B. § 223), andernfalls sind sie nach Lage des Falls, zumal mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Verpflichtete Verjährung voraussichtlich nicht vorschützen wird, zu bewerten (Simon S. 419, Rehm[1] S. 781, [2] S. 432 und Staub-Bondi § 40 Anm. 6; anders Erste Auflage dieses Kommentars). Ebenso steht es mit nicht einklagbaren Forderungen, wie aus Differenzgeschäften. Zweifelhafte Forderungen, sei es, daß der Zweifel die Beitreibbarkeit, sei es, daß er den rechtlichen Bestand der Forderung betrifft (R.G. im Recht 08 Nr. 1059) können entweder von Jahr zu Jahr im Wertansatz verringert oder es kann eine entsprechende Einzel- oder Kollektivabschreibung auf der Debetseite (sogen. Delkredere-

---

schreibungen, wie Fischer zuzugeben ist, der Gebrauchswert der alte bleiben. Und es muß, wie Fischer gleichfalls ausführt, in der Höhe der Abschreibungen eine gewisse Freiheit gelassen werden, insofern in guten Jahren größere, in schlechten geringere Abschreibungen erfolgen.

konto) stattfinden (Simon S. 137, R.O.H.G. XXV S. 327, vgl. R.G.Z. LXVIII S. 4ff. Letztere Form hält Rehm[1] S. 49 für nicht gesetzlich). Zu einem solchen Verfahren können zumal bei Gruppen von Forderungen trotz Unzweifelhaftigkeit der einzelnen Posten allgemeine Erwägungen aus den Konjunkturen, der Durchschnittswahrscheinlichkeit u. dergl., führen (R.G.Z. XXII S. 164). Es liegt hier, soweit das Delkrederekonto die wirkliche Wertminderung übersteigt, eine Art Spezialreserve vor (O.V.G. LXII S. 355). Uneinbringliche Forderungen sind auf Null zu schätzen („Ausbuchung"). Die Modalitäten der Zahlung einer Forderung (z. B. durch Aufrechnung) kommen in der Bilanz regelmäßig nicht zum Ausdruck (R.G. in J.W. 08, S. 344[33] = Warneyer 1908 Nr. 530).

Nr. 7. c) Auch bei **Schulden** hat das Prinzip der objektiven Wertschätzung Platz zu greifen. Doch wird selbstverständlich eine solide Buchführung in der Heranziehung von den Schuldbetrag herabdrückenden Momenten ängstlich sein. So wird gestattet sein, bei betagten unverzinslichen Schulden den Zwischenzins abzuziehen, dagegen wird bei Gesamtschulden die Berücksichtigung von Rückgriffsrechten (B.G.B. § 426) nur insoweit in Betracht kommen dürfen, als diese rechtlich zweifellos und wirtschaftlich sicher sind, andernfalls hat ein entsprechender Abzug oder gänzliche Ignorierung des Regreßrechtes zu erfolgen. Als Schuld figuriert natürlich die Verpflichtung des Mannes zur Rückzahlung der baren Mitgift sowie zur Erstattung des aus unrechtmäßigen Verfügungen entstandenen Schadens (B.G.B. §§ 1376, 1377), dagegen hat der Anteil der Ehefrau am Gesamtgut nicht in der Bilanz zum Ausdruck zu kommen, weil erst nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten abgeteilt wird (B.G.B. §§ 1476, 1459, 1546 Absatz 2, 1530 usw.). Es liegt hier wie bei den Kapitalanteilen der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (§ 155). Wohl aber ist die den Verlustanteil übersteigende Einlage des stillen Gesellschafters als Passivum zu buchen (§ 341). Die nicht erhobenen Gewinnanteile des Kommanditisten sind dann als Passiva zu buchen, wenn der Kapitalanteil die Höhe der bedungenen Einlage erreicht hat (§ 167). — Schulden, die rechtlich zweifelhaft sind, sind mit dem wahrscheinlichen Betrag einzustellen, z. B. Garantieverbindlichkeiten für die Güte der Waren (Simon S. 188), Prämienreserven und Schadensersatzverbindlichkeiten bei Versicherungsgesellschaften (Simon S. 190—194, Rehm[1] S. 248ff., [2] S. 434). Bei Teilschuldverschreibungen und Pfandbriefen, die zu einem höheren Betrage als dem Emissionskurs[1]) rückzahlbar sind, ist nicht der Einlösungsbetrag sogleich voll als Passivum zu buchen, sondern die Differenz zwischen Emissionskurs und Einlösungsbetrag auf die einzelnen Jahre nach Art des Zwischenzinses zu verteilen (Näheres bei Simon S. 429ff., Rehm[1] S. 272ff., [2] S. 133ff.). Auf das gleiche kommt es hinaus, wenn der Einlösungsbetrag voll gebucht wird, dagegen auf die Aktivseite ein besonderes Disagiokonto gegenübergestellt wird, das die Aufgabe hat, die allmähliche Ausgleichung vorzunehmen (Simon S. 435, Rehm[1] S. 284ff., [2] S. 133ff., der diesen Modus für den allein zulässigen, wenn auch nicht unbedenklichen erklärt, ausdrücklich zugelassen im Schweizer Obligationenrecht Art. 656 Z. 7 und im deutschen Hypothekenbankgesetz § 25). — Bei schwebenden Verbindlichkeiten ist, wie bereits betont, die Einstellung in die Bilanz dann nicht erforderlich, wenn der zukünftigen Leistung eine gleichwertige Gegenleistung gegenüber steht (zukünftige Mietschuld für das Geschäftslokal). — Bei Wechselrimessen behufs Schuldenzahlung pflegt der Schuldner mit der Rimesse seine Schuld als beglichen zu buchen, auch wenn der Wechsel vom Akzeptanten noch nicht eingelöst ist. Auch der Gläubiger schreibt den Wechsel dem Schuldner gut und ristorniert nur, wenn der Betrag nicht eingeht (Rehm[1] S. 219ff., [2] S. 61ff.). Ähnlich bei Gefälligkeitsakzepten, der

[1]) Z. B. der Emissionskurs war unter Pari, Einlösung soll zum Nominalbetrag erfolgen. Ist der Emissionskurs über Pari, so ist das Agio m. E. auf passiver Seite überhaupt nicht zu berücksichtigen, es ist einfache Einnahme. Daran ändert nichts, daß das Agio darauf beruht, daß die Zinsen höher sind, denn der Mehrbetrag an Zinsen fällt der Passivseite ohnehin zur Last. Anders Rehm[1] S. 316ff., [2] S. 128ff., Fischer S. 174ff., Simon Bilanzen S. 432, Staatseinkommensteuer S. 342. Vgl. auch die besondere Bestimmung des Hypothekenbankgesetzes § 26.

Trassant hat das Akzept empfangen und bucht also ein Passivum gegenüber dem Akzeptanten, dieser ein Aktivum gegen den Trassanten (Rehm[1] S. 220, [2] S. 54, Fischer S. 190). Andererseits bucht aber der Trassant seine Wechselforderung gegenüber dem Akzeptanten als Aktivum, wie dieser seine Schuld aus dem Akzept als Passivum (Fischer S. 193), so daß sich die beiden Forderungen auf beiden Seiten ausgleichen. Giroverbindlichkeiten aus weitergegebenen Wechseln pflegen nicht gebucht zu werden (Simon in Festg. für Koch S. 390ff.), woraus sich § 8 Schlußsatz des Bankgesetzes erklärt. Für Wechselavals pflegt dagegen ein Avalkonto zu bestehen Simon S. 397), wogegen zivilrechtliche Bürgschaftsschulden nicht selten außer Betracht bleiben. — Daß diese z. T. willkürlichen Bilanzbräuche reformbedürftig sind, hebt mit Recht Simon hervor.

d) **Kosten** als solche gehören nicht in die Aktiva, insbesondere nicht Organisations- und Verwaltungskosten. Haben sie tatsächlich den Wert der Aktiva erhöht, so ist die Erhöhung bei den betreffenden Aktivis zum Ausdruck zu bringen (vgl. Simon S. 158—164, Fischer S. 24, Rehm[1] S. 170, dagegen aber S. 96. 260ff., 271ff., [2] S. 96). Kosten, die für einen längeren Zeitraum im voraus entrichtet werden, z. B. Prämien für 5 Jahre, können auf die einzelnen Jahre verteilt werden. Getilgte Verbindlichkeiten (eingelöste Genußscheine oder zurückgekaufte eigene Pfandbriefe) sind nicht Bilanzaktiva (L.G. Dresden in Holdheim 01 S. 97, O.L.G. Dresden ebenda 02, S. 105, 108, O.V.G. bei Kaufmann IV S. 30). Nr. 8.

e) Auch sogen. ideelle Werte (Kundschaft u. dgl.) können, falls sie entgeltlich erworben sind (auch dies verlangt nicht einmal Ritter § 39 Anm. 2 und Müller-Erzbach in Z. LXIV S. 540) zu den Aktiven der Bilanz gehören (Rehm[1] S. 181ff., [2] S. 17, Fischer S. 102ff.) § 191 Abs. 2 H.G.B. hat gerade solchen Fall im Auge. Dasselbe gilt von Patenten. Gekaufte Patente dürfen u. U. wenngleich große Vorsicht gerade hier geboten ist (Fischer S. 95) zum Kaufpreis in die Bilanz gestellt werden, nicht dagegen eigene Patente zum Schätzungspreis (R.G. bei Neumann III/2 S. 15) ebenso Firmen- und Warenzeichenrechte (R.G. in J.W. 01 S. 653 Nr. 12). Vgl. oben § 39 Nr. 2. Eigene Arbeitskraft ist nie Vermögensgegenstand der Bilanz (Rehm[1] S. 179, [2] S. 12). Bei Verlagsrechten wird der Verleger die gezahlten Honorare und die Herstellungs- und Vertriebskosten der Bücher als Anschaffungswert anzusehen haben (Fischer S. 100). Bloße, für die Zukunft erhoffte Gewinne gehören nicht in die Bilanz (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 06 S. 209). Nr. 8a.

5. **Älteres Recht.** Das ältere Recht (Art. 31) enthielt noch nicht die Forderung, daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen ist, auch stellte es als Bewertungszeitpunkt die Zeit der Bilanzaufnahme hin. Nr. 9.

§ 41.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind sie zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

Entw. I § 36, II § 40; A.D.H.G.B. Art. 30.

1. **Persönliche Unterzeichnung.** Die Unterzeichnung soll von dem Kaufmann persönlich erfolgen, gleichgültig, ob er die Buchführung persönlich besorgt oder wegen mangelnder kaufmännischer Ausbildung durch andere besorgen läßt (R.G. im Recht 07 S. 780 Nr. 1765, K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 94). Unterzeichnung durch einen Prokuristen ist nicht ordnungsmäßig. Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft haben auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Nr. 1.

persönlich haftenden Gesellschafter, nicht dagegen die Kommanditisten zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung der Bilanz ist kein Anerkenntnis gegenüber den in der Bilanz aufgeführten Gläubigern, da sie gar nicht für diese bestimmt ist (R.G. in L.Z. 1913 S. 289).

Nr. 2. 2. **Ordnungsvorschrift.** Die Vorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift,[1]) die Gültigkeit des Inventars oder der Bilanz ist nicht von der Unterzeichnung abhängig (vgl. R.G. bei Gruchot XLII S. 1099). Die Bilanz ist gezogen, auch wenn der Kaufmann sie in anderer Form als die seinige anerkennt, z. B. durch eigenhändige Schrift und Versendung (R.G. in Straff. VIII S. 424, vgl. von Kraewel bei Busch XXXXIII S. 93—95, Seuffert LIV Nr. 34). Weigert sich ein Gesellschafter, Inventar und Bilanz zu unterschreiben, so ist die Klage der übrigen gegen ihn eine Klage auf Anerkennung und das die Verpflichtung zur Anerkennung rechtskräftig aussprechende Urteil ersetzt seine Unterschrift. Gegen die Klage hat er natürlich den Einwand der Unrichtigkeit, doch muß er die Posten angeben, die er als unrichtig ansieht.

Nr. 3. 3. Die **Liquidationsbilanz** (§§ 154, 299) ist von sämtlichen Liquidatoren, die Bilanz der Aktiengesellschaft von sämtlichen Vorstandsmitgliedern zu unterzeichnen (§§ 239, 231).

Nr. 4. 4. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 30).

§ 42.

Unberührt bleibt bei einem Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes die Befugnis der Verwaltung, die Rechnungsabschlüsse in einer von den Vorschriften der §§ 39 bis 41 abweichenden Weise vorzunehmen.

Entw. I—II § 41; Denkschr. II S. 3162, 3163.

Nr. 1. 1. Die Denkschrift motiviert die Vorschrift damit, daß eine unbedingte Durchführung der Vorschriften über Bilanzen für staatliche und kommunale Unternehmungen wegen des Zusammenhangs ihrer Rechnungsführung mit der allgemeinen Staats- oder Gemeinderechnung häufig nicht angängig sei und daß tatsächlich auch vielfach anders verfahren werde. Nur auf Inventar und Bilanz erstreckt sich das Privileg. Die Verpflichtung zur Buchführung und zur Aufbewahrung der Korrespondenz nach § 38 besteht auch für den Fiskus und die Kommunen, die Kaufmannseigenschaft besitzen, desgl. beherrscht auch sie der § 43, doch weicht ihre Buchführung von der gewöhnlichen kaufmännischen ab (Simon in Z. XXXIV S. 152 ff.), sog. kameralistische Buchführung (Adler im Handwörterbuch der Staatswissenschaften III S. 255). Nicht bloß die Form von Inventar und Bilanz, sondern auch die Zeit der Aufstellung kann hier anders geordnet sein, vor allem besteht eine Pflicht zum jährlichen Rechnungsabschluß nicht, wohl aber erstreckt sich die Aufbewahrungspflicht des § 44 Abs. 2 auch auf ihre Rechnungsabschlüsse.

Nr. 2. 2. **Ausländische** Fisci und Kommunalverbände besitzen das Privileg nicht, ebensowenig deutsche Standesherrn (R.G. in Entsch. F.G. II S. 223). Über den Begriff des Kommunalverbandes bei § 36.

§ 43.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen.

---

[1]) Über die strafrechtlichen Folgen der Unterlassung R.G. in Straff. VII S. 89, VIII S. 424.

Die Bücher sollen gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radiert, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

Entw. I § 38, II § 42; Denkschr. I S. 47, II S. 3163; A.D.H.G.B. Art. 32.

1. Die Vorschriften des § 43 beziehen sich nur auf die Handelsbücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen (Inventar, Bilanz), dagegen nicht auf die Handelsbriefe. Nr. 1.

2. **Lebende Sprache.** Unter lebender Sprache ist jede auch wenigen zugängliche lebende Sprache zu verstehen, (also z. B. auch türkisch, chinesisch, Prot. S. 48). Entgegenstehende Anträge wurden von der Nürnberger Kommission abgelehnt, um nicht die Niederlassungen von Kaufleuten fremder Nationalität in Deutschland zu erschweren. Aus dieser Motivierung ist zwar nicht der von Staub-Bondi (§ 43 Anm. 1) gemachte Vorbehalt zu rechtfertigen, wohl aber zu entnehmen, daß die willkürliche Anwendung der nicht deutschen Sprache seitens eines deutschen Kaufmanns ausgeschlossen sein solle. Die hebräische Sprache muß gleich der lateinischen als tote gelten (a. A. Blau im Arch. f. B.R. XXIII S. 177 ff.), ebenso die altgriechische, umgekehrt kann als lebende Sprache nicht Volapük angesehen werden. Dialektform anzuwenden ist nicht geradezu ausgeschlossen, doch wird der Zweck der Handelsbücher, dem Dritten eine Übersicht des Vermögens zu gewähren, nicht dadurch in Frage gestellt werden dürfen. Nr. 2.

3. **Schriftzeichen.** Unter Schriftzeichen einer lebenden Sprache sind diejenigen zu verstehen, in denen die Worte dieser Sprache herkömmlich niedergeschrieben werden. Also für die deutsche Sprache deutsche oder lateinische Schriftzeichen. Demgemäß darf das deutsche Wort nicht etwa mit den Schriftzeichen der russischen oder chinesischen Sprache niedergeschrieben werden. Ausgeschlossen sind ferner hebräische Schriftzeichen (jüdisch-deutsche Schrift), Geheimzeichen, aber auch stenographische Zeichen (a. A. Puchelt-Förtsch z. Art. 32 Nr. 2, Makower S. 164), sie sind nicht die Schriftzeichen einer lebenden Sprache. Abkürzungen sind statthaft, so weit sie die Übersicht nicht erschweren. Nr. 3.

4. **Schreibstoff.** Mit welchem Stoff die Niederschrift erfolgen soll, ist nicht vorgeschrieben, doch wird die Anwendung eines leicht vergänglichen Stoffes (Blei) nur ganz ausnahmsweise zulässig sein (bei Büchern zum Zwecke vorläufiger Notierungen an Orten, wo eine Gelegenheit mit Tinte zu schreiben nicht vorhanden ist, R.O.H.G. XVIII Nr. 62). Nr. 4.

5. **Einband, Foliierung, Paginierung der Bücher.** Die Bücher sind zu binden, die nur durch einen Briefordner zusammen gehaltenen, aus losen Blättern bestehenden sog. Dauerkontenbücher sind unzulässig (O. Simon in B.A. IX S. 177, a. A. Alsberg bei Holdheim 1910 S. 80 mit nicht genügender Begründung und Crome a. a. O. (vgl. Lit. zu § 38), der einen unzulässigen Unterschied zwischen Grundbüchern und anderen Büchern macht, ebenso Schär in D. Wirtsch. Z. V S. 871, dagegen Hecke in L.Z. 07 S. 645 ff., Otto a. a. O. (vgl. § 38 Nr. 6) S. 76 ff.). Nur die Bücher, nicht notwendig das Inventar und die Bilanz sind zu binden (§ 41 Abs. 2). Foliierung oder Paginierung der Bücher ist zulässig. Zulässig ist auch, daß die nebeneinander befindlichen Seiten zweier Blätter unter einer Zahl vereinigt werden (Puchelt-Förtsch Art. 32 Nr. 3). Inventar und Bilanz, die zusammengelegt werden, brauchen weder paginiert noch numeriert zu werden. Nr. 5.

6. **Leere Zwischenräume.** Üblicherweise werden solche mit einem Querstrich durchzogen. Handelt es sich um verschiedene Abteilungen eines Buches, so steht Nr. 6.

nichts im Wege, daß eine größere Anzahl unbeschriebener Seiten zwischen denselben besteht (R.O.H.G. XVIII Nr. 62).

Nr. 7. 7. **Rasuren.** Daß solche, wo Eintragungen vorgenommen werden, erfolgen, ist schlechterdings untersagt (Prot. S. 48, 49). Durchstreichungen und Korrekturen sind nur soweit unzulässig, als dadurch die Leserlichkeit leidet oder Zweifel über die Zeit der Vornahme entstehen.

Nr. 8. 8. Die Folgen der Zuwiderhandlung sind bei § 38 hervorgehoben. Wie weit eine sonstige strafbare Handlung (Urkundenfälschung) gegeben ist, entscheidet der Tatbestand (unten § 45 Nr. 1).

9. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 32).

§ 44.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher bis zum Ablaufe von zehn Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe und der Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Entw. I § 39, II § 43; Denkschr. I S. 47, II S. 3163; A. D. H.G.B. Art. 33.

Nr. 1. 1. **Aufbewahrungsfrist.** Die Berechnung der Frist erfolgt nach B.G.B. §§ 188, Abs. 2, 3, 187. Bei Handelsbüchern ist als Anfangstag maßgebend der Tag der darin vorgenommenen letzten Eintragung, der sich freilich nicht stets wird mit Sicherheit feststellen lassen; bei empfangenen Handelsbriefen der Tag des Empfanges, bei abgesendeten der Tag der Absendung, bei Inventaren und Bilanzen der Tag der vollendeten Aufstellung. Führt der Kaufmann Kopier-, Inventar- und Bilanzbücher, so entscheidet bei diesen das Datum der letzten Eintragung im Buche.

Nr. 2. 2. **Aufbewahrungspflicht.** Die Pflicht bezieht sich nur auf die in § 44 angegebenen Urkunden, nicht auf deren Belege, sie liegt dem Kaufmann ob trotz Auflösung des Geschäfts (Prot. S. 49, §§ 157 Abs. 2, 302) und geht auf die Erben über. Über die besondere Regelung bei Handelsgesellschaften nach deren Auflösung bei §§ 157 Abs. 2, 302. Besteht die Handelsgesellschaft fort, so lastet die Pflicht auf denjenigen, die für die Buchführung zu sorgen haben (oben § 38 Nr. 2).

Nr. 3. 3. **Unterlassung der Pflicht** kann einen Verstoß gegen K.O. §§ 239 Nr. 4, 240 Nr. 3 darstellen, wobei zu beachten ist, daß diese Bestimmungen sich nur auf Handelsbücher, dagegen nicht auf die Korrespondenz beziehen. Davon abgesehen beraubt sich der Kaufmann eines Beweismittels. Freilich wird die Länge der Aufbewahrung sich in dieser Beziehung nach der Dauer der Verjährungsfrist bemessen (Puchelt-Förtsch zu Art. 33 Nr. 7). — Im Konkurse des Kaufmanns wird der Konkursverwalter für Beobachtung des § 44 Sorge zu tragen haben (Mosler im Recht 09 S. 343).

Nr. 4. 4. Das ältere Recht (Art. 33) stimmte überein.

§ 45.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.

Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.

Entw. I § 40, II § 44; Denkschr. I S. 47, 48, II S. 3163; A. D. H.G.B. Art. 37.

Literatur: Vgl. die sorgfältigen Ausführungen bei v. Hahn zu Art. 34, 35, Behrend § 42, Allfeld S. 182ff., Goldschmidt System §§ 31, 32, vgl. v. Laun in Z.Z.P. XLIV S. 1ff.

1. **Beweiskraft.** Die formelle Beweiskraft der Handelsbücher ist seit Längerem beseitigt. Die Handelsbücher erscheinen lediglich als private Urkunden, über deren Wert das freie richterliche Ermessen zu entscheiden hat (Z.P.O. § 286). Naturgemäß wird der Richter ordnungsmäßig geführten, d. h. nicht bloß äußerlich fehlerfreien, sondern auch übersichtlichen und vollständigen (v. Hahn § 6 zu Art. 34) Handelsbüchern bei sonst unverdächtigen Umständen (vgl. v. Hahn § 12 zu Art. 34), insbesondere Unbescholtenheit des Buchführenden nach wie vor große Beweiskraft beimessen (R.G.Z. VI S. 347). Dies hat zunächst gegen den Kaufmann, der sie führte, zu gelten. Denn wenngleich die eigenen Buchungen nicht die Bedeutung eines dispositiven Anerkenntnisses haben (Behrend § 42 Anm. 54, R.G. in Bad. Rpr. 05 S. 101, O.L.G. Karlsruhe ebenda 1912 S. 127), so haben (unbeschadet der freien Beweiswürdigung R.G. bei Warneyer 1911 Nr. 411) sie die Kraft eines außergerichtlichen Geständnisses (Cosack S. 59, Goldschmidt § 31), wobei selbstverständlich dem Buchführer der Nachweis eigenen Irrtums freisteht (R.O.H.G. XX Nr. 83). Es gilt aber auch zugunsten des Kaufmanns (Cosack S. 59, R.O.H.G. IV Nr. 85, Adler-Clemens Nr. 384). Auch mangelhafte Bücher werden, zumal in erster Hinsicht wohl zu verwerten sein, besonders dann, wenn der Mangel gar nicht die zu beweisende Tatsache betrifft (R.O.H.G. III Nr. 87, XVIII Nr. 62; Allfeld S. 183). Wie weit Durchstreichungen, Radierungen die Beweiskraft schwächen, entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung (Z.P.O. § 419), desgl. welches Buch bei Widerstreit den Vorzug verdient. Über die Beweisbedeutung der Unterzeichnung der Partei Z.P.O. § 416. Ob die Gegenpartei Kaufmann oder Nichtkaufmann ist, ist gleichgültig. — Erachtet das Gericht den Beweis als unvollständig geführt, so kann es der Partei auch einen Erfüllungseid (Bucheid) nach Z.P.O. § 475 auferlegen, der sich aber nur auf die zu erweisende Tatsache, nicht auf die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung selbst beziehen darf (Behrend S. 298, Anm. 45). Der Erfüllungseid kann je nach Sachlage Wahrheitseid oder Überzeugungseid sein (Z.P.O. §§ 477, 459). — Der Beweis des Handelsbuches ergreift unmittelbar nur die gebuchte Tatsache, wobei jedoch zu beachten ist, daß auch Nichtbuchung einer ordnungsmäßig zu buchenden Tatsache ein Indiz für deren Nichtexistenz bilden kann (R.O.H.G. VII Nr. 26, XVIII Nr. 23). Demgemäß beweist die Eintragung in das Kopierbuch noch nicht die Absendung des Handelsbriefes und die Buchung der Absendung noch nicht den Empfang seitens des Adressaten oder gar den Vertragsschluß (v. Hahn § 8 z. Art. 34, R.O.H.G. XIII S. 96, 341; Adler-Clemens Nr. 86, anders Nr. 101). Die Beweiskraft erstreckt sich auch nur auf Tatsachen, nicht auf Urteile. Wertschätzungen, z. B. im Inventar, beweisen lediglich die Meinung der Schätzenden, nicht den Wert selbst. Ob die gebuchten Tatsachen, z. B. der Geschäftsabschluß, sich zwischen den Parteien oder mit einem Dritten abspielten, ist gleichgültig (v. Hahn § 8 zu Art. 34). So kann der Kommissionär gegenüber den Kommittenten sich auf die Buchung des Geschäftsabschlusses mit dem Dritten berufen. — Über die Frage, ob Urkundenfälschung oder Betrug durch Veränderungen von Einträgen oder Abschriften begangen werden kann R.G.Str. II S. 423, IV S. 4, V S. 431, XXXIV S. 131, XXXV S. 145. Nr. 1.

2. **Edition von Handelsbüchern.** Neben dem allgemeinen Recht der Edition von Urkunden (Z.P.O. § 422, B.G.B. §§ 809—811) besteht ein Sonderrecht für Handelsbücher. Beide schließen sich nicht aus (Seuffert LIII Nr. 26). Nr. 2.

a) Nach dem **allgemeinen Recht** ist der Inhaber zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn dem Gegner entweder ein bestimmtes Recht auf Herausgabe (z. B. Eigentum) oder auf Benutzung (vgl. z. B. H.G.B. §§ 118, 157) zusteht, oder wenn die Urkunde eine gemeinschaftliche im Sinne von B.G.B. § 810 ist, d. h. wenn die Urkunde ein zwischen ihm und dem Gegner bestehendes Rechtsverhältnis, sei es im Ganzen sei es mit bezug auf Einzelheiten, z. B. die Zahlung bekundet (R.G.Z. LVI S. 112) und wenn der Gegner ein rechtliches Interesse an der Einsicht hat, sei es als Vertragspartei oder als Bürge für den Vertragsschuldner oder als Ehefrau bei Gütergemeinschaft (R.G.Z. L S. 334) oder als Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft wegen Darlegung seiner Geschäftsführung (R.G. in L.Z. 08 S.

448). Gleichgültig ist, ob ein Rechtsstreit zwischen den Parteien schwebt oder nicht, ob der eine oder ob beide Kaufleute sind, ob ein eigentliches Handelsbuch oder eine sonstige Urkunde (Handelsbriefe, Belege) in Frage kommt (vgl. R.O.H.G. VI Nr. 68). Das Gericht kann nur auf Antrag die Vorlegung anordnen, ist andererseits aber gehalten, dem Antrag bei Vorhandensein der rechtlichen Voraussetzungen stattzugeben, es besteht ein Recht auf Vorlegung. Diesem allgemeinen Recht zufolge besteht eine Verpflichtung zur Vorlegung von Handelsbüchern an den Gegner demnach, abgesehen von besonderen Rechtstiteln, nur dann, wenn sie gemeinschaftliche Urkunden sind, was bei Handelsbüchern meist, aber nicht stets der Fall ist (Goldschmidt in Z. XXIX S. 388ff., R.G.Z. XX S. 45, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 03 S. 256, O.L.G. Kiel in Seuffert LXV Nr. 32, O.L.G. Dresden im Sächs.-Arch. XV S. 623, bedenklich R.G.Z. XVIII S. 24, unentschieden XV S. 380). Ort der Vorlegung B.G.B. § 811. Vollstreckung: R.G.Z. LIII S. 232.

Nr. 3. b) Nach dem **Sonderrecht** des § 45 kann das Gericht, d. h. das Prozeßgericht in Zivilsachen, gleichgültig ob das ordentliche oder Sondergericht (auf Straf-, Verwaltungsgerichte, Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezieht sich § 45 nicht), die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei oder beider Parteien ohne Rücksicht darauf, ob sie gemeinschaftliche Urkunden sind oder nicht, unter gewissen Voraussetzungen anordnen. Es kann sie anordnen, die Anordnung hängt vom pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts ab (vgl. Busch IX S. 301), ein Recht der Partei auf Anordnung besteht nach dem Sonderrecht nicht. Bei der Anordnung wird der Richter die Interessen beider Parteien abwägen (v. Laun a. a. O). Er wird sie nur dann anordnen, wenn der Antragsteller seine Behauptungen, die er durch die Bücher erhärten will, genau präzisiert hat; allgemeine vage Behauptungen genügen nicht (O.L.G. Kiel in Seuffert LXV Nr. 32), die Vorlegung darf nicht dazu dienen, erst Material für die Behauptungen zu liefern (O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. XIV S. 108, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. X S. 238, O.L.G. Darmstadt im Recht 06 S. 1270 Nr. 3139). Der Richter kann die Vorlegung von Handelsbüchern, einschließlich des etwa geführten Kopierbuches (Adler-Clemens Nr. 768, 1010, 1050, anders Nr. 843, 1099) anordnen, dagegen nicht die Vorlegung sonstiger Urkunden (Kontobücher, Beibücher, vgl. bei § 38 Nr. 5), auch nicht die der Bücher von Minderkaufleuten, weil dies keine Handelsbücher im Sinne des Gesetzes sind (R.G. in Seuffert LIX Nr. 46), auch nicht die der Inventare und Bilanzen (vgl. Adler-Clemens Nr. 864),[1]) auch nicht die der Belege und erhaltenen Korrespondenz (Adler-Clemens Nr. 261, 331, 334, 384, 624, 674, 1099, 1362). Ob der Kaufmann In- oder Ausländer ist, ist gleichgültig (Förster-Kann Nr. 5 zu § 142 Z.P.O.). Gleichgültig ist, ob die Handelsbücher Haupt- oder Nebenbücher (Adler-Clemens Nr. 233) sind, ebenso ob sie gegenwärtig geführte oder bereits geschlossene und aufbewahrte sind; selbst wenn die gesetzliche Aufbewahrungsfrist verstrichen ist, kann die Vorlage angeordnet werden (anders Adler-Clemens Nr. 1102, 1522). Die Vorlegung erfolgt nicht an die Partei, sondern an den Richter (R.O.H.G. II Nr. 29, Busch IX S. 299). Nur die Vorlegung von Handelsbüchern einer Partei, nicht eines Dritten (vgl. Z.P.O. § 429) kann das Gericht anordnen, also auch nicht die ehemals einer Partei gehörigen oder mitgehörigen und zur Zeit auf andere übergegangenen (R.G. in Seuffert LVIII Nr. 180). Nur im Laufe eines Rechtsstreites, also weder vor der Klageerhebung noch nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung (Z.P.O. § 310) kann die Anordnung erfolgen. Daß in diesem Rechtsstreit auch die andere Partei Kaufmann ist, ist nicht notwendig. Nach einer vielfach vertretenen Meinung muß es eine Handelssache sein, doch ist diese Ansicht nicht zutreffend (R.G.Z. LXIX Nr. 5, O.L.G. Kolmar in O.L.G Rspr. XVI S. 85, vgl. L.Z. I S. 755). Im § 47 liegen zweifellos auch Nichthandelssachen vor. Die Anordnung des Gerichts kann auf Antrag oder von Amts wegen ergehen. Ort der Vorlegung Z.P.O. §§ 434, 355. B.G.B. § 811 findet hierauf keine Anwendung.

Nr. 4. c) Über die **prozessualen Folgen der Nichtvorlegung** Z.P.O. § 427, der auch für die Vorlegung nach § 45 analog anzuwenden ist (anders Brand Anm. 1e), über Editionseid Z.P.O. § 426. Daß derjenige, der auf Edition eines notwendigen

[1]) Dies ist freilich bestritten.

Buches belangt, erklärt, das fragliche Buch nicht geführt zu haben, dem die Edition Verweigernden gleich steht (v. Hahn z. Art. 37 § 5), läßt sich nicht rechtfertigen (Goldschmidt System § 32).

d) Eine besondere Vorlegungspflicht statuiert Börsengesetz § 82.

3. **Älteres Recht.** § 45 als Vorschrift prozessualer Natur war sofort anwendbar auf alle Rechtsstreitigkeiten, die am 1. Januar 1900 im Lauf befindlich waren (R.O.H.G. II S. 129 ff.). Auch der Editionsanspruch des B.G.B. §§ 809—811 kann sich auf solche Ansprüche oder Rechtsverhältnisse gründen, die in der Zeit des alten Rechts entstanden sind. Denn er ist nicht Bestandteil des konkreten Schuldverhältnisses, sondern steht kraft Gesetzes unmittelbar zu. Nr. 5.

4. Bei Statutenkollision entscheidet die lex fori (v. Bar in Ehrenbergs Hdb. I S. 343). Nr. 6.

§ 46.

Werden in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalte, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist.

Entw. I § 41, II § 45; Denkschr. I S. 48, II S. 3163; A.D.H.G.B. Art. 38.

Diese schon im alten Recht (Art. 38) enthaltene Bestimmung bezieht sich auf alle Fälle der Vorlegung von Handelsbüchern in Rechtsstreitigkeiten, auch wenn die Vorlegung freiwillig geschieht, oder der Vorlegende einer Verpflichtung nach B.G.B. § 810 nachkommt (vgl. auch Puchelt-Förtsch z. Art. 38 Nr. 2). Dagegen betrifft sie nicht den Fall, in dem jemand ein besonderes Recht auf Benutzung des Buches hat (§§ 118, 157, 166, 338, vgl. R.O.H.G. VII Nr. 18). Außer den Parteien können Sachverständige hinzugezogen werden. Die Gegenpartei hat nur das Recht auf Einsicht des den Streitpunkt betreffenden Inhalts. Die Offenlegung des übrigen Inhalts hat lediglich der Behörde gegenüber zu erfolgen (Abweichung von Z.P.O. § 357! Förster-Kann zu § 142 Z.P.O. Nr. 5 wollen deshalb die Bestimmung in Zivilprozessen für nicht anwendbar erklären, aber Sonderrecht geht dem allgemeinen Recht vor), andererseits hat der Vorlegende die betreffenden Stellen, auf die er sich beruft, nachzuweisen (R.G.Z. I Nr. 151). Die Vorlegung eines Auszugs aus dem Buche genügt nicht.

§ 47.

Bei Vermögensauseinandersetzungen, insbesondere in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftsteilungssachen, kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen.

Entw. I § 42, II § 46; Denkschr. I S. 48, 49, II S. 3163; A.D.H.G.B. Art. 40.

1. **Vermögensauseinandersetzungen.** Bei allen Vermögensauseinandersetzungen, gleichgültig ob es sich um das Vermögen eines Kaufmanns handelt oder nicht, kann vom Gericht Mitteilung der Handelsbücher behufs Kenntnis des ganzen Inhalts angeordnet werden. Die drei hervorgehobenen Fälle der Erbschaftsteilung (B.G.B. § 2042 ff.), Gütergemeinschaftsteilung (B.G.B. § 1471 ff., 1497 ff., 1546 ff., 1669), Gesellschaftsauseinandersetzung (B.G.B. § 730 ff., H.G.B. § 158) sind nur exemplifikativ. Die Denkschrift hebt weiter hervor Schenkung des Vermögens oder des Bruchteils eines solchen, Leibrentenvertrag. Dahin gehört auch Verkauf eines Geschäfts, soweit die Bücher nicht übergehen, dagegen nicht mehr der Fall des Konkurses, da hier der Konkursverwalter mit Unterstützung des Gläubigerausschusses und der Gläubiger- Nr. 1.

versammlung die Mittel in der Hand hat, die Bücher einzusehen (vgl. K.O. § 117ff.). Um Handelssachen braucht es sich nicht zu handeln (R.G.Z. LXIX Nr. 5).

Nr. 2. 2. Die Anordnung kann auch hier im Laufe eines Rechtsstreites ergehen, wenn ein Prozeß über die Auseinandersetzung anhängig ist. Dann kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Anordnung erlassen (§ 45). Sie kann aber auch auf Grund einer selbständigen Klage ergehen, die auf B.G.B. § 810 fundiert ist (dies verneinen Goldmann I S. 207 und Brand Anm. 3). Es ist auch das Gericht als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit kompetent (a. A. Denkschr., wie es scheint auch O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. XVI S. 85, ferner Ritter zu § 47).

Nr. 3. 3. Das Gericht kann **vollständige** Mitteilung anordnen. Es kann sich aber auch auf Mitteilung gemäß § 46 beschränken.

Nr. 4. 4. Nicht vom § 47 betroffen wird der Fall, daß der Gegner sich auf einen besonderen Rechtstitel für die Benutzung stützt (vgl. bei § 45 Nr. 2). Hier muß das ganze Buch vorgelegt werden.

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

Einleitung.

Der fünfte Abschnitt enthält eine Reihe von Sonderbestimmungen über Vertretung und Vollmacht. Sie stellen keineswegs das ganze Sonderrecht des H.G.B. über diese Materie dar, vielmehr betreffen sie nur Fälle der gewillkürten (durch Rechtsgeschäft erteilten, B.G.B. § 166 Abs. 2), nicht solche der gesetzlichen Vertretungsmacht. Und auch die Fälle der gewillkürten Vertretung regeln sie nicht erschöpfend. So wird die Vertretungsmacht der Handlungsagenten im 7. Abschnitt §§ 85—87 geordnet. Abschnitt 5 umfaßt vielmehr nur die Vollmacht des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Von den 11 Paragraphen desselben beziehen sich die ersten 6 auf die Prokura (§§ 48—53), die folgenden 5 (§§ 54—58) auf die Handlungsvollmacht. Die Grundlage für diesen Abschnitt bildet das B.G.B., vornehmlich dessen §§ 164—181. Soweit sich somit nicht aus den Vorschriften des H.G.B. ein anderes ergibt, greift das bürgerliche Recht Platz. Dabei ist das Herrschaftsgebiet des Spezialrechtes für beide Arten von Vollmacht fest umgrenzt. Bei der Prokura erstreckt es sich auf Erteilung, Übertragung, Erlöschen und Umfang der Vertretungsbefugnis, sowie Art der Vertretungsbetätigung, bei der Handlungsvollmacht nur auf den Umfang der Vertretung und die Übertragung der Vollmacht. Jenseits dieses Gebietes normiert das bürgerliche Recht, vornehmlich die Bestimmungen über das Recht der Stellvertretung überhaupt (B.G.B. §§ 164—166, 177—181) ergreifen auch Prokura und Handlungsvollmacht, ja letztere untersteht überhaupt dem ganzen 5. Titel des B.G.B., denn ihr Sonderrecht ist lediglich Ergänzungsrecht, nicht abweichendes Recht gegenüber dem B.G.B. Auch hinsichtlich der Haftung aus unerlaubten Handlungen des Stellvertreters greift das B.G.B. Platz, vgl. dessen §§ 278, 831.[1])

---

[1]) Die Kommentierung der Bestimmungen des B.G.B. über die Wirkung der Stellvertretung, insbesondere den Einfluß von Willensmängeln und des Kennens oder Kennenmüssens gewisser Umstände (B.G.B. § 166), das Kontrahieren der Vertreter mit sich selbst, das Handeln im Namen eines anderen ohne Vertretungsmacht, die Haftung für Verschulden der Vertreter, die indirekte Stellvertretungsmacht usw. gehört nach dem Plan dieses Werkes im Großen nicht hierher, sondern in die Kommentare über das B.G.B., das Gebot der Arbeitsteilung muß hier Platz greifen. An späteren Stellen wird auf einen Teil der einschlägigen Vorschriften zurückzukommen sein, so bei den §§ 126, 392, 431 u. a. Sehr eingehend behandeln diese allgemein bürgerlichrechtlichen Vorschriften Düringer-Hachenburg I S. 339—366, Staub-Bondi, Exkurs zu § 58.

§ 48.

Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung erteilt werden.

Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesamtprokura).

Entw. I § 43, II § 47; Denkschr. I S. 49, 50, II S. 3163, 3164; A.D.H.G.B. Arb. 41.

Lit.: Bie, Kollektivprokura 1894, Jung, Gesamtvertretung Diss. 09, Calmon, Rechtliche Stellung des Prokuristen im Immobiliarverkehr 07, Thomas, Vollmacht des Prokuristen 06, Vogel, Prokura nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht 03, v. Wunsch, Filialprokura Diss. 08.

1. **Begriffsbestimmung.** Das H.G.B. enthält eine Begriffsbestimmung der Prokura nicht, sie ergibt sich aus den §§ 49, 50. Danach ist die Prokura eine nach außen unbeschränkte Vollmacht zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes oder eines unter eigener Firma geführten Teiles des Handelsgewerbes. Im letzteren Falle hebt die Besonderheit der Firma den Teil äußerlich ab und gewährt die Möglichkeit, den Umfang der Vollmacht auch hier scharf abzugrenzen. Nr. 1.

2. Die Prokura ist nur eine Vollmacht von **Vollkaufleuten.** Über „Prokuren" von Minderkaufleuten bei § 4 Nr. 9. Alle Vollkaufleute, ob physische oder juristische Personen oder Handelsgesellschaften, können Prokuren erteilen, nur Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind davon ausgeschlossen (R.G. v. 1889 § 42 Abs. 2). Auch der nach § 5 als Vollkaufmann Angesehene erteilt mit Wirksamkeit Prokura. Nr. 2.

3. **Erteilung** der Prokura. Nur der Inhaber des Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter kann die Prokura erteilen, d. h. Nr. 3.

a) **Inhaber des Handelsgeschäfts,** das ist die geschäftsfähige physische Person, die Einzelkaufmann ist. Sie muß die Prokura persönlich erteilen, Erteilung durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Die von einem Geschäftsunfähigen erteilte Prokura ist nichtig (B.G.B. § 105), die von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten einseitig erteilte Prokura unwirksam (B.G.B. § 111 Abs. 1).

b) **Gesetzlicher Vertreter.** Der gesetzliche Vertreter von physischen Personen (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund) bedarf der Zustimmung der Obervormundschaft zur Erteilung einer Prokura (B.G.B. §§ 1882 Nr. 11, 1643 Abs. 1, 1897). Die ohne solche vorgenommene Erteilung ist unwirksam (B.G.B. § 1831), selbst wenn sie in das Handelsregister eingetragen ist (Düringer-Hachenburg Anm. 6). Bei juristischen Personen erteilt mangels besonderer Bestimmungen der Vorstand (Geschäftsführer) als gesetzlicher Vertreter (B.G.B. § 26 Abs. 2) mit Rechtswirkung nach außen die Prokura. Davon unberührt bleiben gesetzliche Bestimmungen, die ihm nach innen die Verpflichtung zur Einholung des Konsenses anderer Organe auferlegen (vgl. § 238, R.G. v. 1892 § 46 Nr. 7). Bei der offenen Handelsgesellschaft hat jeder vertretende Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder zur Vertretung berechtigte Komplementar das Recht der Erteilung der Prokura (§§ 126 Abs. 1, 161 Abs. 2, 320 Abs. 2), im Falle der Gesamtvertretung haben es die mehreren zusammen nach Maßgabe des § 125 Über die Beschränkungen nach innen §§ 116 Abs. 3, 164, 320 Abs. 2. Über die Aktiengesellschaft bei § 238. Der gesetzliche Vertreter muß persönlich die Prokura erteilen. Erteilung durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Auch die Delegation nach den §§ 125 Abs. 2 Satz 2, 232 Abs. 1 Satz 2 ist für diesen Fall nicht zulässig. Nr. 4.

c) Gehört das Handelsgeschäft zu einem Nachlaß, für den ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, so kann dieser, falls der Betrieb des Handelsgeschäfts zu seinem Geschäftskreis gehört, einen Prokuristen bestellen (L.G. Neiße in L.Z. 07 S. 236; K.G. in Johow-Ring XLI A 75 = Entsch. F.G. XI S. 271), so jedenfalls, wenn die Voraussetzung der §§ 2209, 2207 B.G.B. gegeben sind, aber auch Nr. 4a.

wohl ohne diese. Er erteilt sie nicht als Inhaber, auch nicht als gesetzlicher Vertreter der Erben, aber als beamtete Person, deren Handlungen die Erben verpflichten, also nach Analogie eines gesetzlichen Vertreters.

Nr. 4b. d) Eine Abweichung von § 48 ist durch das vom V.A.G. §§ 86, 115 geschaffene Organ des Hauptbevollmächtigten einer Versicherungsunternehmung entstanden. Der Hauptbevollmächtigte wird Prokura erteilen können. Vgl. Busse, Der Hauptbevollmächtigte ausländischer Versicherungsunternehmungen Diss. 1911 S. 29.

Nr. 5. e) Da der Prokurist das Handelsgewerbe betreiben soll, so ist die Erteilung der Prokura im Auflösungsstadium ausgeschlossen (R.O.H.G. XIII Nr. 76). Somit können Liquidatoren keine Prokuristen bestellen (vgl. § 298 Abs. 4, ferner bei § 149 Nr. 6). Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft kann im Falle der Bestellung durch sämtliche Gesellschafter solchenfalls die Rückgängigmachung der Auflösung erblickt werden. Auch im Konkurse der juristischen Person oder Handelsgesellschaft ist die Bestellung von Prokuristen ausgeschlossen. Ebenso, wenn eine physische Person in Konkurs gerät.

f) Der Inhaber des Handelsgewerbes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu sein, es sei denn, daß die Eintragung für die Begründung der Kaufmannseigenschaft Vorbedingung ist.

Nr. 6. 4. **Erfordernisse des Prokuristen.** Prokurist kann sein nur eine physische, nicht eine juristische Person. Der Prokurist braucht nicht notwendig die volle Geschäftsfähigkeit zu haben, auch die in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten können Prokura erhalten (B.G.B. § 165), nicht dagegen Geschäftsunfähige. Vollkommen gleichgültig ist, ob der Prokurist verfügungsfähig ist, weil der Erfolg seiner Handlungen den Prinzipal trifft, somit kann auch ein Kridar Prokurist werden. Meist wird der Prokurist zugleich Handlungsgehilfe sein, aber die Erteilung der Prokura an eine sonstige Person ist nicht ausgeschlossen. Auch die Ehefrau, das Hauskind, ein Freund, bei stillen Gesellschaften der stille Gesellschafter, bei juristischen Personen ein Mitglied (z. B. Aktionär), bei der offenen Handelsgesellschaft ein nicht zur Vertretung berechtigter Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft ein Kommanditist können Prokura erhalten. Dagegen kann nicht ein Minderjähriger zum Prokuristen seines Handelsgewerbes bestellt werden, wohl aber kann der Vormund mit Genehmigung der Obervormundschaft Prokura erhalten (vgl. bei § 1 Nr. 18). Nicht zulässig dürfte es ferner sein, einem der mehreren Erben (bei der Erbengemeinschaft) oder einem der Teilhaber bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft Prokura zu erteilen, denn er ist selbst Mitchef und eine offene Handelsgesellschaft liegt nicht vor (a. A. Marcus in Holdheim 09 S. 161; L.G. Frankenthal bei Kaufmann VII S. 43).

Nr. 7. 5. **Form der Erteilung.** Die Prokura kann nur mittelst ausdrücklicher Erklärung erteilt werden, stillschweigende Erteilung, z. B. durch Duldung des Zeichnens per Prokura ist nicht genügend (R.O.H.G. VIII S. 316, vgl. R.G.Z. LXIII S. 30, LXV S. 179), sie würde eine Ratihabition der betreffenden Handlung, aber nicht die Erteilung der Prokura darstellen. Die ausdrückliche Erklärung kann mündlich und schriftlich erfolgen (B.G.B § 167 Abs. 2). Die Worte, „daß der Bevollmächtigte Prokurist sein solle" sind nicht grade notwendig, sofern nur aus der Erklärung die Erteilung der Prokura erhellt, z. B. die Umschreibung der Vollmacht in einer dem § 49 entsprechenden Weise, auch die freiwillige Anmeldung zum Handelsregister kann zur Erläuterung des Willens des Vollmachtgebers dienen (vgl. B.G.B. § 133). Die Erklärung kann sich richten an den zu Bevollmächtigenden, selbst wenn dieser minderjährig ist, oder an Dritte, sei es an bestimmte Personen,[1]) sei es an das Publikum schlechthin durch öffentliche Bekanntmachung (B.G.B. §§ 167, 171). Der Vollmachtgeber kann dem Prokuristen eine Vollmachtsurkunde aushändigen oder nicht (vgl. hierzu B.G.B. § 172.)

6. **Verpflichtung zur Erteilung der Prokura.** Hat sich der Prinzipal einem anderen zur Erteilung der Prokura verpflichtet, so ist eine Klage des anderen auf

---

[1]) Es erhebt sich die Frage, ob die Erklärung an einen bestimmten Dritten die Prokura schlechthin allen Dritten gegenüber entstehen läßt oder nur gemäß B.G.B. § 171 Abs. 1 diesem bestimmten Dritten. Man wird angesichts des § 50 das Erstere anzunehmen haben (a. A. Staub-Bondi § 48 Anm. 8, Brand Anm. 5d, Makower S. 170.)

Erteilung mit der Wirkung, daß das rechtskräftige Urteil die Abgabe der Erklärung nach Z.P.O. § 794 ersetzt, ausgeschlossen. Dies folgt aus der freien Widerruflichkeit der Prokura (§ 52, R.O.H.G. V Nr. 77, R.G.Z. XXVII Nr. 9, nicht entgegensteht R.G Z. II Nr. 10), wohl aber kann bei unbegründeter Verweigerung der Erteilung ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben sein.

7. **Mehrere Prokuristen.** Der Inhaber eines Handelsgeschäfts kann einen und mehrere Prokuristen bestellen. Letzterenfalls kann jeder selbständige Prokura erhalten, sei es für das ganze Handelsgewerbe, sei es für eine einzelne Niederlassung (§ 50 Abs. 3). Es kann aber auch eine gemeinschaftliche (Gesamtprokura) erteilt werden. Wann das eine, wann das andere vorliegt, ist Tatfrage, eine Rechtsvermutung spricht für die Gesamtprokura nicht, ebensowenig aber für das Gegenteil (a. A. Bie, Kollektivprokura S. 16). In der Anordnung der Kollektivzeichnung liegt jedenfalls die der Kollektivvertretung (R.O.H.G. III S. 183, XVI S. 35, R.G.Z. XXIV S. 28, K.G. in Entsch. F.G. V S. 243). Nr. 9.

8. **Gesamtprokura (Kollektivprokura).** Bei der Gesamtprokura liegt eine subjektiv beschränkte[1]) Prokura vor (Bie S. 14), gewissermaßen eine Vollmacht zu gesamter Hand. Die Gesamtprokuristen erscheinen zusammen als ein Prokurist. Daraus folgt, daß Willensmängel oder Kenntnis, ja auch nur Kennenmüssen (hier anders Staub-Bondi Anm. 9) gewisser Umstände (B.G.B. § 166) in der Person auch nur eines der Gesamtprokuristen auf den Prinzipal wirken (Bolze I Nr. 1186, IV Nr. 807, XVI Nr. 231; bedenklich R.G. im Recht 09 Nr. 3000). Weiter entnahm daraus die früher herrschende Auffassung, daß die kraft der Prokura vorzunehmenden Rechtsakte von allen gemeinsam vorzunehmen sind, d. h. so, daß alle an dem Rechtsakt mitwirken, sei es gleichzeitig, sei es soweit es zulässig ist, nacheinander (z. B. nicht zulässig bei der Entgegennahme der Auflassung B.G.B. § 925). Das Mitwirken brauche nicht gerade in gleicher Form zu erfolgen, der eine könne das Wort führen, die anderen könnten zustimmen; der eine könne sprechen, die anderen könnten durch Gesten oder Schweigen ihre Zustimmung ausdrücken. Wo das Rechtsgeschäft eine bestimmte Form verlange, müßten freilich alle diese Form beobachten (R.O.H.G. III S. 183, XII S. 34, XVI Nr. 11, XVII Nr. 94). Nicht dagegen genüge bloße nach innen erteilte Einwilligung (B.G.B. § 182), stets müsse dem Gegenkontrahenten gegenüber eine Betätigung des Einverständnisses erfolgen (R.G.Z. XXXX S. 18, LXI S. 225). Ebensowenig genüge die Erteilung einer Vollmacht an einen der anderen oder an einen Dritten. Der Gesamtprokurist müsse in Person mitwirken. Falls einer von den Gesamtprokuristen nicht mitwirke, handelten die übrigen in Überschreitung ihrer Vollmacht und es träten die Wirkungen des B.G.B. § 177 ff. ein, d. h. bis zur erteilten Genehmigung seitens des Prinzipals (nicht der übrigen Gesamtprokuristen) sei die Wirkung in der Schwebe (R.G.Z. LXIII S. 98). Nachträgliche Erklärung sämtlicher Kollektivprokuristen gegenüber dem Dritten könnte aber den Mangel heilen (R.G. in J.W. 1911 S. 491[20]). Möglich sei allerdings, daß die Handlungen eines einzelnen Gesamtprokuristen auf Grund einer besonders erteilten Handlungsvollmacht aufrecht zu erhalten seien, dem Prinzipal sei es unbenommen, eine solche nach § 54, also auch durch konkludente Handlungen zu erteilen (O.L.G. Braunschweig in Z. XL S. 449, R.G. bei Holdheim 1900 S. 277, 1905 S. 22, L.Z. 1912 S. 383), ja es würden die gesetzlichen Vollmachten der §§ 55, 56 für denjenigen Gesamtprokuristen, der als Handelsreisender oder Angestellter tätig ist, Platz greifen. In neuerer Zeit hat das R.G. aber eine bedeutsame Schwenkung vollzogen. Es erklärt die formlose, nach innen gerichtete Genehmigung eines der Gesamtvertreter zu dem einseitig von dem anderen Gesamtvertreter vorgenommenen Rechtsakt für genügend, vorausgesetzt, daß der einseitig Handelnde eine fertige rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hat und an dieser zur Zeit der Genehmigung noch festhält. Demgemäß erklärt es auch für zulässig, daß die Gesamtprokuristen an einen von ihnen Spezialvollmachten erteilen (R.G.Z. LXXXI Nr. 76, Staub-Bondi Exkurs zu § 58, Anm. 15a, Düringer-Hachenburg Anm. 9, 10, a. A. erste Auflage dieses Kommentars, Ritter S. 74, Anm. 6). — Dagegen ist durch B.G.B. Nr. 10.

---

[1]) Nicht objektiv beschränkt, sie kann deshalb nicht für einzelne Geschäfte erteilt und es kann nicht angeordnet werden, daß die Zahl der Gesamtprokuristen für einen Teil der Geschäfte größer, für einen anderen geringer sein soll.

§ 181 ausgeschlossen, daß die Gesamtprokuristen einem von ihnen eine Generalhandlungsvollmacht erteilen (vgl. R.G. in J.W. 1912 S. 526[3]). Bei dem Prinzipal gegenüber abzugebenden Willenserklärungen wird man übrigens in entsprechender Anwendung von § 125 Abs. 2 die Abgabe gegenüber einem der Gesamtprokuristen genügen lassen (vgl. § 232 Abs. 1, B.G.B. § 28 Abs. 2) daher wird auch Protesterhebung gegenüber einem der Gesamtprokuristen genügen (R.G.Z. LIII S. 231). Im Prozesse treten die Gesamtprokuristen gemeinschaftlich auf, Z.P.O. § 84 ist auf sie nicht anwendbar (a. A. Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß S. 668). Zustellungen können an einen von ihnen erfolgen (Z.P.O. § 171 Abs. 3). — Nichts mit der Gesamtprokura hat die innere Regelung der Dienstverhältnisse zu tun, diese kann natürlich aus dem Gesichtspunkt getrennter Verwaltungszweige erledigt werden (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. VII S. 381).

Nr. 11. 9. **Gestaltung der Gesamtprokura.** Die Gestaltung der Gesamtprokura kann eine verschiedene sein. Es kann das Zusammenhandeln aller Prokuristen oder einer bestimmten Anzahl von ihnen (z. B. je zwei) erfordert sein, letzterenfalls muß die Zahl aber genau angegeben sein. Von mehreren Prokuristen kann der eine Vollprokura, zwei andere Gesamtprokura erhalten. Dagegen ist der Fall nicht zulässig, daß der eine volle Prokura, der andere nur mit dem ersteren Gesamtprokura erhält, so daß nur für den letzteren die Wirkungen der Gesamtprokura eintreten (sogen. halbseitige Gesamtprokura). Hier liegt im Grunde Erteilung voller Prokura nur an den einen Prokuristen vor (vgl. Bie S. 30, Staub-Bondi § 50 Anm. 5, a. A. Busch XXXXVII S. 61). Ebensowenig ist natürlich zulässig, daß der Prinzipal sich und einem Dritten Gesamtprokura erteilt (Staub-Bondi Anm. 9).

Nr. 12. 10. Über **kombinierte Stellvertretung** von Prokuristen und anderen Bevollmächtigten bei §§ 125 Abs. 3, 232 Abs. 2.

Nr. 13. 11. **Umwandlung der Gesamtprokura.** Die Gesamtprokura kann nachträglich in eine volle Prokura umgewandelt werden, sei es durch Worte, sei es durch konkludente Handlungen, wenn der Geschäftsherr sich so verhält, daß der Dritte in den Glauben versetzt werden konnte, der Gesamtprokurist sei voller Prokurist (Bolze IV Nr. 444).

Nr. 14. 12. **Ältere Prokuren.** Die Erteilung von aus der Zeit vor dem Jahre 1900 herstammenden Prokuren richtet sich nach älterem Recht, einer neuen Bestellung zum Prokuristen bedarf es nicht, da das Institut in allen wesentlichen Punkten das gleiche geblieben ist. Nur muß eine wirklich gültige Prokura unter der Herrschaft des älteren Rechts erteilt sein. Die von einem Minderkaufmann vor dem 1. Jan. 1900 erteilte Prokura macht somit den Bevollmächtigten auch dann nicht zum Prokuristen, wenn der Prinzipal am 1. Jan. 1900 Vollkaufmann wird, es bedarf vielmehr einer neuen ausdrücklichen Bestellung. Hört der Besteller am 1. Jan. 1900 umgekehrt auf, Vollkaufmann zu sein, so erlischt mit solchem Moment die Prokura als solche. Duldet der zum Minderkaufmann Gewordene, daß der bisherige Prokurist ihn weiter vertritt, so liegt darin die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht.

Nr. 15. 13. **Statutenkollision.** Über das Recht der Prokura entscheidet das Gesetz der Handelsniederlassung des Prinzipals (v. Bar in Ehrenbergs Hdb. I S. 344).

§ 49.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist.

Entw. I § 44, II § 48; Denkschr. I S. 50, II S. 3164; Komm.Ber. S. 3877; A. D. H.G.B. Art. 42.

Nr. 1. 1. Der Prokurist hat die Vollmacht zum **Betriebe eines Handelsgewerbes.** Alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, welche in den Betrieb irgend eines,

nicht bloß dieses (anders Gareis H.G.B. Anm. 1, 4) Handelsgewerbes fallen können (R.G. in L.Z. 09 S. 228), oder anders ausgedrückt, alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, welche Handelsgeschäfte sein können (§ 343), fallen unter seine Vollmacht, soweit nicht die Natur der Prokura oder Abs. 2 eine Ausnahme macht. Gleichgültig ist, ob die Rechtsgeschäfte zweiseitige oder einseitige sind. Darum ist B.G.B. § 174, wonach bei einseitigen Rechtsgeschäften der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde vorzulegen hat, auf den Prokuristen dann nicht anwendbar, wenn nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 H.G.B. der Dritte die Prokura gegen sich gelten lassen muß (vgl. O.L.G. Kolmar in L.Z. 09 S. 246, Düringer-Hachenburg I S. 352 Anm. 35), darüber hinaus insoweit nicht anwendbar, als nach § 15 Abs. 2 der Dritte die Prokura gegen sich nicht gelten zu lassen braucht. Darum wird, wenn das Erlöschen der Prokura eingetragen und bekannt gemacht ist, der Prozeßgegner es auch ohne Anzeige gegen sich gelten lassen müssen. Z.P.O. § 87 wird nur dann anwendbar sein, wenn der Prokurist gegebenenfalls Prozeßbevollmächtigter ist, also im amtsgerichtlichen, nicht im landgerichtlichen Verfahren (zu weit gehend Hellwig, Lehrbuch I S. 357, II S. 461 und Rosenberg, Stellvertretung S. 672, die beide nicht materielle Vollmacht, Prozesse zu führen, und Prozeßvollmacht unterscheiden). Der Prokurist kann insbesondere Wechselverbindlichkeiten eingehen, Darlehen aufnehmen, Grundstücke erwerben, Liberalitäten vornehmen, soweit diese Handelsgeschäfte sein können. Er kann Handlungsgehilfen anstellen, General- und Spezialhandlungsvollmachten erteilen (aber nicht Prokuren). Er kann den Prinzipal zum Mitglied einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[1]) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, zum stillen Gesellschafter, dagegen nicht zum Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft machen, weil es ihm nicht zusteht, den Prinzipal zum Mitinhaber einer neuen Firma zu machen. Soweit er den Prinzipal beteiligen kann, kann er auch die Beteiligung zerstören oder umgestalten (also nicht persönlich haftende Gesellschafter oder Kommanditisten, wohl aber stille Gesellschafter aufnehmen). Das Handelsgewerbe auflösen, z. B. durch Veräußerung oder Verpachtung des ganzen Geschäftes (§ 22) kann er nicht, da er Vollmacht zu dessen Betrieb hat, ebensowenig genügt sein Antrag auf Konkurseröffnung (Staub-Bondi Anm. 1), wohl aber kann er den Gegenstand erweitern (R.O.H.G. XXIII Nr. 7), einschränken oder ändern, den Ort der Niederlassung verlegen, ein Geschäft — jedoch nur ohne Firma — hinzuerwerben. Er kann das Fabrikinventar veräußern, auch wenn dadurch der Betrieb der Fabrik unmöglich gemacht wird (Bolze II Nr. 675). Nicht kann er die Firma aufgeben oder ändern, da er für diese Firma Prokura erhalten hat. Neue Niederlassungen kann er anlegen, es sei denn, daß er nur Prokura für eine Niederlassung erhalten hat. Wird dabei die Beifügung eines Zusatzes zu der Firma notwendig (§ 30 Abs. 3), so darf er diesen nicht einseitig vornehmen (vgl. §§ 29, 13). Handlungen, die das Gesetz ausdrücklich als die durch den Prinzipal vorzunehmenden bezeichnet, z. B. Unterzeichnung des Inventars und der Bilanz (§ 41), registerrichterliche Zeichnung der Firma (§§ 29, 13) kann er nicht vornehmen. Im Prozesse über Rechtssachen des Prinzipals als solchen, auch wenn sie die Veräußerung und Belastung von Grundstücken betreffen (Hellwig, Lehrbuch II S. 404) vertritt er als Bevollmächtigter (nicht als gesetzlicher Vertreter, auch wenn der Chef prozeßunfähig sein sollte R.G. in L.Z. 07 S. 651) den Prinzipal, insbesondere nimmt er Zustellungen entgegen und kann er Prozeßvollmachten erteilen, die Leistung des Parteieides liegt dagegen dem Prinzipal in Person ob (Z.P.O. § 478). Diesem wird natürlich auch der Eid zugeschoben. Das gleiche gilt vom Offenbarungseid im B.G.B. § 259 und Z.P.O. § 807, ebenso von Zeugnis- und Gutachtenabgaben (O.L.G. Hamburg in Seuffert LXVII Nr. 94). Auch Strafanträge kann er stellen, falls sich die strafbare Handlung gegen den Prinzipal als Kaufmann richtet (Nachdruck, Patentverletzung, unlauterer Wettbewerb und dergl.) und nach der Sachlage nicht der wirkliche oder vermeintliche Wille des Chefs dagegen ist (R.G. in Straff. XV S. 144, Holdheim XIV S. 246, Seufferts Bl. LXXV S. 394) und das gleiche wird man vom Einspruch gegen einen Strafbefehl sagen dürfen (a. A. Goldmann I S. 225, 226). Vertretung im

[1]) § 15 Abs. 2 des Gesetzes von 1892 würde hier nicht zur Anwendung gelangen, auch dann nicht, wenn die Gesellschaft ideale Zwecke verfolgt (a. A. in letzterer Hinsicht Marcus bei Holdheim 07 S. 149)

Strafprozeß steht ihm nicht zu, auch wenn die unerlaubte Handlung zivilrechtlich als Geschäftsschuld gilt, es sei denn, daß es sich um ein Privatklageverfahren handelt. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wird er nur da auftreten können, wo ausnahmsweise eine Vertretung zugelassen ist und es sich um Wahrung geschäftlicher Interessen handelt. So kann er nicht Steuererklärungen für den Prinzipal abgeben. Zur Anmeldung von Akten zum Handelsregister bedarf er spezieller Ermächtigung nach § 12 Abs. 2. Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken bedarf er besonderer Ermächtigung, sei es, daß diese ein für allemal oder im einzelnen Falle erteilt wird. Über die Form der Ermächtigung G.B.O. §§ 29—31. Die Praxis läßt dabei zu, daß die Erteilung der generellen Ermächtigung in das Handelsregister eingetragen wird (K.G. in Entsch. F.G. III S. 231 ff. = Johow-Ring XXV A 250 = O.L.G. Rspr. VI S. 186), doch ist dies nicht unbedenklich, da das Gesetz eine Erweiterung der Prokura nicht kennt. Er bedarf der besonderen Ermächtigung auch dann, wenn das Handelsgewerbe zum Gegenstand hat den Handel mit Grundstücken. Unter Grundstücken sind nur Grundstücke des Prinzipals, nicht fremde zu verstehen, und nur wirkliche Grundstücke oder als Grundstücke behandelte Rechte (B.G.B. § 1017, E.B.G.B. Art. 63, 68, 184), nicht gehören dahin Hypotheken, Grundschulden. Über letztere kann er frei verfügen, er kann sie abtreten, verpfänden, Prioritäten einräumen, Löschungen bewilligen usw., auch, wenn sie auf den bürgerlichen Namen des Prinzipals eingetragen sind (K.G. im Recht 09 Nr. 1601 = Johow-Ring XXXVII A 227, a. A. Makower S. 173). Unter Veräußerung ist endgültige Enteignung, unter Belastung Bestellung eines dinglichen Rechts, nicht Verpachtung oder Vermietung zu verstehen. Auch das der Veräußerung zugrunde liegende obligatorische Geschäft, insbesondere der Verkauf eines Grundstücks wird dem Prokuristen zu untersagen sein, da sonst der Zweck der Vorschrift des § 49 vereitelt würde (vgl. O.L.G. Rostock in Seuffert LXVI Nr. 57), und zwar auch in dem Falle, wenn das zu verkaufende Grundstück noch gar nicht in das Eigentum des Prinzipals gelangt, sondern selbst erst gekauft war. Bei Tausch von Grundstücken wird er der Ermächtigung nur für das zu vertauschende, nicht für das einzutauschende Grundstück bedürfen, deshalb wird nur der Grundbuchrichter des vertauschten Grundstücks den Nachweis der erteilten Ermächtigung verlangen dürfen, (anders K.G. in Johow-Ring XLIII S. 162). Eigentümergrundschulden wird der Prokurist für den Prinzipal eintragen lassen dürfen, da darin noch keine Belastung im Sinne des § 49 liegt (anders Düringer-Hachenburg Anm. 6), dagegen wird er sie sowenig wie Eigentümerhypotheken abtreten können. Natürlich kann der Prokurist auch nicht eine Vollmacht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken erteilen und auch nicht im Prozeß das Grundstück veräußern und belasten. Erfolgt der Erwerb derart, daß zugunsten des Veräußerers Hypotheken oder Servituten als Erwerbsbedingungen eingetragen werden sollen, so ist der Prokurist zu letzteren nicht ermächtigt, da ihre Bestellung erst nach Erwerb des Eigentums erfolgen kann, also eine Belastung darstellt (K.G. in Entsch. F.G. V S. 275 = O.L.G. Rspr. XI S. 20 = Johow-Ring XXIX A 240, a. A. für das frühere Recht Busch XLVII S. 62, auch Staub-Bondi Anm. 2, Marcus in D.J.Z. 06 S. 958 ff., Düringer-Hachenburg Anm. 6, Brand Anm. 3b unter dd). Eine ähnliche Frage taucht bei §§ 1445, 1643 B.G.B. auf und ist dort von den Gerichten verschieden beantwortet worden (R.G.Z. LXIX Nr. 40, O.L.G. Jena in Seuffert LXVIII Nr. 154). Das Recht zum Erwerb, wie zur Entlastung von Grundstücken ist in der Prokura mit enthalten, ebenso das Recht zu sonstigen Rechtsgeschäften, bei denen ein Grundstück in Mitleidenschaft gezogen wird, z. B. Vereinbarung über Bieten in der Zwangsversteigerung (vgl. O.L.G. München im Recht 02 S. 78). Soweit ein Handeln gegenüber dem Grundbuchamt notwendig ist (z. B. B.G.B. § 925), legitimiert sich der Prokurist als ein solcher durch eine beglaubigte Abschrift der Eintragung in das Handelsregister (§ 9) (anders K.G. in Johow-Ring XX A 69 und für den Prokuristen eines Einzelkaufmanns wegen der Fassung des § 33 G.B.O. Güthe, G.B.O. 3 Aufl. § 33 Anm. 38) oder durch öffentliche bezw. öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde (G.B.O. § 29 ff.).

Nr. 2. 2. Natürlich ist auch für den Prokuristen notwendig, daß er im Namen des Vertretenen auftritt. Der weite Umfang seiner Prokura begründet so wenig wie die Tatsache, daß die Prokura eingetragen und veröffentlicht ist, hierfür eine Vermutung. Es gilt hier das zu H.G.B. § 126 Nr. 4 Bemerkte. Insbesondere gilt auch

§ 164 Abs. 2 B.G.B. für ihn (vgl. Düringer-Hachenburg I S. 340 Anm. 5). Gleichgültig ist dagegen, ob der Dritte weiß, wer hinter der Firma, namens der der der Prokurist auftritt, steckt, ob der Dritte z. B. den Inhaber der Firma für einen Einzelkaufmann hielt, während er in Wahrheit eine offene Handelsgesellschaft ist (R.G.Z. XXX S. 78, K.G. in O.L.G. Rspr. V S. 48) oder den Prokuristen selbst für den Chef ansah, sofern er nur mit der Firma kontrahieren wollte (R.G.Z. LXVII S. 149).

Nr. 3. 3. Für unerlaubte Handlungen des Prokuristen haftet der Prinzipal nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere aus § 831 B.G.B.

§ 50.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.

Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

Entw. I § 45, II § 49: Denkschr. I S. 50, II S. 3164; A. D. H.G.B. Art. 43.

Nr. 1. 1. **Abstrakte Vollmacht.** Der Gegensatz zwischen Auftrag und Vollmacht wird vom neuen Recht schärfer, als vom alten durchgeführt. Er ist keine Eigentümlichkeit der Prokura, wohl aber tritt er hier stärker als bei gewöhnlichen Vollmachten hervor. Die Vollmacht des B.G.B. ist ein selbständiges einseitiges, aber nicht notwendig abstraktes Rechtsgeschäft, vielmehr ergibt B.G.B § 168 Abs. 1, daß im Zweifel (R.G.Z. LXII S. 336) die Vollmacht abhängig ist von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, im Zweifel also die Natur des kausalen Rechtsgeschäftes besitzt. Im Gegensatz hierzu ist die Prokura abstrakte Vollmacht. Sie ist nach außen losgelöst von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Ergeben sich aus diesem Beschränkungen für den Prokuristen, so wirken sie nur unter den Parteien, Dritten gegenüber ist die Prokura lediglich aus ihrem gesetzlichen Inhalt zu beurteilen. Die Prokura ist weitergehend aber überhaupt hinsichtlich des Entstehens, Inhalts und Erlöschens lediglich aus sich zu beurteilen. Wäre z. B. der zugrunde liegende Auftrag unwirksam oder würde er erlöschen, so ist damit die Prokura noch nicht unwirksam bezw. erloschen, vielmehr muß die betreffende Tatsache geeignet sein, zugleich hinsichtlich des Vollmachtsverhältnisses dieselbe Wirkung zu üben. Umgekehrt kann die Prokura unwirksam sein oder erlöschen, während der zugrunde liegende Auftrag entsteht bezw. fortdauert (z. B. bei Veräußerung des Geschäfts). Die Folgerungen hieraus ziehen die §§ 50, 52.

Nr. 2. 2. **Absolute Vollmacht.** Die Prokura ist zwar eine Vollmacht, nicht eine gesetzliche Vertretung (R.G.Z. LXVI S. 244), aber sie ist nicht bloß eine abstrakte, sondern zugleich eine absolute Vollmacht, d. h. sie kann überhaupt nicht eingeschränkt werden, ihre Erteilung hat insofern die Natur eines actus legitimus (Prot. S. 74). Auch darin weicht sie von der gewöhnlichen Vollmacht ab, deren Inhalt und Umfang sich nach dem Willen des Vollmachtgebers richtet. Entweder ganze oder keine Prokura, soweit das Gesetz nicht besondere Ausnahmen zuläßt. Daraus würde an sich folgen, daß der Prokura zugefügte Beschränkungen sie

nichtig machen (Behrend S. 364), allein das Gesetz bezieht sie auf das Kausalgeschäft, nicht auf die Vollmacht. Würde tatsächlich die Absicht der Parteien auf Erteilung einer beschränkten Vollmacht gehen, so läge gar keine Prokuraerteilung vor. Eine derartige Absicht müßte dann aber in für Dritte erkennbarer Weise zum Ausdruck gelangen und würde nach erfolgter Eintragung der Prokura überhaupt nicht mehr zu berücksichtigen sein, selbst wenn der Eintragung unzulässigerweise die Beschränkung hinzugefügt ist, da der Vollmachtgeber mit der Anmeldung zum Handelsregister seinen Willen auf Erteilung der Prokura unzweideutig kundgibt. Die unzulässige Beschränkung wär nach D.F.G.G. § 142 von Amts wegen zu löschen.

Nr. 3. 3. **Wirkungen der Beschränkungen** der Prokura. Der Prokura hinzugefügte Beschränkungen braucht der Dritte, auch wenn er sie kennt, nicht zu berücksichtigen. Nur dann, wenn der Dritte sich zum Teilnehmer an einer vom Prokuristen gegen den Prinzipal gerichteten unerlaubten Handlung hergibt, würde die exceptio doli gegen ihn Platz greifen (R.O.H.G. VI Nr. 27, R.G.Z. IX Nr. 34, LXXI S. 222, R.G. im Recht 09 Nr. 422, Bolze IV Nr. 442), wobei zu bemerken ist, daß solch' Delikt noch nicht darin liegt, daß er die Rechtshandlung im eigenen Interesse vornimmt, denn sein Interesse kann sich mit dem des Herrn decken (R.G.Z. LXXI S. 223). Der Fall der betrügerischen Kollusion ist aber ebenso gut denkbar, wenn die Prokura schrankenlos erteilt ist, wenn z. B. der Dritte eine Ware vom Prokuristen zu einem niedrigeren Preise an sich verkaufen läßt, um durch den Gewinn eine Forderung gegen den Prokuristen zu begleichen, oder für ein dem Prokuristen gewährtes Darlehen vom Prokuristen als Vertreter des Prinzipals sich ein Pfand bestellen läßt (R.G. im Recht 09 Nr. 422). Als Dritte gelten alle vom Vollmachtgeber und Prokuristen verschiedenen Personen, demnach bei Aktiengesellschaften die Aktionäre, ja sogar die nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, sofern es sich um Rechtsverhältnisse zwischen ihnen und der Gesellschaft handelt. — Wie weit eine Beschränkung nach innen Wirkung hat, entscheidet der Kausalvertrag. Darnach würde also auch die Frage, wieweit dem Prokuristen gestattet ist, mit sich selbst im Namen seines Prinzipals abzuschließen, sich nach B.G.B. § 181 entscheiden (K.G. im Recht 03 S. 582, hierzu Staub-Bondi, Exkurs zu § 58 Anm. 10ff.). Keinesfalls läßt sich annehmen, daß dem Prokuristen, soweit seine Prokura reicht, ein Kontrahieren mit sich selbst stillschweigend gestattet ist, auch nicht einmal, soweit der Betrieb dieses Handelsgewerbes es mit sich bringt (so Brand Anm. 6a) oder soweit es zu den gewöhnlichen Geschäften des Betriebes gehört. Vielmehr wird dabei einmal die Verkehrssitte eine Rolle spielen, z. B. für die Frage, ob der Prokurist zu eigenem Bedarf Waren beziehen kann, sodann das Kausalverhältnis der Prokura. Je nachdem der Prokurist die Ehefrau, ein Gesellschafter, ein Handlungsgehülfe ist, wird das stillschweigende Gestatten verschieden weit gehen. Eine Präsumtion für das Gestattetsein ist jedenfalls abzulehnen.

Nr. 4. 4. **Beschränkung auf eine Niederlassung.** Eine Einschränkung des absoluten Charakters der Prokura enthält Abs. 3 Satz 2. Satz 1 enthält keine Ausnahme, weil der Prokurist nur für die Firma des Prinzipals Vollmacht erhält (vgl. bei § 48 Nr. 1). Wohl aber begründet Satz 2 eine dem Entw. I noch unbekannte Ausnahme, die zumal für Handelsgesellschaften von Bedeutung ist. Denn die Firma der Zweigniederlassung bleibt trotz Hinzufügung eines sie als solche kennzeichnenden Zusatzes grundsätzlich Firma der Hauptniederlassung (§§ 29, 13, 30 Abs. 3). — Gedacht ist jedenfalls an den Fall des § 30 Abs. 3, aber auch sonstige, nicht durch die Sachlage gebotene, sondern freiwillig gewählte Zusätze zur Firma, wie z. B. „Zweigniederlassung" sollen eine Verschiedenheit der Firma begründen. Dagegen genügt es nicht, daß die mit der Anmeldung überreichte Firmenzeichnung des Prokuristen den Zusatz „Zweigniederlassung X." enthält (vgl. Holdheim 06, S. 224). — Der auf den Bezirk einer Niederlassung beschränkte Prokurist vertritt den Prinzipal in allen unter der Firma dieser Niederlassung abgeschlossenen Geschäften und für sie vorgenommenen Rechtshandlungen ganz in derselben Weise, wie der Prokurist überhaupt. (O.L.G. Dresden in Z. XXXIV S. 567, 568), dagegen kann er keine Rechtshandlungen vornehmen, die nicht unter der Firma der

Zweigniederlassung, sondern der der Hauptniederlassung oder einer anderen Zweigniederlassung vorzunehmen sind. Ist er lediglich auf den Betrieb der Hauptniederlassung beschränkt, so darf er auch keine Zweigniederlassungen anlegen. Im übrigen kann auch für eine einzelne Niederlassung Gesamtprokura erteilt werden. — Es kann die Prokura auch so erteilt werden, daß der Prokurist für die Zweigniederlassung Einzelprokura, für die Hauptniederlassung Gesamtprokura erhält u. umg. (Vgl. den Fall in L.Z. 1914 S. 306). Daß der Prokurist auf den Bezirk der Zweigniederlassung beschränkt sein soll, muß klar erhellen. Das bloße Vorliegen der Firmenverschiedenheit zieht die Beschränkung nicht ohne weiteres nach sich (zweifelnd K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 1).

5. Wie steht es mit einem für einen Minderjährigen oder sonst in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bestellten Prokuristen (B.G.B. § 1822 Nr. 11)? In solcher Bestellung wird zugleich eine allgemeine Ermächtigung im Sinne vom B.G.B. § 1825 liegen, aber diese befreit nur von der Einholung der obervormundschaftlichen Genehmigung für die in § 1822 Nr. 8—10 bezeichneten Rechtsakte. Wie aber für die Fälle des § 1822 Nr. 3—5, 12? Hier wird das Handelsrecht dem bürgerlichen Recht vorzugehen haben (Thomas a. a. O. S. 25ff., Albert, die rechtliche Stellung der für einen Mündel bestellten Prokuristen Diss. 07), denn man käme sonst zu dem ungereimten Resultate, daß der von dem Erblasser bestellte Prokurist, dessen Vollmacht ja durch den Tod nicht erlischt, eine weitergehende Vollmacht hat, als der vom Vormund bestellte. Nr. 5.

6. Das **ältere Recht** (Art. 43) kennt die im Abs. 3 Satz 2 gemachte Ausnahme nicht. Vor dem 1. Jan. 1900 auferlegte Beschränkungen solcher Art wirken somit nicht, der Prinzipal muß die Beschränkung vom 1. Jan. 1900 ab ausdrücklich wiederholen (§ 48 Abs. 1). Nr. 6.

§ 51.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt.

(Entw. I § 47, II § 51; Denkschrift S. 51, II S. 3164; A. D. H.G.B. Art. 44.

1. **Ordnungsvorschrift.** Die Fassung der nur für den Fall der schriftlichen Erklärung anwendbaren Vorschrift ergibt, daß es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt (R.O.H.G. V Nr. 58, IX Nr. 65, X Nr. 9, XII Nr. 45, XVII Nr. 94). Die Nichtbeobachtung ändert an den Wirkungen der Willenserklärung nichts. Der Prinzipal wird trotzdem berechtigt und verpflichtet, sofern die allgemeinen Voraussetzungen der Stellvertretung aus B.G.B. § 164 zutreffen, ja selbst der Grundbuchrichter hätte kein Beanstandungsrecht (K.G. in Joh. R. XLI A 175). Dies gilt nicht bloß, wenn der die Prokura andeutende Zusatz („p. p." oder „für") fehlt, der Prokurist also lediglich zur Firma seinen Namen setzt, sondern auch, wenn er die Firma bloß des Prinzipals zeichnet (R.O.H.G. V Nr. 59, X Nr. 9, XVIII Nr. 24), was trotz des Wortlautes des § 126 B.G.B. nach der Praxis des Reichsgerichts zulässig ist (R.G.Z. L Nr. 14), vorausgesetzt, daß eine vollständige Unterschrift und nicht bloß das Bruchstück einer solchen im konkreten Fall vorliegt. Es gilt sogar dann, wenn er nur mit seinem Namen zeichnet, sofern nur aus den Umständen hervorgeht, daß er als Prokurist des Prinzipals handelt (R.O.H.G. XV Nr. 29, R.G. bei Holdheim 1900 S. 127, O.L.G. Colmar im Recht 06 S. 945). Noch weniger würden unwesentliche Abweichungen in der Wiedergabe der Firma schaden, z. B. Abkürzungen, Fortlassungen von Zusätzen. Bei Formalakten, wie Wechselakzepten, wird freilich notwendig sein, daß der Prokurist die Firma des Prinzipals zeichnet. Soweit darnach der Prokurist, seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht erklärt hat, wird nur er berechtigt und verpflichtet und sein Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht. Auch ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums ist ihm nicht gewährt (Düringer-Hachenburg I S. 340, O.L.G. Breslau im Recht 06 S. 239, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 07 S. 247). Nr. 1.

2. **Form der Zeichnung.** Die Art, in der der Name des Prokuristen der Firma beigefügt wird, ist gleichgültig. Regelmäßig wird die Firma vorangesetzt Nr. 2.

und der Name des Prokuristen unter voller oder abgekürzter Hervorhebung der Prokura („per Procura", „per P.", „p. p.") angefügt. Ebenso kann aber das „p. p." vor die Firma gesetzt werden (dagegen Makower I). Nichts steht auch im Wege, den Namen des Prokuristen zuerst und hinterher die Firma zu zeichnen. (X. als Prokurist von N.). Bei der Gesamtprokura wird gewöhnlich die Firma nur einmal und zwar vorauf gezeichnet, während die Gesamtprokuristen ihren Namen mit dem Zusatz „p. p." anfügen, es kann aber auch jeder der Gesamtprokuristen Firma und eigenen Namen zeichnen. (Vgl. dazu Allfeld zu Art. 44, Bie, Kollektivprokura S. 47). Die Hervorhebung, daß die Prokura Gesamtprokura sei, ist nicht notwendig, ja nicht einmal üblich.

Nr. 3. 3. **Stempelung.** Die Frage, ob der Prokurist bei schriftlichen Erklärungen die Zeichnung durch Niederschrift zu vollziehen hat oder ob er sie ganz oder zum Teil durch Stempelung vollziehen kann, gehört dem bürgerlichen bezw. dem Handelsrecht an (so genügt bei Inhaberpapieren, Aktien und Dividendenscheinen nach B.G.B. § 793 Abs. 2, H.G.B. § 181 mechanische Vervielfältigung). So weit eigenhändige Namensunterschrift erforderlich ist, braucht nur der Name des Prokuristen unterschrieben zu werden, die vorausgesetzte Firma kann gestempelt oder gedruckt sein (R.O.H.G. XIV S. 318, vgl. R.G.Z. XLVII Nr. 38).

Nr. 4. 4. **Konkurrenzverbot.** Das ältere Recht legte jedem Prokuristen ein Konkurrenzverbot auf (Art. 56). Dies kennt das neuere Recht nicht. Prokuristen, deren Prokura aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 herstammt, werden diesem Konkurrenzverbot weiter unterstehen. So weit sie indessen in einem Dienstverhältnis zum Prinzipal stehen, wird Art. 171 das E.B.G.B. Platz greifen. Darüber bei den §§ 60, 61.

§ 52.

Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Die Prokura ist nicht übertragbar.

Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

Entw. I § 46, II § 50; Denkschrift I S. 50, II S. 3164; Komm.Ber. S. 3877; A.D.H.G.B. Art. 55, 54.

Nr. 1. 1. **Jederzeitige Widerruflichkeit.** Nach B.G.B. § 168 Satz 2 ist die Widerruflichkeit bei der gewöhnlichen Vollmacht nur die Regel. Aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse kann sich ein anderes ergeben. Bei der Prokura gilt dies nicht, sie ist schlechthin widerruflich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist wirkungslos (R.O.H.G. XXIII S. 326). Der Widerruf kann nur die ganze Prokura ergreifen, ein teilweiser Widerruf ist nur so weit zulässig, als Beschränkungen der Prokura überhaupt zulässig sind. Selbstverständlich kann dagegen der Prinzipal vom Prokuristen vorgenommene Rechtshandlungen nachträglich durch Verzicht u. dgl. rückgängig machen, z. B. eine erhobene Klage zurücknehmen, einen entlassenen Handlungsgehilfen wieder anstellen, wie umgekehrt auch der Prokurist in der Lage ist, die Folgen von Rechtshandlungen des Prinzipals zu ändern. Widersprechen sich die gleichzeitig vorgenommenen Handlungen Beider, so läßt sich nicht sagen, daß die Handlung des Prinzipals vorgeht, vielmehr ist jede Handlung ohne Rechtswirkung (hierzu Schönfeld im Recht 05 S. 308, H. Meyer ebenda S. 341, Kormann in Gruchot LVII S. 497ff.). Wieweit bloßer Widerspruch des einen gegen die Handlung des anderen als widersprechende Handlung anzusehen ist, läßt sich nur nach Lage des Falls beurteilen. So würde in dem dem Dritten gleichzeitig erklärten Widerspruch gegen die Annahme der Offerte Ablehnung der Offerte liegen, in dem Widerspruch gegen Zahlung einer Summe ein dem Dritten gleichgültiges Verhalten (zu weit gehend Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 5, die diejenige Erklärung vorgehen lassen, „welche einen Rechtszustand schafft, der nicht

mehr einseitig rückgängig zu machen ist", z. B. Rücknahme der Klage gegenüber Einlegung der Berufung. Aber es ist nicht einzusehen, weshalb gerade diese stärker wirken soll, als die andere). — Die Form des Widerrufes regelt sich nach denselben Grundsätzen, wie die Form der Erteilung (B.G.B. § 168 Schlußsatz), also durch Erklärung gegenüber dem Prokuristen oder Dritten.[1]) Der Widerruf ist in das Handelsregister einzutragen und bekannt zu machen. Über die Wirkung der Nichteintragung bei § 15. Vgl. im einzelnen bei § 53. — Zum Widerruf berechtigt ist der Inhaber des Handelsgewerbes bezw. dessen gesetzlicher Vertreter, letzterer ohne Zustimmung der Obervormundschaft. Der Widerruf kann auch durch einen Bevollmächtigten auf Grund besonderer Vollmacht erfolgen. Dagegen kann nicht ein Prokurist auf Grund seiner Prokura die Prokura eines anderen widerrufen. Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft kann nach innen jeder der geschäftsführenden, nach außen jeder vertretende Gesellschafter (§§ 116 Abs. 3, 126 Abs. 1, 161 Abs. 2), bei der Aktiengesellschaft der Vorstand nach Maßgabe des § 232 den Widerruf vornehmen. — Der Widerruf kann mit sofortiger Wirkung oder für einen späteren Termin erfolgen. Letzterenfalls bleibt dem Prinzipal jedoch unbenommen, jederzeit die Wirkung eintreten zu lassen. — Unberührt bleibt der Anspruch des Prokuristen auf die vertragsmäßige Vergütung. Hierüber entscheidet das Kausalgeschäft (Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Gesellschaft), der Grund des Widerrufes (willkürlich oder gerechtfertigt), die Parteivereinbarung. Nach dem Kausalgeschäft entscheidet sich auch, welche sonstigen Folgen eintreten (Auflösung des Kausalgeschäfts (vgl. bei § 71), Entschädigungsanspruch usw.).

2. **Unübertragbarkeit.** Die Prokura ist unübertragbar, selbst wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach B.G.B. § 664 die Ausführung des Auftrages übertragbar ist, ja sogar dann, wenn der Prinzipal die Übertragbarkeit ausdrücklich gestattete. Denn die Erteilung der Prokura durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Wohl aber kann der Prokurist Handlungsbevollmächtigte bestellen. Nr. 2.

3. **Beendigungsgründe der Prokura** außer dem Widerruf. Hier ist zunächst der Satz des B.G.B. § 168 Satz 1, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt, wegen der abstrakten Natur der Prokura nur mit Vorsicht anzuwenden. Es kann sehr wohl das Kausalgeschäft erlöschen und die Prokura fortbestehen. Aus diesem Grunde würde auch Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals, obwohl nach der K.O. § 23 dadurch der Auftrag und der Dienstvertrag erlischt, an sich nicht die Prokura erlöschen lassen (gegen Jaeger K.O. § 23 Anm. 8). Wohl aber entspricht es dem Zweck der Prokura, die für den Betrieb des Gewerbes erteilt wird, daß sie durch die Konkurseröffnung erlischt. Welche Stellung soll auch der Prokurist im Konkurse einnehmen, da seine Handlungen doch nicht mehr Kraft haben können, als die des Kridars (vgl. R.O.H.G. XXIV Nr 50)? Tod des Prinzipals läßt die Prokura auch dann nicht erlöschen, wenn das Kausalgeschäft dadurch erlischt (vgl. B.G.B. §§ 672, 675), das gleiche wird man für den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Prinzipals anzunehmen haben. Wohl aber erlischt die Prokura mit der Veräußerung des Geschäfts (K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 378, Staub-Bondi § 52 Anm. 15), mit dem Aufhören des Gewerbebetriebes, bei Handelsgesellschaften mit dem Eintritt der Auflösung (also hier stets im Falle des Konkurses (unten § 149 Nr. 6). Verwandelt sich das Geschäft eines Einzelkaufmanns in eine Handelsgesellschaft, wenn auch nur durch Eintritt eines Gesellschafters, so ist neue Prokura zu erteilen [K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 378 = Johow-Ring XXXI B 23]). Die Prokura erlischt ferner mit dem Aufhören der Vollkaufmannseigenschaft des Prinzipals (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 404, vgl. jedoch bei § 5). Dagegen erlischt sie nicht dadurch, daß der Prokurist zum Vormund des minderjährigen Kaufmanns bestellt wird. Nr. 3.

---

[1]) Das letztere will Staub (Staub-Bondi Anm. 3, ebenso Ritter Anm. 1) ausschließen, aber u. E. ohne Grund. Wie Gutmann in D.J.Z. 1911, S. 756 bemerkt, würde diese Ansicht zu Schwierigkeiten führen, wenn der Prokurist nicht zur Stelle wäre.

— Wie weit der Prokurist seinerseits die Prokura niederlegen kann, entscheidet sich nach dem Kausalgeschäft (B.G.B. § 168, vgl. B.G.B. §§ 671, 675). Tod wie eintretende Geschäftsunfähigkeit des Prokuristen hebt die Prokura ebenfalls auf, dagegen nicht Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit. Die Löschung der Prokura im Register allein bewirkt ebensowenig deren Erlöschen als die Löschung der Firma. Ist jedoch die Löschung ordnungsmäßig erfolgt und bekannt gemacht, so wird damit die Publizität der Einstellung des Gewerbebetriebes erzeugt und damit treten die Wirkungen des § 15 Abs. 2 für die Prokura auch dann ein, wenn deren Löschung unterlassen wurde. Das gleiche gilt bei der Eintragung der Liquidation einer Gesellschaft.

Nr. 4. 4. Über die Anmeldung des Erlöschens der Prokura zum Handelsregister vgl. bei § 53, über die Verpflichtung des Prokuristen zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde B.G.B. § 175, über die Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde B.G.B. § 176.

Nr. 5. 5. Das ältere Recht Art. 53, 54 stimmte überein.

§ 53.

Die Erteilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesamtprokura erteilt, so muß auch dies zur Eintragung angemeldet werden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise wie die Erteilung zur Eintragung anzumelden.

Entw. I § 48, II § 52; Denkschr. I S. 51, II S. 3164; A.D.H.G.B. Art. 45.

Nr. 1. 1. **Anmeldung der Erteilung.** Die Anmeldung erfolgt erst nach der Erteilung, es handelt sich also regelmäßig um eine Kundgebung der erteilten Vollmacht im Sinne von B.G.B. § 171. Sie ist von dem Prinzipal, bezw. dessen gesetzlichem Vertreter, in Gemäßheit des § 12 persönlich oder durch einen Bevollmächtigten (bevollmächtigt werden kann auch ein anderer Prokurist) bei dem Registergericht der Hauptniederlassung und sodann der Zweigniederlassungen zu bewirken (es sei denn, daß sie nur für die Hauptniederlassung erteilt ist) (§ 13 Nr. 10). Ist sie nur für eine Zweigniederlassung erteilt, so erfolgt die Anmeldung lediglich bei der Registerbehörde der Zweigniederlassung (vgl. bei § 13 Nr. 10).[1] Bei der Gesamtprokura sind die Gesamtprokuristen und die Eigenschaft der Prokura als Gesamtprokura anzugeben. — Bei der offenen Handelsgesellschaft ist nur jeder zur vollen Vertretung berechtigte Gesellschafter zur Anmeldung legitimiert (§ 126 Abs. 2), bei Gesamtvertretung nach Maßgabe des § 125 Abs. 2, 3 die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter, die aber einen einzelnen von ihnen dazu ermächtigen können, bei der Aktiengesellschaft der Vorstand in Gemäßheit des § 232 (trotz § 238, siehe § 238 Nr. 3). — Die Anmeldung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht (auch im Falle des § 36, vgl. bei § 36 Nr. 1), erzwingbar nach § 14. Andererseits ist Anmeldung und Eintragung für das Bestehen der Prokura von nur beweisender Kraft. Die Vorschrift des § 53 ist nur eine Ordnungsvorschrift. Über die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung bei § 15. — Die Anmeldung kann auch von demjenigen erfolgen, der seine Firma noch nicht hat eintragen lassen (z. B. im Falle des § 36), sofern er gleichzeitig seine Firma behufs Eintragung anmeldet. Bevor die Eintragung der Firma erfolgt, ist die Eintragung der Prokura nicht zulässig (O.L.G. Jena in Neumanns Jahrb. VI S. 617). Ist der Erwerb der Kaufmanns-

[1]) In beiden Fällen wird es sich empfehlen, die Beschränkung auf die betr. Niederlassung ausdrücklich anzugeben.

qualität erst von der Eintragung abhängig, so kann die Erteilung der Prokura, folglich die Anmeldung der Erteilung, streng genommen erst nach Eintragung der Firma erfolgen. — Die Prüfungspflicht des Registerrichters erstreckt sich auf die in § 12 erörterten Fragen. Ist der Anmeldende als Vollkaufmann eingetragen, so wird der Registerrichter, wenn er die Eintragung für rechtswidrig hält, die Eintragung der Prokura aussetzen können, aber dann auch zur Löschung der Firma schreiten müssen (oben § 12 Nr. 13).

2. **Zeichnung.** Die Zeichnung des Prokuristen (vgl. bei § 51) muß von diesem persönlich erfolgen, Stellvertretung ist ausgeschlossen. Und zwar hat er hier sowohl Firma als eigenen Namen selbst zu schreiben (Johow XI S. 37, K.G. in Entsch. F.G. VI S. 47 = Johow-Ring XXX A 119). Bei Kollektivprokura ist nur nötig, daß jeder der Gesamtprokuristen einmal die Firma nebst seinem Namen zeichnet, er braucht die Zeichnung nicht in der kombinierten Form vorzunehmen. Bei letzterer Auffassung würde man, falls von mehreren Prokuristen immer je 2 zusammen zeichnen sollen, zu dem unpraktischen Resultat kommen, daß so viel Zeichnungen nötig wären als Kombinationen möglich sind (Bie, Kollektivprokura S. 51 ff.). Nr. 2.

3. Das **Erlöschen** der Prokura, desgl. jede **Änderung** der Prokura (Verwandlung von Einzelprokura in Gesamtprokura oder umgekehrt), ist ebenfalls anzumelden. Dies gilt auch, wenn die Prokura nicht eingetragen war. Denn das Gesetz unterscheidet nicht. Unterbleibt die Anmeldung und Eintragung sowie Bekanntmachung, so treten die §§ 14, 15 auch diesenfalls in Kraft, insbesondere kann das Erlöschen der auch nicht eingetragenen Prokura dem Dritten nur dann entgegen gehalten werden, wenn es ihm bekannt war (Unterschied von B.G.B. § 173), wie umgekehrt die Eintragung und Veröffentlichung seitens des Registerrichters die besondere Anzeige bezw. Kundgebung von B.G.B. §§ 170, 171 ersetzt. Auf das innere Verhältnis zwischen Prinzipal und Prokuristen ist § 15 nicht anwendbar (vgl. bei § 15 Nr. 7). — Die Löschung ist auch hier nicht konstitutiv. Wird die Prokura wieder erteilt, bevor sie gelöscht ist, wie z. B. bei Veräußerung des Geschäfts, so braucht das Erlöschen nicht angemeldet zu werden (Staub-Bondi § 52 Anm. 15, § 53 Anm. 3, anders K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 378 und Goldmann I S. 239.) Nr. 3.

4. Das **ältere Recht** wich nur darin ab, daß es der Eintragung und Bekanntmachung der Erteilung der Prokura keine besondere Wirkung beimaß. Nr. 4.

Ist somit die Prokura vor dem 1. Jan. 1900 erteilt, so wird für alle vor dem 1. Jan. 1900 vorgenommenen Rechtsakte der Umstand, ob die Prokura eingetragen und bekannt gemacht ist, von besonderer juristischer Bedeutung nicht sein.

§ 54.

Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis besonders erteilt ist.

Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte.

Entw. I § 49, II § 53; Denkschr. I S. 51, II S. 3164, 3165; A.D.H.G.B. Art. 47.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. § 54 regelt den Umfang der **Handlungsvollmacht.** Handlungsvollmacht ist nicht jede Vollmacht zur Vornahme von Handelsgeschäften (so Aufl. 1 mit der überwiegenden Ansicht). Beide Begriffe decken sich nicht. § 54 spricht nicht von der Vollmacht zu Handelsgeschäften, sondern von der Vollmacht zur Vornahme von zu einem Handelsgewerbe gehörigen, d. h., wie sich aus dem Inhalt des § 54 ergibt, gewöhnlich bei einem derartigen Handelsgewerbe vorkommenden Geschäften, und aus § 87 ergibt sich, daß der Handlungsbevollmächtigte innerhalb des Gewerbes tätig sein muß. In einem Dienstvertragsverhältnis zum Chef braucht er jedoch ebensowenig zu stehen, als der Prokurist.

Nr. 2. 2. **Erfordernisse** der Handlungsvollmacht. Hierüber gilt Folgendes:

a) Die Handlungsvollmacht ist eine Vollmacht von Kaufleuten, aber nicht bloß von Vollkaufleuten. Auch Minderkaufleute können Handlungsvollmachten erteilen, gleichgültig ob speziellen oder generellen Inhalts, nur eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften können nicht Generalhandlungsbevollmächtigte bestellen (R.G. von 1889 § 42 Abs. 2).

b) Die Handlungsvollmacht ist eine Vollmacht zur Vornahme von Geschäften dieses Handelsgewerbes, und zwar kann sie dreifacher Art sein: sie kann sich auf die Vornahme aller Handelsgeschäfte dieses Handelsgewerbes beziehen (Vollmacht zum Betriebe eines Handelsgewerbes, Generalhandlungsvollmacht), oder sie kann sich auf die Vornahme gewisser Arten von Geschäften dieses Handelsgewerbes beziehen (Spezialhandlungsvollmacht), oder sie kann sich auf die Vornahme einzelner Geschäfte dieses Handelsgewerbes beziehen (Einzelhandlungsvollmacht).

c) Der Bevollmächtigte muß innerhalb des Handelsgewerbes, wenn auch nicht notwendig auf Grund eines Dienstvertrages, tätig sein. Daher ist der Handlungsagent nicht Handlungsbevollmächtigter.

Nr. 3. 3. **Erteilung.** Die Handlungsvollmacht braucht nicht notwendig vom Prinzipal persönlich erteilt zu werden, sie kann auch durch Bevollmächtigte desselben erteilt werden.

a) Hinsichtlich der Fähigkeit des Prinzipals zur Erteilung gilt dasselbe wie beim Prokuristen (vgl. § 48 Nr. 3, 4). Erteilt sie der gesetzliche Vertreter einer physischen Person, so bedarf er dazu nicht der Zustimmung der Obervormundschaft, die Vertreter einer juristischen Person erteilen sie selbstverständlich mit Rechtswirkung nach außen, aber auch nach innen sind sie Mangels entgegenstehender Statutenbestimmung in der Erteilung frei.

b) Was die Erteilung durch Bevollmächtigte betrifft, so kann der Prokurist stets alle Arten von Handlungsvollmachten (jedoch nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken) erteilen, Gesamtprokuristen natürlich nur in gemeinsamer Übereinstimmung. Ein Generalhandlungsbevollmächtigter kann Handlungsvollmachten insoweit erteilen, als der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes die Erteilung solcher Vollmachten gewöhnlich mit sich bringt. Nur eine Generalhandlungsvollmacht kann er nie einseitig erteilen (§ 58). Wie weit Spezialhandlungsbevollmächtigte und Einzelhandlungsbevollmächtigte Handlungsvollmachten erteilen können, hängt von der Lage des Falles ab. Ihre ganze Handlungsvollmacht können auch sie nicht übertragen (§ 58).

c) Auch im Auflösungsstadium können Handlungsbevollmächtigte bestellt werden.

Nr. 4. 4. **Fähigkeit** zur Handlungsvollmacht. Hierüber gilt bürgerliches Recht (vgl. das bezüglich der Prokura Bemerkte bei § 48 N. 6). Von dem Erfordernis, daß der Bevollmächtigte eine physische Person sei, wird man jedenfalls bei der Einzelhandlungsvollmacht absehen müssen (K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 466). Der Fall, daß sich der Vormund Generalhandlungsvollmacht für den minderjährigen Prinzipal erteilen läßt, wird nicht vorkommen, da bei eintretendem Bedürfnis durch B.G.B. § 1825 geholfen ist. — Der Handlungsbevollmächtigte braucht keineswegs Handlungsgehilfe zu sein, überhaupt nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Vollmachtgeber zu stehen.

5. Die Handlungsvollmacht kann an einen und an mehrere, letzterenfalls auch in der Gestalt der Kollektivvollmacht erteilt werden. Diesenfalls können dann ähnliche Kombinationen, wie bei der Gesamtprokura, vorkommen (Staub-Bondi Anm. 2). In jedem einzelnen Falle ist der Wille des Vollmachtgebers zu eruieren. Nr. 5.

6. Die Handlungsvollmacht ist gewöhnlich kausal, ihre Entstehung richtet sich für die Regel nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, doch kann sie auch abstrakt erteilt werden, wie die Prokura (R.G.Z. LXII S. 337). Freilich wird dies die seltene Ausnahme bilden. Weil sie regelmäßig kausal ist, hängt die Gültigkeit ihrer Erteilung von dem Kausalvertrage regelmäßig ab. Nichtigkeit des Kausalvertrages hat also regelmäßig Nichtigkeit der Vollmacht zur Folge. Doch sind die §§ 170, 171 B.G.B. hierbei zu beachten. Der diesen Paragraphen zugrunde liegende Rechtsgedanke führt zu dem Satz, daß bei besonderer Mitteilung der Bevollmächtigung an einen Dritten oder bei öffentlicher Kundgebung der Vollmacht jedenfalls dem gutgläubigen Dritten gegenüber die Vollmacht als bestehend zu erachten ist, gleichgültig, ob das Kausalverhältnis entstanden ist oder nicht (hierzu Düringer-Hachenburg I S. 354f.). Doch ist hierbei zu beachten, daß die Mitteilung oder öffentliche Kundgebung selbst möglicherweise wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung anfechtbar sein kann. Nur liegt in der Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts noch nicht die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung. Ficht z. B. der Prinzipal den der Vollmacht des Handlungsreisenden zugrunde liegenden Dienstvertrag wegen Irrtums über die persönlichen Eigenschaften des Reisenden an, so bleiben die vom Reisenden mit gutgläubigen Dritten auf Grund seiner Handlungsvollmacht abgeschlossenen Geschäfte gültig. Anders, wenn einem Dritten geschrieben war, X habe Vollmacht, während Y gemeint ist und nunmehr der Irrtum berichtigt wird. Hier würde höchstens Ersatz des negativen Interesses in Frage kommen (Düringer-Hachenburg I S. 357). Nr. 5a.

7. Die Erteilung der Handlungsvollmacht kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen (B.G.B. § 167), indem der Prinzipal den Betreffenden in eine Stellung versetzt, die nach der Anschauung des Verkehrs die Erteilung einer Vollmacht, sei es Spezial- sei es Generalvollmacht, in sich schließt (R.O.H.G. XII S. 277) oder indem er duldet, daß jemand für ihn eine Vertretungsmacht des betreffenden Inhalts ausübt, z. B. die Ehefrau weiß und duldet, daß der Ehemann ihr Geschäft führt oder gewisse Bestellungen entgegennimmt (dazu Herz in L.Z. 1910 S. 279), oder die Witwe duldet, daß ihr Sohn auf mit dem Aufdruck der Firma versehenen Briefbogen unter der Firma Bestellungen vornimmt (K.G. in O.L.G. Rspr. XXIV S. 271, R.G. in J W. 01 S. 844[27], L.Z. 08 S. 297), oder der Prinzipal verweist den Gegner auf den Betreffenden (R.G. in Holdh. 1911 S. 148). In derartigen Fällen genügt jedoch bei der General- und Spezialhandlungsvollmacht nicht, daß der Prinzipal gelegentlich einen einzelnen Akt stillschweigend gutheißt (R.O.H.G X Nr. 17, XIX Nr. 42), sondern sein Dulden muß sich auf die Gesamttätigkeit des die Vertretung Ausübenden beziehen, z. B. indem er die aus den abgeschlossenen Geschäften erwachsenen Schulden wiederholt bezahlt oder die von ihm eingenommenen Summen wiederholt (nicht bloß im einzelnen Fall) entgegennimmt (R.O.H.G. IX S. 105, R.G.Z. I S. 8, R.G. in L.Z. 1910 S. 778) oder häufig Beträge gegen Blankoquittung erhebt (R.O.H.G. XI Nr. 13, Buchelt-Förtsch zu Art. 47 Nr. 3). Andererseits genügt dieses wissentliche Dulden, falls nach der Verkehrsauffassung darin die Erteilung der Vollmacht liegt, ein innerer entgegenstehender Wille wird nicht berücksichtigt (R.G.Z. LXV S. 295, L.Z. 1911 S. 464). Immer aber muß ein bewußtes Dulden vorliegen, das Verhalten des Vollmachtgebers, nicht des Bevollmächtigten, ist entscheidend (R.G. in L.Z. 1911 S. 221). Es darf nicht die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs so weit führen, eine Vollmacht zu fingieren, z. B. bei Telephonanlagen eine Vollmacht für sämtliche Angestellte, Erklärungen abzugeben, weil der Dritte sich darauf verlassen müsse, daß kein Unbefugter davon Gebrauch mache (so die beiden Erkenntnisse in Z. XL S. 450, a. A. mit Recht O.L.G. Hamburg in Seuffert LIX Nr. 109, Düringer-Hachenburg Anm. 6, Makower S. 180). Eher ließe sich bei Telephonanlagen verteidigen eine Vollmacht zur Entgegennahme von Erklärungen (R.G.Z. LXI S. 127), soweit es sich um geschäftliche Mitteilungen handelt. Nr. 6.

Aber auch hier wird man nach der Wichtigkeit zu unterscheiden haben (Brand Anm. 2, S. 178, R.G.Z. LXI S. 127 geht hierin zu weit).

Ebensowenig läßt sich ein Rechtssatz aufstellen, daß der Prinzipal für jedes unredliche Verhalten der Angestellten im Geschäft aufzukommen habe (R.G.Z. XLIII Nr. 49, O.L.G. Hamburg im B.A. VIII S. 60, Düringer-Hachenburg I S. 346).

Nr. 7. Nach dem B.G.B. kann eine Vollmacht erteilt werden an die Adresse des zu Bevollmächtigenden oder an die Adresse des Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (B.G.B. § 167). Die Erteilung kann kundgegeben werden oder nicht (B.G.B. § 171). § 54 setzt nun für seine Anwendbarkeit voraus, daß die Vollmacht entweder durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt oder daß sie Dritten kundgegeben ist, sei es in der Form besonderer Mitteilung an einen Dritten oder mehrere Dritte, sei es in der Form der öffentlichen Bekanntmachung (durch Annonzierung, Versendung von Zirkularen usw.), sei es endlich in der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten, die dieser dem Dritten vorlegt (B.G.B. § 172, nicht genügt, daß der angebliche Vertreter sich auf eine in seinen Händen befindliche Vollmachtsurkunde beruft, R.G.Z. LVI Nr. 16, hierzu Düringer-Hachenburg I S. 355 f.). Denn nur auf derartige Fälle ist die Umschreibung des Umfanges der Vollmacht mit der im Abs. 3 normierten Wirkung berechnet (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 9).

Nr. 8. 8. **Umfang der Handlungsvollmacht.** Die Handlungsvollmacht hat regelmäßig keinen absoluten Umfang. Sie kann beliebig gestaltet und umgestaltet werden. Die Umgestaltung wirkt gegen den Dritten freilich nur dann, wenn der Dritte sie kennt oder kennen muß (Abs. 3). Eine Ausnahme gilt im Versicherungsrecht für die Hauptbevollmächtigten ausländischer oder außerbundesstaatlicher Versicherungsunternehmungen (V.A.G. §§ 86 Abs. 2 Nr. 3, 115 Abs. 2).

Der Umfang der Handlungsvollmacht ist nach § 54 ein gesetzlicher, nicht bloß ein präsumtiver (vgl. Cosack S. 97). Das Gesetz stellt Normaltypen von Handlungsvollmachten mit einem bestimmten Umfang auf, dessen Einschränkung nur dann gegen den Dritten wirkt, wenn dieser die Einschränkung kennt oder kennen muß. Der Dritte hat eine Erkundigungspflicht nur hinsichtlich des ihm entgegengebrachten Vollmachtstypus.

Nr. 9. 9. Generalhandlungsvollmacht, Spezialhandlungsvollmacht, Einzelhandlungsvollmacht.

a) **Generalhandlungsvollmacht,** d. h. Vollmacht zum Betrieb der konkreten Handelsgewerbes, sei es des ganzen Handelsgewerbes, sei es einer von mehreren Niederlassungen des Prinzipals. Dieser Typus liegt vor, wenn der Prinzipal eine Vollmacht für das Handelsgewerbe, bezw. die Niederlassung erteilt, die sich einerseits nicht als Prokura darstellt, andererseits den Bevollmächtigten nicht auf bestimmte Arten von Geschäften beschränkt (Behrend S. 370, vgl. Bolze VII Nr. 344). Solche Vollmacht erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handlungsgewerbes, bezw. einer derartigen Niederlassung gewöhnlich (nicht alltäglich O.L.G. Stuttgart in Z. XLII S. 511) mit sich bringt. Im Gegensatz zu der Prokura ist der Maßstab also nicht ein absoluter, sondern ein relativer, wie beim Institor (l. 5 § 11, D. 14, 3, R.O.H.G. VI Nr. 15). Geschäfte und Rechtshandlungen, die inkommerziell oder zwar kommerziell aber ungewöhnlich für einen derartigen Geschäftsbetrieb sind, fallen nicht darunter. So würde z. B. die Versicherung von Arbeitern gegen Berufsunfälle regelmäßig, gegen Unfälle außer dem Berufe unregelmäßig sein (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 06 S. 107), der Vertrag auf Lieferung einer Seilbahn für ein Steinkohlenbergwerk unregelmäßig sein (R.G. in J.W. 04 S. 475[20]). Auch die Ausbedingung einer Konventionalstrafe wird zu den ungewöhnlichen Geschäften zu zählen sein (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 1911 S. 206). Wer behauptet, daß die Vollmacht sich auf unregelmäßige Geschäfte erstrecke, hat den Beweis zu führen, die Angaben des Vertreters dürfen ihm nicht genügen (O.L.G. Breslau im Recht 05 S. 568 Nr. 2344.). Dabei ist die Grenze zugunsten der Vollmacht zu ziehen. Zunächst hinsichtlich des Handelsgewerbes. Hat der Prinzipal in seinem Gewerbe nachweisbar gewöhnlich Geschäfte geschlossen, die sonst einem derartigen Gewerbe fremd sind, so kann sie auch der Generalhandlungsbevollmächtigte schließen (R.O.H.G. VI S. 154). Es bedarf dann nicht erst des weiteren Requisites, daß auch andere Kaufleute ihr Geschäft

in der Art betreiben. Umgekehrt kann nicht vom Standpunkt des individuellen Handelsgewerbes die Grenze zu Ungunsten der Vollmacht gezogen werden. Vielmehr kommt es darauf an, welche Geschäfte im Handelsgewerbe derselben Art abgeschlossen zu werden pflegen (Striethorst LXX S. 357). Nach dem Standpunkt der Üblichkeit wird es insbesondere zu beurteilen sein, wie weit Zahlungsentgegennahmen, Reklamationen, Vergleiche, Stundungen, Anerkenntnisse usw. zu den gewöhnlichen Geschäften gehören (vgl. z. B. R.O.H.G. XV S. 305, Seuffert LIV Nr. 95, Apt I S. 8, Riesenfeld I Nr. 6ff., O.L.G. Karlsruhe bei Kaufmann VI S. 25, 26, Gerhard, Praxis des Versicherungsrechts III S. 114). Auch die §§ 55, 56 können hier herangezogen werden, da das für Spezialhandlungsvollmachten Aufgestellte jedenfalls für Generalhandlungsvollmachten Anwendung finden kann. Ebenso wird Abs. 2 insofern einen gewissen Maßstab abgeben, als die den dort aufgezählten Geschäften verwandten Geschäfte, z. B. der Erwerb von Grundstücken, die Eingehung von Bürgschaften, das Akzept von kaufmännischen Anweisungen, die Ausstellung oder Indossierung von Schecks, das depositum irregulare, nicht gerade regelmäßig zu den gewöhnlichen Geschäften gehören werden. Doch ist hier stets die Natur des konkreten Handelsgewerbes zu betrachten, z. B. beim Grundstücksspekulanten das Immobiliengeschäft zu den gewöhnlichen Geschäften zu zählen. Auch Usancen können in Frage kommen. Nach Apt I S. 8 soll ein Filialleiter im Zweifel nicht zur Erteilung von Aufträgen zu fortlaufenden Reklamen bevollmächtigt sein, nach Frankfurter Handelsgebräuchen 1906 S. 29 ein Weinreisender nicht zur Übertragung des Alleinverkaufs an auswärtige Kunden.

b) **Spezialhandlungsvollmacht**, d. h. Vollmacht zur Vornahme einer bestimmten Art von Handelsgeschäften, z. B. zum Abschluß von Verkäufen, Dienstverträgen oder Versicherungsverträgen, Frachtverträgen, zur Entgegennahme von Zahlungen usw., sei es für das ganze Handelsgewerbe, sei es nur für einen bestimmten Teil desselben (Beispiele: Zahlkellner, Pferdebahnkondukteure, Kassierer, Ladenverkäufer, Betriebsdirektoren, Handlungsreisende § 55). Ihre Vollmacht erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, wobei die besondere finanzielle Tragweite die Geschäfte als außerhalb des betreffenden Geschäftskreises liegend erscheinen lassen kann (R.G.Z. LII Nr. 23, L.Z. 1911 S. 221). Demnach haben sie Inkassovollmacht, Vollmacht zur Stundung, Vergleichsbewilligung, zum Umtausch usw., wo eine solche gewöhnlich mit der Vollmacht zum Abschluß von Verkäufen verbunden ist, was bei den einzelnen Handelsgewerben sehr verschieden liegen kann, z. B. bei der Vollmacht der Kellner eines Restaurants anders als bei der des Stadtreisenden eines Warenhauses oder des Verkäufers eines Getreidegeschäfts (vgl. Apt I S. 329, 433). Für die Beurteilung des Gewöhnlichen wird nach dem oben Gesagten großes Gewicht auf den allgemeinen Geschäftsgebrauch zu legen sein, weil der Prinzipal, indem er eine bestimmte Klasse von Geschäften dem Bevollmächtigten zuweist, eine objektive Abgrenzung gibt. Meist werden derartige Personen in einem Gehilfenverhältnis zum Prinzipal stehen und der Dienstvertrag wird die Art der Handelsgeschäfte, für die sie Vollmacht haben sollen, ausdrücklich angeben oder deutlich ersehen lassen, aber notwendig ist eine Gehilfenstellung nicht. Nr. 10.

c) **Einzelhandlungsvollmacht**, d. h. Vollmacht zu einem Handelsgeschäft oder Einzelhandelsgeschäften, z. B. zum Abschluß eines Börsengeschäftes, zum Ankauf eines Grundstücks, zum Verkauf einer Ware, zu einem Vergleiche (vgl. R.G. im Recht 07 S. 582[1221] = Gruchot LI S. 1073). Hierhin gehören auch die besonderen Vollmachten zu den in Abs. 2 aufgeführten Geschäften (v. Hahn § 16 zu Art. 47). Hier erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die Vornahme eines derartigen Geschäftes gewöhnlich mit sich bringt (z. B. bei Vollmacht zur Prozeßführung die Vollmacht zum Vergleich, zur Erklärung über Annahme eines Eides (Z.P.O. § 81, Allfeld S. 281, dagegen nicht zur Vornahme von Handlungen, die der Prinzipal selbst vornehmen muß, z. B. Eidesleistung). Aus der Fassung des Gesetzes folgt ohne weiteres, daß nur solche Geschäfte gemeint sein können, die zu ihrer Ausführung weitere Geschäfte und Rechtshandlungen notwendig oder möglicherweise mit sich bringen. Wo das Geschäft, zu dem Vollmacht erteilt ist, in einer bestimmten isolierten Einzelhandlung besteht, z. B. Kündigung, ist § 54 nicht anwendbar. Hinsichtlich des Überbringers einer Quittung vgl. Anhang Nr. 11.

zu diesem Abschnitt. Zur Kasuistik R.O.H.G. V S. 106, XII S. 8, XV S. 271, XVI S. 127; Bolze I Nr. 672, II Nr. 668, III Nr. 435, VI Nr. 328, VII Nr. 354; Adler-Clemens Nr. 914, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI (1895) S. 106.

Nr. 12. 9. **Erfordernis der Spezialvollmacht.** Für vier Klassen von Geschäften (und die Vorverträge zu solchen O.LG. Rostock in Seuffert LXVI Nr. 57 = O.L.G. Rspr. XXI S. 379) verlangt das Gesetz die Erteilung einer besonderen Vollmacht, begnügt sich also mit der Erteilung einer Generalvollmacht nicht.

a) Veräußerung oder Belastung von Grundstücken. Die Begriffe „Veräußerung" und „Belastung" sind hier ebenso wie in § 49 zu fassen. Erwerb von Grundstücken kann insbesondere dem Generalhandlungsbevollmächtigten zustehen, doch wird für die Entgegennahme der Auflassung, wie überhaupt für Rechtshandlungen gegenüber dem Grundbuchamt eine besondere, in Gemäßheit von G.B.O. § 29 erteilte Vollmacht notwendig sein (vgl. bei § 49 Nr. 1 am Schluß).

b) Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, gleichgültig welcher Art (Ausstellung, auch von Wechseln an eigene Order wegen Art. 74 WO., auch von Blankowechseln [anders K. Adler in Z. LX S. 122], Akzept, Indossament, Aval), aber nicht Vornahme von Wechselhandlungen überhaupt (Präsentation), Indossierung ohne Obligo, Prokuraindossament, Einlösung des Wechsels usw.), ebensowenig Akzepte von kaufmännischen Anweisungen, Indossierungen oder Ausstellungen von Schecks, wohl aber zivilrechtliche Verbindlichkeiten, die mit dem Wechsel zusammenhängen, z. B. Revalierungspflicht des Ausstellers gegenüber dem Akzeptanten (vgl. auch oben bei Nr. 9).

c) Aufnahme von Darlehen, nicht aber Entgegennahme von Depots, Kauf auf Kredit, Interzessionen (vgl. jedoch oben bei Nr. 9), auch nicht Hingabe von Darlehen, Benutzung eines Bankkredites (Puchelt-Förtsch z. Art. 47 Nr. 6), wohl aber kann das sich einen Bankkredit eröffnen Lassen unter Darlehen fallen (Behrend § 53 Anm. 9).

d) Prozeßführung. Jedenfalls kann der Bevollmächtigte vor Gericht nur insoweit auftreten, als nicht Anwaltszwang herrscht. Auch die Zustellung kann an ihn nur erfolgen, insoweit er Prozeßvollmacht oder Generalvollmacht hat (Z.P.O. § 173).

Die obigen Beschränkungen gelten an sich auch dann, wenn das Unternehmen des Prinzipals derartige Geschäfte und Rechtshandlungen zum Gegenstand hat, z. B. Grundstückshandel, Bankgeschäfte. Doch wird man hier nicht selten eine stillschweigende Ermächtigung annehmen dürfen.

Die besondere Vollmacht zu diesen und weiteren Rechtsakten, selbst zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken, kann in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des B.G.B. erteilt werden, d. h. nicht bloß ausdrücklich, sei es durch besondere Hervorhebung der Vollmacht, sei es durch Betonung, daß die Vollmacht „alle Rechtshandlungen ohne Ausnahme" (R.G.Z. LXXVI S. 203) „Abgabe von Erklärungen jeder Art" (K.G. in L.Z. 1913 S. 87) umfasse, sondern auch stillschweigend. Vgl. R.G. in L.Z. 1914, S. 279. Doch wird letzteres nicht ohne weiteres da anzunehmen sein, wo für den Betrieb diese Vollmacht erforderlich ist (vgl. R.G. im Recht 08 S. 677 Nr. 3691, anders K.G. in O.LG. Rspr. XV S. 161). Immerhin kann dies ein wichtiges Indiz bilden. Auch der Umstand, daß der Prinzipal sich jeder tatsächlichen Mitwirkung bei der Geschäftsführung enthält, liefert nur ein Indiz. Die Erteilung der besonderen Vollmacht kann mit der Handlungsvollmacht verbunden oder von dieser getrennt sein, sie kann für jeden der vier Akte gesondert oder für alle generell erfolgen. Niemals wird der Generalhandlungsbevollmächtigte dadurch zum Prokuristen, seine Vollmacht ist keine absolute (Bolze VI Nr. 325).

Nr. 13. 10. **Beschränkungen.** Der Dritte kann, wenn objektiv feststeht, welcher der drei Typen vorliegt, dessen gesetzlichen Umfang als vorhanden annehmen. Beschränkungen und abweichender Wille des Vollmachtgebers wirken nur dann gegen ihn, wenn er (oder sein Vertreter B.G.B. 166 Abs. 1) sie bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts mit dem Bevollmächtigten kennt oder kennen muß (R.O.H.G. X S. 381, XXIII Nr. 115; Seuffert LI Nr. 275, Bolze XXI Nr. 276, vgl. bei § 55 Nr. 5). Ein etwaiger Mißbrauch seitens des Vertreters innerhalb dieses Rahmens schadet dem Prinzipal (R.O.H.G. X Nr. 26). Wie der Dritte die Kenntnis erlangt,

ist gleichgültig. Nicht notwendig ist, daß der Prinzipal ihm die Beschränkung mitteilt. Ob er sie kennen mußte, d. h. ob ein verschuldetes Nichtkennen vorliegt, ist Tatfrage. Dem Prinzipal liegt für Kennen und Kennenmüssen der Beweis ob (R.O.H.G. XVI Nr. 36). Die öffentliche Kundgebung allein braucht nicht stets solch Verschulden zu begründen. Eine besondere Berufung auf ein Handelsgewohnheitsrecht, nach dem eine in üblicher Weise erfolgte Kundgebung auch auf diejenigen wirkt, die von derselben keine Kenntnis haben (Staub-Bondi § 54 A. 22), ist bei der veränderten Stellung des H.G.B. bedenklich. Doch wird allerdings im Falle der öffentlichen Kundgebung dem Dritten der Beweis, daß ihn keine Fahrlässigkeit trifft, obliegen (Staub ebenda). — Von Beschränkungen sind wohl zu scheiden interne Anweisungen, die gar nicht dazu bestimmt sind, dem Dritten gegenüber zu gelten (vgl. z. B. R.G. in D.J.Z. 02 S. 345).

11. **Wirkungen der Handlungsvollmacht.** Hierüber normiert das B.G.B. §§ 164 ff. Zu beachten ist, daß die Wirkungen einer vom Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlung für den Prinzipal nur insoweit eintreten, als die Vertretungsmacht reicht. Mit Recht macht v. Hahn darauf aufmerksam, daß, wenn die vom Prinzipal vorgenommene Rechtshandlung eine weitere Willenserklärung, z. B. einen Verzicht in sich bergen kann, dies bei der vom Bevollmächtigten vorgenommenen nur dann gilt, wenn letzterer zu solcher Willenserklärung bevollmächtigt ist (§ 11 zu Art. 47). Zu beachten ist ferner, daß nach B.G.B. § 174 das vom Bevollmächtigten einem anderen gegenüber vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft (z. B. die Kündigung, Mahnung) dann unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist; doch ist die Zurückweisung dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Die bloße öffentliche Bekanntmachung wäre solche Inkenntnissetzung noch nicht. Die Inkenntnissetzung braucht sich nur auf den Typus der Vollmacht zu beziehen, die Angabe der Ermächtigung gerade zu dem konkreten Rechtsgeschäft ist nicht notwendig. Nr. 14.

12. Über **Erlöschen** der Handlungsvollmacht bei § 58, über die Vollmacht des Handlungsagenten bei § 86. Nr. 15.

§ 55.

Die Vorschriften des § 54 finden auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung, die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet.

Die Reisenden gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Die Anzeige von Mängeln einer Ware, die Erklärung, daß eine Ware zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden.

Entw. I § 51, II § 54; Denkschr. I S. 51—53, II S. 3165; Komm.Ber. S. 3877; A. D. H.G.B. Art. 19.

1. Vorbemerkung. Handlungsbevollmächtigte, die Handlungsreisende sind, unterstehen grundsätzlich dem § 54. Sie sind Spezialhandlungsbevollmächtigte. Ihre Vollmacht betrifft insbesondere Entgegennahme von Bestellungen und Verkauf von Waren. Alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, fallen in den Umfang ihrer Vollmacht. Beschränkungen braucht der Dritte nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennt oder kennen muß. Dies gilt für Stadtreisende und auswärtige Reisende (Fernreisende) gleichmäßig. Doch enthalten für die Reisenden an auswärtigen Nr. 1.

Plätzen, sofern sie Handlungsbevollmächtigte sind, wofür keine Rechtsvermutung spricht (Ritter Anm. 1), die Absätze 2, 3 des § 55 wichtige Sonderbestimmungen.

Nr. 2. **2. Reisende an auswärtigen Plätzen** (Fernreisende). Die Vollmacht solcher Reisender ist eine Spezialhandlungsvollmacht, die Verwendung des Bevollmächtigten erfolgt zum Zwecke des Abschlusses eines Kreises von Geschäften. Nicht darunter fallen also Bevollmächtigte, die nur zum Abschlusse eines oder einzelner Geschäfte verwendet werden. Daß die Handlungsbevollmächtigten in einem Dienstverhältnis (Provisionsreisender) oder Abhängigkeitsverhältnis zum Prinzipal stehen, ist auch hier begrifflich nicht notwendig, aber es ist doch als Regel vorausgesetzt. Jedenfalls fällt der reisende Handlungsagent nicht unter § 55, wohl aber, was auf dasselbe hinausläuft, unter § 87. Der Handlungsreisende darf auch nicht Stadtreisender sein, d. h. nicht an Orten, an denen sich eine Niederlassung (sei es Haupt-, sei es Zweigniederlassung) des Prinzipals befindet, verwendet werden. Der Stadtreisende untersteht lediglich dem § 54. Wie weit er den Kaufpreis einziehen oder Zahlungsfristen bewilligen kann, ist aus dem Umfang seiner Vollmacht zu entnehmen (ein ihn dazu ermächtigender Berliner Handelsgebrauch besteht nicht, Apt I S. 50). Ist er lediglich zum Stadtreisenden bestellt, so wird man ihm die Befugnis zu solchen Handlungen absprechen müssen, das Publikum hat sich in derartigen wichtigen Rechtsakten direkt an die Niederlassung zu wenden. Anders mit den in Abs. 3 erwähnten Erklärungen. Diese werden auch dem Stadtreisenden gegenüber erfolgen können. Als Stadtreisender ist auch derjenige Handlungsreisende zu betrachten, der in wirtschaftlich mit dem Hauptort eine Einheit bildenden Orten, z. B. Vororten, Verwendung findet (Apt II S. 20, anders Brand 1b).

Nr. 3. **3. Umfang der Vollmacht.** Die Reisenden gelten kraft des Gesetzes für ermächtigt:

a) Den **Kaufpreis** aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen **einzuziehen** und dafür **Zahlungsfristen** zu **bewilligen.** Das bezieht sich nach dem Wortlaute des Gesetzes nur auf von ihnen kraft ihrer Vollmacht abgeschlossene Verkäufe. Ein Inkassomandat und das Recht der Stundung hinsichtlich des vom Prinzipal selbst oder von anderen abgeschlossenen Geschäftes haben sie nur dann, wenn dies aus der erteilten speziellen oder generellen Vollmacht hervorgeht (R.G.Z. VI Nr. 21, anders z. T. das R.O.H.G. IV S. 298 ff., VI S. 403, XV S. 407, das diese Frage als eine unter § 54 fallende behandelte, anders auch Burchard in Z. LXXI S. 404, der das Wort „ihnen" auf die Reisenden überhaupt bezieht). Gleichgültig ist, ob die Einziehung des Kaufpreises bezw. die Stundung beim Abschluß oder nachträglich (R.O.H.G. IX Nr. 31) erfolgt. Doch darf auch hier die Grenze des Gewöhnlichen nicht überschritten werden. Die Einziehung des Kaufpreises hat daher regelmäßig durch Barzahlung oder durch im Leben überhaupt oder wenigstens nach dem betreffenden Geschäftskreise der Barzahlung gleichkommende datio in solutum zu geschehen, dagegen nicht durch Annahme von Wechseln oder Hypothekenposten (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. V 1884 S. 248) an Zahlungsstatt. (Adler-Clemens Nr. 437, vgl. K.G. in Veröffentl. des Vers. Auff. Amts VIII Nr. 485). Annahme Zahlungshalber ist gestattet. Mit eigenen Forderungen gegen den Käufer aufrechnen darf er natürlich nicht (Seuffert XXXV Nr. 51, R.G.Str. in D.J.Z. 06 S. 431), andererseits darf der Handlungsreisende Begleitgeschäfte vornehmen, die die Einziehung des Kaufpreises gewöhnlich mit sich bringt, z. B. geringe Abzüge (Warenskonto) bewilligen, während die Bewilligung größerer Nachlässe oder ganzer Erlasse, wie Stundung für eine ungewöhnlich lange Zeit nicht unter die gesetzliche Vollmacht fallen (R.O.H.G. VII Nr. 31, Adler-Clemens Nr. 1117, Allfeld S. 290, 291. Material bei Apt I S. 516, II S. 186; Dove-Meyerstein Nr. 35, 36, Riesenfeld I Nr. 15 ff., II Nr. 5, 6; Zander bei Holdheim 1906 S. 21 Nr. 6, 7).

Nr. 4. b) Die **Anzeige** von **Mängeln** einer Ware, insbesondere nach § 377 die Stellung der Ware zur Disposition und ähnliche Erklärungen (z. B. die Anzeige §§ 375, 376, der Abruf[1]) können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben

[1]) Androhungen nach § 373, Festsetzungen nach B.G.B. § 326, Mahnungen; dagegen Wandlungs- und Minderungserklärungen, Rücktrittserklärungen, Anfechtungen wohl nicht (für letztere vgl. O.L.G. Colmar im Recht 07 S. 519 Nr. 1079).

werden. Selbstverständlich ist, daß dies in der ordnungsmäßigen Frist geschieht, also im Falle des § 377 unverzüglich. Sie können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden, d. h. dem am Ort befindlichen, daß der Reisende gerade gegenwärtig ist, ist nicht notwendig, sie können brieflich oder telephonisch abgegeben werden. Ist er dagegen an einem anderen Ort, so müßte er aufgesucht werden. Schriftliche oder telephonische Anzeige an ihn würde dann nicht genügen. Nicht notwendig ist, daß der Reisende diese Verkäufe selbst abgeschlossen hat, er ist auch zur Empfangnahme derartiger Erklärungen bei Verkäufen seiner Vorgänger legitimiert. Wohl aber muß er Reisender in dieser Branche sein, hat er Vollmacht für ganz anders geartete Geschäfte, so kann er die Erklärung nicht entgegennehmen. Die Dispositionsstellung genehmigen kann er nicht ohne weiteres (Adler-Clemens Nr. 1233, RG. im Recht 06 S. 509 Nr. 1204), ebensowenig hat er das Recht, die Ware (es sei denn, daß es sich um unbestellte Ware handelt (vgl. O.L.G. Dresden in Seuffert LXII Nr. 262) zurückzunehmen, den geschlossenen Kauf wieder aufzulösen, wie überhaupt auf dem Prinzipal erworbene wichtige Rechte zu verzichten (Adler-Clemens Nr. 1117). Auch Mängelanzeigen, Dispositionsstellungen abzugeben ist er nur insoweit legitimiert, als die Handlungsvollmacht dies mit sich bringt. Dagegen kann er das von ihm selbst abgeschlossene Geschäft so lange umgestalten, als er nicht dem Prinzipal davon Anzeige gemacht hat (R.O.H. VII Nr. 31). Im einzelnen kann der Geschäftsgebrauch ein anderes mit sich bringen (§ 346). Schließt er mit sich selbst ab, so greift B.G.B. § 181 ein (dazu oben § 50 Nr. 3).

4. **Einschränkungen.** Soll die Vollmacht des Handlungsreisenden sich auf die unter Nr. 3, 4 besprochenen Rechtshandlungen nicht erstrecken, so muß dies gehörig kundgegeben werden (R.O.H.G. V S. 207, IX S. 106, XXIII S. 352. und die dort Zitierten, Adler-Clemens Nr. 184, 188). So würden auf der vom Reisenden vorgelegten Preisliste ausgedrückte Geschäftsgrundsätze nicht ohne weiteres als Einschränkungen anzusehen sein, dagegen wohl der Vermerk auf der Rechnung „Zahlung belieben Sie stets an uns direkt zu leisten", es sei denn, daß der Geschäftsherr in der Praxis Zahlungen an den Reisenden wiederholt duldet (O.L.G. Frankfurt im Recht 06 S. 868 Nr. 2169). Die Beschränkung wirkt Dritten gegenüber nur dann, wenn er sie kennt oder kennen muß (§ 54 Abs. 3). Nr. 5.

5. Im übrigen regelt sich seine Vollmacht nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere denen des § 54. Aus der Stellung des Reisenden ergibt sich, daß er die Verkaufsbedingungen, insbesondere hinsichtlich des Preises, im allgemeinen frei festsetzen kann. Selbst wenn ihm der Prinzipal Preiskurante zur Vorlegung an den Kunden mitgegeben hat, liegt darin, wie Staub-Bondi (§ 55 Anm. 9) mit Recht bemerkten, im Zweifel nicht eine Begrenzung des Preises, sondern nur eine allgemeine Instruktion, von der er in mäßigen Grenzen abweichen darf. Zu auffallenden Vertragsberedungen ist er nicht berechtigt, wobei aber Voraussetzung ist, daß die Auffälligkeit dem Dritten zum Bewußtsein gelangt sein mußte. Zu Ankäufen ist er nicht ohne weiteres bevollmächtigt. Hat er die Vollmacht für den Verkauf einer bestimmten Art von Ware erhalten, so darf er nicht andere verkaufen. Auch Tausch wird gewöhnlich nicht unter seine Kompetenz fallen (Dove-Meyerstein Nr. 35, 36). Durch generelle Vereinbarungen den Prinzipal für alle Zukunft festlegen kann er nicht (Z. XXI S. 539). Für die gemachten Reisespesen (kontrahierte Wirtsschulden, nicht bezahltes Fuhrwerk) haben Wirte, Fuhrwerksbesitzer u. dergl. nur gegen ihn Anspruch (vgl. Z. VII S. 597). Nr. 6.

6. Über das **innere** Verhältnis zwischen Reisenden und Prinzipal entscheidet das Kausalgeschäft. Gewerberechtliche Bestimmungen in G.O. §§ 44, 44a, 55, Bek. des Bundesrats vom 27. Nov. 1896. Nr. 7.

7. Das ältere Recht stimmte wesentlich überein.

§ 56.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

Entw. I § 52, II § 55; Denkschr. I S. 53, II S. 3165; A. D. H.G.B. Art. 50.

Der § 56 umgrenzt die Vollmacht der in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten.

Nr. 1. 1. **Angestellte.** Unter Angestellten im Sinne dieses Paragraphen sind keineswegs nur die in einem Dienstverhältnis zum Prinzipal stehenden Personen zu verstehen, vielmehr alle diejenigen, die mit Willen des Prinzipals eine Tätigkeit darin ausüben, die sie nach objektiver Auffassung als zum Verkehr mit dem Publikum geeignet erscheinen läßt (z. B. auch die Ehefrau, Busch XXXIX S. 195). Weiter zu gehen und auch solche Personen darunter zu begreifen, die ohne Wissen des Prinzipals sich als Angestellte gerieren, die den Anschein des Angestelltseins erwecken (Behrend § 53 Anm. 26) geht nicht an, denn § 56 umgrenzt nur den Umfang einer wirklich erteilten Vollmacht. Wer als falsus procurator, z. B. indem er sich einschleicht, auftritt, für den kann der Prinzipal nicht aus § 56, wohl aber möglicherweise aus dem Gesichtspunkt eigener Verschuldung aufkommen. Die Anstellung kann mit ausdrücklichen Worten, sie kann aber auch stillschweigend erfolgen, indem der Prinzipal weiß und duldet, daß eine Person die Funktion eines Angestellten, sei es kürzere, sei es längere Zeit, ausübt. Eine stillschweigende Anstellung ist sogar schon dann anzunehmen, wenn der Prinzipal einer Person, die nicht an sich Merkmale des Gegenteils trägt, gestattet, sich im Laden oder offenen Warenlager aufzuhalten, ohne das Publikum darauf aufmerksam zu machen, daß die Person nicht angestellt sei, denn der Prinzipal muß sich darüber klar sein, daß das Publikum nicht in der Lage ist, zu unterscheiden, ob er dem anderen einen wirklichen Geschäftskreis übertragen hat oder nicht. Wenn der Prinzipal jemandem die Erlaubnis zum Aufenthalt in einem zum Verkehr mit dem Publikum bestimmten Raum erteilt, so kann er rein interne Vorbehalte nicht Dritten gegenüber zur Geltung bringen. Die Willenserklärung ist auch hier so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern. Zahlt das Publikum an derartige oder kauft es von derartigen Personen, so ist der Prinzipal gehalten, die Rechtshandlung anzuerkennen. Anders, wenn die Person äußerlich sich als solche darstellt, der anders geartete Vorrichtungen obliegen, z. B. Aufscheuerfrau, Packträger, Rollkutscher, Arbeiter, Portier, oder die umgekehrt nichts mit der geschäftlichen Tätigkeit zu tun hat, z. B. als Besuchender, als Kunde, als Hausierer (vgl. Hahn § 4 z. Art. 50). Bei Beurteilung solcher Momente kann auch die Zeit, in der das Lokal besucht wird, eine Rolle spielen. Kommt jemand vor Beginn der üblichen Geschäftsstunden oder in später Abendstunde in das Lokal, ohne daß in den Verhältnissen (Meßzeit, Weihnachtszeit) die Annahme eines früheren Beginnes oder eines späteren Schlusses der Geschäftszeit gerechtfertigt ist, so darf er nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß die im Lokal anwesenden Personen Angestellte sind (v. Hahn § 4 z. Art. 50).

Nr. 2. 2. **Laden, offenes Warenlager.** Die Anstellung muß erfolgt sein im Laden oder offenen Warenlager, also in Räumlichkeiten, die auf den Absatz bezw. Empfangsverkehr, zumal (nicht bloß) Kleinverkehr mit dem Publikum, berechnet sind. Unter **Laden** ist jedes Verkaufslokal (Puchelt-Förtsch zu Art. 50 Nr. 3), gleichgültig ob es in Gestalt eines Hausraumes oder einer Bude oder einer offenen Verkaufsstelle auftritt, zu verstehen, auch Bierstuben, Konditoreien, Kaffees, Selterwasserbuden würden hierher gehören (Allfeld S. 295, R.G.Z. LXIX Nr. 70). Dabei ist es an sich gleichgültig, ob die Tür offen ist oder erst geöffnet werden muß (vgl. oben S. 111 Nr. 2). **Offenes Warenlager** ist das in erster Linie zur Empfangnahme, möglicherweise aber auch zum Verkaufe dem Publikum offen stehende Lager, dagegen nicht der verschlossene Vorratskeller. Sonstige Geschäftsräume kommen für § 56 auch dann nicht in Betracht, wenn sie dem Publikum offen stehen, z. B. Fabrikräume, Kontors, Bureauräume (Bureau eines Bankgeschäftes? R.O.H.G. XII Nr. 11), Räume, die lediglich Reklamezwecken dienen, doch ist möglich, daß die dort Angestellten aus § 54 heraus als Bevollmächtigte anzusehen sind (zur Kasuistik Bolze III Nr. 432).

Nr. 3. 3. **Umfang der gesetzlichen Ermächtigung.** Die gesetzliche Ermächtigung erstreckt sich nur auf Verkäufe und Empfangnahmen (zumal von Geld), dagegen nicht auf andere Rechtsakte, also z. B. nicht auf Ankäufe von Waren, auf Einlösung oder Akzept von Wechseln, auf Änderungen früherer Vertragsbedingungen. Verkauf und Empfangnahme muß ferner im Laden, bezw. Warenlager, nicht

außerhalb desselben geschehen, letztere, die Empfangnahme, selbst dann nicht außerhalb, wenn der Verkauf im Laden stattgefunden hatte (v. Hahn § 5 zu Art. 50). Doch wird dies nicht allzu wörtlich zu nehmen sein. Empfangnahme vor der Tür des Ladens während der Geschäftszeit ist im Laden erfolgt (wie mit telephonischen Erklärungen? bejaht vom L.G. Berlin in Z. XL S. 450, vgl. darüber oben § 54 Nr. 7). Verkauf bezw. Empfangnahme müssen ferner mit dem Ladengeschäft bezw. dem Betrieb des Warenlagers einen inneren Zusammenhang haben. So ist z. B. der im Antiquariatsladen Angestellte nicht zur Empfangnahme aus dem Verlagsbetrieb ermächtigt. Die Empfangnahme bezieht sich nicht bloß auf Geschäfte, die der Betreffende selbst abgeschlossen hatte, so kann er die zur Begleichung der Quartals- oder Jahresrechnung bezahlten Summen, die vom Frachtführer eingelieferten Sendungen nach Lage des Falles entgegennehmen.[1]) Nur diejenigen Verkäufe und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen, darf er entgegennehmen. Mit dem Worte „derartig" wird die Raumteilung seitens des Prinzipals gekennzeichnet. Dient ein Lokal zu allen Zwecken des Verkehrs mit dem Publikum, so kann er alle Verkäufe und Empfangnahmen, die gewöhnlich sind, vornehmen, ist geschieden zwischen Verkaufs- und Empfangsräumen, so darf er, soweit nicht ein anderes ortsüblich ist (v. Hahn § 6 z. Art. 50) im ersteren nur verkaufen, im letzteren nur empfangen. Wird bei Verkaufsräumen wieder geschieden zwischen Räumen für den Verkauf dieser und solchen für den Verkauf jener Waren (Apotheker- und Drogeriewaren), so darf er nur die auf die betreffenden Waren bezüglichen Verkäufe vornehmen. — Nur die gewöhnlichen Geschäfte darf er vornehmen, dient demnach das Geschäft wie gewöhnlich dem Detailverkauf, so darf er nicht en gros verkaufen (Adler-Clemens Nr. 956). Dagegen ist nicht notwendig, daß die verkauften Stücke im Laden vorhanden sind (v. Hahn § 7 zu Art. 50). Seine Ermächtigung wird sich auch erstrecken auf Geschäfte, die die Vornahme derartiger Verkäufe gewöhnlich mit sich bringt, z. B. Umtausch der verkauften Waren, Entgegennahme von Reklamationen und Dispositionen (Ritter Anm. 1).

4. **Einschränkung der Vollmacht.** Eine Einschränkung der gesetzlichen Vollmacht ist natürlich zulässig, doch braucht solche ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennt oder kennen muß. Vgl. darüber bei § 54. Bekanntmachungen mittelst Zeitungen werden hier von zweifelhaftem Wert sein (Allfeld S. 297), eher wird Aushang im Geschäftslokal an sichtbarer Stelle genügen. Wie weit die Kundmachung des Prinzipals eine Einschränkung der Vollmacht oder nur einen Hinweis auf Geschäftsprinzipien, von denen der Angestellte abweichen darf, darstellt, ist Tatfrage. So wird in dem Anschlag, man solle an der Kasse zahlen, eine wirkliche Einschränkung der Vollmacht zu erblicken sein, während der Vermerk „feste Preise" ebensowenig wie der Anschlag eines Preiskurantes die Vollmacht zur Bewilligung niedrigerer Preise ausschließt (Allfeld S. 297). Auch die bloße sichtbare Einrichtung einer Kasse ist noch keine genügende Einschränkung. — Entfernt der Angestellte den Anschlag, so trifft der Nachteil den Prinzipal (l. 11 § 4 D. 14, 3). Umgekehrt kann der Prinzipal die Vollmacht erweitern, z. B. die Empfangnahme von Waren dulden, wo nach Lage des Falls (in einem derartigen Laden) nur eine Vollmacht zum Verkauf gegeben war. In diesen Beziehungen gilt das zu § 54 Erörterte. Nr. 4.

5. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 50).

§ 57.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

---

[1]) Darf er auch dem Verkäufer, dessen Waren er entgegennimmt, von Mängeln nach § 377 Anzeige erstatten? Auch dies ist wohl zu bejahen. Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 7.

Entw. I § 50, II § 56. A.D.H.G.B. Art. 48.

Die Vorschrift ist eine bloße Ordnungsvorschrift (R.O.H.G. V S. 266, XII Nr. 45). Dasselbe gilt im Zweifel von anderen Vorschriften des Vollmachtgebers über die Form, in welcher der Bevollmächtigte zeichnen solle (R.O.H.G. III Nr. 39, XII S. 134, XVIII S. 340). Ein die Prokura andeutender Zusatz (p. p.) soll unterbleiben, als die Vollmacht andeutender Zusatz erscheint „per" oder einfach „p". Im übrigen bei § 51 Nr. 1.

Das ältere Recht stimmte überein (Art. 48).

§ 58.

Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht auf einen anderen nicht übertragen.

Entw. I § 53, II § 57. Denkschr. I S. 53, II S. 3165; A.D.H.G.B. Art. 53.

Nr. 1. 1. **Ausschluß der Übertragung.** Nur die Übertragung der ganzen Handlungsvollmacht schließt § 58 aus. Wie weit der Handlungsbevollmächtigte für eine Art von Geschäften oder für einzelne Geschäfte Vollmacht erteilen kann, regelt sich nach § 54, bezw. nach der Natur des Kausalgeschäftes. Wo es sich um die Ausführung eines Geschäfts handelt, das durch persönliches Vertrauen gerade zu diesem Handlungsbevollmächtigten vom Prinzipal übertragen ist, wird Substitution ausgeschlossen sein (R.G. bei Gruchot XXXVI S. 1158). Die Vorschrift ist nicht bloß Ordnungsvorschrift. Eine in Widerspruch mit § 58 erfolgende Übertragung ist ohne Wirkung.

Nr. 2. 2. **Beendigung.** Die Handlungsvollmacht erlischt nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes (B.G.B. § 168 ff.). Der im alten Recht (Art. 54) aufgestellte Satz, daß die Handlungsvollmacht jederzeit widerruflich sei, ist nicht aufgenommen worden. Regelmäßig ist danach die Handlungsvollmacht frei widerruflich, doch kann ein anderes ausbedungen werden. Die Denkschrift verweist auf den Fall, daß ein Handelsgeschäft verpachtet oder ein Nießbrauch daran bestellt wird; die Erteilung einer für die Dauer des Rechtsgeschäfts unwiderruflichen Vollmacht bilde hier unter Umständen ein geeignetes Mittel, um ohne Firmenänderung die Vertragsabsicht der Parteien zur Ausführung zu bringen (vgl. z. B. O.L.G. Hamm bei Seuffert LXI Nr. 171, sog. Kastellanvertrag. Oben § 22 Nr. 5). Die Ausbedingung der Unwiderruflichkeit liegt aber noch nicht darin, daß das Kausalgeschäft (z. B. der Dienstvertrag) vom Vollmachtgeber nicht frei gelöst werden kann, B.G.B. § 168 erklärt vielmehr die Widerruflichkeit der Vollmacht trotz Fortbestand des Kausalgeschäftes als Regel, es muß somit klar aus dem Kausalgeschäft hervorgehen, daß die Vollmacht nicht frei widerruflich sein solle. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Vollmacht allein oder zugleich im Interesse des Bevollmächtigten erteilt wird (vgl. R.G.Z. LII S. 99, L.Z. 08 S. 454). Die Unwiderruflichkeit darf auch nicht die Persönlichkeit des Vollmachtgebers derart binden, daß das Geschäft unsittlich wird, was bei Generalvollmachten der Fall sein kann (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 267), aber nicht muß, letzteres z. B. nicht bei fiduziarischer Generalvollmacht (R.G. bei Warneyer V Nr. 413). Umgekehrt regelt sich die Frage, ob der Bevollmächtigte die Vollmacht niederlegen kann, nach dem Kausalgeschäft (B.G.B. § 168). Hinsichtlich des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers vgl. B.G.B. §§ 168, 672, 675, 727, hinsichtlich des Konkurses K.O. § 23, hinsichtlich des Fortwirkens der Vollmacht trotz Erlöschens B.G.B. §§ 169—173, 674, 675, 729 und dazu Düringer-Hachenburg I S. 358 ff. Hinsichtlich der Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde vgl. B.G.B. § 175, hinsichtlich der Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde B.G.B. § 176.

Nr. 3. 3. **Älteres Recht.** Das ältere Recht erklärte die Handlungsvollmacht für jederzeit widerruflich. Unter der Herrschaft des älteren Rechts erteilte Handlungsvollmachten sind auch unter dem neuen Recht frei widerruflich (vgl. dazu K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 56).

Anhang. (A. D. H.G.B. Art. 51, 296).

Nach B.G.B. § 370 gilt der Überbringer einer Quittung als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen (dazu Keyßner in Festg. für Koch S. 143). Diese aus dem Art. 296 des alten H.G.B. herübergenommene Bestimmung schafft eine Rechtsvermutung für die Erteilung einer Vollmacht von bestimmtem Umfange. Sie gilt deshalb nur soweit, als eine Vollmacht erteilt werden konnte, also nicht, wenn ein Kind unter 7 Jahren die Quittung überbringt (anders Düringer-Hachenburg I S. 348, die in dem Überbringer nur einen Boten sehen). Voraussetzung ist, daß es sich um den Überbringer einer wirklichen, echten und perfekten Quittung handelt. Es muß somit eine Quittung überbracht sein, die bloße Überbringung der unquittierten Rechnung schafft keinerlei Rechtsvermutung für eine Vollmacht, auch dann nicht, wenn die Ware mitüberbracht wird. Der dies ausdrücklich festsetzende Art. 51 des alten H.G.B. ist in das B.G.B. nicht übernommen worden, ergibt sich aber aus dem § 370 von selbst (Denkschrift II S. 3165). Vielmehr bedarf es dann des Vorhandenseins einer wirklichen Vollmacht (sei es spezieller, sei es genereller), deren Vorhandensein der Leistende beweisen muß. — Die Quittung muß ferner echt sein, ist sie gefälscht, so trifft die Gefahr den Leistenden, das gleiche gilt, wenn sie unwirksam ist wegen Geschäftsunfähigkeit des Quittierenden. Und sie muß endlich perfekt sein, ein Quittungsblankett genügt nicht (R.O.H.G. XI S. 32). — Im Übrigen ist es gleichgültig, ob es sich um einen selbständigen Quittungsschein oder um die quittierte Schuldurkunde, z. B. den Wechsel, handelt. Es genügt auch die bloße Tatsache der Überbringung, daß der Gläubiger den Überbringer gesandt hat, ist nicht Voraussetzung (v. Hahn zu Art. 296, Gareis-Fuchsberger ebenda). Die Präsumtion der Ermächtigung bezieht sich nur auf den Empfang der Leistung (Geld- oder anderen Leistung), über die quittiert ist, zur Annahme an Zahlungsstatt ist er nicht befugt (es sei denn, daß nach dem Verkehr beide gleichstehen: Reichskassenscheine statt Gold), noch weniger zum Erlaß (Busch V S. 262). Die Präsumtion wird entkräftet durch die Kenntnis des Leistenden von Umständen, die der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Das bloße Kennenmüssen genügt nicht. Die Umstände müssen nicht gerade solche sein, die die Ermächtigung ausschließen, sondern nur solche, die Zweifel an der Ermächtigung erwecken (Behrend § 53 Anm. 30). Das solche Umstände vorhanden und dem Leistenden bekannt waren, ist ihm nachzuweisen.

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Literatur: Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, 1897, Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen, 2. Aufl. 05, Lotmar, Der Arbeitsvertrag 2 Bd. 1902, 1908, Baum, Der Dienstvertrag der kaufmännischen Angestellten Diss. 08.

Einleitung.

Denkschrift I S. 55ff., II S. 3166f.

Dieser umfangreiche, mit Ausnahme des § 65 bereits am 1. Januar 1898 in Kraft getretene Abschnitt (E.H.G.B. Art. 1 Abs. 2) regelt die Rechtsverhältnisse der in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste auf Grund eines Dienstvertrages Angestellten (vgl. § 83) zum Prinzipal. Er zerfällt in zwei Teile. Der erste Teil betrifft die Handlungsgehilfen, der zweite die Handlungslehrlinge. Die Normen dieses Abschnitts heben sich von denen des B.G.B. (§§ 611—630, 675) ab und sie gehen denen der G.O. (Titel VII) parallel. Das Verhältnis zum B.G.B. ist dahin zu präzisieren, daß das B.G.B. insoweit eingreift, als nicht die Bestimmungen des H.G.B. die Materie abweichend regeln

wollen. So finden schlechtweg Anwendung die §§ 613, 615, 617, 620 Abs. 1, 624, 625, 628, 629 des B.G.B. Das Verhältnis zur G.O. ergibt sich aus § 154 der G.O., nach dem die Bestimmungen der §§ 105, 106—119b, 120a—133aa (letztere vorbehaltlich des § 139a Abs. 1 und der §§ 139g, h, l, m) auf Gehilfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften keine Anwendung finden. Für die praktisch wichtigsten Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lehrverhältnisse zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen oder Handlungslehrling ist das Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904 (Aufzählung in § 5 des Gesetzes, dazu Art. 101 des E.G. zur Reichsversicherungsordnung) maßgebend, es sei denn, daß Lohn oder Gehalt den Betrag von 5000 Mark übersteigt oder es sich um Gehilfen oder Lehrlinge in Apotheken handelt. Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte schließt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in erster Instanz aus. Berufungsgericht ist das Landgericht, in dessen Bezirk das Kaufmannsgericht seinen Sitz hat, doch ist Berufung nur zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes 300 Mark übersteigt (§ 16). Vereinbarungen, durch welche künftige Streitigkeiten der Entscheidung des Kaufmannsgerichts entzogen werden, sind nichtig (§ 6 Abs. 2). Gemeinden mit mehr als 20,000 Einwohnern müssen Kaufmannsgerichte haben. Näheres über die Kaufmannsgerichte bei Rosenberg in Ehrenbergs Hdb I. — In Österreich erging am 10. Januar 1910 ein an das deutsche Recht sich vielfach anschließendes Gesetz (abgedr. Z. LXVI S. 589, dazu Pisko ebenda S. 453), das sich aber nicht auf Lehrlinge erstreckt.

§ 59.

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehilfe), hat, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen oder über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.

Entw. I § 54, II § 58; Denkschrift I S. 57, II S. 3167; Komm.Ber. S. 3877 bis 3880; Stenogr.Ber. S. 5521, 5522; A. D.H.G.B. Art. 57.

Nr. 1. 1. **Begriffsbestimmung.** § 59 gibt zunächst eine freilich nicht erschöpfende Begriffsbestimmung des Handlungsgehilfen. Notwendig ist

a) **Anstellung.** Das Wort bedeutet, anders wie in § 56, die vertragsmäßige Zuweisung einer dienstlichen Stellung (irrig definiert das Wort Lotmar I S. 692). Nicht angestellt im Sinne des § 59 ist, wer freiwillig sei es mit (z. B. der Ehemann, der der Ehefrau freiwillig im Geschäft mithilft, oder der erwachsene Sohn, der, um seinen zukünftigen Erbteil zu erhöhen, freiwillig mitarbeitet O.L.G. Hamm im Recht 06 S. 63 Nr. 99), sei es ohne Willen des Geschäftsinhabers (Geschäftsführer ohne Auftrag), ebensowenig wer in amtlicher Stellung (der Name „Beamter" entscheidet nicht, man denke an die „Betriebsbeamten" der G.O. und R.V.O.) z. B. als Konkursverwalter, Revisor, Vormund, ferner als staatlicher oder kommunaler Beamter, selbst wenn es sich um Anstellung in einem Handelsgewerbe (z. B. Staatseisenbahn)[1]) handelt, (anders Laband in D.J.Z. III S. 394 und Horrwitz S. 18) oder wer als Inhaber der elterlichen Gewalt oder umgekehrt kraft Abhängigkeit von elterlicher Gewalt (B.G.B. § 1617, O.L.G. Hamm im Recht 06 S. 63 Nr. 99) oder in Erfüllung ehefräulicher Pflicht (B.G.B. § 1356 vgl. R.G. in L.Z. 09 S. 850) Dienste leistet, wenngleich nicht ausgeschlossen ist, daß auch derartige Personen durch Vertrag eine dienstliche Stellung angewiesen er-

[1]) Doch kann auch der Staat, bezw. die Kommune Handlungsgehilfen anstellen, es kommt darauf an, ob ein privatrechtlicher Dienstvertrag oder eine Anstellung als Beamter in Frage steht.

halten können. — Der Vertrag ist stets Dienstvertrag, nicht unter die Anstellung fällt also die vertragsmäßige Übernahme kaufmännischer Dienstleistungen kraft Gesellschaftsvertrages, diese ist Beitrag (B.G.B. § 706 Abs. 3). Doch ist nicht ausgeschlossen, daß dem Gesellschaftsvertrag ein Dienstvertrag zur Seite geht (O.V.G. LI S. 136), so insbesondere bei der stillen Gesellschaft, bei der der Stille zugleich Handlungsgehilfe des Inhabers sein kann. — Der Angestellte muß ferner ein Gehilfe des Chefs werden sollen, ohne daß freilich notwendig ist, daß er in den Räumen des Prinzipals arbeitet (R.O.H.G. VII S. 301) und ohne daß im Wege steht, daß er daneben selbständiger Kaufmann ist (vgl. § 60 H.G.B., R.G. in J.W. 07 Nr. 14) oder einzelne Geschäfte selbständig für eigene Rechnung vornimmt (Buffetier einer Gastwirtschaft, der einzelne Getränke selbständig vertreibt, O.L.G. Naumburg in Seuffert LVII Nr. 210) oder für fremde Rechnung besorgt (angestellter Reisender, der zugleich für andere Firmen Mitbesorgungen übernimmt oder Vertreter einer Filiale, der zugleich für gewisse Artikel als Agent oder Kommissionär seines Prinzipals auftritt O.L.G. Kolmar in L.Z. 1913 S. 950.) Ja es ist sogar denkbar, daß er infolge seines Auftretens nach außen sich Dritten gegenüber als Inhaber des Geschäfts behandeln lassen muß (oben § 1 Nr. 10), während er in Wahrheit nur Handlungsgehilfe des eigentlichen Inhabers ist. — Nicht angestellt sind darnach diejenigen Organe einer juristischen Person, welche für die körperschaftliche Struktur unerläßlich sind, insbesondere der Vorstand, Aufsichtsrat, die Liquidatoren. (Auch die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft sind nicht Handlungsgehilfen (R.G.Z. in D.J.Z. I S. 57, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 92). Denn wie sie Bestandteil des körperschaftlichen Gesamtorganismus sind, so fehlt ihnen die Gehilfeneigenschaft, sie haben keinen Chef über sich, dem sie Abhängigkeit und Gehorsam schulden (R.O.H.G. XIX Nr. 19, XXI Nr. 121, K.G. in Seuffert LXIII Nr. 258). Ob sie in das Handelsregister eingetragen sind, ist gleichgültig. Ihre Pflichten regeln sich nach besonderem Recht, in letzter Linie nach B.G.B. § 27. Nicht ausgeschlossen ist natürlich, daß eine Körperschaft Handlungsgehilfen anstellt, z. B. Betriebsdirektoren, Buchhalter, Korrespondenten, Reisende, ja es wäre sogar nicht undenkbar, daß ein Vorstandsmitglied selbständig nebenbei die Stelle eines Handlungsgehilfen hätte (R.O.H.G. XIX Nr. 18). — Nicht angestellt sind ferner Agenten, sei es ständige Handlungsagenten, sei es solche, die für das große Publikum ihre Dienste bereit halten. Diese sind selbständige Gewerbebetreibende Auf den Namen „Agent" kommt es dabei nicht an. Vgl. unten bei § 84. — Ebensowenig sind angestellt Bücherrevisoren, Treuhandgesellschaften u. dgl., die ein Gewerbe daraus machen, die Buchführung zu revidieren. — Der Angestellte muß Gehilfe des Chefs sein, der von einem Gehilfen selbst zu seiner Unterstützung durch besonderen Vertrag Angestellte ist nicht Handlungsgehilfe des Prinzipals (O.L.G. Frankfurt in Z. XXXVII S. 533).

b) **Handelsgewerbe.** Die Anstellung muß in einem Handelsgewerbe erfolgt Nr. 2.
sein, gleichgültig welcher Art und gleichgültig ob dem eines Voll- oder Minderkaufmanns. Nur fallen bei letzterem gewisse kaufmännische Dienste (Buchführung) fort und es wird sich hauptsächlich meist um Gewerbegehilfen handeln. Somit sind nicht Handlungsgehilfen Büreauvorsteher eines Rechtsanwalts, Rendant einer städtischen Sparkasse, Buchhalter landwirtschaftlicher Kreditinstitute und dergl. mehr, selbst wenn ihre Dienste einen kaufmännischen Charakter tragen. Doch ist die Bedeutung des § 5 hierbei zu beachten und natürlich können die Parteien die gleichen Rechtsfolgen vereinbaren (O.L.G. Karlsruhe im Recht 04 S. 171 Nr. 845). —

Bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften m. b. H. wird stets Handelsgewerbe anzunehmen sein, gleichgültig, welches der Gegenstand des Unternehmens ist (vgl. § 210 Nr. 5), so daß hier, falls die Dienste kaufmännische sind, Handlungsgehilfen gegeben sind. Ferner werden auch die Angestellten von eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 17 Gen.G.) und größeren Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (V.A.G. § 16) Handlungsgehilfen sein können.

c) **Gegen Entgelt.** Eine Vergütung ist begriffswesentlich. Fehlt sie (so fast Nr. 3.
stets beim Volontär, d. h. einer wissenschaftlich oder auch kaufmännisch vorgebildeten Person, welche behufs Gewinnung kaufmännischer Übersicht in ein Subordinationsverhältnis zum Prinzipal tritt), so liegt nach Lage des Falls ein Auftrag (so

Rustige, Die rechtl. Stellung des Handelsvolontärs, Diss. 08 S. 27ff. allgemein) oder ein sonstiges Rechtsgeschäft (Lehrvertrag) vor und es greifen die Grundsätze dieses Abschnittes nicht direkt Platz (über den Volontär auch Kahn, Der Volontär im Handelsgewerbe 1911). Doch können nach Lage des Falls beim Volontär wenigstens einzelne analog anwendbar sein, z. B. § 62, wohl auch §§ 60, 61, 73, aber auch 70—72 mit Vorsicht (weitergehend Düringer-Hachenburg I S. 390 und Staub-Bondi § 59 Anm. 10). Über die Frage, wie weit die Bestimmungen über die Wettbewerbsklausel auf ihr Anwendung finden, an späterer Stelle.

Nr. 4. d) **Dienstleistungen.** Der Angestellte muß verpflichtet sein zu einer Reihe von Dienstleistungen. Wer sich zu einem Dienst oder einzelnen Diensten nach jedesmaliger Bestellung verpflichtet, ist nicht Handlungsgehilfe, denn er nimmt nicht in der Handlung Gehilfenstelle ein, darum u. U. der sog. Stundenbuchhalter kein Handlungsgehilfe (vgl. O.L.G. Colmar im Recht 08, S. 713 Beil. 2 Nr. 3893). Irrig ist aber die Annahme einzelner Kaufmannsgerichte, daß bloße Nebenbeschäftigung nie zum Handlungsgehilfen mache. Die Verpflichtung kann sich auf längere Zeit erstrecken (dauerndes Dienstverhältnis), oder der Handlungsgehilfe kann zu vorübergehender Aushilfe angenommen sein (§ 69). Stets aber muß es sich um eine Gesamtheit von Dienstleistungen handeln. Nichts steht im Wege, daß die Vergütung nach den einzelnen geleisteten Diensten bemessen wird. Auch ist nicht notwendig, daß die Dienstleistungen ununterbrochen aufeinander folgen (Reisender L.G. Berlin in D.J.Z. 04, S. 952, Bücherrevisor O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIX S. 217) oder daß sie nur auf dieses Geschäft beschränkt sind (Apt III S. 20: Dekorateur in mehreren Geschäften).

Nr. 5. e) **Kaufmännische** Dienste. (Hierzu Neumann im Jahrbuch des Kaufm.G. Berlin III S. 72ff.) Die bloße Anstellung im Handelsgewerbe macht nicht zum Handlungsgehilfen (R.G.Z. I S. 268) und erzeugt auch nicht eine Vermutung für die Handlungsgehilfeneigenschaft. Nähme man dies an, so würden bei der weiten Begriffsbestimmung des Kaufmanns fast sämtliche gewerblichen Arbeiter darunter fallen. Das Gesetz hat aber zwar den Kaufmannsbegriff, nicht jedoch den Begriff der kaufmännischen Dienste erweitern wollen. — Letzterer ist im Sinne der historischen Entwicklung aufzufassen. Nach wie vor sind den Handlungsgehilfen gegenüber zu stellen die verschiedenen Kategorien der gewerblichen Arbeiter (Gesellen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter)[1], mit denen sich die G.O. Titel VII befaßt, ferner die Dienstboten (z. B. gewöhnlich der Hausknecht eines Hotels, der Markthelfer, u. U. auch Ausläufer, Packer, Kellner, Kassenboten; Busch XLVII S. 64, 65, Allfeld S. 370), die ländlichen Arbeiter, Tagelöhner, die Schiffsmannschaft, endlich sonstige Dienstleistende, die unter keine der obigen Kategorien fallen und deren Dienste andererseits nicht kaufmännische sind, z. B. Reporter einer Zeitung (R.O.H.G. XIV S. 23). Alle diese unterstehen dem für sie maßgebenden Reichs- oder Landesrecht (§ 83), vgl. im einzelnen bez. der verschiedenen Kategorien Staub-Bondi Anm. 15, 22. Bei Abgrenzung des Begriffes der kaufmännischen von anderen Diensten ist z. T. mit den für § 2 aufgestellten Gesichtspunkten zu operieren. Außer den zum Abschluß von oder zur Mitwirkung bei Geschäften angestellten Personen (Disponenten, Komptis, Reisenden, Kassierern)[2] kommen vornehmlich in Frage die Buchhalter und Korrespondenten[3]

---

[1]) Z. B. Zuschneider im Garderobengeschäft (Busch XXIII S. 241, R.O.H.G. XXI S. 18, R.G. in J.W. 1911 S. 334[40], Apt III S. 26, anders Adler-Clemens Nr. 1424), Maschineningenieur (Busch XLI S. 199), Ziegelmeister eines Ziegeleibesitzers (R.G.Z. XIII S. 59, XXXVII S. 279), Mühlenmeister (Bolze IX Nr. 228), Braumeister (R.O.H.G. IX S. 306, O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. VI S. 240), Webemeister in einer Tuchfabrik (R.O.H.G. XI S. 387), Pelzbearbeiter in Pelzhandlung (Z. XXI S. 558), Koch im Restaurant (R.O.H.G. X Nr. 66). Aufzählung bei Horrwitz S. 30.

[2]) Die sog. Kassierer bei Abzahlungshäusern sind nur eine Art Kassenboten (Apt II S. 10, Dove-Meyerstein Nr. 3).

[3]) Ob die sog. Expedienten Handlungsgehilfen sind, ist Tatfrage (vgl. Apt I S. 10, III S. 21, 22) desgl. ob Schreiber (Apt I S. 11, 12), Registratoren (Dove-Meyerstein Nr. 8), Kontrolleure (Apt III S. 24, 25, 27) darunter fallen.

(Dolmetscher? bejaht von Adler-Clemens Nr. 1330), ferner die Betriebsdirektoren, die Geschäftsleiter (K.G. in O.L.G. Rspr. I S. 72) und Büreauchefs. Alle diese haben die „kaufmännische Signatur" (R.O.H.G. XVII S. 309, R.G.Z. I S. 268, handelstechnische Arbeit vgl. Z. XXXXII S. 512, 513) gleichgültig ob sie die Dienste im Geschäftslokal oder außerhalb desselben, selbst in der Wohnung des Chefs, leisten. Nicht kaufmännische Signatur haben diejenigen Gehilfen, die zur Leistung wissenschaftlicher, künstlerischer und ähnlicher Dienste angestellt sind (Ärzte einer Versicherungsgesellschaft, Adler-Clemens Nr. 1653, Ingenieure, Chemiker, Bolze XVII Nr. 410[1]), Syndici, Sänger, Schauspieler, Artisten (R.G. im Recht 1901, S. 48), juristische Berater, Fabrikinspektoren, z. B. in Waffenfabriken dazu verwendete ehemalige Offiziere, Architekten, Detektivs, Fahrradlehrer, Fremdenführer. Die Grenze ist vielfach eine unsichere[2]). So ist beim Oberkellner vom R.O.H.G. die Eigenschaft eines Handlungsgehilfen verneint worden, weil ihm die kaufmännische Signatur fehle (R.O.H.G. XXIV Nr. 68, vgl. auch Z. XXXVII S. 534, O.L.G. Stettin bei Kaufmann VII S. 50), während der Leiter einer Schankwirtschaftsfiliale für einen Handlungsgehilfen angesehen wurde (R.G. in L.Z. 09 S. 236 = Warneyer 1909 Nr. 35, vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. I S. 72). Allein es läßt sich nicht absehen, weshalb der Verkäufer in einem Trödelgeschäft oder das Ladenmädchen (Seuffert XXIV Nr. 140, Busch II S. 168) solche Signatur in höherem Grade hat als der Oberkellner, der die Rechnungen der Gäste quittiert. Über die „Abkassiererin" der Kellner Apt III S. 23. Für den Redakteur einer Zeitung ist die Handlungsgehilfeneigenschaft geleugnet (Busch XXII S. 254), für den mit der Korrespondenz beauftragten Büreauvorsteher eines Zeitungsverlegers bejaht worden (vgl. Horrwitz S. 28), ebenso für den Leiter eines Verlags, der hauptsächlich mit der Redaktion einer Fachzeitschrift betraut war (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 380). Allein auch der Redakteur hat die Korrespondenz in Verlagsgeschäften, die doch zur kaufmännischen Tätigkeit gehören. — Die Dienste können juristische (Geschäftsbesorgung) und faktische (z. B. beim Buchhalter, Korrespondenten, Stenographen (Hans. G.Z. 1900 Hauptbl. S. 165), Expedienten (vgl. Apt I S. 10, II S. 9) sein. — Werden in einer Stellung kaufmännische und nichtkaufmännische Dienste geleistet, so entscheidet das überwiegende (Behrend § 44 Anm. 10, Bolze XVII Nr. 410, R.G.Z. LXIII S. 202, R.G. in J.W. 1906 S. 396[27], 1910 S. 839[18], O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. VI S. 348). Darum einerseits nicht Handlungsgehilfen, Omnibus- und Straßenbahnschaffner (L.G. Berlin in Z. XXXXII S. 513, K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 249), Petroleumkutscher, Bierfahrer (K.G. in O.L.G. Rspr. X S. 149), Schlächtergesellen, Kassenboten (dazu Apt II S. 10, III S. 25, 28), Kellner (anders möglicherweise Zahlkellner in einem Wiener Café), andererseits Handlungsgehilfe ein Molkereiverwalter, der neben der Leitung des Molkereibetriebes Anschaffung und Veräußerung von Milch, Butter, Käse und Eiern besorgt, wie die Bücher führt (O.L.G. Bamberg bei Kaufmann IX S. 37). — Liegen zwei verschiedene Stellungen bei demselben Dienstherrn vor, z. B. im Laden und im Lohnhandwerk, in der Landwirtschaft und im Handels-

[1]) Wohl aber Handlungsgehilfe der Betriebsleiter einer chemischen Fabrik, der die Auszahlung der Löhne an die Arbeiter vorzunehmen hat (R.O.H.G. XIV Nr. 41, XVIII Nr. 6).

[2]) Zur Kasuistik vgl. R.O.H.G. XVIII Nr. 62 („Arbeitsmann" mit Buchführung Handlungsgehilfe), O.L.G. Hamburg in Z. XLVI S. 486 (Lagerhalter, der Buch zu führen hat über den Zugang an Materialien in der Fabrik Handlungsgehilfe), K.G. in O.L.G. Rspr III S. 329: Anweiser auf dem Stätteplatz eines Steinhändlers kann Handlungsgehilfe sein, O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. VI S. 348: „Direktrice" eines Putzgeschäfts desgl. Vgl. ferner O.L.G. Rspr. Kolmar ebenda IX S. 248: „Versicherungsinspektor", O.L.G. Köln ebenda XII S. 417 Anm.: „Schaufensterdekorateur", dagegen nicht Handlungsgehilfe Lagerist, der nur Waren abzunehmen, zu sortieren, einzuräumen und zu verpacken hat (ebenda); „Ingenieurreisender" Handlungsgehilfe (O.L.G. Köln im Rhein. Arch. IV S. 21). — Alphabetische Aufzählung bei Neumann a. a. O. S. 96ff., Horrwitz S. 28, v. Schulz in L.Z. 07 S. 77, 155, Ritter Anm. 2, Staub-Bondi Anm. 14, 17, v. Landmann, Kommentar II S. 220. — Die Entscheidungen der Kaufmannsgerichte gehen sehr auseinander.

gewerbe, so sind die Voraussetzungen für einen gemischten Vertrag gegeben (Düringer-Hachenburg Anm. 10, die zu weit gehend dies bei Doppelart von Diensten stets annehmen). — Der Name entscheidet nicht. Auch Apothekergehilfen können sehr wohl Handlungsgehilfen sein (Provisor, Striethorst LXI S. 94, 95). § 154 der G.O. steht nicht entgegen (anders Staub-Bondi § 59 Anm. 20, Düringer-Hachenburg Anm. 9, Brand S. 193). Das Reichsgericht hat den von den Erben des Apothekenbesitzers eingesetzten Leiter der Apotheke für einen Handlungsgehilfen erklärt (Holdheim 99, S. 269, vgl. Seuffert L Nr. 100 — andererseits K.G. in O.L.G. Rspr. X S. 149, Bayer. O.L.G. in Seufferts Bl. für R.A. LXVI S. 17. Freilich nimmt § 4 des K.G.G. Apothekergehilfen ausdrücklich aus, ebenso hebt R.V.O. § 165 und V.G. für Angestellte § 1 Apothekergehilfen neben Handlungsgehilfen ausdrücklich hervor. — Nicht entscheidend ist, daß von den kaufmännischen Diensten ein geringer Gebrauch gemacht wird, wenn nur die Anstellungsbedingungen zu ihnen verpflichten (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 380).

Nr. 6. f) **Handlungsvollmacht.** Der Handlungsgehilfe kann und wird meist zugleich eine Handlungsvollmacht erhalten, sei es die Prokura, sei es eine General- oder Spezialhandlungsvollmacht, aber begriffswesentlich ist dies für ihn nicht. Und umgekehrt ist der Bevollmächtigte nicht notwendig Handlungsgehilfe, doch besteht insofern ein Zusammenhang zwischen beiden, als die Verwendung zu gewissen Geschäften oder die Anstellung in gewissen Lokalitäten Mangels entgegenstehender Kundgebung die Ermächtigung zur Vornahme gewisser Rechtshandlungen mit sich bringt (§§ 55, 56). Umgekehrt kann die Erteilung der Vollmacht auch für die Festsetzung der Dienstleistungen von Bedeutung sein.

Nr. 7. 2. **Dienstvertrag** (Engagementsvertrag). Der Dienstvertrag wird geschlossen zwischen dem Handlungsgehilfen und dem Prinzipal[1]). Wer Prinzipal ist, sagt das Gesetzbuch nicht. Offenbar ist es der „Dienstberechtigte", also der Einzelkaufmann, die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft. Es ist irreführend, wenn DüringerHachenburg Anm. 1 (dagegen richtig § 126 Anm. 4) nur den vertretenden Gesellschafter oder gar die Mitglieder des Vorstandes als Prinzipal ansehen. Diese üben nur die Rechte des Prinzipals aus. Der Dienstvertrag ist für den Prinzipal stets ein Handelsgeschäft, für den Handlungsgehilfen nur dann ein solches, wenn der Handlungsgehilfe, was selten vorkommen wird, selbst Kaufmann ist (Beispiele in R.O.H.G. XVII Nr. 48, Bolze V Nr. 422, O.L.G. Hamburg im Recht 1910 Nr. 3811, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIX S. 217, R.G. in J.W. 07 S. 110[14]). Einer bestimmten Form bedarf der Engagementsvertrag nicht, es sei denn, daß die Einzelberedung formbedürftig ist, wie etwa die Zusicherung einer Leibrente seitens des Prinzipals (O.L.G. Frankfurt im Recht 08 S. 492), auch konkludente Handlungen genügen (vgl. den Fall in R.O.H.G. XIX S. 121—123), z. B. Entgegennahme der Dienste nach Ablauf der Probezeit (Apt I S. 22). Über die als lex contractus geltende Arbeitsordnung (Geschäftsordnung) G.O. §§ 139k, 134c Abs. 1, Lotmar I S. 588ff. — Auf Seiten des Prinzipals kann der Vertrag durch den Prinzipal selbst, bzw. dessen gesetzlichen Vertreter (beim Vormund ohne Zustimmung der Obervormundschaft), aber auch durch den Prokuristen abgeschlossen werden, während Handlungsbevollmächtigte des Prinzipals zum Abschlusse nur dann befugt sind, wenn der Abschluß nach § 54 in den Bereich einer derartigen Vollmacht gewöhnlich gehört. Sind sie darnach zum Abschluß bevollmächtigt, so können sie auch Abänderungen des Vertrages eingehen, z. B. Gehaltserhöhungen bewilligen, kündigen. Was den Handlungsgehilfen betrifft, so bedürfen Minderjährige zum Abschluß der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Steht der Minderjährige unter Vormundschaft, so ist bei Verträgen auf längere Zeit als ein Jahr die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes notwendig (B.G.B. § 1822 Nr. 7),

---

[1]) Vor dem Abschluß besteht kein Anspruch des Anzustellenden auf Vergütung, etwa für die durch die Vorstellung erwachsenden Kosten. Doch kann in der Aufforderung des Prinzipals zur Vorstellung nach Geschäftsgebrauch die Zusage der Erstattung liegen (Apt I S. 18, Dove-Meyerstein Nr. 1, Zander in Holdheim 06 S. 21).

während der Inhaber der elterlichen Gewalt auch diesenfalls die Genehmigung frei erteilt (B.G.B. § 1643, vgl. jedoch für den Fall, daß der Mutter ein Beistand bestellt ist, B.G.B. § 1690). Der gesetzliche Vertreter kann den Minderjährigen ermächtigen zur Abschließung von Dienstverträgen (vgl. darüber B.G.B. § 113). Für Ehefrauen ist B.G.B. § 1358 in Betracht zu ziehen. Nichts mit der Fähigkeit zum Abschluß des Dienstvertrages haben die §§ 44a, 45, 55ff., 60d der G.O. sowie Börsengesetz § 32 Abs. 2, Stellenvermittlergesetz § 3 Abs. 5, Reichsbeamtengesetz § 16 zu tun.

Der Vertrag untersteht den allgemeinen Erfordernissen. Er ist nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt, z. B. der Gehilfe auf Anteil am Gewinn nur gegen entsprechende Tragung des Verlustes vertröstet (R.G. in L.Z. 1910 S. 298) oder gegen zu niedrigen Lohn (Hungerlohn) oder unter Verpfändung des Ehrenwortes wie hoher Vertragsstrafe auf weitgehendste Schweigepflicht engagiert wird (R.G.Z. LXVIII Nr. 58, LXXIV Nr. 93, L.Z. 1912 S. 302, O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 104). Vgl. Seelmann im Recht 04 S. 440, Kasuistik bei Staub-Bondi Anm. 33. Umgekehrt kann das Ausbedingen besonderer Provision für an sich pflichtschuldige Handlungen durch den Gehilfen u. U. gegen die guten Sitten verstoßen (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. V S. 109). Nr. 7a.

3. **Dienstleistungen.** Über Art und Umfang der Dienstleistungen entscheidet in erster Linie der Vertrag,[1]) eventualiter Ortsgebrauch, d. i. Ortsüsance, nicht örtliches Gewohnheitsrecht und zwar Üsance des Erfüllungsortes, als welcher regelmäßig der Ort der Handelsniederlassung des Prinzipals zu gelten hat, in letzter Linie (abweichend von B.G.B. § 316) das arbiträre Ermessen des Richters unter Zuziehung von Sachverständigen. Andere als kaufmännische Dienstleistungen (Gesindedienste, Dienste für die Frau des Prinzipals) braucht der Handlungsgehilfe jedenfalls nur dann zu leisten, wenn dies vereinbart ist (vgl. Seuffert XXXIII S. 385). Doch wird über die Abgrenzung der kaufmännischen von den nichtkaufmännischen Dienstleistungen nicht selten der Ortsgebrauch zu Rate zu ziehen sein, nach dem die Linie weiter (bei Detailgeschäften) oder enger gezogen werden kann (zur Kasuistik Horrwitz S. 42). Auch kaufmännische Dienste braucht er nur für dasjenige Geschäft, für das er engagiert ist (praktisch bei mehreren Geschäften desselben Chefs) zu leisten. Wie weit der für eine bestimmte Art von kaufmännischen Dienstleistungen, z. B. für den Verkauf, die Korrespondenz, das Reisen engagierte Gehilfe im Bedürfnisfalle auch andere Arten kaufmännischer Dienstleistungen zu übernehmen hat, wird sich, falls weder Vertrag noch Ortsgebrauch[2]) Anhaltspunkte ergeben, nach der Art des Geschäftsbetriebes, den Fähigkeiten und dem Alter des Angestellten usw. richten. Bei kleineren Betrieben wird die Annahme einer eventuellen Pflicht zur Aushilfe eher gegeben sein, als bei großen Betrieben mit stark differenzierten Stellungen; doch wird im Notfall sie auch bei letzteren gegeben sein (R.G. in L.Z. 1913 S. 475 vgl. Kaufm.-G. Berlin in D.J.Z. 08 S. 1352). Stets aber wird eine Aushilfspflicht nur für vorübergehende Zeit und unter entsprechender Entlastung von anderen Arbeiten sich annehmen lassen, denn mehr als die versprochenen Dienste braucht er nicht zu leisten (vgl. Dove-Meyerstein Nr. 8.

---

[1]) Wobei für die Auslegung der Umstand, das es regelmäßig der Prinzipal ist, der die Bedingungen diktiert, gegen den Prinzipal zu verwerten ist (R.O.H.G. XVII Nr. 5).

[2]) Über die Dienstleistungen des Handelsreisenden enthält reiches Material die Zusammenstellung bei Apt I S. 26ff., 409, 236. Danach ist es in Berlin Handelsgebrauch, daß der Stadtreisende wenigstens mehrere Male in der Woche im Geschäft des Prinzipals erscheint und über das Ergebnis seiner Tätigkeit berichtet, der Fernreisende hat zweimal wöchentlich Bericht zu erstatten und die Kommissionskopien unverzüglich einzusenden (Jahrb. des Kaufm.-G. Berlin I S. 255). Ein mit festem Gehalt angestellter Reisender hat während der Zeit, wo er nicht reist, die Geschäftsstunden regelmäßig im Geschäft zuzubringen und besonders solche Arbeiten zu leisten, die im Zusammenhange mit seiner Reisetätigkeit stehen. Wohnt der Reisende selbst an einem anderen Ort, so braucht er dagegen nicht sich, ohne zu reisen, dauernd beim Prinzipal aufzuhalten, er braucht, gegen Erstattung der ihm erwachsenden Kosten, nur einmal in jeder Saison zum Prinzipal zu reisen, um sich mit ihm zu

Nr. 6ff.). Er kann deshalb die Arbeit in sogen. Überstunden oder an Sonntagen ablehnen, wenn solche nicht von vornherein im Vertrage ins Auge gefaßt oder für gewisse Zeiten (Ultimo) ortsgebräuchlich sind (vgl. in dieser Hinsicht Apt I S. 9, R.G. bei Warneyer 1909 Nr. 518). Auch gilt dies nur für Dienste, die sozial gleich hoch stehen (vgl. Busch XXI S. 345, XIII S. 181, Behrend S. 320), z. B. wird ein Verkäufer in einem größeren Geschäft nicht verpflichtet sein, Hausdiener-, Kassenboten- oder Laufburschendienste zu verrichten, ein älterer Korrespondent nicht verpflichtet sein, die mechanischen Arbeiten als Anfänger zu besorgen. Weitergehend nimmt das R.G. im Notfalle die Verpflichtung zu kaufmännischen Diensten aller Art an (L.Z. 1913 S. 475). Jedenfalls muß dem Prinzipal das Recht gewahrt bleiben, den Gehilfen, der bei Übertragung einer höheren Tätigkeit sich nicht bewährt hat, zu der früheren, niederen zu degradieren, sofern er den Gehalt nicht kürzt. Das Gesagte gilt auch für Handelsreisende, zumal Fernreisende. Anträgen, sie nur zu Diensten, die mit der Reisetätigkeit zusammenhängen, zu verpflichten, wurde nicht stattgegeben (Komm.Ber. S. 3879), da die Fälle zu verschiedenartig liegen könnten (vgl. dazu Fuld S. 26, 27, Busch XIX S. 24, Apt I S. 26ff., Dove-Meyerstein Nr. 6ff. O.L.G. Marienwerder in Seuffert LVII Nr. 14, O.L.G. Bamberg ebenda LXI S. 410, O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XIX S. 301). Es wird in dieser Hinsicht sehr darauf ankommen, ob der Reisende nur auf Spesen und Provision angewiesen ist oder auch festes Gehalt (Apt I S. 26, III S. 38) oder gar freie Station bezieht.

Nr. 9. Die Dienstleistungen hat er sorgfältig zu leisten. Er haftet für levis culpa, dagegen steht er nicht für Zufall ein. Insbesondere übernimmt der Kassierer oder Lagerhalter (Dove-Meyerstein Nr. 14) oder Reisende oder Filialleiter nicht eine unbedingte Haftung für Fehlbeträge der Kasse oder der Warenbestände oder Muster (Apt I S. 32). Eine entgegenstrebende Vereinbarung kann gegen die guten Sitten verstoßen (O.L.G. Kiel bei Kaufmann VIII S. 37). Der Exkulpationsbeweis liegt aber ihnen ob (O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XIII S. 22, O.L.G. Braunschweig in Seuffert LXII Nr. 64). Sind die Dienste juristische, so greifen hinsichtlich der Pflicht, den Weisungen des Prinzipals Folge zu geben, den Prinzipal auf dem Laufenden zu erhalten, Rechenschaft abzulegen und das vom Prinzipal (Muster, Koffer u. dgl. Apt I S. 31) aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben, die §§ 665—667, 675 des B.G.B. Platz (auch der Manifestationseid des B.G.B. § 259 kann hier in Betracht kommen, Düringer-Hachenburg Anm. 19[1]). Gerät er in Leistungsverzug, so kommt B.G.B. § 326 zur Anwendung (praktisch würden hier freilich die §§ 70, 72 Nr. 2 allein in Frage kommen). Die Dienste hat er, falls nicht der Vertrag ein anderes bestimmt, stets in Person zu leisten (B.G.B. § 613). Ist ihm Substitution gestattet, so ist es Tatfrage, ob der Substitut in ein direktes Verhältnis zum Chef oder nur in ein solches zum Gehilfen tritt

besprechen und die Vorbereitungen für die Reisetätigkeit zu treffen. Der für auswärtige Reisen gegen Gehalt, Spesen und Provision angestellte Reisende braucht nicht an Stelle der auswärtigen Reisen Stadtreisen zu übernehmen, hält er sich am Ort des Geschäfts auf, so kann ihn der Prinzipal freilich auch zu Stadtreisen verwenden. Nicht Brauch ist es, den für Reisen nach auswärts Engagierten fest als Buchhalter in der Zeit, wo er nicht reist, zu beschäftigen. Es besteht keine Verpflichtung für Geschäftsreisende, an Sonntagen zu reisen (über Breslau Riesenfeld I Nr. 46ff., II Nr. 3, 4). — Freilich ist zu beachten, daß derartige Handelsgebräuche in Zukunft Angesichts des § 346 nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie zugleich Ortsgebräuche darstellen, in welcher Hinsicht die Gutachten der Kaufmannschaft, d. h. der Prinzipale allein, nicht entscheidend sein können.

[1]) Darnach kann der Handlungsgehilfe auch verpflichtet sein, Gratifikationen, die ihm vom Lieferanten gemacht sind, an den Prinzipal herauszugeben, es sei denn daß es sich um lediglich ihm zugedachte erlaubte Liberalitäten handelt (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 01 Hauptbl. S. 145 und bei Seuffert LXIII S. 275). Über Bestrafung von Schmiergeldern U.W.G. § 12. Soweit nach Maßgabe dieser Bestimmung das Urteil die Schmiergelder als dem Staate verfallen erklärt, wird freilich der Herausgabeanspruch des Prinzipals zessieren.

Ein Anspruch des Prinzipals auf die Ergebnisse der Erfindertätigkeit des Angestellten (Etablissementserfindung) besteht nach geltendem Recht nur

(Oberreisender, Unterreisender Apt I S. 32). Für ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden hat er aufzukommen (B.G.B. § 664 Abs. 1 Satz 2). Bei Annahmeverzug des Prinzipals normiert B.G.B. § 615. Ein Recht auf Annahme der Dienste hat der Gehilfe regelmäßig nicht (R.G. bei Gruchot XLVII S. 400), er kann somit nicht den Eintritt in das Lokal des Prinzipals erzwingen (Bolze XI Nr. 339, 340); doch kann aus dem Vertrage eine Verpflichtung des Prinzipals zur Annahme der Dienste hervorgehen (R.G. in L.Z. 1911 S. 143) und langandauernde, grundlose Nichtbeschäftigung kann einen Austrittsgruud bilden. Beim Volontär wird der Gesichtspunkt des Lehrvertrages hineinspielen. — Umgekehrt hat der Prinzipal kein Zwangsrecht auf die Dienste, er kann den kontraktbrüchigen Gehilfen zwar auf Erfüllung verklagen, aber die Erfüllung nicht durch Geldstrafe oder Haft erzwingen, sondern sich nur ermächtigen lassen, die Handlungen durch einen Dritten vornehmen zu lassen, soweit dies möglich ist (Z.P.O. §§ 887, 888 Abs. 2), was die Regel bilden wird, selbstverständlich vorbehaltlich seines Entschädigungsanspruches. In letzterer Hinsicht bestimmt, abweichend von § 510b Z.P.O., das Kaufm. G.-Gesetz § 16 in Verb. mit dem Gew.-Ger.-G. § 51, daß bei Verurteilung auf Vornahme einer Handlung zugleich auf Antrag des Klägers für den Fall, daß die Handlung nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vorgenommen ist, der Beklagte zur Zahlung einer nach dem Ermessen des Gerichts festzusetzenden Entschädigung zu verurteilen sei und solchenfalls Z.P.O. §§ 887, 888 außer Anwendung bleibt. — Der Anspruch auf die Dienste ist nach B.G.B. § 613 im Zweifel nicht abtretbar, (wohl aber vererblich und durch Gesamtrechtsnachfolge übertragbar O.L.G. Hamburg in Seuffert LXVI S. 444), doch wird diese Präsumtion im Handelsverkehr nur mit Vorsicht anzuwenden sein. Nimmt der Prinzipal einen Gesellschafter auf, so wird der Handlungsgehilfe daraufhin kaum berechtigt sein, die Fortsetzung der Dienstleistungen abzulehnen (R.O.H.G. I S. 35). Bei Veräußerung des Geschäfts mit der Firma kann wenigstens die Sachlage zum gleichen Resultat führen (R.O.H.G. XVIII Nr. 96, anders Seuffert XXXXVIII S. 277), wenngleich im Zweifel der Gehilfe nicht verpflichtet ist, dem neuen Erwerber Dienste zu leisten (R.G.Z. LVIII S. 256). Und selbst, wo Nichtübertragbarkeit anzunehmen ist, wird B.G.B. § 615 Satz 2 dem alten Prinzipal, der auf Zahlung des Gehalts verklagt wird, zu gute kommen (vgl. Staub-Bondi § 70 Anm. 20. Jahrb. des Kaufm.G. Berlin III S. 196). Über die Haftung des Veräußerers für die Zahlung des Gehalts gilt das bei § 26 Bemerkte (Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 13).

4. **Vergütung.** Auch hierüber entscheidet in erster Linie der Vertrag (bei Nr. 10.
Tarifverträgen wird die darin festgesetzte Vergütung für den einzelnen Fall maßgebend sein, vgl. österr. Gesetz § 6 Abs. 2), eventualiter Ortsgebrauch, in letzter Linie abweichend von B.G.B. § 316 Ermessen des Richters. Die Art der Vergütung kann eine verschiedene sein. Der Handlungsgehilfe kann einen festen Gehalt, Unterhalt (freie Wohnung, Verpflegung), sonstige Naturalbezüge, z. B. Ackernutzung (O.L.G. Königsberg bei Kaufmann X S. 576), Provision, Tantième beziehen und zwar nur das eine oder mehreres zusammen. Auch sonstige Vergütungen sind nicht ausgeschlossen, z. B. billigerer Bezug gewisser Waren, Verschaffung der Gelegenheit zum Erwerb, Zusicherung einer Pension usw. Wider die guten Sitten kann die Beredung verstoßen, daß der Handlungsgehilfe lediglich am Gewinn und Verlust beteiligt wird, so daß er möglicherweise noch zuzahlen muß (oben Nr. 7a). Zur Kasuistik Apt II S. 16, III S. 17. Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß er gleich dem Agenten eine gewisse Garantie für den Erfolg übernimmt, z. B. der Verkäufer eines Geschäfts, der als Filialleiter in den Dienst des Käufers tritt (vgl. R.G. in L.Z. 1912 S. 155). Über Reisespesen bei § 64. Im einzelnen gilt:

a) Die Vergütung ist, soweit nicht aus der Vereinbarung ein anderes hervorgeht (praktisch wichtig bei Spesen) erst **nach Leistung** der Dienste zu entrichten

---

so weit, als diese in den Rahmen seiner Dienstobliegenheiten fallen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 2, O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. VII S. 382). Vgl. ferner R.G.Z. LVI S. 227, L.Z. 08 S. 857 u. a. Darauf ob die Stellung dem Erfinder die Anregung brachte oder die Erfindung erleichterte, kommt es nicht entscheidend an (O.L.G. München in Seufferts Bl. LXXV S. 403, O.L.G. Stuttgart im Recht 1911 Nr. 879). Eine Reform ist in Vorbereitung.

(B.G.B. § 614 u. unten §§ 64, 65). Über die Verjährung der Ansprüche B.G.B. §§ 196 Abs. 1 Nr. 8, 201.

Nr. 11. b) Wird dem Handlungsgehilfen ein **Anteil am Gewinn (Tantième)** des ganzen Unternehmens oder eines Teiles des Unternehmens (zum Folgenden Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897) zugesichert, so nähert sich das Rechtsverhältnis dem der stillen Gesellschaft (§§ 335 ff.), unterscheidet sich von letzterer aber dadurch, daß der Handlungsgehilfe dem Prinzipal untersteht, nicht als Gesellschafter ihm gegenübersteht, darum kein Konsens- oder Kontrollrecht hinsichtlich der Geschäftsführung hat. Es liegt keine Gesellschaft, (R.G. bei Gruchot XLVII S. 400), sondern ein Dienstvertrag (R.O.H.G. I Nr. 58) vor, weil es an einem gemeinsamen Zweck fehlt, selbst dann, wenn nach dem Tode des Dienstpflichtigen dessen Witwe oder Kindern die Tantième ganz oder zum Teil verbleiben soll. Darum greifen für die Verjährung des Anspruches auf Tantième B.G.B. §§ 196 Abs. 1 Nr. 8, 201 Platz. Die Rechtssätze über die stille Gesellschaft kommen grundsätzlich nicht zur Anwendung. Der Handlungsgehilfe haftet für omnis culpa, nicht für culpa in concreto. Ein Anteil des Handlungsgehilfen am Verlust in der Weise, daß er Zuschüsse zu machen hat oder den Verlust aus nicht erhobenen Gewinnanteilen zu decken hat, wird nur ganz ausnahmsweise vorkommen und dann, wie betont, dem Bedenken, ob der Vertrag nicht wider die guten Sitten verstößt, begegnen. Wird dies vereinbart, so wird regelmäßig stille Gesellschaft vorliegen (vgl. R.O.H.G. VI S. 28, R.G.Z. XXXIII S. 130, Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897 S. 148). Die Höhe des Anteils am Gewinn bemißt sich ebenfalls stufenweise nach Vertrag, Ortsgebrauch, richterlichem Ermessen. Der Anteil am Gewinn bezieht sich nur auf den Gewinn aus dem Handelsgewerbebetriebe (Bolze X Nr. 428) und zwar regelmäßig auf den Netto-, nicht den Bruttogewinn, jenen aber, soweit nicht ein anderes ausbedungen ist, ohne Vorabzug des Kapitalzinses des Prinzipals[1]) oder der Dividenden der Gesellschafter oder Aktionäre oder des in den Reservefonds zu verweisenden Gewinnbetrages (Crome S. 235, anders Rehm in Z. für Handelsw. 1911 S. 100) wohl aber nach Abzug der geschäftsüblichen Abschreibungen, wobei dem Prinzipal Freiheit gelassen ist, soweit nicht offenbare Unbilligkeit, Willkür oder Böswilligkeit vorliegt (oben § 40 Nr. 1), ferner nach Abzug der Gesellschaftern zu gewährenden festen Zinsen oder Vergütungen für Dienste (Düringer-Hachenburg IV S. 72). Die Auflösung des Verhältnisses richtet sich demgemäß nach den Grundsätzen des Dienstvertrages. Von einem Kündigungsrecht der Gläubiger des Handlungsgehilfen (§ 339) kann hier keine Rede sein. Der Prinzipal bleibt in jeder Beziehung frei in der Handhabung des Geschäfts und Verfügung über das Geschäft (vgl. Crome S. 181 ff.). Über nachlässige Geschäftsführung hat der Kommis kein Beschwerderecht (R.O.H.G. I Nr. 58, XVII Nr. 59, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. X S. 248), ein Recht auf Weiterführung des Geschäfts hat er nur dann, wenn dies zugesichert ist (K.G. in D.J.Z. 01 S. 50). Ohne jede Kontrolle kann der Handlungsgehilfe indessen nicht bleiben. Wenn er auch nicht verlangen kann, daß ihm der Prinzipal Rechenschaft in Gemäßheit von B.G.B. § 259 ablegt, insbesondere Belege mitteilt, da es sich nicht um eine Verwaltung handelt (Crome S. 223), so müssen ihm doch die Unterlagen für die Erfüllung der Verpflichtung des Prinzipals gewährt werden. Er kann, auch bei geringer Tantième, verlangen, daß ihm der Vollkaufmann die Jahresbilanz, der Minderkaufmann eine Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben vorlegt, bez. eine Abschrift der summarischen Gegenüberstellung von Aktiv- und Passivposten mitteilt (R.G. in L.Z. 1910 S. 212, Bolze IV Nr. 677). Sollte aus der Bilanz die Höhe des Gewinns nicht klar ersichtlich sein, so kann er Aufmachung einer besonderen Gewinn- und Verlustrechnung begehren (Michels im Recht 1912 S. 617 ff.) Äußerstenfalls hat der Prinzipal den Offenbarungseid nach B.G.B. § 260 zu leisten.

---

[1]) Sind Dritten (z. B. Darlehnsgläubigern) Dividendenbeteiligungen zugesichert, so ist Reingewinn erst nach deren Bezahlung vorhanden. Vgl. Staub-Bondi § 65 Anm. 4. Als Gewinn ist nicht anzusehen der Erlös aus dem Verkauf des Geschäfts (K.G. in D.J.Z. 01 S. 50), aber auch nicht derjenige, der sich durch zufällige Tatsachen, die nichts mit der Tätigkeit des Angestellten zu tun haben, z. B. eine höhere Abschätzung, zumal wenn die abgeschätzten Gegenstände schon vor dem Eintritt des Angestellten dem Chef gehört hatten, ergibt (R.G. in L.Z. 1913 S. 763)

Zur Prüfung der jährlichen Bilanz kann er auch die Bücher und Papiere des Prinzipals aus dem betreffenden Geschäftsjahre einsehen, aber nur aus dem Gesichtspunkt, ob alles in die Bilanz aufgenommen ist, was aufzunehmen war, also lediglich zu Zwecken der rechnerischen Vergleichung, nicht zur Prüfung über ordnungsmäßige Geschäftsführung (R.O.H.G. I Nr. 58, XVII Nr. 59; O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXX S. 452; O.L.G. Stuttgart in Z. XXXXII S. 514, K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 94 vgl. österr. Ges. § 14). Die Einsicht steht nur ihm zu, doch darf er Sachverständige insoweit hinzuziehen, als er ohne ihre Hilfe seinen Anteil nicht festzustellen vermag (O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. VIII S. 95). Mehr Rechte als der stille Gesellschafter hat er jedenfalls nicht, insbesondere kann er nicht verlangen, daß ihm die Bücher selbst vorgelegt werden zum Zwecke der Anfertigung einer Bilanz, er darf sich auch keine Notizen aus den Büchern anfertigen (R.O.H.G. I Nr. 58). Durch vertragswidriges Verhalten verliert er das Recht auf Kontrolle nicht (R.O.H.G. I Nr. 58, XIV Nr. 71). Auch kann der Prinzipal nicht einwenden, daß ihm durch die Einsichtnahme ein Schaden erwachse (Crome S. 231). Die Bilanz selbst anzufertigen, ist der Gehilfe nicht gehalten. (K.G. in Seuffert LVI Nr. 157 = O.L.G. Rspr. II S. 94) und der Prinzipal kann die Bilanzziehung nicht deshalb weigern, weil der Gehilfe es vertragswidrig unterlassen hat, die Bilanz vorzubereiten. — Der Gewinn wird nach bestimmten Perioden, im Zweifel nach dem Geschäftsjahr, zu berechnen sein. Vor Ablauf dieser Periode kann der Gehilfe die Abrechnung nicht begehren, selbst wenn er früher ausscheidet. Denn es ist stets die Möglichkeit gegeben, daß im noch übrigen Teile ein eintretender Verlust den bisherigen Gewinn wieder aufzehrt. Geht er während der Rechnungsperiode ab, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ihm von dem für die ganze Periode sich herausstellenden Gewinn ein der Zeit seines Verbleibens entsprechender Bruchteil auszuzahlen ist. Doch kann ein anderes vereinbart sein oder aus besonderen Umständen (z. B. der Ausbedingung stärkerer Arbeitsleistung in gewissen Monaten) hervorgehen (vgl. hierzu R.O.H.G. XIX Nr. 41, O.L.G. Köln in Z. XXXXVI S. 486, Seuffert LIII Nr. 97, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 302, Behrend § 45 Anm. 25, Crome S. 250). Entsprechendes gilt, wenn er im Laufe eines Geschäftsjahres eintritt.

c) Bezüglich der **Provision**, die zumal bei Handlungsreisenden (bei anderen Handlungsgehilfen selten) vorkommt, vgl. die §§ 65, 88, 91 Satz 1; hinsichtlich der Verjährung B.G.B. §§ 196 Abs. 1 Nr. 8, 201. Auch die Provisionsforderung ist Gehaltsforderung im Sinne von Z.P.O. § 832, auch auf sie finden K.O. §§ 61 Nr. 1, 59 Nr. 2 Anwendung (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 370). Bezüglich der Spesen bei § 64. Nr. 12.

d) Wie weit **„Gratifikationen"** (Weihnachts-, Neujahrsgeschenke, Abendgelder) unter dem Gesichtspunkt der remuneratorischen oder der Anstandspflicht entsprechenden Schenkung (B.G.B. § 534) oder den einer wirklichen Dienstvergütung fallen, und letzterenfalls, wieweit sie für die Tätigkeit während des ganzen Jahres (Jahresgratifikation) oder für einzelne Tätigkeiten, z. B. Mitwirkung bei Feststellung des Jahresabschlusses (Abschlußgratifikation) gewährt werden, hängt vom Vertrage, ev. Ortsgebrauche ab (Behrend § 45 Anm. 22, vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. X (1889) S. 168, Apt I S. 15 ff., III S. 19, Riesenfeld I Nr. 27 ff., Dove-Meyerstein Nr. 17 ff., Kaufm. Ger. Berlin in D.J.Z. 08 S. 768, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII S. 417, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 03 Beibl. 285). Sind sie Schenkungen, was im Zweifel anzunehmen ist (anders Neumann im Jahrb. des Kaufm. Ger. Berlin II S. 148, vgl. III S. 231, Ritter Anm. 7, Staub-Bondi Anm. 34, R.G. in Seuffert LXIX Nr. 36, die sie im Zweifel als vertragsmäßige Vergütungen betrachten — dagegen Oertmann im B.A. XII S. 22 ff.), so bedürfen sie, obwohl sie Handelsgeschäfte sind, der gerichtlichen oder notariellen Form oder der realen Leistung (B.G.B. § 518). Das gleiche gilt von Zusicherungen von Pensionen (dazu R.G. im Recht 1911 Nr. 976). Vgl. hierzu auch § 70 Anm. 5. — Aber auch wenn sie vertragsmäßige Vergütungen sind, erfolgen sie unter dem Vorbehalt, daß nicht der Handlungsgehilfe durch sein Verhalten sich ihrer unwürdig macht (R.G. in Seuffert LXIX Nr. 36). Nr. 13.

e) Über das **Vorzugsrecht** des Handlungsgehilfen im **Konkurse** K.O. § 61 Nr. 1, §§ 57, 59 Abs. 2. Nr. 14.

f) Über **Unpfändbarkeit** des Anspruches auf die Vergütung (Gehalt, Tantième, Provision, u. U. auch Spesen), auch des Entschädigungsanspruches bei vorzeitiger Nr. 15.

Entlassung (O.L.G. Kiel in O.L.G. VII S. 320) Z.P.O. § 850 Nr. 1, Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 in der neuen Fassung (Art. III des E.Z.P.O. vom 17. Mai 1898) §§ 1, 2, 4, dazu Düringer-Hachenburg Anm. 35—37). Soweit der Anspruch unpfändbar ist, ist er auch **nicht abtretbar** und ist die **Aufrechnung** kraft Gesetzes **ausgeschlossen** (B.G.B. §§ 400, 394). Auch ein Zurückbehaltungsrecht des Prinzipals wird ausgeschlossen sein, es sei denn, daß es sich um Arglist des Gehilfen handelt, doch ist die Praxis sehr schwankend. Die Aufrechnung von Gehaltsvorschüssen ist natürlich gestattet.

Nr. 16. g) **Zurückbehaltungsrecht** an Sachen des Prinzipals. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, z. B. an Mustern, Kundenbüchern, Kommissionsbüchern, aber auch an für den Chef eingenommenen Geldern, die dem Chef gehören, könnte für den Handlungsgehilfen nur dann praktisch werden, wenn er selbst Kaufmann ist; aber auch in diesem Falle wäre es nicht anwendbar, da er nur Besitzdiener des Chefs ist (B.G.B. § 855, vgl. O.L.G. Colmar in L.Z. 1913, S. 950). — Schwieriger ist die Sachlage hinsichtlich des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts. Dieses (B.G.B. § 273) ist an sich durchaus auch auf den Gehilfen anwendbar. Hat er dem Chef das zur Ausführung des Geschäfts Erhaltene und das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben (B.G.B. § 667), so kann er nach B.G.B. § 273 Abs. 1, soweit sich aus dem Vertrage nicht ein anderes ergibt,[1]) die Herausgabe verweigern, bis ihm die gebührende fällige Leistung vom Chef bewirkt ist, und das gleiche gilt, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendung auf den Gegenstand zusteht (§ 273 Abs. 2). Der Chef kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Andrerseits hat der Chef als Besitzer das Recht, ihn zu entsetzen, und er kann gegenüber der Besitzentziehungsklage des Chefs sich auf petitorische Einreden nicht stützen (B.G.B. §§ 861, 863 f., a. A. für diesen Fall Düringer-Hachenburg Anm. 22, Ritter Anm. 7, Staub-Bondi Anm. 45, die berechtigte Eigenmacht auf Grund von § 273 B.G.B. annehmen, ebenso K.G. in L.Z. 1910 S. 166, O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. VI S. 350). Erst nach Ablauf eines Jahres nach Störung oder Entziehung des Besitzes durch ihn käme er gemäß B.G.B. § 864 zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. Das Zurückbehaltungsrecht des Chefs hinsichtlich der Vergütung wie des Gehilfen hinsichtlich der Dienste regelt sich nach B.G.B. § 273 Abs. 1 einerseits, B.G.B. §§ 320—322 andererseits. — Zeugnisse, Legitimationspapiere u. dgl., die der Gehilfe dem Herrn übergeben hatte, muß dieser auf Verlangen jederzeit zurückgeben.

Nr. 17. 5. Hinsichtlich der **Haftung** des Prinzipals für **Handlungen des Gehilfen** vgl. B.G.B. §§ 278, 831, für den Frachtführer H.G.B. §§ 431, 458.

Nr. 17a. 5a) Über gewerbepolizeiliche Bestimmungen betr. Sonntagsruhe G.O. §§ 105a, 105b Abs. 2, 105c—e, betr. Fortbildungsschulen § 120, betr. statistische Mitteilungen § 139b Abs. 5, betr. Ruhezeit, Ladenschluß, Durchführung des § 62 H.G.B., Arbeitsordnung in offenen Verkaufsstellen §§ 139c—k.

Nr. 18. 6. **Älteres Recht.** Die zeitlichen Grenzen der Anwendbarkeit der Vorschriften dieses Abschnittes regeln sich folgendermaßen:

a) Die vor dem 1. Jan. 1898 geschlossenen Dienstverträge waren grundsätzlich nach dem alten H.G.B. (Art. 57—65) und dem dahinter stehenden maßgebenden Handelsgewohnheitsrecht, bezw. bürgerlichen Recht zu beurteilen. Art. 171 des E.B.G.B. fand erst vom 1. Jan. 1900 ab auf sie Anwendung. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 10.

b) Die in der Zeit vom 1. Jan. 1898 bis zum 31. Dez. 1899 geschlossenen Dienstverträge unterfielen bereits diesem Abschnitt mit Ausnahme des § 65 (E.H.G.B. Art. 1 Abs. 2). Ergänzt wurden sie durch das bisherige Handelsgewohnheits- bezw. bürgerliche Recht, so weit nicht der 6. Abschnitt selbst Vorschriften des B.G.B. ausdrücklich für anwendbar erklärte (§ 62).

c) Die vom 1. Jan. 1900 ab geschlossenen Dienstverträge unterstehen in erster Linie dem neuen H.G.B., dahinter dem B.G.B.

d) Ein am 1. Jan. 1900 bestehendes Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B.G.B. für den ersten Termin

---

[1]) Staub-Bondi (§ 59 Anm. 45) und Ritter (Anm. 7) nehmen an, daß aus dem Vertrage sich für die Dauer des Dienstverhältnisses ein anderes ergebe.

erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin ab nach den Vorschriften des B.G.B. (E.B.G.B. Art. 171). Daraus folgt dann aber, daß das Dienstverhältnis der Handlungsgehilfen unter der gleichen Voraussetzung unter die Herrschaft des neuen H.G.B. tritt. Wichtig wird dies zumal für die Dienstverhältnisse, welche aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1898 herstammen. Sie unterfielen, falls sie am 1. Jan. 1900 sich als Dienstverhältnisse zwischen einem Kaufmann und einem Handlungsgehilfen darstellten, bei Vorhandensein der in Art. 171 E.B.G.B. aufgestellten Voraussetzungen dem neuen H.G.B. Vgl. R.G. im Recht 08 S. 131 Beil. 2.

e) Wie weit den Vorschriften dieses Abschnittes rückwirkende Kraft beizumessen ist, ist an den einzelnen Stellen zu besprechen.

Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 9ff., 16ff.

7. **Statutenkollision.** Hier gelten die allgemeinen Grundsätze über Dienstverträge. Ist der Chef ein in Deutschland ansässiger Kaufmann, so wird regelmäßig deutsches Recht zur Anwendung gelangen, auch wenn der Gehilfe Ausländer, auch wenn die Dienste im Ausland zu leisten sind. Nr. 19.

§ 60.

Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

Entw. I § 55, II § 59; Denkschr. I S. 58, II S. 3167; A.D.H.G.B. Art. 59.

1. **Handlungsgehilfe.** Das Verbot gilt nur so lange, als jemand Handlungsgehilfe ist, es gilt auch während der Dauer der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, die Prinzipal ist. Kündigt deshalb der Handlungsgehilfe das Dienstverhältnis nach § 71, so greift das Verbot für ihn nicht mehr Platz. Dagegen kann nicht einseitige, grundlose, tatsächliche Auflösung des Dienstverhältnisses seitens des Handlungsgehilfen diesen vom § 60 befreien. Die entgegengesetzte, vom R.O.H.G. XVI Nr. 48, allerdings nur für den Bevollmächtigten aufgestellte Ansicht ist gegenüber dem neuen Recht nicht haltbar (a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 3, Staub-Bondi Anm. 2). Wenngleich der Prinzipal den Handlungsgehilfen zur Leistung der Dienste nicht zwingen kann, so besteht doch der Dienstvertrag mit allen rechtlichen Folgen fort bis zur gesetzlichen Auflösung. Auch Annahmeverzug des Prinzipals hinsichtlich der Dienste befreit den Gehilfen nicht von der Konkurrenzpflicht, ebensowenig Nichtzahlung des Gehalts oder ungerechtfertigte Entlassung. B.G.B. § 615 ist mit Rücksicht auf § 60 auszulegen und nicht umgekehrt aus § 615 B.G.B. ein Schluß auf die entgegengesetzte Auffassung zu ziehen (a. A. Düringer-Hachenburg I S. 392, 393). Nr. 1.

2. **Einwilligung des Prinzipals.** Die Einwilligung (vorherige Zustimmung B.G.B. § 182) kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Bei dem Betriebe des Handelsgewerbes handelt es sich um einen Einwilligungsakt (zum Betriebe), bei den sonst vorzunehmenden Geschäften entweder um spezielle Einwilligungen für die einzelnen Geschäfte oder um generelle Einwilligungen für alle künftig vorzunehmenden Geschäfte. Die Einwilligung braucht nicht vom Prinzipal in Person erteilt zu werden, Einwilligung des Prokuristen genügt. Wie weit Einwilligung durch einen Handlungsbevollmächtigten genügt, bestimmt sich nach § 54. So weit ein Bevollmächtigter des Prinzipals die Einwilligung erteilen kann, genügt es auch schon, wenn dieser den Handlungsgehilfen anstellt und trotz Kenntnis die Aufgabe des Betriebes nicht vereinbart (B.G.B. § 166 Abs. 1). Ist die Einwilligung vor- Nr. 2.

behaltlos erteilt, so kann sie nicht widerrufen werden, weil das Kausalgeschäft (Dienstverhältnis) unwiderruflich ist (B.G.B. § 183), a. A. für Einwilligung zum Geschäftemachen Düringer-Hachenburg Anm. 5. In der Entbindung des Gehilfen von der Leistung von Diensten liegt übrigens eine Einwilligung noch nicht (Jahrb. des Kaufm. G. Berlin II S. 210).

Nr. 3. 3. **Handelsgewerbe.** Das Verbot erstreckt sich nicht auf jedes Gewerbe, bezw. jeden Beruf, sondern nur auf ein Handelsgewerbe. Der zugrunde liegende Gesichtspunkt ist in diesem Falle nicht bloß Ausschließung der Konkurrenz, sondern die Fesselung der Arbeitskraft des Gehilfen an das Geschäft, deshalb wird auch Betrieb eines Handelsgewerbes für fremde Rechnung, ja in fremdem Namen unter das Verbot fallen (Thöl I S. 202, Hartmann in Holdheim 05 S. 44, Makower S. 198, anders Brand Anm. 3 A), nicht dagegen Betrieb in eigenem Namen für Rechnung des Prinzipals, als Agent u. dgl. Unter Betrieb eines Handelsgewerbes ist auch die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft oder (wenigstens für den Komplementar) einer Kommanditgesellschaft, nicht dagegen einer stillen Gesellschaft zu verstehen (doch kann diese unter 4 fallen), auch nicht die Beteiligung als Aktionär; ob als Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Kommanditist einer Kommanditgesellschaft, ist Tatfrage. Die bloßen Vorbereitungsgeschäfte, die ein Handelsgewerbe eröffnen, seitens eines abgehenden Handlungsgehilfen wird man mit Staub-Bondi (§ 60 Anm. 3) nicht unter das Verbot ziehen dürfen (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 80, R.G. in L.Z. 1911 S. 924). Doch ist zu beachten, daß nicht jedes Geschäft, das erst mit dem Austritt wirksam werden soll, Vorbereitungsgeschäft ist (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 90). — Eine dienstliche Stellung in einem fremden Handelsgewerbe, die „Geschäfte machen" ausschließt, z. B. als Dekorateur, Stenograph würde die besonderen Folgen des § 61 nicht auslösen können.

Nr. 4. 4. **Geschäft in dem Handelszweige.** Bei einzelnen Geschäften muß es sich um Konkurrenzgeschäfte des Handelszweiges handeln, d. h. des ganzen, vom Prinzipal kultivierten Handelszweiges, auch wenn der Gehilfe nur in einer Branche beschäftigt ist, auch wenn eine Branche nachträglich hinzugefügt wird, andererseits auch nur des Handelszweiges dieses, d. h. des bei Eingehung des Vertrages oder Verlängerung des Vertrages in's Auge gefaßten Geschäfts. Betreibt der Prinzipal daneben ein anderes Geschäft, so geht dieses den Gehilfen nichts an. Die Geschäfte brauchen nicht auf Seite des anderen Teiles Handelsgeschäfte zu sein. Für den Handlungsgehilfen sind sie nur dann Handelsgeschäfte, wenn er selbst Kaufmann ist. Daraus folgt z. B., daß der Handlungsgehilfe eines Warenkaufmanns vereinzelt an der Börse mit Wertpapieren spekulieren darf, der eines Bankiers nicht (vgl. Apt III S. 136). Doch kann auch im ersteren Falle sein Verhalten einen wichtigen Grund zur Kündigung für den Prinzipal abgeben, z. B. wenn er leichtsinnig ist oder seine Dienstpflichten versäumt. — Die Geschäfte müssen Spekulationsgeschäfte sein, nicht ist untersagt der Abschluß von Geschäften behufs sicherer Anlage (anders O.L.G. Hamburg im Recht 01 S. 148), behufs Konsumtion u. dergl. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Gehilfe des Grossisten en gros oder en detail spekuliert, ob die Erfüllung des Geschäfts in die Zeit des Dienstverhältnisses fällt oder erst nachher eintritt (R.G. in L.Z. 1911 S. 57), ob er in eigenem oder fremdem Namen, ob er mit einem Dritten oder mit dem Prinzipal (etwa unter fingiertem Namen R.G.Z. XLV Nr. 6) Geschäfte macht. Im übrigen gilt das Entsprechende wie zu Nr. 3. Nicht dagegen fällt unter § 60 Abs. 1 der unbefugte Eintritt des Gehilfen in fremde Dienste. Doch kann dieser mit einer Schadensersatzklage wegen Verletzung des Dienstvertrages verfolgt werden, dagegen nicht mit einer Unterlassungsklage (R.G.Z. LXXII Nr. 92 — Plenarentsch.), es sei denn, daß eine besondere Vereinbarung dem Gehilfen die Unterlassung mit Bezug auf bestimmte Prinzipale oder bestimmte Geschäfte auferlegt.

Nr. 5. 5. **Ausdehnung des Verbotes.** Durch Vertrag kann das Verbot ausgedehnt werden, indem dem Handlungsgehilfen der Abschluß weiterer Geschäfte untersagt wird. Die Folgen der Übertretung wären in Ermangelung vertraglicher Bestimmungen nicht nach § 61 zu bemessen, sondern es wäre ein Schadensersatzanspruch, möglicherweise auch ein Kündigungsgrund für den Prinzipal gegeben. Doch kann der Vertrag die Folgen des § 61 einschließlich der Verjährung statuieren.

6. **Absatz 2.** Das Präjudiz des Abs. 2 greift nur Platz, wenn bei Anstellung des Gehilfen, also im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Prinzipal oder dessen Vertreter bekannt (auch durch zufällige Wahrnehmung) ist, daß der Gehilfe das Gewerbe betreibt. Erfährt der Prinzipal nachträglich davon, so ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, ob in seinem Verhalten eine Genehmigung liegt. Solches ist anzunehmen, wenn z. B. der Prinzipal die Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 verstreichen läßt, ohne von dem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen, oder gar selbst mit dem Gehilfen kontrahiert, aber auch dann, wenn der Gehilfe ihm Mitteilung von dem Betriebe macht und er dazu schweigt. — Es greift ferner nur für den Fall Platz, daß der Gehilfe ein Handelsgewerbe betreibt. Hat der Gehilfe vor der Anstellung vereinzelte Konkurrenzgeschäfte betrieben, so kann aus dem Umstand, daß dem Prinzipal dies bei der Anstellung bekannt war, keine nachteilige Folgerung für den Prinzipal gezogen werden, denn der Engagementsvertrag erzeugt auch sonst für den Gehilfen Verpflichtungen, die ihm bisher nicht oblagen. Vielmehr bedürfte es ausdrücklicher Einwilligung des Prinzipals, um dem Gehilfen für die Zukunft das Recht zu sichern. Im übrigen entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, wie weit das einzelne Geschäft vom Prinzipal konsentiert ist. — Die erteilte Einwilligung kann der Prinzipal nicht zurücknehmen (Staub-Bondi § 60 Anm. 9). Nr. 6.

7. **Verrat von Geschäftsgeheimnissen.** Nach dem U.W.G. § 17 Abs. 1, § 19 macht sich schadenersatzpflichtig und strafbar der Gehilfe oder Lehrling (auch Volontär), der Geschäftsgeheimnisse (Kundschaft, Bezugsquellen, Vermögensverhältnisse, Geschäftspläne, wichtige Tatsachen, die neuerlich eingetreten sind) oder Fabrikgeheimnisse (Erfindungen, gleichgültig ob sie patentfähig sind oder nicht), die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind (nicht solche, die er schon vorher gekannt hatte), während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses[1]) unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilt. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in sechs Monaten vom Zeitpunkt ab, an dem der Schade entstanden ist und der Herr von der Person des Ersatzverpflichteten Kenntnis erhalten hat, spätestens in drei Jahren von der Verübung der Handlung an. Außerdem kann § 18 U.W.G. für den Gehilfen praktisch werden. Das nähere hierüber in den Kommentaren zum U.W.G. Nr. 7.

8. **Älteres Recht.** Das ältere Recht (Art. 59, 56) verbot dem Handlungsgehilfen überhaupt, Handelsgeschäfte ohne Einwilligung des Prinzipals zu machen, selbst wenn sie dessen Handelszweig nicht angehörten (z. B. objektive Handelsgeschäfte) und verbot andererseits nur Handelsgeschäfte, nicht also z. B. Immobiliargeschäfte. Dieses Verbot greift für die vor dem 1. Jan. 1898 abgeschlossenen Dienstverträge durch, denn § 60 hat keine rückwirkende Kraft. Vom 1. Jan. 1900 ab fand allerdings Art. 171 des E.B.G.B. Anwendung. Auch war es von da ab dem Gehilfen unmöglich, objektive Handelsgeschäfte einzugehen. Umgekehrt fragt es sich, ob Immobiliargeschäfte, die vom 1. Jan. 1900 ab Handelsgeschäfte sein können, unter das Verbot des alten Rechts fallen. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Nr. 8.

§ 61.

Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung ge-

[1]) Mit Endigung des Dienstverhältnisses hört die Pflicht auf. Doch kann dann § 17 Abs. 2 des genannten R.G. anwendbar sein, nach dem gleiche Strafen denjenigen trifft, der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die er durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Mitteilungen eines anderen Angestellten oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende, eigene Handlung (z. B. Bestechung heimliches Abschreiben) erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwendet oder an andere mitteilt.

machten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

Entw. I § 56, II § 60; Denkschr. I S. 58, 39, II S. 3167; A. D. H.G.B. Art. 59 Abs. 2, 26.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Der gegen das Verbot des § 60 ein Handelsgewerbe betreibende Gehilfe ist Kaufmann, die Eintragung seiner Firma also zulässig, ja geboten (Bayer. Obst.Ld.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 289) und die von ihm abgeschlossenen Geschäfte sind gültig (O.L.G. Braunschweig in Seuffert LIX Nr. 144), § 134 B.G.B. findet wegen der §§ 60, 61 H.G.B. auf sie noch nicht Anwendung. Der Gehilfe kann das Geschäft auch grundsätzlich wieder rückgängig machen, es sei denn daß er dadurch gegen § 826 B.G.B. verstößt (Josef in L.Z. 1911 S. 530). Nur erwächst dem Prinzipal das Recht auf Schadenersatz oder (kraft facultas alternativa) auf Eintritt in das abgeschlossene Geschäft. Beide Rechte stehen dem Prinzipal nur gegen den Gehilfen zu, nicht gegen den Dritten, mit dem der Gehilfe kontrahiert hat (Busch III S. 113). Dem Dritten gegenüber kann der Prinzipal nur nach allgemeinen Grundsätzen als Zessionar des Anspruches auf die Leistung auftreten. Dies gilt auch dann, wenn dem Dritten die Verbotswidrigkeit bekannt war (von Hahn § 3 zu Art. 56, Renaud, Kommanditgesellschaft S. 345, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XXII S. 1, ein Verstoß gegen § 826 B.G.B. liegt darin gewöhnlich noch nicht, R.G. in Seuffert LXI Nr. 247).

Nr. 2. 2. **Wahlrecht.** Der Prinzipal hat, anders wie im alten Recht, nur die Wahl zwischen Schadenersatz und Eintritt. Wählt er Schadenersatz, so ist der Eintritt ausgeschlossen, tritt er ein, so verzichtet er auf Schadenersatz (O.L.G. Hamburg in Seuffert LIX Nr. 12). Die Wahl kann durch Erklärung gegenüber dem Gehilfen oder durch Klageerhebung getroffen werden, die einmal getroffene Wahl ist unwiderruflich (vgl. den entsprechend anzuwendenden § 263 B.G.B., O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 149 = Seuffert LIX Nr. 12). Die Wahl steht zu für jedes der abgeschlossenen Geschäfte.

Nr. 3. 3. **Schadensersatz.** Der Prinzipal kann allen Schaden einschließlich des entgangenen Gewinnes, der ihm aus den einzelnen Geschäften erwachsen ist, verlangen. Mit dem entgangenen Gewinn ist aber begrifflich nicht identisch der Gewinn, der dem Handlungsgehilfen aus dem Geschäft erwachsen ist, denn es ist nicht selbstverständlich, daß dieser vom Prinzipal ohne das Geschäft des Gehilfen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (B.G.B. § 252). Möglicherweise war dies nach Lage des Falles geradezu ausgeschlossen. Beansprucht der Prinzipal demnach den vom Gehilfen erworbenen Gewinn als eigenes lucrum cessans, so hat er dies besonders zu begründen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 149).

Nr. 4. 4. **Eintritt.** Will der Prinzipal den Eintritt, so ist zu unterscheiden, ob das Geschäft ein Propre- oder Kommissionsgeschäft ist.

a) Beim Propregeschäft kann der Prinzipal verlangen, daß der Gehilfe alles tut, um den ökonomischen Erfolg der gesamten Transaktion für den Prinzipal herbeizuführen. Ist z. B. das Kaufgeschäft bereits erledigt, so kann er Herausgabe des von dem Gehilfen gekauften Gegenstandes gegen Erstattung des Preises und der sonstigen Aufwendungen, soweit er sie nicht erspart hätte, verlangen. War der Gehilfe Verkäufer, so kann er Auskehrung des Reingewinnes verlangen. Ist das Geschäft noch nicht abgewickelt, so hat er einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Dritten, ist dann andererseits aber auch gehalten, entweder die Schuld zu übernehmen oder den Gehilfen für die aus dem Geschäfte übernommenen Verpflichtungen schadlos zu halten (vgl. R.G. in Seuffert LXVI Nr. 102). Doch kann er die Abwickelung auch dem Gehilfen überlassen und nur Auskehrung des

Nettogewinnes verlangen. Zur Durchführung seines Eintrittrechts kann er Rechnungslegung beanspruchen (Behrend § 45 Anm. 50, Bolze VIII Nr. 543, vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 90). Eine Provision für seine Mühe kann der Gehilfe auch dann nicht beanspruchen, wenn er Kaufmann ist.

b) Ist es für fremde Rechnung geschlossen, so ist der Prinzipal nur berechtigt, die geleistete Vergütung (Provision) oder die Abtretung des Anspruches auf die nicht geleistete Provision zu verlangen. In das Geschäft selbst kann er nicht eintreten.

c) Das Eintrittsrecht zessiert, wenn der Gehilfe als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft für diese kontrahiert, weil hier die Geschäfte von der Gesellschaft geschlossen werden (so auch R.G.Z. LXXIII Nr. 105, R.G. in Seuffert LXVI Nr. 102 = Warneyer 1910 Nr. 462).

5. **Verjährung.** Die dreimonatliche Verjährung der Ersatz- und Eintrittsansprüche läuft für jedes Geschäft gesondert und zwar von dem Tage der Kenntnis des Abschlusses seitens des Prinzipals (die Einzelheiten braucht der Prinzipal nicht zu kennen O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 149), die Kenntnis des Prokuristen genügt nicht, wohl aber die des vertretenden Gesellschafters. Die fünfjährige Verjährung läuft vom Tage des Geschäftsabschlusses. Es handelt sich um eine wahre Verjährung, nicht um eine Ausschlußfrist. Die Verjährung zerstört beide Ansprüche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts (B.G.B. §§ 222, 223), aber immer nur hinsichtlich des einzelnen Geschäfts. Ein besonders stipulierter Anspruch auf Vertragsstrafe unterliegt allgemeiner Verjährung (O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 61). Nr. 5.

6. **Weitere Folgen.** Die Verletzung der Verpflichtung bildet regelmäßig einen Kündigungsgrund für den Prinzipal nach § 72 Nr. 1. Der Prinzipal hat ferner die Feststellungsklage aus Z.P.O. § 256 und eine Klage auf zukünftige Unterlassung der von § 60 umschriebenen Tätigkeit, bei Betrieb eines Handelsgewerbes auf Einstellung desselben und Löschung der Konkurrenzfirma, bei Teilnahme eines Gehilfen an einer offenen Handelsgesellschaft auf Austritt (R.O.H.G. XIX S. 137, Z.P.O. § 890). Auch die Unterlassungsklage unterliegt nach der Ansicht des R.G. der Verjährung des § 61 Abs. 2 (R.G.Z. LXIII Nr. 62), was bedenklich ist, da sich dann nur durch rechtzeitige Erhebung der Unterlassungsklage der Prinzipal die Möglichkeit sichert, für später Ersatz- und Eintrittsansprüche geltend zu machen. Denn, wenn der Unterlassungsanspruch verjährt ist, ist der Betrieb von Konkurrenzgeschäften im Umfang des verjährten Unterlassungsanspruches erlaubt. Nr. 6.

7. Die Bestimmung des § 61 ist **nicht zwingend.** Der Vertrag kann sie abändern, insbesondere an Stelle der elektiven Berechtigung kumulative setzen, eine Vertragsstrafe stipulieren u. dgl. Nr. 7.

8. **Älteres Recht.** Das ältere Recht gewährte dem Prinzipal sowohl den Eintritt wie den Schadensersatz (Art. 59, 56 Abs. 3) und unterwarf die Ansprüche des Prinzipals der gewöhnlichen Verjährung. Die Doppelung der Ansprüche bleibt dem Prinzipal denn auch, soweit nach dem im § 60 Nr. 8 Vorgetragenen das ältere Recht Anwendung findet. Hinsichtlich der Verjährung ist zu unterscheiden: Nr. 8.

a) Hatte die Verjährung eines Anspruches des Prinzipals vor dem 1. Jan. 1898 begonnen und war sie am 1. Januar 1898 noch nicht vollendet, so regelte sie sich bis zum 31. Dez. 1899 hinsichtlich der Hemmung und Unterbrechung weiter nach dem maßgebenden Landesrecht. Hinsichtlich der Dauer entschieden bis zum 31. Dez. 1899 die Grundsätze der Wissenschaft, die als mit Art. 169 des E.B.G.B. wohl sich deckend bezeichnet werden können. Das Landesrecht wird man nicht entscheiden lassen können, da die zeitliche Anwendbarkeit neuen Reichsrechts sich nicht nach den Grundsätzen, die das Landesrecht über die Rückwirkung aufstellt, richtet (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 11 Anm. 26). Vom 1. Jan. 1900 ab greift natürlich Art. 169 d. E.B.G.B. Platz.

b) Begann die Verjährung eines Anspruches des Prinzipals, gleichgültig ob er auf dem alten oder neuen Recht beruht, gleichgültig ob er aus der Zeit des alten oder neuen Rechts herstammt, nach dem 1. Jan. 1898, so beherrscht ihre Dauer § 61 Abs. 2, weil das neue Gesetz über die Verjährung sofort allgemein anzuwenden ist, dagegen regelte sich Hemmung und Unterbrechung bis zum 31. Dez. 1899 nach altem Recht, von da ab nach dem B.G.B.

c) Beginnt die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals erst nach dem 31. Dez. 1899, so ist für Beginn und Dauer § 61 Abs. 2, für Hemmung und Unterbrechung das B.G.B. maßgebend.

d) Den obigen Grundsätzen unterstehen alle Ansprüche des Prinzipals aus Konkurrenzbetrieb der Gehilfen während des Dienstes, auch diejenigen, die nur das alte Recht, nicht das neue anerkennt. Das Gesetz läßt „die Ansprüche" verjähren. Sein Zweck ist, den Gehilfen unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen (Denkschr. II S. 3167).

§ 62.

Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehilfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehilfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für die unerlaubten Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Entw. I § 57, II § 61; Denkschr. I S. 59, II S. 3157, 3168; Komm.Ber. S. 3880, 3881.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Die Bestimmung des § 62 schließt sich mit wenigen Änderungen den §§ 618, 619 des B.G.B. an. Die sachlich wichtigen Abweichungen (Schlußsatz des Abs. 1) sind aus der G.O. § 120b entnommen. § 62 tritt an Stelle von B.G.B. §§ 618, 619, so daß letztere für Handlungsgehilfen als solche nicht weiter in Betracht kommen. Das gleiche gilt von den §§ 120a, b der G.O. (G.O. § 154).

Nr. 2. 2. **Absatz** 1 bezieht sich auf **alle** Handlungsgehilfen, gleichgültig ob sie in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen sind oder nicht.

a) Die Pflicht des Prinzipals zur Einrichtung und Unterhaltung betrifft Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften. Als **Geschäftsräume** haben nicht bloß das Kontor und der Laden, sondern die sämtlichen Räume, in denen der Handlungsgehilfe sich nach dem ihm obliegenden Geschäftskreis zu bewegen hat, oder in denen er sich aufhalten muß während der Zeit seiner Anwesenheit im Geschäfte, zu gelten, also auch die Lagerräume, der Weinkeller, möglicherweise sogar die Fabrikräume (vgl. Fuld S. 60), aber auch die Treppen, Trottoirs, Bedürfnisanstalten (vgl. G.O. § 120b, Abs. 4, R.G. in J.W. 06, S. 460[15]). Für den Geschäftsbetrieb bestimmte **Vorrichtungen** und **Gerätschaften** sind nicht bloß solche, die für die kaufmännische Tätigkeit des

Handlungsgehilfen bestimmt sind (Pulte, Stühle, Kontorutensilien, Leitern, vgl. O.L.G. Zweibrücken im Recht 06, S. 49), sondern die sämtlichen Betriebsvorrichtungen und Betriebsgerätschaften, soweit der Handlungsgehilfe kraft seiner Stellung mit ihnen in Berührung kommt, also auch die Maschinen (beim Faktor einer Druckerei), die Krahn- und Windevorrichtungen, die Fahrstühle usw. Anders dann, wenn Geschäftslokal und Fabrik räumlich getrennt sind und dem Handlungsgehilfen nur jenes zum Aufenthalt zugewiesen ist. Nicht unter Begriff der Gerätschaften fallen die Waren (Düringer-Hachenburg Anm. 4).

b) **Regelung von Geschäftsbetrieb und Arbeitszeit.** Unter Geschäftsbetrieb sind die sämtlichen Tätigkeiten zu verstehen, die zur Durchführung der gewerblichen Zwecke erforderlich sind, gleichgültig ob sie vom Prinzipal, seinen Handlungsgehilfen oder anderen Angestellten vorgenommen werden, unter Arbeitszeit nur die für den Handlungsgehilfen in Betracht kommende Arbeitszeit. Besonders ist dem Handlungsgehilfen Sitzgelegenheit zu gewähren. Dazu G.O. §§ 139c, d, e, f (Ruhezeit und Neunuhrladenschluß in öffentlichen Verkaufsstellen), 139g, h (bundesrätliche und landesbehördliche Durchführung des § 62 Abs. 1 für offene Verkaufsstellen), 139k (Arbeitsordnung in offenen Verkaufsstellen, hierzu Düringer-Hachenburg § 59 Anm. 39), Beschlüsse des Bundesrats vom 28. November 1900 und 25. Jan. 1902. Nr. 3.

c) Der Handlungsgehilfe ist gegen **Gefährdung seiner Gesundheit** (natürlich auch seines Lebens z. B. gegen Feuersgefahr), soweit die Natur des Betriebes es gestattet, zu schützen. In dieser Hinsicht wird G.O. § 120a Abs. 2, 3 analog zu verwenden sein (Sorge für genügendes Licht, ausreichenden Luftraum und Luftwechsel, Beseitigung von Staub, Dünsten, Gasen, Abfällen, Sorge für Schutzvorrichtungen gegen Berührung mit Maschinen, dann genügende Heizung, Schutz gegen Feuchtigkeit und Sonnenbrand 2c.). Bei Regelung der Arbeitszeit ist auf die körperliche Beschaffenheit des Handlungsgehilfen (Alter, Geschlecht) Rücksicht zu nehmen, insbesondere für den Fall der Nachtarbeit. Einen Maximalarbeitstag aufzustellen hat das Gesetz abgelehnt. Die Bestimmungen der G.O. über die Sonntagsarbeit (§ 105b, Abs. 2, § 105c, e, g, h, i) sind zu beobachten. Unter Gefährdung der Gesundheit ist gleichmäßig Gefahr der Körperverletzung wie der Erkrankung inbegriffen. Gestattet die Natur des Betriebes eine derartige Regelung nicht (z. B. bei gewissen Waren), so kann der Handlungsgehilfe das Verhältnis nach § 71 lösen, wenn er zur Fortsetzung der Dienste unfähig wird. Ist dies nicht der Fall, so wird in der Übernahme solcher Stellung eine freiwillige Unterwerfung unter diese Besonderheiten liegen (R.G. in L.Z. 1912 S. 453 = Warneyer 1912 Nr. 267, vgl. O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. X S. 4). Im übrigen enthält § 62 zwingendes Recht. Verzicht im voraus ist ohne Wirkung (R.G. bei Warneyer 1910 Nr. 291). Was die Sicherung der Aufrechterhaltung von guten Sitten betrifft, so ist in dieser Hinsicht G.O. § 120b mit Vorsicht anzuwenden (z. B. nicht Abs. 2). Nr. 4.

3. **Absatz 2** bezieht sich **nur auf solche Handlungsgehilfen**, die in die **häusliche Gemeinschaft** aufgenommen sind (über den Begriff Lotmar I S. 658ff.), d. h. die bei dem Prinzipal wohnen und verpflegt werden. Er gibt die Bestimmung des B.G.B. § 618 Abs. 2 wörtlich wieder. Nr. 5.

4. **Absatz 3 wiederholt fast wörtlich B.G.B. § 618 Abs. 3** (auf dessen Erläuterungen zu verweisen ist). Für die Personen, denen der Prinzipal die Betriebsleitung überträgt, hat er gemäß B.G.B. § 278 einzustehen, er kann sich nicht darauf berufen, daß er bei deren Auswahl vorsichtig war (R.G. bei Gruchot XLIX S. 639) oder daß er den Eintritt der schadenbringenden Tatsache nicht habe voraussehen können (R.G. im Recht 03 S. 527). Er hat einzustehen nicht bloß dem Gehilfen, sondern möglicherweise auch den aus §§ 844, 845 B.G.B. berechtigten Personen (R.G. in J.W. 1912 S. 191[a]). Unterläßt der Prinzipal, die mit Bezug auf gute Sitte, Anstand, Sittlichkeit und Religion erforderlichen Einrichtungen zu treffen, so kann sich der Gehilfe durch Kündigung nach § 71 Nr. 3 helfen und auch dies nur bei Weigerung des Prinzipals, solche Einrichtungen zu treffen, also nicht auf die bloße Tatsache der Nichterfüllung. Den dem Gehilfen durch Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden muß der Prinzipal ersetzen (§ 70 Abs. 2). Der Gehilfe kann aber auch ohne Kündigung Schadensersatz verlangen, soweit ihm durch die Unterlassung ein Schaden erwachsen ist Nr. 6.

(praktisch für weibl. Handlungsgehilfen, Staub-Bondi § 62, Anm. 11). Doch sind jetzt die Vorschriften der R.V.O. §§ 1542, 1543, sowie des A.V.G. § 91 zu beachten, nach denen der Anspruch des Versicherten auf die Träger der Versicherung insoweit übergeht, als sie den Entschädigungsberechtigten zur Gewährung von Leistungen verpflichtet sind; ferner bei Unfällen der § 898 R.V.O., der eine Ersatzpflicht nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls anerkennt und auch diese beschränkt. — Für alle Fälle des § 62 aber gilt, daß der Gehilfe so lange nichts zu leisten braucht, als nicht der Prinzipal die ihm obliegende Leistung gewährt, vorausgesetzt, daß nach Lage des Falles dem Gehilfen nicht angesonnen werden kann, unter den obwaltenden Umständen seine Dienste zu verrichten (kleine Nachlässigkeiten des Herrn werden nicht zur Verweigerung des Dienstes berechtigen). Der Herr kann durch sein Verhalten in Annahmeverzug (B.G.B. § 298) und möglicherweise in Leistungsverzug geraten. Letzterenfalls kann der Gehilfe nach B.G.B. § 326 vorgehen. Überhaupt sind die Ansprüche des Gehilfen aus § 62 solche aus dem Dienstvertrage. Ob sie vor dem Kaufmannsgericht geltend gemacht werden können, ist freilich zweifelhaft. Zu den „Leistungen" aus dem Dienstverhältnis im Sinne des § 1 Nr. 2 Kaufm.G.G. lassen sie sich nur mittelbar zählen. R.G.Z. XLI S. 136 verneinte die Zuständigkeit des Gewerbegerichts für derartige Ansprüche. Das Entsprechende dürfte hier mit Düringer-Hachenburg Anm. 13 anzunehmen sein, ebenso Staub-Bondi Anm. 16 und K.G. in O.L.G. Rspr. XI S. 164, XV S. 39, anders O.L.G. Königsberg im Recht 06, S. 755 Nr. 1819, Rosenberg in Ehrenbergs Hdb. I S. 500.

Nr. 7. 5. **Abs. 4 wiederholt B.G.B. § 619.** Eine nachträgliche, d. h. nach Eintritt des Haftungsgrundes vorgenommene Einschränkung oder Beseitigung der Haftung ist ebenso zulässig als eine voraufgehende Erweiterung sowohl mit Bezug auf die Pflichten des Prinzipals als die Höhe der zu leistenden Entschädigung als die Art der Leistung (B.G.B. §§ 843 ff., § 760).

§ 63.

Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Der Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.

Entw. I § 58, II § 62; Denkschrift I S. 59, 60, II S. 3168; Komm.Ber. S. 3881 ff. A.D.H.G.B. Art. 60.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. § 63 enthält eine Ausnahme von dem Satze des bürgerlichen Rechts (B.G.B. § 323 Abs. 1), wonach der Gehilfe, wenn die ihm obliegende Leistung durch Zufall unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Er weicht andererseits vom B.G.B. § 616 ab, doch tritt er nicht völlig an die Stelle des letzteren. Soweit seine Voraussetzungen (unverschuldetes Unglück) nicht zutreffen, greift B.G.B. § 616 ein.

Nr. 2. 2. **Unverschuldetes Unglück.** Unter Unglück ist nicht jede Tatsache zu verstehen, welche „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht vorauszusehen ist und den Gehilfen dadurch, daß sie ihn an der Ausübung seiner Berufstätigkeit hindert, erwerblos macht" (Behrend § 45 Anm. 37). Zu einer so allgemeinen Formulierung liegt jetzt jedenfalls kein Grund mehr vor, seitdem B.G.B. § 616 bei kasuellen Verhinderungsgründen für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit den Anspruch auf Vergütung fortbestehen läßt. Es muß sich vielmehr um eine Tatsache handeln, die nach den sozialen Anschauungen der Gesamtheit, nicht bloß der Kreise der Handlungsgehilfen, als eine für den Betroffenen unglückliche erscheint. Liegt der Verhinderungsgrund in der Erfüllung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten zu

normalen Zeiten (Erfüllung der Militärpflicht, Komm.Ber. S. 3881, K.G. im Recht 04 S. 256 Nr. 1240, der Pflicht zum Geschworenendienst) oder in Tatsachen, die sich bei Gesamtabwägung nicht als unheilvolle auffassen lassen (Abberufung behufs Regulierung einer Erbschaft, Feier einer Hochzeit, sich normal abspielende Niederkunft eines verheirateten, weiblichen Handlungsgehilfen), so kann von Unglück nicht gesprochen werden, (so richtig v. Hahn zu Art. 60 A. 1). Diesenfalls greift § 616 B.G.B. ein. Den Hauptfall wird eigene Krankheit (über ärztliche Untersuchung bei § 72 Nr. 3), eigener Unfall (wobei auch die Rekonvaleszentenzeit nicht zu eng bemessen werden darf) bilden, aber auch Krankheit von Familienangehörigen kann darunter fallen, gleichgültig ob letztere diese Krankheit verschuldet haben oder nicht, ferner Untersuchungshaft, Einziehung bei Mobilmachung (nicht freiwilliger Eintritt), Ausweisung, elementare Ereignisse, die den Fortbetrieb des Geschäfts des Prinzipals verhindern, z. B. Abbrennen der Magazingebäude (Horrwitz, S. 76).[1]) Das Unglück muß ein unverschuldetes sein. Jede Art von culpa schließt den Anspruch aus, unter Umständen also auch bloße Unachtsamkeit, z. B. beim Baden, Tanzen, doch wird man hier mit dem Alter des Betreffenden und den Verkehrsanschauungen rechnen müssen. Als verschuldetes Unglück ist durch geschlechtlichen außerehelichen Umgang hervorgerufene Krankheit stets anzusehen (so mit Recht Staub-Bondi Anm. 2, Wurzer in Z.Z.P. 1913 S. 38ff., auch O.L.G. Frankfurt in O.L.G. Rspr. VIII S. 95, O.L.G. Hamburg im Recht 1911 Nr. 1632, anders meist die Praxis der Kaufmannsgerichte), bei weiblichen Handlungsgehilfen regelmäßig außereheliche Schwängerung (Fuld S. 49). Das Unglück muß nach Abschluß des Vertrages (nicht notwendig nach Antritt des Dienstes) eingetreten sein (Horrwitz S. 73), die Ursachen können weiter zurückliegen. Daß das Unglück nicht vorhergesehen werden konnte, ist nicht notwendig. Doch hat der Handlungsgehilfe, der bei Eingehung des Dienstverhältnisses den Eintritt des Ereignisses voraussah, den Prinzipal darauf aufmerksam zu machen, sonst steht ihm der Einwand der arglistigen Täuschung entgegen und er macht sich schadensersatzpflichtig. Des Ferneren kann, wenn die Ursache des Unglücks, z. B. der Krankheit, weiter zurückliegt, der Herr möglicherweise den Vertrag wegen Irrtums anfechten (Düringer-Hachenburg Anm. 4). — Wieweit der Gehilfe bei Unterlassung des Angehens eines Arztes sich aus § 254 B.G.B. verantwortlich macht, ist Tatfrage. Eine Verpflichtung, sich vom Vertrauensarzt des Chefs untersuchen zu lassen, besteht nur bei besonderer Vereinbarung. Die Kosten für ärztliche Untersuchung hat der Prinzipal zu tragen.

3. **Verhinderung zur Leistung der Dienste.** Die Verhinderung kann zeitweise Nr. 3.
und dauernd sein. Auch wenn sie sich von vornherein als dauernd herausstellt, steht der Anspruch zu. Das Unglück muß den Grund für das Nichtleisten der Dienste bilden, darum dürfte § 63 nicht anwendbar sein, wenn der seit längerer Zeit Kranke ebenso gut in einer früheren oder späteren Zeit sich einer Behandlung unterwerfen konnte (vgl. Jahrb. des Kaufm. G. Berlin III S. 258). Wird auf Grund einer anderen justa causa z. B. wegen Untreue, Injurien vom Prinzipal das Verhältnis gelöst, so hört damit der Anspruch auf, denn auch, wenn das Unglück nicht eingetreten wäre, würde er zessieren. Im übrigen hat der Gehilfe den Anspruch für jedesmalige Verhinderung von neuem, nimmt er also nach Wiederherstellung von seiner Krankheit den Dienst auf und erkrankt dann aufs neue, so beginnt ein neuer Anspruch, vorausgesetzt, daß wirklich eine neue Erkrankung und nicht die in Wahrheit nie unterbrochene alte Krankheit vorliegt.

4. **Inhalt des Anspruches.** Der Anspruch geht auf Fortgewährung von Ge- Nr. 4.
halt und Unterhalt bis zum Ablaufe von höchstens 42 Tagen seit der Verhinderung, den Tag des Eintritts des Unglücks mitgerechnet (Behrend § 45 Anm. 37). Keineswegs beginnt die Frist erst vom Tage der Kündigung ab zu laufen (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. III S. 77). Unter Gehalt ist auch Tantième und Provision zu verstehen (Düringer-Hachenburg Anm. 6, anders Liebrecht im Jahrb. des Kaufm. G. Berlin II S. 128ff.), Spesen nur, soweit sie wirkliche Vergütung sind und der Unterhalt sich nicht durch die Verhinderung billiger stellt (Apt I S. 43).

---

[1]) Anders Staub-Bondi § 63 Anm. 1, 8 und Brand 4a, die elementare Ereignisse nicht dahin rechnen. Doch sagt H.G.B. nicht „durch einen in seiner Person liegenden Grund," sondern allgemein „durch unverschuldetes Unglück".

Den Unterhalt braucht der Prinzipal nur in alter Weise zu leisten, eine entsprechende Geldentschädigung hat er nicht zu gewähren (Düringer-Hachenburg Anm. 6, anders Staub-Bondi Anm. 6 u. erste Auflage dieses Kommentars). Auch etwaige Emolumente, die der Gehilfe durch Schenkung oder kraft Stiftung für die Zeit der Verhinderung erhält, braucht er sich nicht verrechnen zu lassen (Planck zu B.G.B. § 616 Anm. 3c). Stirbt der Handlungsgehilfe vor Ablauf der 6 Wochen, so ist an die Erben der Gehalt nicht fortzuzahlen. Hört das Dienstverhältnis vorher aus einem anderen Grunde auf, so endet damit auch der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt (R.G. im Recht 01, S. 440, 495). Vgl. jedoch bei § 72 Nr. 4.

Nr. 5. 5. Die Bestimmung des Abs. 1 ist **dispositiv** (so herrschende Ansicht). Der Vertrag kann die Verpflichtung des Prinzipals einschränken oder ausschließen (vgl. R.G. v. 10. April 1892 § 1 Abs. 4, wo auf solchen Fall ausdrücklich Bezug genommen wird, auch Weißbart in L.Z. 07 S. 211). Nur in einer Beziehung engt Abs. 2 die Privatautonomie ein.

Nr. 6. 6. **Abs. 2.** Nach B.G.G. § 616 muß sich der zur Dienstleistung Verpflichtete den Betrag anrechnen lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Abweichend davon gewährt Abs. 2 dem Handlungsgehilfen das Privileg, sich den Betrag, der ihm aus einer Kranken- oder Unfallversicherung für die Zeit der Verhinderung zukommt, nicht anrechnen zu lassen, selbst wenn der Prinzipal die auf den Gehilfen entfallenden Beiträge zahlt. Er könnte höchstens die verauslagten Beträge abziehen, wenn er sie nicht geschenkt hat (Jahrb. des Kaufm. G. Berlin I S. 272). Die Bestimmung war den Entwürfen fremd. Sie ist erst in der Kommission, und zwar in der zweiten Lesung (Komm.Bericht S. 3883, 3884), hineingekommen. Auf das spezielle Privileg des Abs. 2 kann der Handlungsgehilfe nicht im voraus verzichten, nachträglicher Verzicht ist zulässig. Abs. 2 enthält also im Gegensatz zu Abs. 1 zwingendes Recht, was freilich zu merkwürdigen Resultaten führt. Unter Versicherung ist nur an die gesetzliche Versicherung gedacht (R.V.O. § 165, 537 ff., Gesetz betr. die Angestelltenvers. § 1 Nr. 3), doch dürfte die ratio des Gesetzes auch die Ausdehnung auf die freiwillige Versicherung rechtfertigen um so mehr, als der Prinzipal hier nicht einmal Beiträge zu leisten hat. Auch wenn der Prinzipal ihn selbst bei einer Kasse freiwillig versichert, kann er den Betrag nicht abziehen (anders erste Auflage).

Nr. 7. 7. Neben dem Recht aus § 63 hat der in die **häusliche Gemeinschaft** aufgenommene Handlungsgehilfe den weiteren Anspruch aus B.G.B. §§ 617, 619.

Nr. 7a. 7a. Anspruch auf Urlaub (unter Fortbeziehung des Gehalts) hat der Handlungsgehilfe nach deutschem Recht (im Gegensatz zum österr. Recht) nicht. Doch kann ihm der Vertrag solchen gewähren, sei es unbedingt, sei es unter Modalitäten, z. B. der Bedingung, daß er auf den Gehalt oder einen Teil des Gehalts für die Urlaubszeit verzichtet oder, daß er nicht binnen bestimmter Frist kündigt. Daß letztere Bedingung wider § 67 H.H.B. verstoße, wie die Entscheidungen mancher Kaufmannsgerichte und auch Düringer-Hachenburg § 67 Anm. 4, Staub-Bondi § 67 Anm. 9 annehmen, ist nicht ohne weiteres zutreffend. Ebensowenig verstößt sie ohne weiteres gegen die guten Sitten. Über Urlaub der Handlungsgehilfen Liebrecht im Jahrb. des Kaufm. G. Berlin III S. 55 ff., der aber irrig annimmt, daß die Zusage des Urlaubs ein Schenkungsversprechen enthalte, es handelt sich lediglich um eine Nebenmodalität des Dienstvertrages, kraft deren der Chef auf die Dienste des Gehilfen für die Urlaubszeit verzichtet. Daß der freiwillig gewährte Urlaub jederzeit zurückgenommen werden kann, wie Horrwitz S. 72 behauptet, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend.

Nr. 8. 8. **Kündigt** der Prinzipal dem Handlungsgehilfen wegen der durch das unverschuldete Unglück länger eintretenden Verhinderung (§ 72 Abs. 1 Nr. 3), so bleibt der Anspruch aus § 63 bestehen (§ 72 Abs. 2). Kündigt umgekehrt der Gehilfe aus § 71 Nr. 1, so zessiert damit der Anspruch.

Nr. 9. 9. **Rückwirkung.** § 63 ist nicht anwendbar auf vor dem 1. Jan 1898 eingegangene Dienstverträge (vgl. Pappenheim bei Gruchot XXXXII S. 339 ff., K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 34 ff.). Doch kommt vom 1. Jan. 1900 ab Art. 171 des E.B.G.B. zur Anwendung.

§ 64.

Die Zahlung des dem Handlungsgehilfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.

Entw. I—II § 63; Denkschrift II S. 3168; Komm.Ber. S. 3884.

1. Vorbemerkung. Die Vergütung ist dem Handlungsgehilfen im Zweifel **nach** Leistung der Dienste zu entrichten, soweit nicht die Natur der Sache ein anderes mit sich bringt (Wohnung, freie Station, B.G.B. § 614). Ist sie nach Zeitabschnitten (Wochen, Monaten) bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, doch darf nach § 64 die Zahlung des Gehaltes nie in längeren Zeitabschnitten, als monatlichen erfolgen, auch wenn der Gehalt nach Jahr, Semester oder Quartal bemessen ist. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Doch dürfte der ganze Vertrag regelmäßig durch die Nichtigkeit dieser Vereinbarung nicht affiziert werden, da es sich nur um eine Zahlungsmodalität handelt. Es soll die Zahlung des Gehaltes am Schlusse des Monats, d. h. des Dienst- nicht des Kalendermonats, also am letzten Tage des Monats (B.G.B. § 192), ist dies ein Sonn- oder Feiertag am nächstfolgenden Werktag (B.G.B. § 193) erfolgen, doch kann durch Vereinbarung auch die Mitte des Monats oder wöchentliche Zahlung festgesetzt werden, denn nur die spätere Zahlung vereinbarende Beredung soll nichtig sein, auch Ortsgebrauch kann in dieser Beziehung von Bedeutung sein. Nicht ist der Gehilfe gezwungen, die ihm angebotene Summe mitzunehmen, er kann sie auch beim Prinzipal stehen lassen und eine nach der Fälligkeit vorgenommene diesbezügliche Vereinbarung wäre gültig, während ein vorher geschlossener Einbehaltungsvertrag nichtig wäre (Lotmar I S. 439). Zu leisten ist die Vergütung **im Geschäftslokal**, doch kann der Vertrag ein anderes bestimmen, G.O. § 115a findet nicht Anwendung. Wohnt der Gehilfe außerhalb, so tritt B.G.B. § 270 ein. Die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Surrogate der Erfüllung bleiben unberührt. Ein Verbot des Truckystems besteht nicht (bezl. der gesetzlichen Aufrechnung, vgl. oben bei § 59 Nr. 15). War dem Gehilfen der Gehalt vorgeschossen, so kann natürlich der Prinzipal bis zur Höhe des Vorschusses Gehaltszahlung unterlassen. — Nicht bezieht sich § 64 auf die Gehaltszahlung bei Endigung des Vertrages, hier ist der Anspruch sofort fällig (Lotmar I S. 369). Nr. 1.

2. § 64 betrifft nur den **festen Gehalt**. Über Tantième vgl. oben bei § 59 Nr. 11, über Provision bei § 65. Nr. 2.

3. **Auslagen, Spesen.** Nicht unter den Begriff der Vergütung fällt die Erstattung der Auslagen. Auf solche hat jeder Handlungsgehilfe, auch derjenige, der Provision erhält, in Gemäßheit von B.G.B. §§ 675, 670 (Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf) Anspruch. Doch kann natürlich nach dem Vertrage die Provision Ersatz zugleich für Unkosten sein (Apt I S. 41). Vorschüsse zu machen, ist der Handlungsgehilfe nicht gehalten (O.L.G. Stuttgart in Seuff. Bl. LXXI S. 611). Sie sind ihm im Zweifel sofort zu ersetzen und der Reisende kann sie von den eingenommenen Geldern abziehen (Apt I S. 38). Über Verjährung des Anspruches B.G.B. §§ 196 Nr. 8, 201. Bei Fernreisenden wird nicht selten ein Pauschalquantum (Diäten, Reisespesen) festgesetzt, weil eine genaue Buchführung über die Ausgaben mit Schwierigkeiten verknüpft ist (Bolze VI Nr. 332). Ohne solche Festsetzung kann auch der Reisende nur Erstattung der Barauslagen fordern. Bei Festsetzung ist die Reisezeit nach billigem Ermessen zu fixieren. Besondere Vergnügungstouren dürfen nicht in Rechnung fallen (Behrend § 45 Anm. 29). Hat der Prinzipal dem Handlungsreisenden statt fester Spesen „Vertrauensspesen" zugesichert, sei es ohne (R.O.H.G. XIX S. 9), sei es mit Festsetzung eines Höchstbetrages, so liegt darin die Ermächtigung, den den Verhältnissen entsprechenden Aufwand für Lebensunterhalt und die Repräsentation zu bestreiten (O.L.G. Dresden in Z. XXXIV S. 571, Riesenfeld I Nr. 59, II Nr. 15ff., Dove-Meyerstein Nr. 41, O.L.G. Frankfurt im Recht 06 S. 1270 Nr. 3140), d. h. es ist nach den konkreten Verhältnissen zu ermitteln, mit welchem Aufwand der Reisende anständig durchkommen kann. Dem Prinzipal bleibt der Einwand, daß der Reisende weniger Nr. 3.

verbraucht hat, als er vorgibt, oder daß sein Verbrauch unangemessen hoch war. Zur detaillierten Rechnungslegung ist dann der Reisende nicht gehalten, wohl aber wird er dem Prinzipal allgemeine Angaben über die Verwendung machen müssen (Riesenfeld I Nr. 57ff., II Nr. 15, Apt I S. 45, Frankfurter Handelsgebräuche S. 30). Sind die Spesen nach Tagen berechnet, so sind auch in die Reisezeit fallende Sonn- und Feiertage mit in Anschlag zu bringen, auch der Tag der Abreise ist in Ansatz zu bringen, jedenfalls dann, wenn diese am Vormittag erfolgt (Apt I S. 29, 38ff., Dove-Meyerstein Nr. 27, 38). Ob auch die gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Kosten der regelmäßigen Beförderung (Billet, Gepäckfracht, Trägergebühren) davon zu bestreiten sind, ist in Ermangelung von Abrede nach der Höhe zu entscheiden (Apt I S. 31, 39, 41ff.). Ungewöhnliche Kosten, z. B. Kosten der Rückfahrt bei schleuniger oder vorzeitiger Rückberufung werden im Zweifel besonders zu erstatten sein (Apt I S. 42, 45ff., Dove-Meyerstein Nr. 42, 44, Riesenfeld II Nr. 14). Gewährt der Chef Spesen zur anständigen Repräsentation, so muß sie der Reisende auch dazu verwenden und darf nicht den Ruf des Herrn durch schlechtes Auftreten schädigen (Dove-Apt S. 18). Ob die Reisespesen bloß unter den Begriff der Auslagen oder auch unter den der Vergütung (Bestreitung des Unterhaltes auf der Reise) fallen, ist Tatfrage (für das letztere Apt I S. 31, 41, Düringer-Hachenburg § 59 Anm. 42). Ergibt sich aus ihrer Höhe und Art der Berechnung das letztere (und das wird die Regel bilden), so hat der Prinzipal bei vertragswidriger, d. h. nicht durch das Verhalten des Gehilfen gerechtfertigter Unterlassung der vereinbarten, bez. üblichen Tour (vgl. Apt I S. 413ff., 498, 509, II S. 16, 188, 242, 312, 358, Dove-Meyerstein Nr. 32) oder bei vorzeitiger Entlassung dem Gehilfen den Schaden zu ersetzen (so mit Recht Staub-Bondi § 59 Anm. 37a, Seuffert LII Nr. 29, LIV Nr. 157, K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 311, O.L.G. Dresden ebenda III S. 78, O.L.G. Darmstadt ebenda VI S. 464, Celle ebenda S. 465, O.L.G. Dresden ebenda VII S. 148, O.L.G. Hamburg ebenda XVII S. 154, Hans. G.Zt. 1900, Hauptbl. S. 152, 188, O.L.G. Dresden im Recht 03, S. 268, auch bei Änderung des Geschäftsbetriebes?, dafür Bolze II Nr. 944, O.L.G. Stuttgart in D.J. Z. II S. 44). Doch greifen hier vielfach Handelsgebräuche ein. — Einseitige Umwandlung von Vertrauensspesen in feste Spesen kann widerrechtlich sein, braucht es aber nicht, zumal wenn die Vertrauensspesen nur für die Regel bewilligt sind und die festen Spesen angemessene sind (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XIX S. 302).

Nr. 4. 4. § 64 ergreift alle vom 1. Jan. 1898 ab zu leistenden Zahlungen, auch wenn das Dienstverhältnis aus der Zeit des älteren Rechts herstammt (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 35, a. A. Horrwitz u. Pappenheim).

§ 65.

Ist bedungen, daß der Handlungsgehilfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so finden die für die Handlungsagenten geltenden Vorschriften des § 88 und des § 91 Satz 1 Anwendung.

Entw. I § 59, II § 64; Denkschr. I S. 61, 62; II S. 3168, 3169.

Nur die §§ 88, 91 Satz 1 finden Anwendung, nicht ohne weiteres die §§ 89, 90, 91 Satz 2. Doch kann im einzelnen Fall dem für einen bestimmten Bezirk angestellten Handlungsgehilfen das Recht auf Provision für alle, auch ohne seine Mitwirkung in diesem Bezirke abgeschlossenen Geschäfte gewährt sein, besonders dann, wenn seine Stellung sich äußerlich der des Handlungsagenten nähert und er nur auf die Provision angewiesen ist. — Die Provision kann neben dem Gehalt oder als alleinige Vergütung gewährt werden, es kann auch ein Mindestbetrag garantiert sein (Dove-Meyerstein Nr. 46).

Durch die Anstellung des Handlungsgehilfen mit Provision übernimmt der Prinzipal im Zweifel keine Verpflichtung, Geschäfte, welche zur Provision berechtigen, in bestimmtem Umfange abzuschließen. Indessen wird eine Änderung des Betriebes, durch die ihm die Provision vereitelt wird, den Gehilfen zur Lösung des Verhält-

nisses nach § 71 berechtigen und bei Arglist des Prinzipals diesen zum Schadensersatz verpflichten. Auch dann, wenn der Prinzipal sich verpflichtet hatte, den Handlungsgehilfen auf Reisen gehen zu lassen, wird er durch veränderte allgemeine Disposition, z. B. daß überhaupt nicht mehr gereist werden solle, oder daß ein anderer reisen solle, ihm nicht den Anspruch rauben dürfen (vgl. Apt I S. 27, O.L.G. Kolmar in Recht 02, 592). Dagegen wird man im Einzelnen die Dispositionsfreiheit des Prinzipals nicht zu sehr einengen dürfen, der Gehilfe hat keinen ziffermäßigen Anspruch auf Provision in bestimmter Höhe (vgl. Dove-Meyerstein Nr. 31, Horrwitz S. 87). Vgl. im übrigen bez. der Provision bei § 88.

§ 65 hat keine rückwirkende Kraft. Vgl. jedoch Art. 171 des E.B.G.B.

§ 66.

Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Entw. I § 60, II § 65; Denkschr. I S. 62ff., II S. 3169; A. D.H.G.B. Art. 61. Literatur: Immerwahr, Kündigung 1898.

1. Vorbemerkung. Die §§ 66—72 regeln (freilich nicht erschöpfend) die **Auflösungsgründe** hinsichtlich des Dienstverhältnisses der Handlungsgehilfen (auf den Volontär sind sie nicht anwendbar, anders Staub-Bondi § 59 Anm. 10; hier wird aber auch § 671 B.G.B. für die Regel nicht passen, man wird vielmehr mit Düringer-Hachenburg eine angemessene Kündigungsfrist verlangen müssen). Die §§ 66—72 entsprechen den §§ 620—627 des B.G.B., von denen sie freilich nur einen Teil ersetzen. Die ersten vier von ihnen (§§ 66—69) beschäftigen sich mit den Kündigungsfristen bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen oder verlängerten Dienstverhältnissen. Sie treten an die Stelle der §§ 621—623 (aber nicht 624) des B.G.B., die folgenden drei Paragraphen (70—72) haben das vorzeitige Auflösungsrecht zum Gegenstande, sie treten an die Stelle der §§ 626, 627 des B.G.B. Soweit das Sonderrecht des H.G.B. nicht zur Anwendung gelangt, ist hinsichtlich der Auflösungsgründe auf das B.G.B. zurückzugehen. Insbesondere sind die §§ 620, 624, 625 des B.G.B. auch für den Dienstvertrag mit dem Handlungsgehilfen maßgebend. Außerdem ist selbstverständlich, daß **gegenseitige Übereinkunft** den Vertrag löst, gleichgültig ob diese ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt. Als solche würde Unterwerfung unter die auch ungerechtfertigte Kündigung des anderen Teiles zu gelten haben. Doch liegt solche Unterwerfung noch nicht darin, daß der Gehilfe der Anweisung des Prinzipals, das Geschäftslokal nicht mehr zu betreten, Folge leistet (vgl. R.O.H.G. II Nr. 67) oder daß er gegen die verspätete Kündigung nicht protestiert. Nr. 1.

2. Das auf **bestimmte Zeit** eingegangene Dienstverhältnis endigt mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist (B.G.B. § 620 Abs. 1). Als auf bestimmte Zeit eingegangen gilt es schon dann, wenn aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste die Dauer zu entnehmen ist (B.G.B. § 620 Abs. 2), z. B. bei Engagement für den Meßverkauf oder für eine der Dauer nach bestimmte Reise (O.L.G. Braunschweig in Braunschweig Z. LI S. 113). Der Beweis, daß das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen ist, liegt dem ob, der sich darauf beruft. Nr. 2.

3. Das auf **unbestimmte Zeit** eingegangene Dienstverhältnis — dahin gehört auch im Zweifel Anstellung „auf Probe" (O.L.G. Frankfurt im Recht 08 S. 139 Beil. 2 Nr. 845), Bezeichnung des Postens als Lebensstellung (O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. III S. 411) endet auf Grund der jedem Teile zustehenden rechtzeitigen Kündigung. Als auf unbestimmte (und nicht auf die gleiche) Zeit eingegangen gilt das nach Ablauf der bestimmten Dienstzeit vom Handlungsgehilfen mit Wissen und ohne Widerspruch des Prinzipals fortgesetzte Dienstverhältnis (B.G.B. § 625). Hat der Prinzipal dem Gehilfen auf dessen Bitte gestattet, weiter zu bleiben, ohne eine Verbindlichkeit für Lohnzahlung zu übernehmen, so liegt keine Verlängerung Nr. 3.

vor. Bei Weiterbewilligung der Lohnzahlung könnte § 67 zur Anwendung gelangen. War der Prinzipal der irrigen Meinung, daß die Dienstzeit noch nicht abgelaufen sei, so ist § 625 B.G.B. ebenfalls nicht anwendbar. — Unter rechtzeitiger Kündigung ist nach § 66 mangels anderer Vereinbarung eine Kündigung für den Schluß des Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer sechswöchentlichen Kündigungsfrist zu verstehen. Doch kann der Vertrag, soweit die §§ 67—69 dies gestatten, die Kündigung für andere Termine und die Größe der Kündigungsfrist auch in anderer Weise regeln (vgl. z. B. R.G. in Seuffert LXIII S. 56). In der bloßen Vereinbarung einer sechswöchentlichen Kündigung wird aber nur ein Hinweis auf § 66 zu erblicken sein (Apt I S. 21).

Nr. 4. 4. **Kündigung.** Die Kündigung ist ein einseitiges, empfangbedürftiges Rechtsgeschäft und deshalb von der dissociatio (Vereinbarung der Auflösung) zu scheiden. Einer bestimmten Form bedarf sie nicht. Sie ist an den Gegner oder dessen Vertreter zu richten (B.G.B. §§ 164 Abs. 3, 165), auch Klageerhebung wäre Kündigung. Die Kündigung gegenüber dem anwesenden Gegner oder die Kündigung durch Telephon wird mit dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie der anderer Teil vernimmt, die dem Abwesenden gegenüber erfolgte erst, wenn sie ihm zugeht, d. h. in seine oder seines Empfangsvertreters tatsächliche Gewalt kommt (R.G.Z. L S. 194, LVI S. 263, B.G.B. § 130 Abs. 1). Daß der andere Teil sie vernimmt, ist im letzteren Falle nicht notwendig. Ja weitergehend ist die Kündigung auch dann als wirksam zu betrachten, wenn der andere Teil nur infolge seines arglistigen oder schuldhaften Verhaltens sie nicht in seine Gewalt bekam, z. B. der Reisende seinen Aufenthalt vorzeitig, ohne den Chef zu benachrichtigen, aufgab oder eine falsche Adresse angab (O.L.G. Braunschweig in Z. XXXIV S. 572, R.G.Z. LVIII S. 407 ff., Staub-Bondi § 66 Anm. 9; a. A. Brand 4a, der nur Schadensersatzpflicht annimmt.) Auch kann der Vertrag das Wirksamwerden der Kündigung schon mit der Aufgabe auf der Post anordnen. Über Kündigung durch Zustellung B.G.B. § 132. Einer Annahme der Kündigung bedarf es nicht. Die Annahme einer nicht rechtzeitigen Kündigung enthält die Vereinbarung der Auflösung des Vertrages. — Die Kündigung enthält die Erklärung, daß der Kündigende das Verhältnis löse. Sie muß als solche bestimmt abgegeben werden, fehlt es an der erforderlichen Bestimmtheit, so liegt nur eine Androhung vor. So würde die bloße Bestreitung der Rechtswirksamkeit des Vertrages noch keine Kündigung sein, wohl aber die Erklärung unter allen Umständen das Verhältnis lösen zu wollen (O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 453), ebenso würde die Entlassungserklärung des Prinzipals, falls ein Grund zur sofortigen Entlassung nicht vorhanden ist, als Kündigung anzusehen sein. Die ausdrückliche Angabe des Termins, zu dem gekündigt wird, ist nicht nötig, im Zweifel gilt der gesetzliche Termin. Die Kündigung kann unbedingt oder bedingt erfolgen und die Bedingung braucht nicht bloß eine Potestativbedingung für den Gekündigten zu sein, wie O.L.G. Braunschweig in Seuffert LVII Nr. 60, O.L.G. Stuttgart im Recht 1910 Nr. 999 annehmen. Die Meinung, daß eine bedingte Kündigung ausgeschlossen sei, findet im B.G.B. keine Begründung, doch wird das Moment der Bestimmtheit hier besonders betont werden müssen und im Zweifel nur Androhung der Kündigung anzunehmen sein (ebenso Staub-Bondi § 66 A. 10, die mit Recht auf B.G.B. § 643 hinweisen, anders die überwiegende Meinung). Von Rückwirkung der Bedingung kann natürlich keine Rede sein (B.G.B. § 159 ist hierauf nicht zu beziehen). — Eine Zurücknahme der Kündigung ist nur mit Zustimmung des anderen Teiles zulässig. — Über die Fähigkeit des Minderjährigen zur Vornahme von Kündigungen B.G.B. §§ 111, 112, 113, zur Entgegennahme B.G.B. § 131.

Nr. 5. 5. **Recht zur Kündigung.** Die Kündigung kann von jedem der beiden Teile erfolgen. Die Kündigung des einen Teiles schließt nicht die des anderen aus (Bolze IV Nr. 675). Für den Prinzipal kann der Prokurist stets, der Handlungsbevollmächtigte dann kündigen, wenn die Voraussetzungen des § 54 zutreffen. Über Kündigung durch oder an einen Vertreter ohne Vertretungsmacht B.G.B. § 180.

Nr. 6. 6. **Termin für die Kündigung.** Die Kündigung muß für den Schluß eines Kalendervierteljahres, also für den 31. März, 30. Juni, 30 September, 31. Dezember erfolgen. Kündigungen für den Schluß des betreffenden Monats haben

nicht die beabsichtigte Wirkung, können aber nach Lage des Falles als Kündigungen zum gesetzlichen Termin aufrecht erhalten werden. Jedenfalls als solche anzusehen ist „Kündigung mit dreimonatlicher Frist" (K.G. in O.L.G. Rspr. VIII S. 96). Daß die Kündigung gerade zum nächsten gesetzlichen Termin erfolgt, ist nicht notwendig, auch Kündigung zu einem späteren Termin ist zulässig, z. B. im Januar zum Schluß des Jahres. Ein Verzicht auf die Ausübung des Kündigungsrechtes für die Zwischenzeit liegt darin nicht notwendig, doch kann Bindung gemeint sein, wenn der andere Teil diese Kündigung annimmt. Dann liegt Vereinbarung einer bestimmten Zeit des Dienstverhältnisses vor.

7. **Kündigungsfrist.** Die Kündigungsfrist beträgt sechs Wochen. Da für den Anfang der Frist die Tatsache der Kündigung maßgebend ist (B.G.B. § 187 Abs. 1), so muß die Kündigung spätestens an dem dem Schlußtage des betreffenden Quartals der Benennung nach entsprechenden Tage der voraufgehenden siebenten Woche erfolgen (B.G.B. § 188 Abs. 2), also am 17. Februar, (Schaltjahr 18. Februar), 19. Mai, 19. August, 19. November. Wäre dies ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag, so könnte sie am nächsten Werktag erfolgen (B.G.B. § 193, R.G. in J.W. 07 S. 705[6], Ritter Anm. 2, Staub-Bondi Anm. 11, anders Horrwitz S. 125 und zum Teil die Praxis der Kaufmannsgerichte), selbst wenn der Gehilfe am Sonntag beschäftigt wurde (Dove-Meyerstein Nr. 65). Sie kann aber auch früher erfolgen, selbst vor Antritt des Dienstverhältnisses (O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 452), doch befreit sie den Kündigenden nicht vom Antritt selbst, sondern wirkt nur für den nächsten gesetzlichen Termin nach dem Antritt. Erfolgt sie verspätet, so hat sie nicht den beabsichtigten Effekt, kann aber möglicherweise als Kündigung für den darauf folgenden Termin aufrecht erhalten werden (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 413). Nr. 7.

8. Ist das Dienstverhältnis für die **Lebenszeit** des Gehilfen, Herrn oder eines Dritten eingegangen oder für länger als 5 Jahre, so greift B.G.B. § 624 Platz. Als Anstellung auf Lebenszeit ist Zusicherung einer „Lebensstellung" noch nicht anzusehen (O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. III S. 411). Nr. 8.

9. Gerät der Prinzipal in **Konkurs**, so ist K.O. § 22 maßgebend. Über Konkurs des Handlungsgehilfen bei § 72. Nr. 9.

10. Das ältere Recht (Art. 61 Abs. 1) enthielt die gleiche Bestimmung.

§ 67.

Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Teile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

Entw. I § 61, II § 66; Denkschr. I S. 62, 63, II S. 3169.

1. Vorbemerkung. Die §§ 67—69 betreffen die **vertragsmäßige** Regelung der Kündigung sowohl bei auf unbestimmte Zeit als bei für bestimmte Zeit geschlossenen Verträgen, sowohl wenn es sich um den ursprünglichen als um den abgeänderten Vertrag handelt. Bei auf bestimmte Zeit geschlossenen Verträgen ist von einer echten Kündigung keine Rede. Der Vertrag nimmt mit Ablauf der Nr. 1.

Zeit sein Ende.[1]) Setzen die Parteien fest, daß der Vertrag als verlängert gelten solle, wenn nicht vor Ablauf des Vertrages von einem Teile gekündigt wird, so hat die Kündigung im Grunde die Natur einer Protestation oder Verwahrung. Der Kündigende verwahrt sich durch die Kündigung gegen die Folgen, die nach der Vereinbarung aus seinem Schweigen entstehen würden. Auch diese Kündigung ist einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und wird vom § 67 Abs. 1 mit ergriffen. Im übrigen kann die Dauer der vertragsmäßigen Dienstzeit beliebig frei vereinbart werden. Es steht nichts im Wege, die Vertragsdauer nach Tagen oder Monaten zu fixieren. Will man solchenfalls die Vorschriften des Abs. 1 nicht beobachten, so muß man den Vertrag stets von neuem auf die gleiche kurze Dauer abschließen (Staub-Bondi Anm. 3).

Nr. 2. 2. **Dauer der vertragsmäßigen Kündigungsfrist.** Die vertragsmäßige Kündigungsfrist kann eine längere als sechswöchentliche, aber nicht eine kürzere als einmonatliche sein. Ob eine längere (z. B. viertel-, halb- oder jährliche) ausbedungen ist, ist Auslegungsfrage. Aus der Art der Fixierung des Gehaltes, z. B. daß er halbjährlich oder nur jährlich gezahlt werden soll (angesichts des § 64 nur für ältere Dienstverträge praktisch), ergibt sich ein zwingender Schluß auf die Kündigungsfrist nicht. Diese bleibt trotzdem die des § 66 (vgl. Busch XVIII S. 147, XXVI S. 269, B.G.B. § 621 Abs. 4). Sie kann nicht kürzer als eine einmonatliche sein. Einmonatlich ist nicht identisch mit vierwöchentlich, noch auch beträgt der Monat 30 Tage sondern für die Berechnung ist B.G.B. §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 maßgebend. Freilich wird „vierwöchentliche" Kündigung als einmonatliche regelmäßig auszulegen sein (Staub-Bondi Anm. 8). Es muß also die echte Kündigung (Abs. 2) spätestens am Schlusse des voraufgehenden Monats (R.G. in J.W. 05 S. 502[34]), die unechte Kündigung des Abs. 3 spätestens an dem dem Endtage der Vertragszeit der Zahl nach entsprechenden Kalendertag des voraufgehenden Monats erfolgt sein. Auch muß sich die kürzere Frist aus dem Vertrage ergeben. In einer Anstellung auf Probe liegt noch nicht die Vereinbarung der kürzesten Kündigungsfrist von einem Monat (O.L.G. Hamburg in Seuffert LVI Nr. 258). Die Art der Gehaltsregulierung kann auch hier nicht entscheiden (vgl. B.G.B. § 622 Schluß).

Nr. 3. 3. **Gleichheit der Frist für beide Teile.** Die vertragsmäßige Kündigungsfrist muß für beide Teile die gleiche sein. Diese Vorschrift ist der G.O. § 122 nachgebildet. Auch zum Vorteil des Handlungsgehilfen darf nicht eine Ungleichheit stattfinden (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XIV S. 343; a. A. R.G.Z. LXVIII Nr. 78, Ritter Anm. 1, Düringer-Hachenburg A. 7, Staub-Bondi Anm. 7, Makower S. 211). Ist nur für den einen Teil eine besondere Kündigungsfrist hervorgehoben, so wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß sie auch für den anderen Teil gelten solle. Ergibt sich aus dem Vertrage das Gegenteil, so liegt ungleichmäßige Kündigungsfrist vor (R.G.Z. LXVIII S. 319). Ungleichheit wird auch dann anzunehmen sein, wenn die Frist zwar gleich, die Voraussetzungen der Kündigung aber für den einen Teil schwerer, als für den anderen sind, der eine z. B. jederzeit, der andere nur zu April frei kündigen darf (R.G.Z. LXVIII Nr. 78), oder dem Gehilfen eine Konventionalstrafe bei durch ihn vorgenommener Kündigung auferlegt ist (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 382, Düringer-Hachenburg Anm. 4).

Nr. 4. 4. Nur für die **echte Kündigung** gilt die Vorschrift des Absatzes 2. Für die unechte Kündigung des Abs. 3 ist es zulässig, daß sie auch zu einem anderen Termin, als dem Schluß eines Kalendermonats erfolgt. War der Vertrag z. B. am 15. Juni auf drei Monate geschlossen und vereinbart, daß er, falls nicht am 15. Aug. gekündigt werde, auf weitere drei Monate verlängert sein solle, so kann am 15. Aug. zum 15. Sept. gekündigt werden (anders K.G. in O.L.G. Rspr. VIII S. 96).

Nr. 5. 5. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften hat die Nichtigkeit der auf die Kündigung bezüglichen Vereinbarung zur Folge. Eine daraufhin vorgenommene Kündigung wäre ohne Wirkung, der Gehilfe brauchte ihr nicht Folge zu leisten, nimmt er sie an, so wird der Vertrag durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst.

---

[1]) Natürlich können die Parteien vereinbaren, daß der auf bestimmte Zeit geschlossene Vertrag bei Eintritt gewisser Tatsachen (z. B. Verheiratung des Gehilfen) sein Ende vorzeitig nehmen solle und ebenso können sie durch nachträgliche Vereinbarung den Vertrag aufheben. Diese Fälle werden von § 67 nicht ergriffen.

Wie weit der sonstige Inhalt des Vertrages von der Nichtigkeit berührt wird, entscheidet sich nach den B.G.B. § 139. Die allgemeine Präsumtion, die mit Staub das R.G. in solchen Fällen zugunsten der Aufrechterhaltung des Dienstvertrages aufstellt, (R.G. im Recht 07 S. 1474 Nr. 3705), ist wohl etwas zu weitgehend. Doch wird vielfach die Kündigungsabrede nur Nebensache sein. Ist der Vertrag solchenfalls aufrecht zu erhalten, so tritt an Stelle der nichtigen Kündigungsabrede der gesetzliche Zustand, also wenn die ganze Kündigungsabrede nichtig ist, die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66, wenn etwa nur gegen § 67 Abs. 2 verstoßen ist, diese Bestimmung (vgl. im einzelnen Staub-Bondi § 67 Anm. 8). Möglicherweise wäre jedoch nach Lage des Falles die nichtige Abrede dahin auszulegen, daß der vertragliche Zustand, wie ihn § 67 Abs. 1 mindestens verlangt, gemeint sei (so Jahrb. des Kauf.G. Berlin III S. 149).

6. Die Vereinbarung einer vertragsmäßigen Abweichung von den Bestimmungen des § 66 muß derjenige beweisen, der sich auf sie beruft. Nr. 6.

6a. Nicht schließt § 67 im übrigen aus, die Dauer der Vertragszeit vom Eintritt eines Umstandes abhängig zu machen (z. B. der Gehilfe solle solange bleiben, bis er eine neue Stellung gefunden habe, d. h. unter gewöhnlichen Umständen habe finden können (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 23) oder der Vertrag mit dem Reisenden solle aufhören, falls der Reisende nicht einen bestimmten Umsatz erziele (O.L.G. München im Recht 01 S. 101), oder falls die Resultate des Reisenden nicht befriedigen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. V S. 266 = Seuffert LVIII Nr. 83, letzteres halten für unzulässig Ritter Anm. 5, Brand Anm. 6). Ob die Vereinbarung, daß von der Kündigung des Prinzipals ab eine Minderung des Gehalts oder der Provision eintreten solle (Jahrb. des Kaufm.G. Berlin I S. 262 vgl. Ld.G. I Berlin in Veröff. des Kais. Auff.Amts IX Nr. 525) nur eine Umgehung des Verbots des § 67 ist oder gegen die guten Sitten verstößt (so die Praxis der Kaufmannsgerichte, Jahrb. des Kaufm.G. Berlin III S. 154ff.) oder eine zulässige Schutzmaßregel gegen Untätigkeit des Gehilfen nach der Kündigung darstellt, ist Tatfrage (ähnlich Staub-Bondi Anm. 9). Nr. 6a.

7. Die Vorschrift hat keine rückwirkende Kraft, vgl. dazu K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 34—37, auch O.L.G. Hamburg in D.J.Z. IV S. 116; a. A. O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. V Nr. 53a. — Sie ist auch nicht exklusiv im Sinne des Art. 30 E.B.G.B. (anders O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIV S. 345). Nr. 7.

§ 68.

Die Vorschriften des § 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehilfe einen Gehalt von mindestens fünftausend Mark für das Jahr bezieht.

Sie bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehilfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältnis kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehilfen zu tragen hat.

Entw. I—II § 67; Denkschr. II S. 3169, 3170; Komm.Ber. S. 3884, 3885.

1. Für zwei Kategorien von Handlungsgehilfen ist freie Vereinbarung, sowohl hinsichtlich der Kündigungsfrist als hinsichtlich des Termins, für den die Kündigung erfolgt, zugelassen. Die Kündigung braucht also nicht für den Schluß eines Kalendermonats zu erfolgen, es kann Kündigung für die Mitte des Monats, für bestimmte Festtage vereinbart werden. Die vereinbarte Kündigungsfrist kann auch weniger als einen Monat betragen (4 Wochen, 14 Tage, 8 Tage, vgl. über die Berechnung § 359 Abs. 2), auch tägliche Kündigung kann vereinbart werden. Die Kündigungsfrist kann verschieden groß für den Prinzipal und den Handlungsgehilfen sein. Auch Ortsgebräuche können hier in Betracht kommen, dagegen Handelsgebräuche nur dann, wenn der Engagementsvertrag auch auf Seiten des Handlungsgehilfen ein Handelsgeschäft ist (§ 346). Gutachten der Kaufmannschaft werden für den Erweis des Ortsgebrauches nicht stets genügen. So wird nach Ortsgebrauch unter „täglicher" Nr. 1.

Kündigung jederzeitige Kündigung zum nächsten Werktage verstanden werden (Staub-Bondi § 68 A. 3).

Nr. 2. 2. Die erste Kategorie sind Handlungsgehilfen, **deren Gehalt mindestens fünftausend Mark** für das Jahr beträgt. Diese unterstehen auch nicht dem Kaufmannsgericht. Unter Gehalt ist nur der fixe Gehalt, nicht Unterhalt, Provision, Tantième zu verstehen (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 250), es sei denn, daß eine feste Gehaltssumme ausbedungen und ein Teil auf den Unterhalt verrechnet wird oder daß für Provision und Tantième eine feste Summe garantiert ist. Ist der Handlungsgehilfe verpflichtet, einen Teil des Gehaltes für Pensionsfonds oder vom Prinzipal errichtete Kassen sich abziehen zu lassen, ohne daß dieser Betrag ihm mit Sicherheit zu voller Höhe wieder anfällt, so ist nur der übrige Teil als Gehalt im Sinne des § 68 anzusehen. Anders hinsichtlich der gesetzlichen Abzüge für Quittungsmarken u. dgl. Der Mindestgehalt von 5000 Mark ist der **Jahresgehalt**. Ist der Gehalt also nach Wochen, Monaten oder Quartalen bemessen, so sind diese auf das Jahr zusammenzurechnen. Daß der Handlungsgehilfe auf mindestens ein Jahr engagiert oder gar mindestens ein Jahr in Stellung ist, ist nicht notwendig. Dem Gehilfen muß der Gehalt vertragsmäßig zugesichert sein, so daß er Gläubiger in Höhe der Summe werden soll. Daß er ihn effektiv erhält, ist natürlich nicht notwendig. Auch Nebenberedungen, durch die er sich verpflichtet, den bezogenen Gehalt ganz oder teilweise in das Geschäft einzulegen, stehen der Anwendung des § 68 nicht im Wege. Rückt der Handlungsgehilfe in die von § 68, Absatz 1 bezifferte Gehaltsstufe auf, so heilt damit noch nicht eine frühere ungültige Beredung, wohl aber kann von nun ab die Beredung gültig getroffen werden (möglicherweise schon durch konkludentes Verhalten).

Nr. 3. 3. Die zweite Kategorie umfaßt die für eine **außereuropäische Handelsniederlassung** des Prinzipals engagierten Handlungsgehilfen, falls nach dem Vertrage der kündigende Prinzipal die Kosten der Rückreise zu tragen hat. Das Engagement muß unter Umständen erfolgt sein, die die Herrschaft des deutschen Rechts über das Vertragsverhältnis begründen. Dies wird regelmäßig dann nicht der Fall sein, wenn es im Auslande, regelmäßig dann der Fall sein, wenn es im Inlande erfolgte. Selbstverständlich kommt deutsches Recht unter allen Umständen zur Anwendung, wenn die außereuropäische Handelsniederlassung im deutschen Schutzgebiet liegt.

Der Begriff der Handelsniederlassung beschränkt sich nicht auf Zweigniederlassungen. Auch Hauptniederlassungen können in Frage kommen, wenn der Prinzipal mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt, von denen die eine eine außereuropäische ist. Ja auch der Fall, daß die Zweigniederlassung im Inlande, die Hauptniederlassung im Auslande ist, kann darunter fallen, zumal, wenn es sich um deutsche Schutzgebiete handelt.

Außereuropäisch ist nicht identisch mit überseeisch. So gehören Großbritannien, Island und die Faröer zu Europa (anders W.O. Art. 79 Nr. 1), wie umgekehrt der asiatische Kontinent außereuropäisch ist. Gleichgültig ist, ob das außereuropäische Gebiet einem Staatswesen zugehört oder herrenloses Gebiet ist. Der Handlungsgehilfe muß in der außereuropäischen Handelsniederlassung seine Dienste zu erfüllen haben. Ist er nur zu Reisen nach außereuropäischen Ländern, z. B. nach Kleinasien, engagiert, so fällt er nicht unter § 68, wie umgekehrt der für Außereuropa engagierte Handlungsgehilfe auch zu Reisen nach Europa verpflichtet sein kann.

Der Prinzipal muß für den Fall, daß er (nicht daß der Gehilfe) kündige, zur Erstattung der Kosten der Rückreise verpflichtet haben. Unter Kündigung ist nur die freie Kündigung des § 66, nicht die Kündigung des § 70 zu verstehen.

§ 69.

Wird ein Handlungsgehilfe nur zu vorübergehender Aushilfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus

fortgesetzt wird. Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Teile gleich sein.

Entw. I § 62, II § 68; Denkschr. I S. 63, II S. 3170; Komm.Ber. S. 3885.

1. **Aushilfsanstellungen.** Eine dritte Kategorie von Handlungsgehilfen, für die freie Vereinbarung von Kündigungsfrist und Termin, für den gekündigt wird, zugelassen ist, stellt § 69 auf: die zur vorübergehenden Aushilfe Angestellten. Aushilfsanstellung ist eine solche, die wegen Ausfalls einer im Geschäfte tätigen Person (Chef, Handlungsgehilfe, der vorzeitig entlassen wird, vorübergehend abwesend ist oder erkrankt) oder wegen besonders starker Geschäftstätigkeit notwendig wird. Daß eine solche vorliegt, muß der beweisen, der sich darauf beruft, in der Anstellung „auf Probe" braucht noch keine Aushilfsanstellung zu liegen (O.L.G. Hamburg in Seuffert LVI Nr. 258). Will also der Chef eines Warenhauses erproben, wieviel Personal er brauchen wird, bei Überschuß einen Teil entlassen, so liegt keine Anstellung zur Aushilfe vor (L.G. Königsberg im Recht 03, S. 524). Auch die bloße Bezeichnung „zur Aushilfe" kann nicht genügen, häufig wird sie vom Prinzipal gewählt, um sich die leichtere Kündigung zu sichern. — Die Anstellung zur Aushilfe darf nur eine vorübergehende sein. In letzterer Beziehung setzt das Gesetz als Grenze einen Zeitraum von drei Monaten (Berechnung B.G.B. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2). So lange dieser Zeitraum nicht überschritten wird, ist der Vertragsfreiheit keine Schranke gesetzt, nur muß in Wahrheit eine Kündigungsfrist vereinbart sein und muß die vereinbarte Kündigungsfrist für beide Teile die gleiche sein. Ob eine Kündigungsfrist vereinbart ist, ist Tatfrage. Es kann sich dies aus dem Wortlaut des Vertrages ergeben, es kann aber schon aus dem Inhalt des Vertrages gefolgert werden. Meist wird tägliche Kündigung gemeint sein, zumal wenn der Gehalt nach Tagen bemessen ist. Zur Auslegung kann B.G.B. § 621 herangezogen werden, da § 66 hier versagt. Die Vorschrift, daß die vereinbarte Kündigungsfrist für beide Teile die gleiche sein müsse, ist als juris publici zu betrachten (a. A. Fuld S. 31).[1]) Wird das Dienstverhältnis über die Dauer von drei Monaten fortgesetzt, so greift § 67 und § 66 (Lotmar I S. 594) Platz, die mit § 67 in Widerspruch stehenden Vereinbarungen werden von dem Moment des Ablaufs der drei Monate nichtig (unrichtig Ld.G. Berlin in Jahrb. des Kaufm.G. Berlin III S. 131). Nr. 1.

Auch § 67 Abs. 3 ist zur entsprechenden Anwendung zu bringen. War also der Vertrag mit dem zur Aushilfe angestellten auf eine bestimmte, nicht über drei Monate hinaus sich erstreckende Zeit geschlossen und dabei vereinbart, daß in Ermangelung einer vorzeitigen Kündigung der Vertrag als verlängert gelten solle, so kann die Kündigungsfrist auch unter einem Monat betragen, muß aber für beide Teile gleich lang sein. War die Vertragsdauer eine längere, so muß die Kündigung mindestens einen Monat vor Ablauf der Zeit erfolgen.

2. **Auf Probe Angestellte.** Sie sind nicht mit den zur Aushilfe Angestellten zu verwechseln. Solches Verhältnis konnte nach altem Recht stets sofort gekündigt werden und zwar von jedem Teil. Jetzt werden auch hier die §§ 67, 68 Platz greifen, d. h. es wird, falls nicht der Vertrag bei Probeengagements eine bestimmte Dauer der Bindung vorgesehen hat, regelmäßig das Probeengagement gemäß § 67 mindestens einen Monat dauern. Aus den Worten „zur Probe" oder „auf Probe" anstellen folgt übrigens noch nicht eine wirkliche Anstellung auf Probe. Es kann sich um eine bloß motivierende Redewendung handeln (O.L.G. Hamburg in Seuffert LVI Nr. 258 = O.L.G. Rspr. III S. 78). Wird nach Ablauf der Zeit der zur Probe Angestellte fortbehalten, so kann dies als festes Engagement auf unbestimmte Zeit erscheinen. Nr. 2.

3. § 69 hat keine rückwirkende Kraft (a. A. R.G. in L.Z. 08, S. 223). Nr. 3.

---

[1]) Eine widersprechende Abrede ist nichtig. Über den Einfluß auf den ganzen Vertrag B.G.B. § 139. Es geht nicht an, hier den Vertrag für die Regel in anderen Beziehungen zu konservieren und an Stelle der nichtigen Beredung die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66 zu setzen. Denn meist war die Aushilfestellung nur auf ganz kurze Zeit berechnet, wie ja § 69 selbst als Maximalzeit drei Monate annimmt, und die Art der Kündigung kann gerade hier eine große Rolle spielen.

§ 70.

Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Entw. I § 63, II § 69; Denkschr. I S. 63, II S. 3170; A.D.H.G.B. Art. 62.

Literatur: Reinhard, der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht VII S. 33ff.

§ 70 wiederholt wörtlich die §§ 626, 628 Abs. 2 des B.G.B. Einer eingehenden Erläuterung bedarf er somit nicht. Nur drei Punkte sind zu besprechen: Die Natur dieser Kündigung, der Begriff des wichtigen Grundes und die Folgen der Aufhebung des Vertrages.

Nr. 1. 1. **Kündigung.** Die Kündigung des § 70 enthält die Erklärung der einseitigen Aufhebung des Vertrages. Durch die Kündigung löst der Kündigende (ist es der Prinzipal, der „Entlassende", ist es der Gehilfe, der „Austretende"), vorausgesetzt, daß ein wichtiger Grund vorliegt, das Dienstverhältnis. Das richterliche Erkenntnis, sei es auf Grund einer Feststellungs-, sei es einer Leistungsklage, hat nicht konstitutive, sondern nur deklarative Kraft, es stellt nur fest, ob zur Zeit der Kündigung ein wichtiger Grund vorlag. Die Kündigung, die auch vor Antritt des Dienstverhältnisses und umgekehrt nach der zu einem späteren Termin ausgesprochenen Kündigung bei Eintritt eines neuen wichtigen Grundes von neuem erfolgen kann (Adler-Clemens Nr. 1120, O.L.G. Stettin im Recht 06, S. 50 Nr. 26), hat nur die deutliche Aufhebungserklärung zu enthalten, einer Angabe des Grundes bedarf es nicht und statt des angegebenen Grundes können im Falle des Prozesses andere, zur Zeit der Kündigung vorhanden gewesene Gründe geltend gemacht werden (R.O.H.G. XXI Nr. 82, XVII Nr. 48, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. V (1884) S. 244, O.L.G. Frankfurt in Z. XXXIV S. 574, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 79, O.L.G. Bamberg ebenda V S. 268, O.L.G. Kiel ebenda VII S. 384, O.L.G. Braunschweig ebenda XXI S. 383). Auch, daß die Gründe dem Kündigenden bekannt waren, ist nicht notwendig, es kommt nur auf ihr Vorhandensein an (O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXIV S. 575, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 79). Die Kündigung kann mündlich und schriftlich, ja auch durch konkludente Handlungen (Nichtweiterarbeitenlassen, dagegen noch nicht Nichtzahlung des Gehaltes) erfolgen (Adler-Clemens Nr. 1418). Vgl. hierüber bei § 66, Nr. 4. Die Kündigung kann für sofort oder für einen späteren Zeitpunkt ergehen (O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. VII S. 384, R.G.Z. LVI S. 373, R.G. bei Seuffert LXV Nr. 193, L.Z. 1912 S. 221). Der spätere Zeitpunkt kann vor dem Zeitpunkt des Gesetzes (§§ 66, 67) liegen (anders z. T. die Praxis der kaufmännischen Gerichte). — Mit dem in der gerechtfertigten Kündigung angegebenen Zeitpunkt ist das Dienstverhältnis gelöst, der Handlungsgehilfe untersteht von nun ab nicht mehr dem Verbot des Konkurrenzbetriebes (§ 60) und ist zu weiteren Diensten nicht verpflichtet. Das Recht auf Kündigung wegen wichtigen Grundes steht kraft zwingenden Rechts zu (R.G.Z. LXIX S. 365, vgl. LXXV S. 234).

Nr. 2. 2. **Wichtige Gründe** umfassen alle Fälle, in denen „eine wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrages (von beiden Teilen) mutmaßlich gewürdigten Umstände" (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 469) eintritt. Im übrigen kommt es auf den einzelnen Fall an. Die Entscheidung des Richters betrifft insofern eine Tatfrage, als die Erwägung aller in Betracht kommenden Verhältnisse im wesentlichen dem Gebiet des Tatsächlichen angehört, die daraus zu ziehenden Schlußfolgerungen fallen freilich in das Gebiet des Rechtlichen (zu weit gehend R.O.H.G. X Nr. 40, XIX Nr. 38, R.G.Z. X S. 186). Der Engagementsvertrag kann auch Tatsachen zu wichtigen Gründen stempeln, die es an sich nicht sind (vgl. O.L.G Hamburg in Seuffert LVIII Nr. 83: bei Reisenden nach objektivem Maßstab ungenügendes Resultat der Reisetätigkeit, R.G. in L.Z. 1911 S. 305). Nur darf nicht die reine

Willkür des Prinzipals entscheiden. Umgekehrt kann er bei an sich wichtigen Gründen das Kündigungsrecht nicht ausschließen, soweit darin ein Verstoß gegen die guten Sitten (O.L.G. Frankfurt im Recht 02 S. 269 Nr. 1366) oder gegen das Gebot des § 70 liegt (vgl. R.G.Z. LXXV S. 234, Cosack S. 92, Makower S. 213, Brand 2e hh). Auch ist die Beschränkung der G.O. § 139k Abs. 3 zu beachten, die nach G.O. § 154 Abs. 1 auf Handlungsgehilfen Anwendung findet. Im übrigen ist gleichgültig, ob die Abweichung zugunsten des Gehilfen oder des Chefs erfolgt (anders Ritter Anm. 1 S. 107, der vertragliche Abweichungen nur zugunsten des Gehilfen zulassen will). Eine Anzahl besonders praktischer Fälle heben die §§ 71, 72 hervor.

Daß die Gründe in der Person dessen liegen müssen, gegen den die Kündigung sich richtet, ist nicht notwendig (R.G.Z. LVIII S. 257, vgl. z. B. § 71 Nr. 1), noch weniger daß es sich um Vertragsbruch dessen, dem gekündigt wird, handelt (R.O.H.G. XXI Nr. 82, X Nr. 40, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 254, R.G. bei Warneyer 1912 Nr. 70). Es genügt, daß nach der objektiven Sachlage die einseitige Aufhebung gerechtfertigt erscheint.

Die Gründe müssen vorhanden sein **zur Zeit der Kündigung.** Dies will nicht besagen, daß die Tatsachen, auf die die Gründe sich stützen, zur Zeit der Kündigung sich ereignet haben. Sie können vielmehr auch nachher auftreten, sofern daraus der Schluß auf einen wichtigen Grund für die Kündigung zulässig ist (R.G.Z. XXXII Nr. 62, R.G. in J.W. 02 S. 174[43], Recht 08 S. 658 Beil. 2 Nr. 3583). Umgekehrt steht nicht im Wege, daß sie bereits vor dem Abschluß des Vertrages bestanden, sofern sie dem Kündigenden unbekannt waren und sofern sie ihre Wirkung in die Gegenwart erstrecken (R.G. im Recht 09 Nr. 3052, 1912 Nr. 3413, L.Z. 07 S. 741 = Gruchot LII S. 694). Waren sie vorher vorhanden, aber durch ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Verhalten des zur Kündigung berechtigten Teiles dieser ihrer Eigenschaft entkleidet, so kann der Kündigende sich auf sie nicht nachträglich berufen. Wie weit in dem Verhalten des Kündigungsberechtigten ein Verzicht auf die Geltendmachung liegt, ist Tatfrage, insbesondere ob das bloße Schweigen eine gewisse Zeit hindurch schon Verzeihung ist (R.G.Z. LVI S. 373, R.G. in Seuffert LXV Nr. 193, Warneyer 1912 Nr. 406, L.Z. 1910 S. 213, O.L.G. Stuttgart im Recht 09 Nr. 1707, 1804). Über die Frage, ob schon in dem Schweigen eines von mehreren Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft ein Verzicht der offenen Handelsgesellschaft liegt, R.G. bei Holdheim 1900 S. 287 (unten § 111 Nr. 2). Verzeiht der Prinzipal eine einzelne Dienstwidrigkeit des Handlungsgehilfen, so verzichtet er dadurch nicht auf das Recht, nachträglich die betreffende Tatsache als eine von mehreren für die Kennzeichnung des ganzen Betragens des Gehilfen zu verwerten (R.O.H.G. XVII S. 221, 222, R.G.Z. XXXVIII S. 116 und die dort zitierten [vgl. R.G. im Recht 08 S. 658 Beil. 2 Nr. 3582]). Stellt er dagegen einen mit einem sichtlichen Mangel behafteten Gehilfen an, so würde darin ein genereller Verzicht auf die Geltendmachung dieses Grundes erblickt werden müssen. Nr. 3.

Die **nach der gerechtfertigten Kündigung** eintretenden Tatsachen können, weil das Verhältnis gelöst ist, nicht weiter in Betracht kommen. War die Kündigung **ungerechtfertigt,** so blieb, sofern der andere Teil sich nicht damit einverstanden erklärt, das Verhältnis zu lösen, was in seinem bloßen Schweigen noch nicht liegt (O.L.G. Colmar in Neumanns Jahrb. 06 S. 621), das Dienstverhältnis bestehen, der Prinzipal kann somit auch die nachherigen Tatsachen zur erneuten Kündigung verwerten (R.G.Z. XXXII Nr. 62), ja in seinem Verhalten kann schon eine solche Kündigung liegen, indem er z. B. den Gehilfen nicht in das Geschäftslokal aufnimmt. Natürlich kann sich der kündigende Teil nicht auf Tatsachen stützen, die die Folge seiner Kündigung sind, z. B. der entlassende Prinzipal nicht auf § 72 Nr. 2. Dem anderen Teil, der an dem Vertrage festhalten will, erwächst danach die Pflicht, seinen vertraglichen Obliegenheiten, soweit dies nach der Natur der Dinge angängig ist, weiter nachzukommen, also dem Gehilfen die Pflicht, sich jeder Untreue, des Konkurrenzbetriebes (bestritten)[1]), der Injurien zu enthalten und, bei Zurücknahme der Kündigung die vollen Pflichten wieder zu übernehmen, es sei denn, daß ihm dies nach Lage der Dinge nicht mehr zugemutet werden kann (O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XII S. 268). Zu weit geht es aber, einen Leistungs- Nr. 4.

[1]) Über Konkurrenzklauseln unten S. 253 ff.

verzug in der ungerechtfertigten Kündigung, insbesondere beim Prinzipal zu erblicken, und dem Gehilfen, weil in der Kündigung die Erklärung der Leistungsverweigerung liege, sofort die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt aus B.G.B. § 326 zu gewähren. Der Gehilfe müßte den Fälligkeitstag für die Gehaltszahlung abwarten (Düringer-Hachenburg I S. 393 Anm. 15). — Im übrigen kann der Gehilfe seinen Gehalt fordern, ohne dem Prinzipal die Dienste noch einmal besonders anzubieten, sofern er seinen Dienst bereits angetreten hatte. B.G.B. § 615 ist hierauf nicht zu beziehen (O.L.G. Kiel bei Seuffert LIX Nr. 91, O.L.G. Marienwerder ebenda LVII Nr. 190, O.L.G. Kassel ebenda LX Nr. 104, O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XII S. 268, O.L.G. Kolmar ebenda XIV S. 344). Anders für den Fall, daß die Kündigung vor Antritt des Dienstes oder außerhalb des Dienstes erfolgt war (Ritter Nr. 4). — Wie weit die durch die Kündigung erzeugte Erregung mit zu berücksichtigen ist, ist Sache des richterlichen Ermessens (vgl. R.G.Z. XXXII Nr. 62, R.G. im Recht 08 S. 658 Beil. 2 Nr. 3583).

Der Nachweis des wichtigen Grundes liegt dem ob, der sich darauf beruft.

Nr. 5. 3. **Folgen der Kündigung.** Die Folgen der Kündigung normiert B.G.B. § 628. § 70 Abs. 2 hebt nur eine dieser Folgen ausdrücklich hervor. — Es kann also der Gehilfe einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, demnach von dem fixen Gehalt den auf die abgediente Zeit entfallenden Teil, der Prinzipal kann nicht die Entlassung „zurückdatieren", weil der Entlassungsgrund in der Vergangenheit lag, auch nicht, wenn der Gehilfe auf bewilligtem Urlaub sich befindet (Jahrb. des K.G. Berlin II S. 199). Hinsichtlich der Tantième bei § 59 Nr. 11. Das Neujahrsgeld und die zugesicherte Weihnachtsgratifikation kann er dann nicht anteilig verlangen, wenn das Verhältnis vorher endete (Adler-Clemens Nr. 1038, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 03 Beibl. S. 285). Hat er gekündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals dazu veranlaßt zu sein, z. B. wegen eigener Unfähigkeit, die Dienste zu verrichten, oder wegen Todes des Prinzipals, oder hat er durch sein vertragswidriges Verhalten den Prinzipal zur Kündigung veranlaßt, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Prinzipal bzw. dessen Rechtsnachfolger kein Interesse haben, z. B. weil er nur ganz kurze Zeit beim Prinzipal war und sich erst einarbeiten mußte (Düringer-Hachenburg Anm. 24). War ihm die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat er sie nach Maßgabe des B.G.B. § 347, also die Geldsumme von der Zeit des Empfangs an mit Zinsen zurückzuerstatten. Erfolgte die Kündigung wegen eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hatte, so braucht er nur die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

Nr. 6. Derjenige Teil, der durch sein subjektiv (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 255) vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles veranlaßt, ist nach Abs. 2 im Gegensatz zu den allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. § 325 (vgl. R.G.Z. LXIV Nr. 93, L.Z. 1912 S. 67) zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Hat also der Prinzipal durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt, so kann der Gehilfe im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage den Gehalt und die Tantième bis zu dem Zeitpunkt, bis zu dem nach allgemeinen Grundsätzen das Vertragsverhältnis gedauert hätte, also bei Verträgen auf unbestimmte Dauer bis zum ersten Termin, zu dem die Kündigung erfolgen konnte, verlangen (R.G.Z. XXXVI S. 53). War ihm freie Station zugesichert, so ist solche an sich weiter zu leisten, regelmäßig wird der Sinn der Zusicherung freilich sein, daß sie nur so lange in natura gewährt werden soll, als der Gehilfe sich tatsächlich in häuslicher Gemeinschaft befinde. Solchenfalls ist sie dann in Geld zu veranschlagen (Düringer-Hachenburg I S. 391 Anm. 9). Der Herr seinerseits kann nicht einwenden, der Gehilfe habe anderweit unentgeltlich Wohnung und Beköstigung erhalten (O.L.G. Marienwerder im Recht 06, S. 747 Nr. 1749). Die etwaigen Provisionen und Spesen sind für diesen Zeitraum nach Durchschnittssätzen zu berechnen. Abrechnen lassen muß er sich, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung (z. B. der Reisen als Handlungsreisender) erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste, wenn auch nicht gerade als Gehilfe (auch jede sonstige Tätigkeit kommt in Frage, vgl. Düringer-Hachenburg I S. 392) erwirbt oder zu erwerben böswillig unter-

läßt (B.G.B. § 615), ja sogar, was er schuldhafter Weise zu verdienen unterließ, wird ihm nach B.G.B. § 254 Abs. 2 anzurechnen sein. Die Beweislast hinsichtlich dieser Punkte trägt der Prinzipal (R.O.H.G. XVII S. 221, R.G.Z. XXXVIII S. 119). Möglicherweise ist der Schaden des Gehilfen aber ein größerer, als oben berechnet ist (Bolze XVI Nr. 381).

Der Prinzipal kann allen Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erleidet, daß er den Gehilfen entlassen mußte. Dieser wird verschieden groß sein, je nach der Konjunktur der Geschäfte, der Arbeitskraft des Gehilfen, der Möglichkeit, einen Ersatzmann zu finden. Läßt sich ein Ersatzmann nach Lage der Dinge nur gegen größeren Gehalt finden, so ist die Differenz dem Prinzipal zu ersetzen. Auch hier ist der Schaden nur für die Zeit zu ersetzen, für die regelmäßig das Vertragsverhältnis angedauert hätte.

Hat jeder gegenüber dem anderen vertragswidrig gehandelt, so greift § 254 B.G.B. Platz.

4. Erfolgt die Kündigung ungerechtfertigt, so kann der Teil, dem gekündigt ist, auf Leistung klagen, der Gehilfe also auf alles das, was er bei Fortbestand des Vertrages zu erhalten hat, demnach bei freier Station auf Fortsetzung, ev. angemessene Vergütung für die entgangenen Bezüge. Nur muß er sich nach B.G.B. § 615 den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Dabei kommen nur die Dienste in Frage, die er dem Prinzipal widmen mußte (R.G.Z. LVIII Nr. 102, O.L.G. Karlsruhe in D.J.Z. 1900 S. 364). Der Beweis liegt dem Prinzipal ob (R.G. in Seuffert LXI Nr. 79). Gleichgültig ist, ob er es erwirbt als Angestellter oder durch eigene Etablierung. Immer aber müssen Dienste verwendet sein. Nicht fällt also darunter die Versicherungssumme bei Stellenlosigkeitsversicherung (Horrwitz S. 71) oder die von Verwandten etwa gewährte Unterkunft. Da die ungerechtfertigte Kündigung wie nicht geschehen anzusehen ist, kann sie der Prinipal auch zurücknehmen und dem Gehilfen wieder seine alte Stellung anbieten, die dieser dann annehmen muß, es sei denn, daß der Gehilfe auf die ungerechtfertigte Kündigung hin selbst kündigen kann, was nach Lage der Falles möglich ist. — Der Prinzipal kann auf Leistung der Dienste klagen. Über die Vollstreckung Z.P.O. §§ 887, 888 Abs. 2 und Kaufm.G.Gesetz § 16 (oben § 59 Nr. 9), über den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung B.G.B. § 283. Auf bloße Unterlassung der Dienstleistung an jeden anderen hat er aus dem Dienstvertrag keinen Anspruch (R.G.Z. LXXII S. 393ff.). Vielmehr bedürfte es besonderer Vereinbarung, durch die der Gehilfe die Verpflichtung übernähme, sich der Dienstleistung an andere in bestimmtem Umfange zu enthalten oder es müßte der besondere Fall des § 60 vorliegen (R.G. in L.L. 1911, S. 542). — Der Prinzipal kann aber auch die Dienstweigerung des Gehilfen als Kündigungsgrund seinerseits benutzten und den Vertrag damit aufheben (vgl. hierzu Reinhard a. a. O. S. 41ff.). Nr. 7.

5. **Anfechtung.** Von der Kündigung aus den §§ 70—72 zu scheiden ist die Anfechtung wegen Irrtums (zumal über Eigenschaften des Handlungsgehilfen, B.G.B. § 119 Abs. 1, R.G.Z. VII S. 78, Z. VIII S. 171, vgl. R.G. in Seuffert LXI Nr. 42, O.L.G. Dresden im Recht 03, S. 504 Nr. 2530, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 03 Hptbl. S. 13, Apt III S. 15) oder arglistiger Täuschung (R.G.Z. XII S. 103 aus B.G.B. §§ 119, 123), wenngleich ein Anfechtungsgrund u. U. auch Kündigungsgrund sein kann (oben Nr. 3). Der rechtswirksam angefochtene Vertrag ist als von Anfang an nichtig anzusehen, der gezahlte Gehalt ist zu kondizieren, die geleisteten Dienste sind entspr. § 818 Abs. 2 B.G.B. zu vergüten. Ebensowenig hat mit der Kündigung zu tun die Geltendmachung der Nichtigkeit, z. B. weil der Vertrag gegen das Gesetz verstößt (B.G.B. § 134). Der Rücktritt aus B.G.B. § 326 ist durch die spezielle Regelung ausgeschlossen (R.G.Z. LXIV S. 384, Warneyer 1912 Nr. 16). Nr. 8.

Auch eine Klage auf Feststellung, daß der Kläger zur Entlassung, bez. zum Austritt berechtigt sei, ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig. Nur rechtfertigt der Wunsch einer Entscheidung der allgemeinen Rechtsfrage die Feststellungsklage noch nicht. Andererseits ist es aber zu weit gegangen, wenn das R.G. verlangt, daß die Entlassung, bez. der Austritt bereits erfolgt sei (R.G. in J.W. 02, S. 605[7]).

Es wird vielmehr genügen, daß der Kündigungswille außer Frage steht (O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. V S. 54).

Nr. 9. 5a. Eine Konventionalstrafe, die der Gehilfe für den Fall des Verlassens des Dienstes vor Ablauf der vereinbarten Zeit versprochen hatte, wird nicht verwirkt, wenn er wegen eines wichtigen Grundes die Stellung aufgibt (K.G. in O.L.G. Rspr. I Nr. 223a, bedenklich O.L.G. Oldenburg ebenda Nr. 223b).

Nr. 10. 6. **Älteres Recht.** Die vor dem 1. Jan. 1898 eingegangenen Dienstverträge unterstehen dem älteren Recht, für welches streitig war, ob die Kündigung konstitutive oder deklarative Kraft habe. Vom 1. Jan. 1900 ab griff Art. 171 des E.B.G.B. ein. — Die nach dem 31. Dez. 1897 eingegangenen Dienstverträge unterstanden, was die Folgen der Kündigung betrifft, von Abs. 2 abgesehen, dem Handelsgewohnheitsrecht bezw. Landesrecht, bis Art. 171 E.B.G.B. Anwendung fand.

Die vom 1. Jan. 1900 ab geschlossenen Dienstverträge unterstehen dem neuen H.G.B. und B.G.B.

§ 71.

Als ein wichtiger Grund, der den Handlungsgehilfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. **wenn der Handlungsgehilfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird;**
2. **wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;**
3. **wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert;**
4. **wenn sich der Prinzipal Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumutungen gegen den Handlungsgehilfen zuschulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehilfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.**

Entw. I § 64, II § 70; Denkschr. I S. 63, II S. 3170; Komm.Ber. S. 3885; A.D.H.G.B. Art. 63.

Nr. 1. Die in § 71 **exemplifikativ** („namentlich" vgl. R.O.H.G. II Nr. 67, VI Nr. 45) hervorgehobenen Fälle von wichtigen Gründen für den Austritt des Handlungsgehilfen sind unter Berücksichtigung von G.O. §§ 124, 133d gewählt. Sie sind nur regelmäßig, nicht stets Austrittsgründe. Besondere Umstände können eine andere Beurteilung rechtfertigen, z. B. wenn der Prinzipal die Tätlichkeiten aus Notwehr oder die Beleidigung in gerechtfertigter Gereiztheit (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 251) begangen oder den Vorwurf etwa des Diebstahls wegen dringenden, durch den Gehilfen verschuldeten Verdachts erhoben hatte, oder wenn er den Gehalt nicht gewährt, weil er den Kassenschlüssel verlegt hat (Komm.Ber. S. 3886) oder eine einzelne geringfügige Provision wegen Meinungsverschiedenheit verweigert (O.L.G. Hamburg in O.L.G Rspr. VII S. 385) oder den Gehalt nicht zahlt, weil über dessen Berechnung noch Meinungsverschiedenheit besteht.

Nr. 2. 1. **Unfähigkeit des Gehilfen zur Fortsetzung seiner Dienste.** Gleichgültig ist, ob sie auf einem Verschulden des Prinzipals beruht oder nicht. Dieser Umstand hat für den Schadensersatzanspruch nach § 70 Abs. 2, oder nach B.G.B. §§ 823, 826, aber nicht für das Austrittsrecht Bedeutung. Die Frage, ob der Gehilfe auch dann austreten kann, wenn er durch eigenes Verschulden dienstunfähig wird, z. B. wenn er sich durch leichtsinnigen Lebenswandel eine geschlechtliche Krankheit zugezogen

hat, die ihn dienstunfähig macht, ist zu bejahen, sofern in dem Verschulden nicht geradezu eine Vertragswidrigkeit liegt (vgl. R.G. in Gruchot LIV S. 933). Letzterenfalls kann er den Vertrag nicht aufheben, er ist vielmehr schadensersatzpflichtig. Die Unfähigkeit braucht nicht eine absolute Arbeitsunfähigkeit zu sein, es genügt Unfähigkeit zur Fortsetzung der ihm obliegenden Dienste (Fuld S. 81). Doch muß es sich um wirkliche Unfähigkeit handeln, bloß vorübergehende Verhinderung genügt nicht. Durch Vertrag kann dieses Kündigungsrecht nicht für die Zukunft ausgeschlossen werden (B.G.B. § 138).

2. **Nichtgewährung von Gehalt oder Unterhalt.** Unter Gehalt ist hier auch die Provision und Tantième, unter Nichtgewährung auch teilweise Nichtgewährung, demnach bei Unterhalt Verabfolgung von geringerem oder schlechterem Unterhalt zu verstehen. Nichtgewährung liegt nicht bloß dann vor, wenn eine bewußte Verweigerung auf Anfordern erfolgt, sondern auch dann, wenn ohne Anfordern des Gehilfen infolge von Unachtsamkeit die Verabreichung unterbleibt, was insbesondere beim Unterhalt von Bedeutung ist. Doch darf es sich dann nicht bloß um einen einzelnen Fall handeln, sondern es muß fortgesetztes Unterlassen vorliegen. Bloße Verarmung des Prinzipals genügt an sich nicht, so lange der Gehalt gewährt wird. Unter einen verwandten Gesichtspunkt fällt die Schmälerung des Gehalts eines auf Provision angestellten, mit der ausschließlichen Vertretung innerhalb eines Bezirkes beauftragten Reisenden durch Bestellung eines zweiten Reisenden für denselben Bezirk (vgl. O.L.G. Colmar im Recht 02, S. 594). Verwandlung von Vertrauensspesen in feste Spesen ist nur dann Gehaltsverweigerung, wenn die festen Spesen nicht angemessen sind (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XIX, S. 302, oben § 64 Nr. 3). Nr. 3.

3. **Verweigerung der dem Prinzipal nach § 62 obliegenden Pflichten.** Hier wird nicht bloß bei ausdrücklicher Weigerung des Prinzipals, diesen Pflichten nachzukommen, sondern auch dann das Austrittsrecht zu gewähren sein, wenn der Prinzipal bei scheinbarer Bereitwilligkeit tatsächlich die Anordnung vorzunehmen unterläßt (Komm.Ber. S. 3885) oder wenn er die Anordnung nachträglich wieder beseitigt. Andernfalls wäre eine Umgehung der Nr. 3 unvermeidlich. Auch Weigerung, die ihm nach B.B.G. § 617 obliegende Verpflichtung zu erfüllen, kann einen Kündigungsgrund bilden. Verweigerung setzt in der Regel besondere Aufforderung des Gehilfen voraus (R.G. in L.Z. 1912, S. 453 = Warneyer 1912 Nr. 267), doch ist dies nicht notwendig. Wissentliche Unterlassung der Beseitigung schwerer Mißstände ist auch ohne Aufforderung Kündigungsgrund (Düringer-Hachenburg Anm. 4). Ein vertragsmäßiger Vorausverzicht auf dieses Kündigungsrecht ist nicht zulässig (§ 62 Abs. 4). Nr. 4.

4. **Tätlichkeiten** usw. Soweit nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung erheischen (vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 251, wo der durch Nachlässigkeiten des Gehilfen in lebhafter Geschäftszeit gereizte Prinzipal dem Gehilfen, der ihm sagte „Ich bin nicht Ihr dummer Junge", erwiderte „Sie sind dümmer als ein dummer Junge"), berechtigt jede Tätlichkeit des Prinzipals, auch eine leichte, den Gehilfen zum Austritt, dagegen nicht jede Ehrverletzung, sondern nur eine erhebliche. Der Begriff der Erheblichkeit ist nach Lage des Falles abzuwägen (Bildungsgrad des Gehilfen, Art des Geschäftes, der Stellung, Alter des Gehilfen usw. vgl. z. B. O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XII S. 268, wo die vom Prinzipal einem jüngeren Handlungsgehilfen gegenüber getane Äußerung, er solle machen, daß er zum Teufel käme, nicht als wichtiger Grund angesehen wurde). Die Ehrverletzung kann in Worten und in Handlungen (z. B. ungerechtfertigter Entziehung der Prokura, Seuffert XXXXIV S. 58, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XV (1894) S. 284) bestehen. Sie kann sich in einer Handlung oder im ganzen Benehmen (symbolische Beleidigungen) ausprägen. Der kriminelle Begriff der Beleidigung deckt sich nicht mit dem Begriff der Ehrverletzung im Sinne des § 71 (R.G. in J.W. 1892, S. 482[17]), wie umgekehrt erhebliche Ehrverletzung vorliegen kann, ohne daß der strafrechtliche Begriff der Beleidigung konsumiert ist (vgl. Staub-Bondi Anm. 5). — Unsittliche Zumutung ist enger als Verleitung zu unsittlichen Handlungen, es handelt sich um ein von dem Prinzipal an den Handlungsgehilfen gestelltes Begehren, unsittliche Handlungen mit sich vornehmen zu lassen oder Dritten gegenüber zu begehen. Doch bildet möglicherweise auch die Verleitung zu unsittlichen oder ungesetzlichen Handlungen einen Kündigungsgrund (vgl. G.O. Nr. 5.

§ 124 Nr. 3). — Der Prinzipal ist ferner verpflichtet, den Handlungsgehilfen gegen Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen und unsittliche Zumutungen seitens eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen zu schützen. Unter anderen Angestellten sind nicht bloß Handlungsgehilfen, sondern auch sonstige im selben Geschäft angestellte, der Autorität des Prinzipals unterstehende Personen zu verstehen, unter Familienangehörigen auch das Gesinde des Prinzipals, ebenso ein zu vorübergehendem Besuch weilender Gast. Die Weigerung des Prinzipals ist Kündigungsgrund, doch kann auch trotz Bereitschaft des Prinzipals dessen Unvermögen zur Kündigung berechtigen. Ob der Prinzipal bona oder mala fide bei der Weigerung ist, ist nicht entscheidend (Staub-Bondi Anm. 5). Die bloße einzelne Tatsache einer Tätlichkeit usw. seitens eines anderen Angestellten genügt nicht (Komm.Ber. S. 3885, vgl. L.G. Magdeburg bei Kaufmann I S. 13), der Gehilfe muß beim Prinzipal erst um Schutz nachsuchen. Doch ist der Chef nicht verpflichtet, sich in alle läppischen Differenzen unter Angestellten einzumischen. — Wie weit Tätlichkeiten usw. gegen Familienglieder des Handlungsgehilfen Kündigungsgrund sind, ist nach Lage des Falles zu erwägen (vgl. G.O. § 124 Nr. 2, 3). — Durch Vertrag kann auf dieses Kündigungsrecht nicht im voraus verzichtet werden.

Nr. 6. 5. **Auch sonstige Gründe können in Betracht kommen.** Insbesondere ist Tod des Prinzipals dann ein wichtiger Grund, wenn die Persönlichkeit desselben für das Dienstverhältnis eine Rolle spielte (von Hahn zu Art. 63 § 2, Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 12), was freilich nur ausnahmsweise der Fall sein wird (vgl. B.G.B. §§ 675, 672). Über den Fall des Konkurses des Prinzipals K.O. § 22, wobei aber nicht ausgeschlossen ist, daß dieser Fall auch unter § 71 einzuordnen ist (R.O.H.G. XIX S. 393), über den Fall der Veräußerung des Geschäftes oben bei § 59 Nr. 9. Auch grobe Unsittlichkeit des Prinzipals kann einen wichtigen Grund bilden, zumal wenn der Handlungsgehilfe eine weibliche Person ist oder im Hause des Prinzipals wohnt, ferner Verurteilung des Prinzipals zur Zuchthausstrafe u. dergl. Ferner Nichtbeschäftigung des Gehilfen, wenn dieser zwar nicht als Lehrling, aber doch in der dem Prinzipal bekannten Absicht, um seine Kenntnisse und Fähigkeiten auszubilden, eingetreten ist (vgl. Staub-Bondi § 70 Anm. 30), Veranlassung einer strafrechtlichen Untersuchung gegen den Handlungsgehilfen, auch wenn der Prinzipal bona fide war (O.L.G. Hamburg in Seuffert LX Nr. 80), vertragswidrige erhebliche Beschränkung der Dienstbefugnisse des Angestellten (R.G. im Recht 09 Nr. 3474). Dagegen wäre nicht Austrittsgrund für den Gehilfen, daß eine Änderung seiner Vermögenslage ihm rätlich erscheinen läßt, selbständig zu werden (Krönig in Gew. u. Kaufm.G. XVI S. 252ff.) oder daß ihm der Gehalt nicht mehr genügt. Auch Rückgang des Geschäfts ist, solange der Gehalt pünktlich fortbezahlt wird, für die Regel kein Austrittsgrund (Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 14). Wieweit Änderung in Familienverhältnissen des Gehilfen diesen zur Kündigung berechtigt, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilen.

Nr. 7. 6. Ob der Handlungsgehilfe nach Eintritt des Grundes auf sein Kündigungsrecht **verzichtet** hat, ist Tatfrage, insbesondere wird man annehmen dürfen, daß der Handlungsgehilfe, der sich Tätlichkeiten, Injurien und unsittliche Zumutungen vom Prinzipal gefallen läßt, ohne nach angemessener Überlegungsfrist zu kündigen, verziehen hat (vgl. G.O. § 124 Abs. 2). Der generelle Satz, daß der Austritt sofort erfolgen muß, läßt sich nicht aufstellen (R.G. in J.W. 1910 S. 117[25]).

7. Das ältere Recht stimmt sachlich überein.

§ 72.

Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehilfe im Dienst untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;

2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
4. wenn er sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zuschulden kommen läßt.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehilfen nicht berührt.

Entw. I § 65, II § 71; Denkschr. I S. 63, II S. 3170; Komm.Ber. S. 3886; Stenogr. Ber. S. 4559, 4594, 5522 ff.; A. D. H.G.B. Art. 64.

Die hier aufgezählten Entlassungsgründe sind wiederum nur **exemplifikativ** (R.O.H.G. IV S. 402) und den Richter nicht schlechthin bindend. Es gilt auch hier, daß besondere Umstände eine Ausnahme begründen können, z. B. wenn der Gehilfe provoziert wurde (Bolze XIII Nr. 393, XVII Nr. 417, vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 78) oder wenn er zur Übertretung des Konkurrenzverbotes durch eine Person veranlaßt wurde, von der er annehmen durfte, sie habe die Vollmacht, ihm dies zu gestatten (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. IX S. 248), oder wenn (bei Gehorsamsverweigerung) die Befehle der mehreren Vorgesetzten sich widersprachen. Dagegen wäre das Aufdieprobestellen seitens des Prinzipals noch nicht unter allen Umständen ein Ausnahmegrund. Nr. 1.

1. **Verletzung der Treuverpflichtung.** Das Gesetz hebt drei Fälle besonders hervor: Untreue im Dienste, Vertrauensmißbrauch, Konkurrenzbetrieb, wobei der erste Fall im Grunde auch die beiden anderen umfaßt. — Der Begriff des Konkurrenzbetriebes ist durch § 60 gegeben. Erhebliche Börsenspekulationen des Gehilfen fallen danach nicht notwendig darunter, können aber einen besonderen Entlassungsgrund bilden, weil das Vertrauen des Prinzipals zum Gehilfen dadurch erschüttert wird. — Vertrauensmißbrauch bezieht sich in erster Linie auf Verrat von Geschäftsgeheimnissen (vgl. U.W.G. § 17), Mitteilung von Depeschen oder Briefen, die geheim gehalten werden sollen, an Dritte, Verrat der Kundschaft, Verbreitung von Nachrichten über ungünstige Vermögensverhältnisse des Prinzipals, (Seuffert XXXXVIII S. 169 ff., Bolze III Nr. 659, R.G. im Recht 07 S. 316 Nr. 648, S. 1136 Nr. 2729), dies selbst dann, wenn die Interessen des Gehilfen oder seiner Verwandten berührt werden, ferner Anfertigung von Buchauszügen für Dritte oder behufs Benutzung in einem selbst geplanten Konkurrenzbetrieb, (Holdheim VI S. 347), während die Anfertigung bloßer privater Notizen über Kundschaft, Einkaufspreis u. dergl. noch kein Vertauensmißbrauch ist (L.G. Frankfurt in Z. XXXIV S. 574). Auch unerlaubtes Eröffnen von Privatbriefen des Chefs fällt darunter (vgl. den Fall in Busch XXI S. 349), ferner Führung eines falschen Namens durch den Gehilfen (L.G. I Berlin bei Kaufmann V S. 55). Der Vertrauensmißbrauch außerhalb des Dienstes, z. B. indem der Gehilfe ihm mit Bezug auf die Familie des Prinzipals anvertraute Geheimnisse ausplaudert, kann einen selbständigen Grund abgeben. — Untreue im Dienste: darunter fällt jedes Verhalten, welches im Widerspruch mit der durch den Dienstvertrag übernommenen Verpflichtung steht, mit Treue und Redlichkeit im Vermögensinteresse des Prinzipals tätig zu sein, auch ohne daß der strafrechtliche Begriff der Untreue konsumiert ist (O.L.G. Cassel in Z. XLII S. 517, O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. V S. 268), folglich jede unredliche Manipulation, durch welche der Handlungsgehilfe auf Kosten des Prinzipals sich zu bereichern (z. B. der Handlungsreisende ein größere Provision zu erzielen) sucht. Beispiele: Aufgabe er- Nr. 2.

dichteter Bestellungen — O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. III S. 78 — wissentlich falsche Angabe erstatteter Besuche von Kunden, auch heimliches Ausbedingen einer Provision vom Gegenkontrahenten (R.O.H.G. XIII S. 184, R.G. in L.Z. 08 S. 595), Empfang von „Schmiergeldern" (vgl. Apt I S. 18, dazu U.W.G. § 12), Entnahme von Waren vom Prinzipal zum angeblichen Zweck der Verwendung zu Hochzeitsgeschenken und deshalb nach vertraglicher Zusage zu billigerem Preise, in Wahrheit zur eigenen Spekulation (R.G. in L.Z. 09 S. 473 = Warneyer 1909 Nr. 229). Dahin würde auch Weigerung, die vereinnahmten Gelder herauszugeben, unter Aufmachung einer Gegenrechnnng für künftig fälliges Salair gehören (vgl. auch R.O.H.G. IV S. 398, Z. VIII S. 164). Unter Untreue fällt auch jede unredliche Handlung, durch die der Gehilfe begangene Fehler und Nachlässigkeiten zu verdecken sucht, (vgl. R.G. im Recht 08 Nr. 607) dagegen nicht bloße Näschereien (L.G. Bautzen in Z. XXXX S. 454), auch nicht bloße Überschreitung der zur Reise bewilligten Kosten (Adler-Clemens Nr. 1337, zur Kasuistik Behrend § 46 S. 333 und Horrwitz S. 135 ff.). Auch Anstiftung anderer zur Untreue oder sonstigen Vertragswidrigkeiten, ja unter Umständen sogar Beredung zur Aufgabe der Stellung fällt darunter (vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VI S. 4, wo sich die Angestellten verbanden, um ungebührliche Forderungen zu erheben). Selbstverständlich gehören dahin Vermögensschädigungen durch Diebstahl, Unterschlagungen, Betrug, vorsätzliche Sachbeschädigung. Doch ist der Gesichtspunkt der Vermögensschädigung nicht der ausschlaggebende (R.G. in J.W. 09 S. 113[9]). Dagegen nicht bloßer Ungehorsam und unehrerbietiges Benehmen (darüber bei Nr. 3). Wann der Fall der Untreue gegeben ist, ist Tatfrage. Der allgemeine Satz, daß „verdächtiges, das Vertrauen des Prinzipals erschütterndes Benehmen des Handlungsgehilfen, auch ohne daß sich Untreue positiv beweisen läßt" unter § 72 Nr. 1 fällt (Behrend a. a. O.) geht zu weit, vgl. auch Staub-Bondi § 72 Anm. 2). Andererseits wird hier häufig ein Fall der contumacia vorliegen (unter Nr. 3). Vgl. z. B. O.L.G. Braunschweig in Braunschweig. Z. LI S. 116. Oder es wird der Gesichtspunkt der Kulpakompensation Platz greifen (B.G.B. § 254). Grob kulpose Ausführung von Dienstverrichtungen fällt nicht unter den Begriff der Untreue, kann aber einen selbständigen Entlassungsgrund abgeben.

Nr. 3. 2. **Verletzung der Gehorsamsverpflichtung** (Contumacia). Das Gesetz hebt auch hier nur zwei Fälle hervor: Unbefugtes Verlassen des Dienstes für eine erhebliche Zeit und beharrliche Weigerung zur Erfüllung der Dienstverpflichtung. Es ergibt sich, daß nicht jede geringfügige Kontumaz, z. B. kleine Unpünktlichkeit, noch eine einmalige momentane Auflehnung gegen den Prinzipal genügt, sondern, daß entweder fortgesetzte Unpünktlichkeit (O.L.G. Köln in O.L.G. Rspr. XII S. 417 Anm. 2), bez. ein beharrlicher, d. h. sich entweder in längerem ununterbrochenem Auflehnungszustande oder in widerholten Auflehnungstätigkeiten äußernder Trotz notwendig ist (O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. V S. 268) oder daß die einzelne Unpünktlichkeit, bez. Auflehnung durch die besonderen Umstände zu einer schweren wird, z. B. wenn der neu engagierte Gehilfe gleich am ersten Tage zwei Stunden zu spät erscheint (vgl. L.Z. 07 S. 302) oder wenn der mit der alleinigen Obhut des Ladens betraute Angestellte den Laden auf eine Stunde verläßt (O.L.G. Frankfurt im Recht 07 S. 1272 Nr. 3203) oder wenn es sich um eine besonders lebhafte Geschäftszeit handelt (Staub-Bondi Anm. 4). Im übrigen kann sich die Verletzung der Gehorsamsverpflichtung ausprägen in Fortbleiben aus dem Dienst, zu spätem Kommen, zu frühem Gehen, Nichtleisten der aufgetragenen Arbeit oder schlechter Verrichtung derselben, spezieller Nichterfüllung der erteilten Orders (R.G. in L.Z. 1914 S. 579), Erteilung von Kontreorders (vgl. Z. XXXX S. 453), Unterlassung obliegender Anzeigen (R.O.H.G. IV Nr. 82, O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XVI S. 86). Was „beharrlich" ist, läßt sich nur nach Lage des Falles entscheiden. So ist als erhebliche Zeit der unbefugten Verlassung des Dienstes unter Umständen bereits ein Tag oder gar eine Stunde erachtet worden (Busch XXX S. 160). — Das Verhalten des Gehilfen muß ein vertragswidriges sein, deshalb müssen die verweigerten Dienste solche sein, die dem Gehilfen obliegen, ihm zu Unrecht aufgebürdete Dienste kann er ablehnen. Ebenso muß das Verlassen des Dienstes ein unbefugtes sein, ein befugtes ist es dann, wenn es mit Einwilligung des Prinzipals erfolgt, ferner wenn der Handlungsgehilfe durch Krankheit, auch verschuldete, verhindert ist, zum Dienst zu erscheinen, auch Krankheit naher Angehöriger, wichtige Familienfeste z. B. silberne

Hochzeit der Eltern, können entschuldigen, ferner wenn er nach der Kündigung zum nächsten Termin den Prinzipal um Gewährung einer angemessenen Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses vergeblich angegangen hat und sich nun solche selbst nimmt (Düringer-Hachenburg Anm. 5), oder wenn der Dienst unterbrochen wird, um mit dem Prinzipal wegen Differenzen in der Auslegung des unklaren Dienstvertrages Rücksprache zu nehmen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 4) oder wenn der Chef auf die ferneren Dienste des Gehilfen verzichtet hat. Es wäre Chikane, wenn der verzichtende Chef verlangen wollte, daß er doch im Geschäft erscheine. Auch Erfüllung staatlicher oder religiöser (bei jüdischen Handlungsgehilfen die Feier hoher Festtage, vgl. Apt I S. 9, dagegen im Zweifel nicht die des Sabbaths), ethischer Pflichten (aber nicht bloßer Anstandspflichten), elementare Ereignisse (Überschwemmungen, Feuersbrünste) können für ihn einen Entschuldigungsgrund bilden (vgl. dazu Staub-Bondi § 72 Anm. 5). Nicht darf der Handlungsgehilfe die Dienste verweigern, weil der Chef mit dem Gehalt rückständig ist, er kann dann kündigen (§ 71 Nr. 3). Der Gehilfe ist übrigens verpflichtet, sein Fortbleiben und den Grund sofort dem Prinzipal anzuzeigen (Busch XXI S. 353). — Der Dienstvertrag kann hier im einzelnen modifizierend eingreifen, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht. — Dem Prinzipal wird nur obliegen, das Verlassen des Dienstes für eine erhebliche Zeit nachzuweisen, während der Gehilfe darzutun haben wird, daß es nicht unbefugt war. Dies entspricht dem Gedanken von § 282 B.G.B. (anders Staub-Bondi Anm. 6). — Eine Verpflichtung des Gehilfen, sich von dem durch den Prinzipal bezeichneten Arzt untersuchen zu lassen, läßt sich — in Ermangelung besonderer Beredungen — nicht annehmen, der Gehilfe kann den Beweis seiner Krankheit nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere durch Bescheinigung eines anderen Arztes führen. Die Weigerung des Gehilfen, überhaupt eine ärztliche Bescheinigung zu erbringen, wird regelmäßig einen Entlassungsgrund darstellen, zumal wenn der Chef die Kosten der Bescheinigung vorzuschießen bereit ist (hierzu Staub-Bondi Anm. 6).

3. **Dauernde Verhinderung der Dienstleistung.** Wann eine Krankheit eine „anhaltende", die Freiheitsstrafe oder Abwesenheit eine „längere" ist, bemißt sich nach Lage des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung der vereinbarten Vertragsdauer. Dabei kommt es darauf an, ob zur Zeit der Kündigung noch an ein „Anhalten" zu denken war, der vorher verflossene Zeitraum kann, falls die Genesung zur Zeit der Kündigung nahe ist, nicht in Berechnung gezogen werden (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII S. 417 = Seuffert LXI Nr. 140, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. III S. 77, vgl. O.L.G. Kassel in O.L.G. Rspr. X S. 236 = Seuffert LX Nr. 105). Die Behauptung, daß der Prinzipal bei unverschuldeter Krankheit des Gehilfen die sechs Wochen des § 63 abwarten muß, bevor er kündigt (Behrend S. 334), ist nicht stets zutreffend. Dem Gehilfen bleibt diesenfalls der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt bis auf die Dauer von sechs Wochen, der Prinzipal kann aber sehr wohl ein Interesse haben, das Verhältnis schon vor Ablauf der sechs Wochen zu lösen, wenn feststeht, daß eine anhaltende Krankheit vorliegt. Bloße Kränklichkeit oder Nervosität steht der Krankheit nicht gleich. — Unter militärischer Dienstleistung ist nicht bloß eine Übung, sondern auch der Fall der Mobilmachung zu verstehen. Steht die längere Dauer der Einziehung von vornherein fest, so kann der Prinzipal das Verhältnis gleich kündigen. Ist die Dauer ungewiß, so muß er die Zeit von acht Wochen abwarten. — Wird der Gehilfe nur für einen Teil des Tages an der Verrichtung der Dienste gehindert, so hat der Richter zu ermessen, wie weit das Kündigungsrecht Platz greift. Nr. 4.

4. **Verletzung der Respektpflicht.** Wenngleich § 72 Nr. 4 und § 71 Nr. 4 in dieser Beziehung beide Teile gleich stellen, so ist bei Abmessung des Begriffes der erheblichen Ehrverletzung das Respektverhältnis des Gehilfen zum Prinzipal in Betracht zu ziehen, sodaß als erhebliche Ehrverletzung hier gelten kann, was im Falle von § 71 Nr. 4 eine solche noch nicht ist (vgl. zur Kasuistik O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 189, Dresden ebenda III S. 79, R.G. im Recht 08 Nr. 732, L.Z. 1913 S. 461, O.L.G. Frankfurt in O.L.G. Rspr. XXV S. 15). Auch entscheidet nicht Erheblichkeit vom Standpunkte des Strafrichters (Bolze XV Nr. 323). Selbst ironische und unschickliche Briefe des Gehilfen an den Prinzipal fallen hierher (Bolze XIV Nr. 395, R.G. in L.Z. 08 S. 157: antisemitische Äußerungen gegenüber einem jüdischen Chef). Bloßes aufgeregtes Benehmen des Gehilfen bei Vorhaltungen Nr. 5.

wäre dagegen noch keine Ehrverletzung (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIII (1892) S. 294), noch weniger ruhige, sachliche Opposition (R.G. in L.Z. 1912 S. 155). Auch Beleidigung von Angehörigen des Prinzipals kann darunter fallen, zumal der Ehefrau (Busch IX S. 380f.), aber auch der erwachsenen Tochter, der Eltern, insbesondere bei in die häusliche Gemeinschaft des Prinzipals aufgenommenen Handlungsgehilfen, ebenso unsittliche Zumutungen gegen Angehörige des Prinzipals, ja u. U. sogar Mißhandlungen eines anderen Angestellten, sofern darin eine Achtungsverletzung gegenüber dem Chef liegt. Unter Vertreter des Prinzipals ist sowohl der gesetzliche als gewillkürte Vertreter zu verstehen, vorausgesetzt, daß die Vertretung sich auf die Leitung bezieht (Gareis Lehrb. § 20).

Nr. 6. 5. **Sonstige Gründe.** Ihre Zahl ist unbegrenzt. Vor allem können in Betracht kommen persönliche Fehler, Verfehlungen oder Eigenschaften des Gehilfen, die das Vertrauen des Prinzipals zu ihm erschüttern müssen oder die die Würde des Hauses beeinträchtigen, Begehen gewisser strafbarer Handlungen (Diebstahl und dergl.) gegen Dritte (vgl. G.O. § 123 Nr. 2), liederlicher, unsittlicher oder leichtsinniger Lebenswandel (Spekulieren, Wetten, Differenzhandel, Vorbringen des Differenzeinwandes vgl. R.G.Z. LIII Nr. 68), Behaftung mit einer ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit (vgl. G.O. § 123 Nr. 8), rohes oder unzüchtiges Benehmen, fortgesetztes Lügen (R.G. im Recht 09 Nr. 739), unter Umständen auch Konkurseröffnung über das Vermögen des Handlungsgehilfen oder Pfändung seines Gehalts (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. XIV S. 344), ja unter Umständen schon bloße Vermögenszerrüttung (z. B. bei einem Betriebsdirektor, R.O.H.G. XVIII S. 29, O.L.G. Karlsruhe im Recht 1900 S. 467), während bei Konkurs über das Vermögen des Prinzipals K.O. § 22 Platz greift und eigene Verarmung dem Chef keinen Grund zur Auflösung gibt; weiter Unfähigkeit des Handlungsgehilfen, den übernommenen Dienst auszuführen, z. B. infolge mangelhafter Schulbildung (Bolze I Nr. 997), schlechter Handschrift, unordentlicher Buchführung (K.G. in Seuffert LXII Nr. 189), während bloßer mangelnder geschäftlicher Erfolg bei Reisenden nach ständiger Praxis noch nicht genügt (O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. VI S. 464). Auch wird man, wenn der Gehilfe die in ihn nach dem Vertrage gesetzten Erwartungen nicht rechtfertigt und der Herr ihn trotzdem behält, den Herrn nicht plötzlich kündigen lassen dürfen, sowenig er ja auch das Anfechtungsrecht, von dem er nicht unverzüglich Gebrauch macht, nachher ausüben darf (R.G. in L.Z. 1910 S. 147). Auch Veränderungen in persönlichen Beziehungen können eine justa causa bilden, z. B. Aufhebung der Verlobung mit der Tochter oder Schwester des Chefs (Jahrb. des Kaufm.-G. Berlin II S. 231). Auch Tatsachen aus dem Vorleben des Handlungsgehilfen können den Prinzipal, der nachträglich davon erfährt, zur Kündigung berechtigen (oben § 70 Nr. 8). Doch wird es sich hier gewöhlich eher um Anfechtung wegen Irrtums oder Betruges handeln.

Stirbt der Prinzipal, so geht die Verpflichtung aus dem Vertrage auf die Erben über. Lösen diese aber das Geschäft auf oder veräußern sie es, so ist für sie ein Entlassungsgrund gegeben, der Gehilfe kann von ihnen nicht verlangen, daß sie dafür Sorge tragen, daß der Erwerber des Geschäfts ihn übernehme (R.G.Z. LVIII Nr. 64). Löst der Prinzipal das Geschäft selbst freiwillig auf, so ist ein wichtiger Entlassungsgrund nicht gegeben (R.G. in L.Z. 08 S. 694), anders wenn er durch einen Zufall dazu gezwungen ist, z. B. Verstaatlichung des Gewerbes (O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. II S. 502: Verbot der Privatpost), Abbrennen der Fabrik. Doch würde auch dies nur gelten, wenn er von den Diensten des Gehilfen überhaupt keinen Gebrauch mehr machen kann, z. B. nicht, wenn nur eine Zweigniederlassung aufgegeben werden muß, während der Gehilfe für das Gesamtgeschäft angestellt war (R.G. im B. A. X S. 138 = Warneyer 1910 Nr. 463).

Im einzelnen ist die Besonderheit des Falles entscheidend. Der in die häusliche Gemeinschaft aufgenommene oder doch im selben Hause, wie die Familie des Prinzipals wohnende Handlungsgehilfe wird gewöhnlich mit strengeren Augen zu betrachten sein, als der selbständige (vgl. R.G.Z. XXXVIII S. 115f., O.L.G. Dresden bei Kaufmann V S. 56, O.L.G. Darmstadt bei Neumann III$_2$ S. 22), der weibliche mit Bezug auf geschlechtliche Integrität strenger als der männliche, die Art der Stellung ist von Bedeutung u. s. w. Auch die Art der Geschäftsbranche spielt herein, z. B. mit Bezug auf Anforderungen an die Reinlichkeit (O.L.G. Rostock im Recht 05 S. 650 Nr. 2719). — Immer aber ist zu beachten, daß das private Leben des Gehilfen den Geschäftsherrn nur insoweit angeht, als seine geschäftlichen Interessen dadurch berührt werden

(O.L.G. Hamburg in Seuffert LXVII Nr. 43 = O.L.G. Rspr. XXIX S. 122). So würde geschlechtlicher Verkehr selbst mit einer Angestellten noch nicht notwendig Kündigungsgrund sein, wohl aber, wenn der Chef bei der Anstellung sich dies verbeten hatte (unrichtig L.G. Görlitz bei Kaufmann V S. 56). Vereinzelte Fälle, z. B. daß der Handlungsgehilfe einmal angetrunken ist, können nicht genügen. Es können auch mehrere Tatsachen zusammen zur Entlassung berechtigen, während die einzelne nicht ausreicht (Bolze XI Nr. 334, O.L.G. Dresden in Z. XXXIV S. 573, R.G. in Holdheim 1905 S. 25).

6. Auch hier ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Herr dem Handlungsgehilfen **verziehen** hat. In analoger Anwendung von G.O. § 123 Abs. 2 wird man die Entlassung meist für unzulässig halten müssen, wenn der Herr mit der Tatsache wirklich bekannt geworden (bloßer Verdacht genügt nicht, Bolze VII Nr. 528), nicht in angemessener Zeit kündigt, oder wenn er ihm ein Zeugnis ausstellt, das seine Zufriedenheit zum Ausdruck bringt. Doch verzichtet er damit nicht auf das Recht, für eine spätere Entlassung diese Tatsache mit zu verwerten (R.G.Z. XXXVIII S. 116 und die dort Zitierten). Nr. 7.

7. Über Abs. 2 bei § 63.

8. Das ältere Recht stimmte im wesentlichen mit Abs. 1 überein. Über Abs. 2 bei § 63.

§ 73.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehilfe ein schriftliches Zeugnis über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen des Handlungsgehilfen auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen.

Auf Antrag des Handlungsgehilfen hat die Ortspolizeibehörde das Zeugnis kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

Entw. I § 66, II § 72; Denkschr. I S. 63, II S. 3170; Komm.Ber. S. 3886, 3887.

Lit. Staegemann, Das Zeugnis des Handlungsgehilfen Diss. 1903; Brückmann in Seufferts Bl. LXIX S. 449ff.; Bendix im Arch. f. b. R. XXVIII S. 94ff.; Leonhardt, Das Dienstzeugnis des Handlungsgehilfen 07; Pfeiffer, Das Dienstzeugnis nach B.G.B., H.G.B. und Gew.O. Diss. 09; Neumann in Jahrb. des Kaufm.G. Berlin I S. 115ff.; Möllmann, Das Dienstzeugnis ꝛc. 1911.

1. **Zeugnis.** Die Bestimmung entspricht der G.O. §§ 113 Abs. 1, 2, 114, geht aber über das B.G.B. § 630 hinaus. Jeder Gehilfe (auch der nur auf Probe oder zur Aushilfe angenommene, Fuld S. 57) kann auf Grund des Dienstvertrages (Gerichtsstand Z.P.O. § 29, Vollstreckung Z.P.O § 888 vgl. aber auch § 893, Kfm.G. G. § 16 in Verb. mit Gew.Ger.Gesetz § 51. Geltendmachung B.G.B. § 113), nicht auf Grund der Anordnung der Staatsgewalt das Zeugnis „bei der Beendigung" verlangen, d. h., wenn die Kündigung die Auflösung zur unmittelbaren Folge hat, sofort nach der eingetretenen Auflösung, wenn die Auflösung an einem späteren Zeitpunkt erfolgt, in der Zeit zwischen Kündigung und Abgang, beziehungsweise bei auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverträgen, angemessene Zeit vor Ablauf (Möllmann S. 30), nicht aber erst, wie O.L.G. Darmstadt in Seuffert LVII Nr. 15 = O.L.G. Rspr. II S. 78 annimmt, „im Zeitpunkt der Beendigung" (vgl. O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. V Nr. 53a), aber auch nicht, wie Möllmann S. 29 annimmt, vom Zeitpunkt der Kündigung ab. Der Herr muß es so zeitig erteilen, daß dem Gehilfen dadurch ermöglicht wird, es bei dem Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu verwerten (B.G.B. § 629, vgl. auch Komm Ber. S. 3886, 3887), natürlich kann der Herr bei Erteilung die noch nicht abgediente Zeit nicht berücksichtigen. Keinesfalls kann während des Dienstes jederzeit der Gehilfe ein Zeugnis begehren (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 4). Die Schuld ist Holschuld, nicht Bringschuld. Grundlose Verzögerung würde den Herrn schadensersatzpflichtig machen. Umgekehrt kann der Gehilfe das Zeugnis auch zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere nach der Auflösung verlangen. Nr. 1.

Der Antrag, eine zeitliche Grenze (6 Monate) zu setzen, wurde abgelehnt. Aus welchem Grunde die Beendigung erfolgt, ist gleichgültig. Nur muß das Verhältnis wirklich beendet werden. Das bloße, eigenmächtige Verlassen des Dienstes berechtigt den Gehilfen nicht, das Zeugnis zu verlangen, der Prinzipal kann es ihm bis zu dem Zeitpunkt, wo er bei rechtmäßiger Beendigung zur Ausstellung gehalten wäre, verweigern (vgl. Apt I S. 25, a. A. Möllmann S. 34, Fuld S. 53 und Staub-Bondi § 73 Anm. 1). Umgekehrt darf der Gehilfe es nicht nachträglich zu einer Zeit fordern, die so entfernt liegt, daß dem Herrn die Erinnerung an die zu bezeugenden Tatsachen geschwunden ist (Hilse in Holdheim 05 S. 209, K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 304). Im übrigen besteht keine Beschränkung in der Zeit der Nachforderung, abgesehen von der 30jährigen Verjährung, die zu laufen beginnt von dem Zeitpunkt, an dem der Gehilfe das Zeugnis verlangen konnte. — Dagegen hat, falls die Voraussetzungen des § 73 vorliegen, der Prinzipal nicht etwa ein Zurückbehaltungsrecht am Zeugnis wegen Kontraktswidrigkeiten des Gehilfen (vgl. Fuld S. 56), § 320 B.G.B. trifft überhaupt nicht zu und § 273 deshalb nicht, weil sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.

Nr. 2. Das Zeugnis, welches mehr als eine Quittung im Sinne vom B.G.B. § 368 ist, andererseits nicht eine Zeugenaussage vor der Behörde darstellt, muß ein **schriftliches** sein. Es braucht nur in einem Exemplar ausgestellt zu werden. Über die Form B.G.B. § 126. Zur Ausstellung ist neben dem Herrn der Prokurist berechtigt (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. 410), ob auch der Handlungsbevollmächtigte, regelt sich nach § 54 H.G.B., doch wird der Gehilfe auch ein direktes Zeugnis des Herrn verlangen dürfen. Ist der Herr gestorben, so sind die Erben zur Ausstellung verpflichtet, soweit ihre Wissenschaft reicht. Bei juristischen Personen stellt das Zeugnis ein Vorstandsmitglied aus. Aufgedrängt werden kann dem Gehilfen das Zeugnis nicht (R.G. in J.W. 1897, S. 350[27]). Hat er es verlangt, so kann er vor Ausstellung das Verlangen noch zurückziehen. Der Aussteller darf das Zeugnis ohne weitergehendes Verlangen des Gehilfen nur auf **Art und** (tatsächliche) **Dauer der Beschäftigung**, welche genügend zu spezialisieren sind (Buchhalter, Kassierer, Filialleiter, Provinzreisender, dazu Dove-Meyerstein Nr. 66) erstrecken. Der Gehilfe kann Erstreckung auf Führung (d. h. Gesamtführung) oder Leistung im Dienst oder beides verlangen (K.G. bei Holdheim 03, S. 177, O.L.G. Dresden im Recht 08 Nr. 2804 = O.L.G. Rspr. XVII S. 414, O.L.G. Hamburg in Seuffert LXIX Nr. 37). Der Begriff der Führung und Leistung hat an sich nichts mit dem Erfolge zu tun. Es besteht auf keiner Seite Recht oder Pflicht auf Bezeugung des Erfolges (anders O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. V S. 269 ff., O.L.G. Dresden ebenda XVII S. 415). Der Angabe des Beendigungsgrundes bedarf es nur da, wo dieser für die Führung oder Leistungen entscheidend ist, solchenfalls ist dann aber auf Erfordern des Gehilfen der ihn bildende tatsächliche Vorgang anzugeben (Apt I S. 23). Selbstverständlich ist auch hier untersagt, das Zeugnis mit geheimen Merkmalen zu versehen, welche den Zweck haben, den Gehilfen in bestimmter Weise zu kennzeichnen (vgl. G.O. § 113 Abs. 3, Komm.Ber. S. 3887) oder das Urteil auf Verhältnisse zu erstrecken, die nichts mit dem Dienst zu tun haben (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIII S. 423), z. B. auf politische Gesinnung. — Dieses Zeugnis darf der Herr auch dann nicht verweigern, wenn er bei einzelnen Beschäftigungsarten unzufrieden war. — Für den Inhalt des Zeugnisses haftet der Herr Dritten gegenüber nur nach den Grundsätzen der Empfehlung, insbes. aus § 826 B.G.B. (R.G.Z. LXXVI Nr. 80, J.W. 05 S. 369[8] = Seuffert LXI Nr. 109) nicht schlechthin aus der Tatsache der wahrheitswidrigen Ausstellung (Busch XLVII S. 64). — Der Gehilfe selbst kann, wenn die tatsächlichen Angaben des Zeugnisses der Wahrheit widersprechen, Berichtigung in einer ihn nicht schädigenden Form (vgl. O.L.G. Dresden im Recht 01 S. 472 Nr. 1971, ist z. B. der Herr verurteilt worden, es zu bewilligen, so darf er bei der Bewilligung nicht auf das Urteil verweisen, Jahrb. des Kaufm.G. Berlin III S. 201) beanspruchen (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 252, O.L.G. Dresden ebenda XII S. 421, nicht zutreffend, O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. XXIV S. 123), umgekehrt der Herr, der eine Unrichtigkeit nachträglich entdeckt, dem Gehilfen die Berichtigung zustellen und von ihm beanspruchen, daß er sie Dritten nicht vorenthält. § 121 B.G.B. hierauf anzuwenden, wird nicht angängig sein, da es sich nicht um eine Willenserklärung handelt. Verliert der Gehilfe das Zeugnis, so wird er ein neues verlangen können.

Weist der Gehilfe das erste Zeugnis zurück und verlangt er ein neues, so ist der Herr bei Ausstellung des neuen Zeugnisses an die Äußerungen des ersten Zeugnisses nicht gebunden, er kann z. B., wenn er im ersten Zeugnis seine Zufriedenheit erklärt hatte, im zweiten einzelne Einschränkungen machen (O.L.G. Kiel in Seuffert LIX Nr. 268 = O.L.G. Rspr. IX S. 251). Nr. 2a.

Enthält im übrigen das äußerlich korrekte und in der Wortfassung nicht irrig formulierte Zeugnis (vergl. Jahrb. des Kaufm.G. Berlin II S. 235) ein nach bestem Wissen und Gewissen ausgestelltes subjektives Urteil des Prinzipals, so kann der Gehilfe nicht zum Beweise der objektiven Unrichtigkeit des Urteils, sondern nur zum Beweise der Unvollständigkeit der aufgeführten Tatsachen zugelassen werden (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. V S. 262 und X S. 330, K.G. ebenda XII S. 418 — a. A. O.L.G. Braunschweig ebenda XII S. 420, Möllmann und Bendix a. a. O., welche eine Nachprüfung des Gerichts auch über die objektive Richtigkeit des Urteils zulassen wollen, da nie ein Gutachten, sondern nur ein Zeugnis über Tatsachen vorliege, Staub-Bondi Anm. 6, welche bei offenbarer Unrichtigkeit Berichtigung eintreten lassen wollen). — Auf Erteilung eines Zeugnisses mit einem von ihm selbst formulierten Inhalt kann der Gehilfe nicht klagen (O.L.G. Rspr. IX S. 252, a. A. Möllmann a. a. O.). Nr. 2b.

Die Bestimmung des § 73 ist **zwingenden** Charakters, deshalb im voraus durch Vertrag nicht abänderlich. Nachträglich kann der Gehilfe durch ausdrückliche Erklärung oder durch konkludentes Verhalten auf das Zeugnis verzichten (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 304). Letzteres wird nicht ohne weiteres im bloßen Schweigen des Gehilfen bei Verlassen des Dienstes anzunehmen sein (vgl. Marcus im Recht 02 S. 610). — Nr. 3.

Nichterfüllung oder schuldhaft mangelhafte Erfüllung der Zeugnisausstellungspflicht macht den Herrn dem Gehilfen gegenüber schadensersatzpflichtig. Nr. 3a.

2. Der Herr hat bei der Kündigung für einen späteren Termin dem Gehilfen, der für die Dauer engagiert ist, also nicht im Falle des § 69, auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses, also nicht zur Selbständigmachung, zu gewähren (B.G.B. § 629 dazu Apt I S. 20). Nr. 4.

3. § 73 hat rückwirkende Kraft. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 35 (a. A. Horrwitz S. 8, 9 und Pappenheim a. a. O. S. 339 f.). Nr. 5.

Reichsgesetz vom 10. Juni 1914 zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs.

Abkürzungen:

Begr. = Begründung zu Entw. I.

Entw. I = Bundesratsentwurf, dem Reichstag am 29. Nov. 1912 zugegangen (Drucksachen Nr. 575 des Reichstages).

Entw. II = Abgeänderter Regierungsentwurf (Anlage B zum Bericht der 12. Kommission, Reichstagsakten 13. Legisl. Periode I. Session 1912/14 Nr. 1387).

Komm. Ber. = Bericht der 12. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 des H.G.B. — Nr. 575 der Drucksachen — Nr. 1387 der Reichstagsakten 13. Legisl.-Periode I. Session 1912/14.

Sten. Ber. des Reichstages. Erste Beratung des Entwurfes in der 87. und 88. Sitzung am 10. und 11. Januar 1914 (S. 2857 ff.). Zweite Beratung in der 242., 248. und 249. Sitzung am 27. März, 4. und 5. Mai 1914 (S. 8270 ff., 8415 ff., 8486 ff.).

Vorbemerkung.

Literatur: Thulesius, Die Konkurrenzklausel, mit besonderer Berücksichtigung des Entw. eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 des H.G.B. 1913; v. Schulz im Jahrb. des Kfm.G. Berlin I S. 1 ff., II S. 27 ff., O. Cantor, Die Konkurrenzklausel, geltendes Recht und legislativ. Bestrebungen 1911.

Die §§ 74, 75 des H.G.B. sind durch das Reichsgesetz vom 10. Juni 1914 ersetzt. Damit ist zugleich der § 76 Abs. 1 des H.G.B. umgestaltet worden. Endlich hat das Reichsgesetz hinter den § 82 den § 82a eingeschoben. Es bedarf zum Verständnis eines geschichtlichen Rückblickes.

Nr. 1. Das alte H.G.B. stellte keine besonderen Bestimmungen über die Wettbewerbklausel zwischen Prinzipal und Gehilfen auf. Es entschieden, wie noch heute in anderen Fällen (vgl. z. B. bei § 25 Nr. 7, bei § 158 Nr. 13, bei § 92 Nr. 4) die allgemeinen Grundsätze[1]). Soweit nicht ein Fall des unsittlichen Vertrages vorlag, war der Vertragsfreiheit eine Schranke nicht gesetzt. Die Praxis stellte das dehnbare Prinzip auf „daß die persönliche Freiheit und Erwerbstätigkeit des einzelnen nicht übermäßig beschränkt und nur ein begründetes Interesse geschützt werden darf". (R.G.Z. XXXI S. 99). Als Regel wurde die „Unzulässigkeit vertragsmäßiger Konkurrenzverbote ohne jede Beschränkung und Begrenzung nach Zeit und Ort" betrachtet, weil eine Beschränkung der eigenen Freiheit in diesem Umfange contra bonos mores und folglich nichtig sei (R.G.Z. XXXI S. 99, R.O.H.G. XXI S. 262), während bei verständiger Begrenzung nach Zeit und (oder) Ort die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit anerkannt wurde (vgl. R.G.Z. I Nr. 11 und die dort Zitierten).

Nr. 2. Das Bedürfnis nach besonderen Schutzvorschriften suchten sodann die §§ 74, 75 des H.G.B. für den Handlungsgehilfen, der § 76 Abs. 1 für den Handlungslehrling zu befriedigen[2]). Sie gaben eine feste Formel für die Grenze der Zulässigkeit der Wettbewerbklausel. Die Wettbewerbklausel sollte nach § 74, § 76 Abs. 1 für den Handlungsgehilfen (bezw. Handlungslehrling) nur insoweit verbindlich sein, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Überschritte sie diese Grenzen, so sollte das Gericht ein Ermäßigungsrecht haben. Als Überschreitung der zeitlichen Grenze wurde eine Erstreckung über eine längere Zeit als drei Jahre von der Beendigung des Dienstverhältnisses ab stets erachtet. Schlechthin nichtig sollte die Vereinbarung sein, wenn der Gehilfe oder Lehrling zur Zeit des Abschlusses minderjährig war. Gegen eine willkürliche Aufhebung des Dienstverhältnisses durch den Prinzipal suchten §§ 75 Abs. 1, 76 Abs. 1 den Gehilfen oder Lehrling durch die zwingende Vorschrift zu schützen, daß sie dem Prinzipal den Anspruch aus der Vereinbarung dann versagten, wenn er entweder durch vertragswidriges Verhalten dem Gehilfen oder Lehrling Grund zum Austritt gab oder wenn er das Dienstverhältnis kündigte, ohne daß ein erheblicher, von ihm nicht verschuldeter Anlaß vorlag. Doch konnte wenigstens in letzterem Falle der Prinzipal sich den Anspruch dadurch erhalten, daß er für die Dauer der Beschränkung dem Gehilfen oder Lehrling den von ihm zuletzt bezogenen Gehalt fortzahlte.

Gegen Mißbrauch mit Strafgedingen trafen §§ 75 Abs. 2, 76 Abs. 1 dadurch Fürsorge, daß sie dem Prinzipal nur den Anspruch auf die verwirkte Strafe gewährten, den Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens kraft zwingender Vorschrift ausschlossen, übrigens § 343 B.G.B. unberührt ließen.

Nr. 3. Die Hoffnung, daß sich diese Vorschriften als eine auf die Dauer befriedigende Lösung der Schwierigkeiten erweisen würden, erfüllte sich nicht. Wie die Begründung zum Entw. I der Novelle S. 727 bemerkt, wurde auch unter der Herrschaft der §§ 74, 75 H.G.B. „von der Konkurrenzklausel vielfach ein Gebrauch gemacht, der erheblich über das Maß der berechtigten Interessen des Prinzipals hinausgeht und den Gehilfen unbegründete Beschränkungen in ihrer Erwerbstätigkeit auferlegt". Sie diene tatsächlich nicht nur als Schutz gegen eine unlautere Verwertung von Kenntnissen und Beziehungen, sondern sie beschränke und unterdrücke den freien Wettbewerb des Gehilfen, sie erschwere ihm vielfach die Annahme gerade solcher Stellen,

---

[1]) A. Lemberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbe- und Handelsfreiheit. Diss. 1888; Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gem. und franz. Zivilr. Nr. 3.

[2]) Aus der Literatur zu §§ 74, 75 waren hervorzuheben Steiner, Die Konkurrenzklausel nach dem neuen H.G.B. 1898, Reinshagen, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen Diss. 1903, Droysen, Die §§ 74, 75 H.G.B. Diss. 1908.

für die er sich eigne. Sie richte sich in der Praxis vielfach nicht gegen den Gehilfen, sondern gegen den Konkurrenzprinzipal, dem dadurch die Möglichkeit genommen werden soll, gut ausgebildete Hilfskräfte zu gewinnen. Sie übe auch einen Druck auf die Gehaltsverhältnisse, insofern der durch sie belastete Gehilfe es nicht wagen könne, eine Gehaltserhöhung durchzusetzen, da er dann vor der Gefahr der Aufhebung des Dienstvertrages und des Inkrafttretens der Wettbewerbklausel stehe. Das in § 74 ausgesprochene allgemeine Prinzip reiche zum Schutze des Gehilfen nicht aus, denn seine Anwendung auf den gegebenen Fall setze einen Rechtsstreit voraus, dessen Ausgang von der subjektiven Auffassung des Richters abhängig sei. Vor solchem Rechtsstreit habe der Gehilfe begreiflicherweise in den meisten Fällen Besorgnis. —

Die Handlungsgehilfen erstrebten deshalb eine Änderung der §§ 74, 75, 76 Abs. 1 H.G.B. Nachdem der Reichstag wiederholt Petitionen aus ihren Kreisen dem Reichskanzler als Material überwiesen hatte, trat die Reichsregierung der Frage der Neuregelung näher. Am 29. November 1912 wurde ein vom Bundesrat beschlossener „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 des H.G.B." nebst Begründung dem Reichstag vorgelegt. Dieser Entwurf (I) setzte an Stelle der §§ 74, 75 zehn Paragraphen (§§ 74—74c, 75—75e). Er beschritt nicht den von den Verbänden der Handlungsgehilfen (und einem starken Teil der Reichstagsabgeordneten) vorgeschlagenen Weg, die Wettbewerbklausel gänzlich zu verbieten. Er befolgte auch nicht das Vorbild des österreichischen Gehilfengesetzes, welches Wettbewerbklauseln nur bei Vorhandensein eines bestimmten Mindesteinkommens des Gehilfen (4000 Kronen) für zulässig erklärte. Vielmehr erkannte der Entwurf grundsätzlich die Zulässigkeit der Klausel ohne Rücksicht auf die Größe des Gehalts des Gehilfen an, suchte aber durch Einführung der sog. bezahlten Karenz einerseits den Gehilfen zu entschädigen, andererseits die Zahl der Klauseln zu vermindern. Die kleinen Unternehmer suchte er dadurch zu schützen, daß er von der bezahlten Karenz bei einer zeitlich auf ein Jahr und räumlich auf den Umkreis von zwei Kilometern beschränkten Vereinbarung absah, auch kannte er zwei weitere Ausnahmen vom Grundsatz der bezahlten Karenz. Mit der Beschränkung des § 75 Abs. 2, wonach beim Strafgedinge der Prinzipal nur Anspruch auf die verwirkte Strafe haben sollte, brach der Entwurf für den Fall der bezahlten Karenz, er behielt diese Beschränkung vielmehr nur für die Fälle bei, in denen eine Entschädigungspflicht des Prinzipals nicht bestand, im übrigen kehrte er zu § 340 des B.G.B. zurück. Die Formel des § 74 H.G.G. behielt er bei, ergänzte sie aber dadurch, daß die Frage, ob eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen vorliege, „unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung und im Verhältnis zu dem berechtigten geschäftlichen Interesse des Prinzipals" beantwortet werden sollte, eine Formel, die aus § 36 des österreichischen Handlungsgehilfengesetzes entnommen war. Auch den dreijährigen Maximalzeitraum des § 74 H.G.B. behielt der Entw. bei im Gegensatz zu der einjährigen Höchstdauer des österr. Gesetzes. —

Der Bundesratsentwurf unterlag im Reichstag und außerhalb des Reichstages[1]) starker Kritik. Viele Stimmen erhoben sich für gänzliches Verbot der Wettbewerbklausel. Aber auch diejenigen, welche sich grundsätzlich auf den Standpunkt des Entwurfs stellten, vermochten in seinen Sätzen eine genügende Regelung nicht zu erblicken. Der Grundsatz der bezahlten Karenz wurde zwar gebilligt, die Art seiner Durchführung im Entwurf aber für unzureichend erklärt, die vom Entwurf statuierten Ausnahmen von der Entschädigungspflicht wurden für nicht gerechtfertigt erachtet, der Zeitraum von 3 Jahren als Höchstdauer der Wettbewerbklausel erschien als zu lange, ein gänzliches Verbot der Wettbewerbklausel wurde wenigstens für geringer bezahlte Gehilfen vorgeschlagen, das Abgehen von der Beschränkung des § 75 Abs. 2 H.G.B. auf die Vertragsstrafe erschien vielen als sozialpolitische Härte. Vor allem aber wurde betont, daß die Neuregelung schärfer, als es der Entwurf tue, die Beschränkung der Klausel auf solche Fälle, in denen ein erhebliches geschäftliches Interesse des Prinzipals an der Klausel bestehe, zum Ausdruck zu bringen habe. In dieser Hinsicht wurde zumal auf die §§ 356ff. des schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 hingewiesen. — Nr. 4.

[1]) Vgl. u. a. Düringer in D.J.Ztg. 1913, S. 127ff.; Marcus in Holdheim 1913, S. 10ff. Zusammenstellung bei Thulesius a. a. O.

Nr. 5. Der Reichstag trat am 10. Januar 1913 in die erste Beratung des Entwurfes, welche er am 11. Januar 1913 fortsetzte (87. und 88. Sitzung). Der Entwurf I wurde einer Kommission von 21 Mitgliedern überwiesen. Die Kommission trat am 14. Januar 1913 zusammen. Die sehr eingehende erste Kommissionsberatung führte zu einer großen Zahl von Abänderungen des Entwurfes, zum Teil in grundlegenden Fragen (die Beschlüsse der ersten Kommission sind abgedruckt im Komm. Ber. S. 108ff.). Zu diesen Abänderungen nahm die Reichsregierung Stellung durch Ausarbeitung eines zweiten Entwurfes (Komm. Ber. S. 118ff.), welcher in einer Reihe von Punkten den Abänderungsvorschlägen entgegenkam, insbesondere den Höchstzeitraum auf 2 Jahre reduzierte, für Gehilfen, die weniger als 1500 Mark Gehalt bezogen, die Wettbewerbklausel gänzlich verbot, die bedenklichste der Ausnahmen von der Entschädigungspflicht (sog. kleine Konkurrenzklausel) fallen ließ und schärfer das Prinzip betonte, daß nur zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals die Klausel gestattet sei — in anderen Punkten dagegen am alten Standpunkt festhielt. Dieser Entw. II lag der zweiten Kommissionsberatung zugrunde, welche zu einer Anzahl von Abänderungen der Beschlüsse erster Lesung führte. Der Kommissionsentwurf der zweiten Lesung (abgedr. Komm. Ber. S. 109ff.) näherte sich dem Entw. II der Reichsregierung mehr, unterschied sich aber doch in gewissen wichtigen Punkten von ihm, insbesondere mit Bezug auf die Höhe der dem Gehilfen für die Karenz zu leistenden Entschädigung, auf den Mindestgehalt, von dem ab die Klausel zulässig sein dürfe (1800 statt 1500 Mark), und auf die Frage, ob bei bezahlter Karenz der Herr im Falle des Strafgedinges beschränkt sein sollte auf die verwirkte Strafe.

Nr. 6. Der an das Plenum gelangte Kommissionsentwurf zweiter Lesung wurde in den Sitzungen vom 27. März, 4., 5. Mai und 19. Mai beraten. Der Reichstag beschloß, da die Reichsregierung erklärte, an zwei Punkten ihres Entwurfes unter allen Umständen festhalten zu müssen (1500 Mark als Mindestgehalt für die Zulässigkeit der Klausel und Rückkehr zu § 340 B.G.B. bei vereinbartem Strafgedinge unter Voraussetzung bezahlter Karenz), den Regierungsentwurf hier wieder herzustellen, während die Reichsregierung hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ihrerseits die Kommissionsbeschlüsse akzeptierte. — Als Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes wurde der 1. Januar 1915 festgesetzt. Die Sanktion durch den Bundesrat erfolgte am 26. Mai 1914, die Promulgation durch den Kaiser am 10. 6. 1914.

Nr. 7. Das neue Gesetz besteht aus 3 Artikeln, von denen Artikel 1 die Abänderungen gegenüber den bisherigen §§ 74, 75, 76 Abs. 1 H.G.B. bringt, Art. 2 hinter den § 82 H.G.B. eine auf Volontäre bezügliche Vorschrift einfügt, und Art. 3 den Zeitpunkt des Inkrafttretens, sowie die Frage der zeitlichen Anwendbarkeit des neuen Rechts regelt. Für die Kommentierung wird Art. 3 vor § 76, Art. 2 hinter § 82 zu lozieren sein.

Die Zahl der durch Art. 1 an Stelle der §§ 74, 75 gesetzten Paragraphen beträgt 11 (gegenüber 10 des Entw. I). An Stelle des bisherigen § 74 treten vier Paragraphen. §§ 74—74c, an Stelle des bisherigen § 75 sieben Paragraphen §§ 75—75f. Doch entspricht die Reihenfolge nicht immer dem Gedankengang des bisherigen Rechts. So hätte § 75b besser unter die Abänderungen von § 74 loziert werden sollen. —

Nr. 8. Die Punkte, in denen das neue Recht gegenüber dem alten Änderungen enthält, hat in der 248. Sitzung des Reichstages vom 4. Mai 1914 der Abg. Trimborn hauptsächlich zusammengestellt. Unter Hinzurechnung der weiteren Beschlüsse ergeben sich folgende wichtige Änderungen:

1. § 74 der n. F. verlangt schriftliche Form der Vereinbarung und Aushändigung der Urkunde an den Gehilfen.

2. § 74 Abs. 2 der n. F. führt die bezahlte Karenz ein derart, daß für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertraglichen Leistungen zu entrichten ist. Nähere Vorschriften über die Zahlung der Entschädigung enthält § 74b, Privilegien § 75e; Ausnahmen von der bezahlten Karenz finden sich in § 75 Abs. 3, § 75b, § 82a. Wieweit der Gehilfe sich anderweiten Erwerb anrechnen lassen muß, bestimmt § 74c.

3. § 74a stellt als leitenden Grundsatz hin, daß das Wettbewerbverbot insoweit unverbindlich ist, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient.

4. Der gleiche § 74a setzt die Längstdauer des Zeitraums auf 2 Jahre von der Beendigung des Dienstverhältnisses an fest.

5. Ebenfalls § 74a erklärt das Verbot für nichtig, wenn die dem Gehilfen zustehenden jährlichen vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von 1500 Mark nicht übersteigen.

6. Ebenfalls § 74a erklärt eine Vereinbarung für nichtig, durch die ein Dritter an Stelle des Gehilfen die Verpflichtung übernimmt, daß sich der Gehilfe nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränken werde.

7. § 75 Abs. 1 der n. F. erklärt bei Austritt des Gehilfen wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals das Wettbewerbverbot nur dann für unwirksam, wenn der Gehilfe vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung schriftlich erklärt, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte — Grund, weil er abzuwägen hat, ob ihm die Entschädigung nicht mehr fromme.

8. § 75 Abs. 2 der n. F. beschränkt die Fortdauer der Klausel bei Entlassung des Gehilfen nur auf die Fälle, daß in der Person des Gehilfen ein erheblicher Anlaß zur Kündigung vorliegt oder daß der Prinzipal den Gehalt fortzahlt.

9. § 75a schränkt die Freiheit des Prinzipals zum Verzicht auf das Wettbewerbverbot ein — Grund, weil es sich ja nun auch um die Frage der Karenzbezahlung handelt.

10. § 75c kehrt bei bezahlter Karenz hinsichtlich der Folgen einer Vertragsstrafe zum bürgerlichen Recht zurück.

11. § 75f unterstellt die geheime Konkurrenzklausel von Prinzipalen dem § 152 G.O.

12. Konkurrenzklauseln mit Lehrlingen sind schlechtweg nichtig, § 76 Abs. 1.

13. Konkurrenzklauseln mit Volontären ordnet § 82a.

§ 74.

Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.

Das Wettbewerbverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

D.H.G.B. § 74. — Entw. I der Novelle §§ 74, 74a, II § 74, Kommissionsbeschl. Erste Lesung §§ 74, 74a, Zweite Lesung § 74, Kommissionsber. S 19ff., 105.

1. **Begriff des Wettbewerbverbotes.** Es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen, also weder um eine Vereinbarung eines Dritten mit dem Handlungsgehilfen (z. B. zweier Handlungsgehilfen unter einander) noch um eine Vereinbarung zweier Dritter mit Bezug auf den Handlungsgehilfen (z. B. zweier fremder Prinzipale, hierzu bei § 75f.) noch um die Vereinbarung des Prinzipals mit einem Dritten mit Bezug auf den Handlungsgehilfen (hierzu bei § 74a, § 75f.). Die Vereinbarung kann einen Bestandteil des Dienstvertrages oder einen selbständigen Vertrag darstellen. Stets aber muß sie von dem Handlungsgehilfen als solchem eingegangen sein. Ein Vertrag zwischen dem Prinzipal und dem ehemaligen Handlungsgehilfen fällt nicht unter § 74 (R.G. in L.Z. 09 S. 318 = Warneyer 09 Nr. 230), ja nicht einmal ein bei Auflösung des Dienstverhältnisses zwischen beiden geschlossener Vertrag (R.G.Z. LXVII S. 333, dagegen Düringer in L.Z. 09 S. 210, wogegen wieder Alsberg Nr. 1.

in L.Z. 1910 S. 206). — Gegenstand der Vereinbarung ist eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehilfen. Die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Prinzipals fällt nicht unter § 74, bei Vereinbarung gegenseitiger Beschränkung würde nur die den Handlungsgehilfen treffende Beschränkung den §§ 74ff. unterliegen. Ebensowenig fällt die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit eines Dritten unter § 74. Würde z. B. der Prinzipal mit dem Handlungsgehilfen nur vereinbaren, daß der Handlungsgehilfe sich verpflichte, dafür einzustehen, daß nicht sein Vater, Bruder oder Sohn eine Wettbewerbtätigkeit gegenüber dem Prinzipal vornehme[1]), so griffe § 74 nicht Platz, u. U. aber § 74a Abs. 2, vorausgesetzt, daß Vater, Bruder oder Sohn auch Handlungsgehilfe dieses Prinzipals ist, u. U. auch § 138 B.G.B. Anders, wo die Vereinbarung des Prinzipals mit dem Handlungsgehilfen sich zugleich auf Mitglieder des Haushaltes des Handlungsgehilfen erstreckt, weil der Prinzipal befürchtet, der Gehilfe werde durch diese das Verbot umgehen (O.L.G. Dresden in D.J.Z. 1911 S. 99). Eine ganz andere Frage ist, ob die Wettbewerbtätigkeit eines vom Gehilfen vorgeschobenen Dritten gegen das vom Gehilfen vereinbarte Wettbewerbverbot verstoßen und den Gehilfen haftbar machen kann. Diese Frage ist zu bejahen (R.G. in Holdheim 08 S. 305, L.Z. 09 S. 673, 1910 S. 404 = Gruchot LIV S. 892 = J.W. 1910 S. 279[2]; O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. LV S. 107. Vgl. Jahrb. des Kfmsger. Berlin II S. 286, 289). — Durch die Vereinbarung muß die gewerbliche Tätigkeit beschränkt sein, Beschränkungen sonstiger Art, z. B. mit Bezug auf private Wohnung, unterstehen nicht § 74. Daß die Beschränkung gerade Bezug hat auf dasjenige Geschäft des Prinzipals, für das der Gehilfe angestellt ist, ist nicht notwendig (vgl. § 74a Nr. 4). Die Beschränkung muß endlich als für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbarte auftreten. Soll durch die Vereinbarung der bis dahin von § 60 Abs. 1 H.G.B. befreite Gehilfe wieder unter dessen Gebot gebracht werden, so liegt kein Wettbewerbverbot im Sinne des § 74 vor. Unter Beendigung des Dienstverhältnisses ist rechtliche, nicht tatsächliche Beendigung zu verstehen (anders bisher Düringer-Hachenburg § 74 Anm. 4 und Staub-Bondi § 74 Anm. 3). Diese Auffassung ist angesichts der bezahlten Karenz geboten. Bei stillschweigender Verlängerung des Vertrages muß der verlängerte Vertrag abgelaufen sein.

Nr. 2. 2. **Arten der Beschränkung.** Die Beschränkung kann vereinbart sein nur zu Gunsten des Prinzipals, bezw. der Erben desselben (O.L.G. Kiel bei Kaufmann X S. 51), so daß nur diese das Untersagungsrecht haben, demnach bei Veräußerung des Geschäfts oder Einbringung des Geschäfts in eine Handelsgesellschaft dem Erwerber ein Verbietungsrecht nicht zustehen solle. Sie kann aber auch — und dies wird häufig der Fall sein (vgl. z. B. R.G.Z. XXXVII Nr. 46, Seuffert LVI Nr. 227, Holdheim 07 S. 128 = J.W. 07 S. 136[15]) — als Geschäftsaktivum begründet sein, so daß der Erwerber das Verbietungsrecht mit dem Geschäft erhält, sei es an Stelle des ursprünglichen Prinzipals (Bolze XIII Nr. 396) oder — was die Ausnahme bilden wird — neben dem ursprünglichen Prinzipal. Worauf die Absicht der Parteien geht, ist Tatfrage. Mit § 613 Satz 2 B.G.B. hat die Frage nichts zu tun (vgl. L.G. Darmstadt bei Kaufmann IX S. 61). Daß die Entschädigungspflicht nicht ohne weiteres auf den neuen Erwerber an Stelle des alten übergeht, ist selbstverständlich. Hier entscheiden vielmehr allgemeine Grundsätze.

Nr. 3. Die Beschränkung kann variieren nach der Örtlichkeit. Dem Handlungsgehilfen wird für eine Stadt, einen Stadtteil, eine Provinz, einen Staat, Erdteil, die ganze Erde die Beschränkung auferlegt. Über die örtliche Erstreckung entscheidet der Sinn des Vertrages (Fälle bei Bolze IV Nr. 669, VIII Nr. 462: unter Stadt nicht Vorort der Stadt verstanden, dagegen Adler-Clemens Nr. 1752, Bolze VIII Nr. 459, 463, IX Nr. 245: das Verbot sich in einer Stadt zu etablieren, schließt nicht aus, daß man sich außerhalb etabliert und mit den Kunden dieser Stadt

---

[1]) Man denke etwa an den Fall, daß der Prinzipal im Hause des Handlungsgehilfen ein Lokal mietet und im Mietsvertrag ausbedingt, daß der Vermieter nicht an ein gleichartiges Geschäft im Hause vermiete (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XI S. 139).

durch Reisende oder brieflich in Geschäftsverbindung tritt. Ähnlich R.G. in J.W. 01 S. 726[21]; J.W. 07 S. 269[34] = Gruchot LII S. 424: „in der Nähe der angrenzenden Straßen" bedeutet „in der Nähe des alten Geschäfts in den angrenzenden Straßen". K.G. in D.J.Z. 08 S. 1345: Umkreis von 1000 Meter ist Luft- nicht Straßenlinie.) — Ist eine örtliche Umgrenzung nicht gegeben, so wird sie der Richter aus den Umständen zu erschließen haben.

Sie kann variieren in zeitlicher Beziehung, indem dem Gehilfen auf Monate, Jahre oder lebenslänglich die Beschränkung auferlegt wird. Nr. 4.

Sie kann variieren nach dem Gegenstande, sei es daß dem Gehilfen alle gewerblichen Tätigkeiten, die in das Geschäft des Prinzipals fallen, sei es daß ihm nur eine bestimmte Kategorie verboten wird, z. B. nur die Herstellung und der Vertrieb gewisser Fabrikate (vgl. dazu Bolze XVIII Nr. 408; nur der „Baubeschlag", nicht der Eisenwarenhandel O.L.G. Dresden bei Kaufmann V S. 62), nur der „geschäftliche Besuch" von Kunden (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 255). Insbesondere die Rechtsform kann variieren. Es kann dem Gehilfen der selbständige Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes (vgl. z. B. O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXII S. 205) oder die Beteiligung an solchem und letzterenfalls als Mitinhaber oder Stiller untersagt sein. In ersterem liegt noch nicht das letztere, im letzteren dagegen auch das erstere (O.L.G. Karlsruhe in Z. XLIII S. 342, Bolze V Nr. 603, R.G. in L.Z. 07 S. 745, O.L.G. Hamburg im Recht 09 Nr. 1051, O.L.G. Zweibrücken bei Kaufmann V S. 492 [bedenklich!], O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. LV S. 105, O.L.G. Rspr. XX S. 147, R.G. im Recht 09 Nr. 3029). Über den Sinn der Worte „Beteiligung", „Mitbeteiligung", „indirekte Beteiligung", „Betätigung", „Betreiben" R.G.Z. XL S. 98, Recht 05 S. 534 Nr. 2216, J.W. 06 S. 736[4] (= Holdheim 07 S. 74), 07 S. 20[23] (= Holdheim 07 S. 142), 09 S. 387[1], O.L.G. Nürnberg in Kaufmann XII S. 807, O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. LV S. 107, R.G. im Recht 08 Nr. 2640, Holdheim 08 S. 258, O.L.G. Rostock in Meckl. Z. für Rpflege XXX S. 1 (bedenklich). Weiteres Material bei Staub-Bondi § 74 Anm. 12, 13. — Ferner kann die Annahme einer dienstlichen Stellung als Reisender oder Verkäufer in einem Konkurrenzgeschäft oder einer Stellung als Agent eines Konkurrenzgeschäftes untersagt sein, sei es nur diese, sei es zugleich der selbständige Betrieb des Konkurrenzgeschäftes. In dem Verbot der Annahme einer Stellung in einem Konkurrenzgeschäft liegt nicht notwendig das Verbot der eigenen Etablierung (O.L.G. Dresden im Sächs. Archiv XI S. 512), wohl aber im Zweifel das Verbot der Annahme einer Stellung als Gehilfe wie als Agent (O.L.G. Rostock in Meckl. Z. für Rpflege XXVI S. 265). — Weiter kann dem Gehilfen die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen des bisherigen Prinzipals, sogen. Schweigepflicht, auferlegt werden (R.G. bei Gruchot Bd. XLVII S. 1002, L.Z. 1912 S. 455). Auch die bloße Unterlassung der Pflege von Geschäftsbeziehungen zu allen oder gewissen Kunden kann Gegenstand des Wettbewerbverbotes bilden (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 255, O.L.G. Frankfurt im Recht 07 S. 1272 Nr. 3204). Nr. 5.

Daß Wettbewerbverbote eng auszulegen seien, wie früher das R.G. annahm, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Es gelten auch für sie die §§ 133, 157 B.G.B. (R.G. in J.W. 04 S. 197[4], Recht 08 Nr. 2623, L.Z. 09 S. 311, bei Kaufmann X S. 589). Das Gesetz selbst zieht in § 74a Grenzen für die Wirksamkeit. Nr. 6.

3. **Abschluß.** Der Abschluß kann durch den Prinzipal in Person oder durch seinen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter erfolgen, z. B. durch den Prokuristen, den Handlungsbevollmächtigten, soweit des Letzteren Vollmacht den Abschluß von Dienstverträgen mit sich bringt (dazu § 54 Nr. 9). Umgekehrt kann der Handlungsgehilfe in Person oder durch seinen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter abschließen, wobei freilich zu beachten ist, daß mit einem minderjährigen Gehilfen abgeschlossene Wettbewerbverbote nichtig sind (§ 74a Abs. 2). Für in der Geschäftsfähigkeit beschränkte volljährige Handlungsgehilfen könnte § 1822 Nr. 7 B.G.B. praktisch werden. Der Abschluß kann beim Engagement oder während des Dienstes erfolgen, auch jede nachträgliche vertragliche Abänderung — solange das Dienstverhältnis noch andauert — fällt unter §§ 74ff. Nr. 7.

Im Gegensatz zum Dienstvertrag selbst — aber auch abweichend von sonstigen Wettbewerbverboten, bei denen auch stillschweigende Vereinbarung möglich ist (R.G. in J.W. 08, S. 135[3]) — bedarf der Abschluß, demgemäß auch jede vertragliche Abänderung der Vereinbarung (auch der Abschluß des Vorvertrages zur Vereinbarung) bestimmter Form. Der Abschluß muß schriftlich in Gemäßheit von § 126 B.G.B. erfolgen. Es muß also entweder die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde geschehen oder es muß jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnen oder es muß gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfolgen. Telegraphische Übermittlung würde nicht genügen (§ 127 B.G.B.), Briefwechsel nur dann, wenn die Vereinbarung im Wortlaut in jedem Briefe enthalten und die Briefe unterzeichnet wären. In allen Fällen wird aber nicht schon mit Unterzeichnung, bezw. Aufnahme der Urkunde selbst das Wettbewerbverbot perfekt, sondern erst mit der „Aushändigung" einer vom Prinzipal unterschriebenen, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen. Diese vom Prinzipal zu unterschreibende Urkunde kann mit der Urkunde über den Dienstvertrag identisch sein, sie kann aber auch nur einen Teil der Vertragsurkunde darstellen. War z. B. der ganze Dienstvertrag schriftlich geschlossen, so genügt es, wenn der Prinzipal diejenigen Bestimmungen des Vertrages, die für das Wettbewerbverbot in Betracht kommen, in die Urkunde aufnimmt und diesen Extrakt unterzeichnet. Keinesfalls genügt aber eine bloße allgemeine Wiedergabe des Inhalts der Klausel, es muß vielmehr die Urkunde die vereinbarten Bestimmungen wortgetreu enthalten, wobei natürlich nach Treu und Glauben auf völlig unerhebliche Abweichungen Gewicht nicht zu legen sein wird. Unter „Aushändigung" ist nicht „Übergabe" im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Aktes zu verstehen. Der ratio des Gesetzes entspricht es, wenn der Gehilfe in den Besitz der Urkunde mit Willen des Prinzipals gelangt. Es wird demnach genügen, wenn der Prinzipal ihm die Urkunde zugehen läßt. Wann die „Aushändigung" der Urkunde vom Prinzipal zu erfolgen hat, bestimmt das Gesetz nicht. Doch wird es dem Sinn des Gesetzes entsprechen, daß sie in unmittelbarem Anschluß an den schriftlichen Abschluß geschehen muß. Entw. I rückte die Worte „bei dem Abschluß" ausdrücklich ein. Er gelangte zwar nicht zur Annahme, aber die Fassung entspricht dem Sinn der Vorschrift. Es kann unmöglich dem Prinzipal freigestellt werden, nach Monaten oder Jahren durch „Aushändigung" der Urkunde das Wettbewerbverbot in Kraft zu setzen. Die nicht „unverzüglich" ihm angebotene Urkunde darf der Gehilfe zurückweisen und sich damit von der Verpflichtung losmachen. Weist der Gehilfe dagegen die ordnungsgemäß angebotene Urkunde zurück, so gerät er in Annahmeverzug und der Prinzipal kann durch Hinterlegung bei einer Hinterlegungsstelle sich befreien. Es kann nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, dem Gehilfen, trotzdem der Vertrag von beiden Teilen unterzeichnet ist, die Freiheit zu geben, durch willkürliche Verweigerung der Annahme der Urkunde die Perfektion des Vertrages zu vereiteln. Er gerät vielmehr in Annahmeverzug hinsichtlich der Leistung des Prinzipals und es greifen hier die §§ 372 ff. B.G.B. durch. — Anspruch auf gerichtlichen oder notariellen Abschluß des Vertrages oder nur auf öffentliche Beglaubigung hat keiner von beiden Teilen. Anträge in der Kommission, notariellen Abschluß festzusetzen, wurden abgelehnt.

Nr. 8. 4. **Bezahlte Karenz.** Materielle Voraussetzung der Giltigkeit ist, daß der Prinzipal sich verpflichtet, für die Dauer des Verbotes eine „Entschädigung" zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbotes mindestens 50% der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. (Das Wort „Entschädigung" ist natürlich nicht als Leistung eines „Schadensersatzes" im Sinne des B.G.B. zu denken, sondern als Gegenleistung für die Verpflichtung zur Unterlassung[1]). Doch tritt das Schadensmoment in § 74c hervor).

Das Gesetz führt darnach nicht die Entschädigungspflicht selbst ein, was auch denkbar gewesen wäre, sondern es übt nur einen Zwang dahin aus, daß der Prinzipal sich zur Entschädigung vertragsmäßig verpflichtet. Diese Verpflichtung muß in dem Vertrage enthalten, also in der für den Vertrag erforderten Form erklärt, auch in der auszuhändigenden Urkunde wiedergegeben sein. Soll der Vertrag verbindlich

---

[1]) Düringer in D.J.Z. 1913 S. 131.

sein, so muß die Entschädigung auch eine bestimmte Mindesthöhe erreichen. Ausgeschlossen wäre die nachträgliche mündliche Abmachung einer Erhöhung der Entschädigung. Freilich will Absatz 2 nur die Wirksamkeit des Wettbewerbverbotes für den Gehilfen von der Aufnahme einer Mindestentschädigung in den Vertrag abhängig machen. Das Gesetz will nur ein Schutzgesetz für den Gehilfen, nicht ein solches für den Prinzipal sein. Aber jede Abmachung einer weiteren Entschädigung die eine Vertragsänderung darstellt, müßte der in Abs. 1 geforderten Form ebenfalls unterliegen. Dagegen dürfte zulässig sein, im schriftlichen Vertrag sich auf die Zusage der Mindesthöhe zu beschränken und eine darüber hinausgehende Entschädigung mündlicher Vereinbarung vorzubehalten, da dann keine Vertragsänderung vorliegen würde.

Die Entschädigungspflicht muß der Prinzipal auf sich nehmen. Es genügt nicht, daß sich ein Dritter im Vertrage verpflichtet, die Entschädigung zu zahlen, auch dann nicht, wenn der Prinzipal für die Erfüllung des Dritten Sicherheit gewährt. Dagegen ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß neben dem Prinzipal ein Dritter sich verpflichtet, sei es als Gesamtschuldner sei es als Bürge, auch kann kraft Gesetzes (z. B. kraft § 25, § 28) ein Dritter in die Entschädigungspflicht neben dem alten Prinzipal gelangen. Nachträgliche Abänderung des Vertrages durch Entlassung des Prinzipals und Annahme eines Dritten als Schuldner würde für die Regel unwirksam sein (§ 75d). Doch lassen sich Fälle denken, wo eine solche Abänderung statthaft wäre, z. B. bei Wechsel des Firmenträgers, wenn der neue Firmeninhaber die gleichen oder bessere Garantien bietet, wie der alte.

Die Entschädungspflicht muß die ganze Dauer des Verbotes umfassen. Eine nur für einen Teil der Verbotszeit zugesicherte Entschädigung würde die Unwirksamkeit des Vertrages auch dann zur Folge haben, wenn die Höhe der zugesicherten Entschädigung der gesetzlichen Mindesthöhe für die ganze Karenzdauer gleichkommen oder sie übersteigen würde.

Die Entschädigung muß für jedes Jahr der Karenz mindestens die Hälfte der Gesamtjahresäquivalentes des Gehilfen erreichen und zwar unter Zugrundelegung des bei Beendigung des Dienstverhältnisses bezogenen Äquivalentes, gleichgültig, ob dieses (wie gewöhnlich) höher oder ob es niedriger als die Bezüge zur Zeit des Abschlusses der Klausel ist. Wäre z. B. der Gehilfe zugleich auf Tantième gestellt, so wäre es denkbar, daß infolge ungünstiger Konjunktur das zuletzt bezogene Äquivalent erheblich niedriger ist. Unter solchen Umständen würde es sich für den Gehilfen empfehlen, einen festen Betrag für alle Fälle als Entschädigung vom Prinzipal sich zusichern zu lassen. Nicht notwendig ist, daß die Entschädigung für jedes Jahr die gleiche bleibt. Nach dem Entw. I sollte sie kraft zwingender Vorschrift von Jahr zu Jahr anschwellen, wogegen umgekehrt befürwortet wurde, sie von Jahr zu Jahr sinken zu lassen. Das Gesetz hat nur für jedes Jahr ein Minimum zwingend angeordnet. Es gestattet aber, bei Beobachtung dieser Mindestgrenze für das erste Jahr mehr oder weniger als für das zweite Jahr festzusetzen. Die Entschädigung muß im Vertrage zwar nicht ziffernmäßig, aber doch so klar bestimmt sein, daß objektiv der Betrag berechnet werden kann. Es würde darnach genügen, wenn der Prinzipal sich verpflichtet, „die vom Gesetz erforderte Mindesthöhe der Entschädigung" zu leisten. Das Gesetz gestattet dagegen nicht, innerhalb eines Jahres etwa für die einzelnen Monate verschieden hohe Beträge auszubedingen. Über den Begriff der „vertragsmäßigen Leistungen" bei § 74b.

5. Ausnahmen von bezahlter Karenz. Hierüber bei § 75 Abs. 3, § 75b, § 82a. Nr. 9.

6. Rückwirkung. Hierüber bei Art. 3. Nr. 10.

7. Statutenkollision. Es entscheidet an sich das für den Dienstvertrag maßgebende Recht. Doch wird den sämtlichen Vorschriften exklusive Kraft im Sinne des Art. 30 E.B.G.B. beizumessen sein, wenn es sich um deutsche Handlungsgehilfen handelt, da der Zweck des Gesetzes ist, diese zu schützen. Nr. 11.

8. Für Ansprüche aus Wettbewerbverboten sind die Kaufmannsgerichte ausschließlich zuständig Kfm.G.G. § 5 Ziff. 6, § 6. Nr. 12.

§ 74a.

Das Wettbewerbverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Das Verbot kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Das Verbot ist nichtig, wenn die dem Gehilfen zustehenden jährlichen vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von fünfzehnhundert Mark nicht übersteigen. Das gleiche gilt, wenn der Gehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist oder wenn sich der Prinzipal die Erfüllung auf Ehrenwort oder unter ähnlichen Versicherungen versprechen läßt. Nichtig ist auch die Vereinbarung, durch die ein Dritter an Stelle des Gehilfen die Verpflichtung übernimmt, daß sich der Gehilfe nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränken werde.

Unberührt bleiben die Vorschriften des § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen.

D.H.G.B. § 74. — Entw. I der Novelle § 74a, II § 74a, Kommissionsbeschl. Erster Lesung § 74a, Zweite Lesung § 74a. Begr. S. 728, 729, Kommissionsber. S. 4ff., 22ff. Sten. Ber. des Reichstages S. 2858, 2862, 2870, 2878, 2879, 2887, 8416, 8424, 8428, 8432, 8441.

§ 74a enthält die wichtigste Bestimmung der Novelle. Anknüpfend an § 74 des D.H.G.B. zieht er Schranken für den Inhalt des Wettbewerbverbotes. Er beschränkt entweder die Wirksamkeit der Verbindlichkeit auf gewisse Grenzen oder er setzt Nichtigkeit der ganzen Vereinbarung als Folge der Zuwiderhandlung fest.

Nr. 1. 1. An die Spitze wird der Satz gestellt, daß das Wettbewerbverbot da seine Wirksamkeit verliere, wo ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Prinzipals nicht mehr vorhanden sei. Dieser Gesichtspunkt war freilich schon in den Denkschriften zu den Entw. des D.H.G.B. betont, auch in der Judikatur und Literatur früher berücksichtigt, nicht bloß bei Wettbewerbverboten zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen, sondern auch bei solchen zwischen anderen Gewerbetreibenden und ihren Angestellten, vor allem aber solchen zwischen zwei selbständigen Kaufleuten (vgl. z. B. die Entscheidungen bei Bolze XIII Nr 396 XVIII Nr. 408, R.G.Z. LIII S. 156, Seuffert LXI Nr. 104, J.W. 06 S. 34[44], Recht 08 S. 616 Beil. 2 Nr. 3393, S. 582 Beil. 2 Nr. 3212, O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XX S. 150, O.L.G., Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXII S. 205, L.Z. 1911 S. 77). Ausdrücklich bestimmte das österreichische Handlungsgehilfengesetz § 36 Abs. 2 Nr. 2, daß die Vereinbarung nur insoweit wirksam sein solle, als die „Beschränkung nicht ... im Verhältnisse zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Dienstnehmers enthält". Noch stärker hob das neue Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 den Gesichtspunkt des geschäftlichen Interesses hervor. Es läßt in Art. 356 die Wettbewerbklausel nur bei Dienstverhältnissen zu, die dem Dienstpflichtigen einen Einblick in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse gewähren und nur unter der Beschränkung, daß der Dienstpflichtige durch die Verwendung jenes Einblickes den Dienstherrn erheblich schädigen könne, wie es in Art. 360 Abs. 1 bestimmt, daß das Konkurrenzverbot dahin falle, wenn der Dienstherr nachweisbar keine erhebliches Interesse an dessen

Aufrechterhaltung besitze. Auch Entw. I der Novelle erklärte bereits in § 74a Abs. 1 die Vereinbarung für insoweit unverbindlich „als die Beschränkung . . . im Verhältnis zu dem berechtigten geschäftlichen Interesse des Prinzipals . . . . . eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält", womit nach der Begründung nichts Neues eingeführt, sondern nur der schon nach dem geltenden Rechte bestehende Grundsatz im Gesetze selbst zum Ausdruck" gebracht werden sollte. In den Verhandlungen des Reichstages spielte gerade dieser Gesichtspunkt eine besondere Rolle. Im Plenum wurde von einem Teil der Abgeordneten das Vorhandensein eines schutzbedürftigen Interesses des Prinzipals überhaupt geleugnet. Andere wollten nach dem Vorbild der Schweiz die Fälle des schutzbedürftigen Interesses genau umgrenzen auf den Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, welche Abgrenzung aber von Dritten für schwierig oder gar unmöglich erklärt wurde. In der Kommission wurden mehrfache Anträge gestellt, die bezweckten, den Begriff des berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals schärfer zu formulieren. Man wollte das Interesse entweder auf den Schutz wirklicher Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder weitergehend den Schutz wirtschaftlicher Werte, „die zum wohlerworbenen Besitzstande gerade dieses Geschäftes gehörten" beschränken oder man wollte nur solche Handlungsgehilfen, die eine leitende Stellung (als Geschäftsführer, Betriebs-, Filial-, Abteilungsleiter) besäßen, oder als Reisende tätig seien, oder sonst Einblicke in wesentliche Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse erhielten, dem Verbot unterstellen. Doch stießen alle diese Versuche auf Widerspruch. Den Personenkreis abzugrenzen sei technisch unmöglich und eine Generalklausel, welche den Kreis der schutzberechtigten Interessen zu umschreiben suche, lege doch alles in das richterliche Ermessen und schaffe neue, schwierige Begriffe. Dennoch entschied sich die Kommissionsmehrheit in erster Lesung für die Formulierung: „Ein Wettbewerbverbot ist nur zulässig zum Schutze eines wichtigen geschäftlichen Interesses des Prinzipals gegen Verwertung wesentlicher Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sofern der Handlungsgehilfe während seiner Beschäftigung Einblick in solche hat". Entw. II der Regierungsvorlage beharrte bei der allgemeinen Formulierung, trug aber der Wichtigkeit des Punktes insofern mehr Rechnung, als er an die Spitze des § 74a den jetzigen Satz des Gesetzes stellte. In zweiter Lesung akzeptierte die Kommission die Fassung von Entw. II, die dann vom Reichstag angenommen wurde.

Nr. 2. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist zunächst zweifellos, daß der Nachweis eines berechtigten geschäftlichen Interesses nicht vom Prinzipal zu führen, sondern daß der Gehilfe seinerseits sich auf die Unverbindlichkeit zu berufen und erforderlichenfalls den Beweis des fehlenden berechtigten geschäftlichen Interesses zu führen hat. Dies wurde auch im Plenum des Reichstages anerkannt (Sten. Ber. S. 8428, 8441). § 74a stellt gegenüber § 74 die Ausnahmefälle auf, für deren Vorhandensein Derjenige, der sich auf die Verbindlichkeit beruft, beweispflichtig ist.

Der Beweis kann dahin geführt werden, daß überhaupt kein berechtigtes geschäftliches Interesse des Prinzipals vorhanden sei, z. B. der Prinzipal seine Branche inzwischen so geändert habe, daß eine Störung geschäftlicher Beziehungen durch die Tätigkeit des Gehilfen völlig ausgeschlossen sei — oder er kann sich darauf richten, daß der Inhalt des Wettbewerbverbotes über das berechtigte geschäftliche Interesse hinausgehe, z. B. daß dieses örtlich nur ein beschränkteres Verbot rechtfertige, weil die Art der Artikel oder des Gewerbebetriebes des Prinzipals über gewisse Grenzen hinaus den Betrieb nicht erstrecke. Der Gehilfe wird seine Behauptungen zu substanzieren und — soweit — nicht allgemeine Erfahrungsgrundsätze sie rechtfertigen — zu erweisen haben. Eine Aufdeckung der geschäftlichen Verhältnisse des Prinzipals wird dabei u. U. nicht zu vermeiden sein. Die §§ 45, 46 H.G.B. werden hier zur Anwendung gelangen.

Nr. 3. Der Zeitpunkt, nach dem sich das berechtigte geschäftliche Interesse des Prinzipals richtet, ist nicht etwa der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß einerseits der Prinzipal beabsichtigt, seinen Betrieb demnächst zu erweitern und die Vereinbarung auf die Realisierung dieser Absicht zuschneidet (vgl. R.G. in J.W. 1900 S. 826, Warneyer 1913 Nr. 274, J.W. 09 S. 71 Holdheim 08 S. 304), daß andererseits er vor der Beendigung des Dienstverhältnisses den Betrieb auf den die Vereinbarung zugeschnitten ist, einengt oder aufgibt. Vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Wettbewerbklausel

praktisch wird, also den Zeitpunkt des Austritts des Gehilfen. Aber auch während der Zeit, wo der Gehilfe nun der Beschränkung unterliegt, können sich die Verhältnisse zu Gunsten des Gehilfen ändern, so daß er wenigstens für den Rest der Karenzzeit ganz frei oder doch weniger beschränkt wird (vgl. z. B. R.G. im Recht 05 S. 678 Nr. 2802). Naturgemäß müssen endgültige Verhältnisse vorliegen, bloße vorübergehende Betriebseinengungen rechtfertigen noch nicht die Berufung auf mangelndes geschäftliches Interesse (R.G.Z. XLVII, S. 240), ebensowenig die Veräußerung des Geschäfts, da der Veräußerer sich verpflichtet haben kann, dem Erwerber die Konkurrenz fernzuhalten (R.G. im Recht 08 Nr. 2622) oder da er möglicherweise wegen Nichtzahlung des Kaufpreises den Kauf wandelt (vgl. R.G. in J.W. 08 Nr. 3212). Auch die Liquidation macht es nicht notwendig hinfällig (O.L.G. Jena in Seuffert LXVIII Nr. 131) wenngleich sie es für die Regel minderwertig machen wird. Die Geltendmachung des mangelnden berechtigten Geschäftsinteresses kann der Gehilfe exzipierend, aber auch klageweise durch eine Feststellungsklage auf Unverbindlichkeit des Wettbewerbverbots (O.L.G. Colmar im Recht 06 S. 691 Nr. 1673) durchführen. Das hierzu erforderliche Interesse ist vorhanden, da seine zukünftige wirtschaftliche Lage erheblich durch diese Frage beeinflußt wird. — Die Feststellungsklage könnte sogar während der Dienstzeit erhoben werden, nur wird sie hier aus dem Grunde kaum praktisch werden, weil das berechtigte Geschäftsinteresse künftig erst entstehen kann (vgl. Komm. Ber. S. 35).

Nr. 4. Der Beweis ist dahin zu führen, daß das Wettbewerbverbot sei es im Ganzen sei es zu einem Teile nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals diene, d. h.

a) es kommt nicht darauf an, daß es solchen Schutz bezweckte, sondern daß es ihm tatsächlich nicht dient, d. h. daß nach Lage des Falles eine Förderung eines berechtigten Geschäftsinteresses nicht vorliegt. Ja es ist sogar gleichgültig, ob der Prinzipal solche Förderung beabsichtigte oder ob er in Wahrheit den Schutz anderer (nicht schutzbedürftiger) Interessen bezweckte. Falls das Verbot tatsächlich berechtigten geschäftlichen Interessen dient, würde der Einwand dem Gehilfen versagt sein.

b) Der Schutz muß ein Geschäftsinteresse des Prinzipals betreffen. Der Förderung von Privatinteressen des Prinzipals darf ein die gewerbliche Tätigkeit des Gehilfen beschränkendes Verbot nicht dienen. Es wäre dann unverbindlich. Es tritt hier die Inkongruenz ein, daß ein solches Verbot abgeschlossen mit einem Nichtprinzipal allgemeinen Grundsätzen unterstehen würde, abgeschlossen mit einem Prinzipal unverbindlich ist. Das Wort „Geschäftsinteresse" ist aber nicht auf das Interesse, das der Prinzipal mit Bezug auf das konkrete Handelsgewerbe, in dem der Gehilfe angestellt ist, verfolgt, zu beschränken. Ein „Geschäftsinteresse" hat auch der Prinzipal, der mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt, wenn er dem Gehilfen Beschränkungen mit Rücksicht auf eines seiner anderen Geschäfte auferlegt. Dasselbe würde von anderen Geschäften gelten, an denen er beteiligt ist. Dagegen läge kein Geschäftsinteresse mehr vor, wenn er aus verwandschaftlichen oder freundschaftlichen Motiven dem Gehilfen die Konkurrenz mit Geschäften anderer untersagte.

Nr. 5. c) Das **Geschäftsinteresse** muß ein **berechtigtes** sein, nicht ein „rechtliches". Es braucht also kein besonderes Recht in Frage zu stehen, sondern es genügt ein vom objektiven Recht für schutzbedürftig erachtetes Interesse. In dieser Hinsicht führt die Begründung zu Entw. I aus, daß es unbillig wäre, den Gewerbetreibenden das Recht zu nehmen, sich dagegen zu schützen, „daß der Gehilfe die oft mit großem Aufwand an Arbeit und Kosten errungene geschäftliche Stellung des Prinzipals gefährdet, indem er die besonderen Kenntnisse und Beziehungen, die er bei ihm erworben hat, unmittelbar zu dessen Schaden ausnutzt". Der Schutz von „Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen" sei dabei zwar in erster Linie ins Auge gefaßt, aber von einer Beschränkung auf diesen Fall warnte die Begründung, weil er eine neue Unsicherheit in die Regelung hineintrage. Der Staatssekretär des Reichsjustizamtes wies in der ersten Lesung darauf hin, daß nicht nur gegen den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, sondern auch gegen eine unlautere Ausnutzung der in dem Geschäfte erworbenen Kenntnisse und Beziehungen der Kaufmann zu schützen sei (Sten. Ber. S. 2858). Als Beispiele wurden her-

vorgehoben die Zuführung von Kunden an Konkurrenten durch Reisende, die sich erst auf Kosten des Prinzipals die Kundschaft erworben hatten, die Wegnahme des Geschäftslokales der Filiale durch einen bisherigen Filialleiter, der ein höheres Mietsgebot macht, die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes durch den bisherigen leitenden Gehilfen, wenn der Prinzipal sterbe oder krank werde — Beispiele, die freilich von den Gegnern der Klausel als beweisend nicht anerkannt wurden und von denen das letzte auch sehr fragwürdig ist. Dagegen war man sich einig, daß die Handhabung des Wettbewerbverbotes behufs Abhaltung der Konkurrenz anderer Prinzipale nicht unter den Fall des berechtigten Interesses falle, ebensowenig der durch das Wettbewerbverbot lediglich erstrebte Zweck, den Gehilfen von Geltendmachung höherer Gehaltsforderungen abzuhalten. In der Kommission führte der Regierungsvertreter aus, daß im eigentlichen Warenhandel es sich wesentlich um den Kundenkreis und das Absatzgebiet, um die Kenntnis der Bezugsquellen und der Vertreter, um die besondere Organisation des Geschäftes, um Selbstkostenberechnungen, Rabattsätze u. dgl. m. handle. Im Auslandshandel sei die Klausel unentbehrlich, weil erst große Kapitalien aufgewendet werden müßten, um dem Geschäft einen festen Stützpunkt zu erarbeiten. In der Industrie kämen technische Erfahrungen, Einrichtungen und Vorrichtungen, Betriebsverbesserungen und Betriebsvereinfachungen in Frage, die nicht patentiert werden könnten. Versuche, diese Fälle zu einer präzisen Formel zu vereinigen, scheiterten allerdings an dem Widerstand der Regierung. Immerhin zeigen die Materialien die Richtung, in welcher sich das Gesetz bewegen soll. Es wird darnach berechtigtes Interesse sich nicht decken mit Interesse an Aufrechterhaltung der sog. Chancen des Geschäfts (vgl. bei § 25 Nr. 2). Solche Chancen, die durch natürliche, ohne Zutun des Prinzipals hervorgerufene Verhältnisse erzeugt sind (z. B. Alter, gute Lage des Geschäfts) will das Gesetz nicht zu Monopolen ausgestalten lassen. Schutzbedürftig werden grundsätzlich nur die durch geistige oder körperliche Arbeit oder durch Aufwendung von Mitteln erst erzeugten Chancen sein, insbesondere der durch mühsame Tätigkeit des Prinzipals und seiner Gehilfen erworbene, nicht jedermann erkennbare Kundenkreis, die eigentümliche Geschäftsorganisation, besondere, nicht offen zutage tretende Bezugsquellen, besondere Methoden und Einrichtungen des technischen Betriebes. Darüber hinaus wird ein schutzbedürftiges Interesse nur ausnahmsweise anzuerkennen sein, insbesondere um unanständige Machenschaften des Gehilfen zu verhindern, wie in dem Falle der Ausmietung durch Filialleiter oder in dem Falle, daß der zur Ausbildung mit großen Kosten ins Ausland geschickte Gehilfe die Ausbildung sofort benutzt, um sich selbständig zu machen. Man wird als schutzbedürftiges Interesse dagegen noch nicht den Fall ansehen dürfen, daß persönliche Verhältnisse des Geschäftsinhabers (Tod, auswärtiges Wohnen, Krankheit) die Konkurrenz des Gehilfen ihm oder seinem Nachfolger besonders fühlbar machen können — denn dem Interesse des Prinzipals steht das des Gehilfen gegenüber. Tatsächlich wird es sich darnach meist um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handeln und wird das Wettbewerbverbot für Gehilfen, die eine leitende Stellung haben oder Einblick in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erhalten, von Bedeutung sein. Die Judikatur über § 17 des U.W.G. wird hier mit Vorsicht verwertet werden können (vgl. Pinner-Eyck, Kommentar über das U.W.G.). Nur muß natürlich durch die Möglichkeit der Verwertung von Geschäftsgeheimnissen ein ernsthafter Wettbewerb gerade im vorliegenden Fall hervorgerufen werden. Etabliert sich z. B. der Gehilfe eines viele Branchen pflegenden Geschäfts, der Geheimnisse gewisser Branchen kennt, in einer Branche, für die jene Geheimnisse bedeutungslos sind, so fehlt das schutzbedürftige Interesse des alten Prinzipals. Das schutzbedürftige Interesse kann auch dadurch fortfallen, daß das ursprüngliche Geheimnis offenkundige Tatsache geworden ist, daß es durch neue Methoden jeden Wert verloren hat. Auch bleibt dem Gehilfen der Nachweis, daß bei der Art, wie er sein Geschäft durchführt, jede Verletzung geschäftlicher Interessen des Prinzipals ausgeschlossen sei, z. B. das geschäftliche Interesse des Herrn nur lokal beschränkt sei, sich also auf den auswärtigen Ort, wo der Gehilfe sich gewerblich betätigt, gar nicht erstrecke (Düringer-Hachenburg § 74 Anm. 7; aus der Judikatur: O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. I S. 390, wo es sich um ein kleines Speditionsgeschäft gegenüber dem Großbetriebe eines Flußschiffahrts- und Transportunternehmens handelte, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 08 S. 253, vgl. weitere Bei-

spiele bei Staub-Bondi § 74 Anm. 11). Dagegen wird der Gehilfe sich nicht darauf berufen können, daß wesentlich durch seine Arbeit erst das wirtschaftliche Gut für den Prinzipal erzeugt sei, er z. B. die Kunden gewonnen, die Organisation ins Leben gerufen habe. Dieser Umstand ist de lege lata ohne Bedeutung, denn nach der Auffassung des Gesetzes ist die Kundengewinnung ein dem Herrn erworbener Vorteil (Thulesius S. 37), ebensowenig darauf, daß der Prinzipal durch seine Geschäftsuntüchtigkeit schuld daran sei, daß die Kunden zu ihm, dem Gehilfen kämen (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XVI S. 349), oder daß die lokalen Verhältnisse zwei Geschäfte erforderten (O.L.G. München in Seufferts Bl. Bd. LXXVIII S. 532).

Nr. 6. 2. **Örtliche, zeitliche und gegenständliche Beschränkung des Wettbewerbverbotes.** Das Verbot soll das Fortkommen des Gehilfen nicht unbillig erschweren. Zeitlich soll es niemals den Zeitraum von zwei Jahren von der rechtlichen (nicht tatsächlichen: a. A. Düringer-Hachenburg § 74 Anm. 9) Beendigung des Dienstverhältnisses ab überschreiten im Gegensatz zum alten Recht, das als Höchstgrenze drei Jahre festsetzte, und zum österreichischen Gesetz, das nur ein Jahr als Maximum anerkennt. Aber auch bei Wahrung dieser Höchstgrenze soll eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen unzulässig sein. Für die Frage der Unbilligkeit soll die gewährte Entschädigung berücksichtigt werden. Ist durch die Entschädigung die wirtschaftliche Einbuße, die dem Gehilfen infolge der Beschränkung erwächst, ausgeglichen, so wird das Wettbewerbverbot nur noch wegen eines Verstoßes gegen § 74 Absatz 1 Satz 1, bezw. Absatz 2 und 3 oder § 74a oder wegen eines allgemeinen bürgerlichrechtlichen Ungültigkeitsgrundes angegriffen werden können. Dabei wird nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die für die Zukunft dem Gehilfen drohende Einbuße in Betracht zu ziehen sein, nicht bloß der positive Schaden, sondern auch Entgehen des voraussichtlich zu erwartenden Gewinnes. Daß bei Beschränkungen innerhalb der alten dreijährigen Frist eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen vorkam, zeigte die Judikatur (vgl. z. B. O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XII S. 14, R.G. in L.Z. 09 S. 851, O.L.G. Stuttgart im Recht 07 S. 1527, R.G. in J.W. 1913 S. 216[33]). Immerhin werden diese Fälle durch Herabsetzung der Höchstdauer auf zwei Jahre, durch Betonung des berechtigten Geschäftsinteresses und durch die bezahlte Karenz seltener werden. Denkbar ist nach wie vor freilich, daß bei örtlicher und gegenständlicher weiter Ausdehnung der Beschränkung eine Unbilligkeit vorliegt, zumal, wenn besondere Umstände in der Person des Handlungsgehilfen, z. B. körperliche Gebrechen, Familienverhältnisse, ihm die Entfernung vom Orte oder die Ergreifung einer anderen Tätigkeit erschweren. Bei örtlicher und gegenständlicher Begrenzung wird jedoch regelmäßig eine Unbilligkeit nicht gegeben sein (so schon für früher z. B. O.L.G. Jena bei Kaufmann VIII S. 58, O.L.G. Frankfurt im Recht 07 S. 1272 Nr. 3204 Kaufmannsger. Berlin in L.Z. 07 S. 303, R.G. bei Gruchot LI S. 395, R.G.Z. LXXVII S. 399, O.L.G. Dresden im Sächs. Archiv XIV S. 247, O.L.G. Celle bei Kaufmann VII S. 570).

Nr. 7. 3. Soweit nach Absatz 1 die zulässigen Grenzen überschritten sind, hat der Richter das Verbot als unverbindlich zu erklären. Bei der Prüfung hat er den Gesamtinhalt der Vereinbarung ins Auge zu fassen, er darf sich nicht etwa auf ein einzelnes der mehreren Verbote beschränken. Es kann aber unter Würdigung des Gesamtinhalts im Urteile nur die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit eines Teiles der Beschränkungen feststellen, ohne sich auf andere Teile, die nicht gerade in Frage stehen, einzulassen. Im übrigen bleibt das Verbot verbindlich, es sei denn, daß einer der Nichtigkeitsfälle von Abs. 2 und Abs. 3 vorliegt (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. I S. 390, O.L.G. Colmar im Recht 02 S. 592, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 385, R.G. in Gruchot XLVIII S. 369, R.G.Z. LXXVII S. 399, Recht 1913 Nr. 1423).

Nr. 8. 4. **Nichtige Wettbewerbverbote.** Das Gesetz führt vier besondere Nichtigkeitsfälle in Abs. 2 an und verweist in Abs. 3 auf § 138 B.G.B. Wer sich auf einen dieser Nichtigkeitsfälle beruht, hat ihn zu beweisen.

a) Nichtigkeit bei Nichtbezug eines Mindestdienstlohnes. Diese Bestimmung war Entw. I fremd, dessen Begründung vielmehr den Gedanken verwarf. Erst auf Grund der Kommissionsbeschlüsse erster Lesung wurde das Verbot

jeglicher Konkurrenzklausel für niedrig bezahlte Gehilfen in das Gesetz aufgenommen. Ursprünglich wurde die Grenze auf 3000 Mark gezogen; Entw. II reduzierte den Betrag auf 1500 Mark, bei der 2. Lesung gelangte die Kommission zu 1800 Mark. Das Plenum akzeptierte die von der Regierung festgehaltene Grenze von 1500 Mark, für die das Lohnbeschlagnahmegesetz bestimmend gewesen zu sein scheint. Die Fassung des Gesetzes ergibt, daß das Wettbewerbverbot einmal nichtig ist, wenn zur Zeit des Abschlusses der Dienstlohn unter der Mindestgrenze sich befand, sodann nichtig wird, wenn die ursprünglich gewährte Mindestgrenze in einem späteren Dienstjahre nicht erreicht wird. Nachträgliches Steigen des Dienstlohnes heilt die eingetretene Nichtigkeit nicht. Es bedarf erneuten formellen Abschlusses.

Die dem Gehilfen zustehenden Jahresleistungen müssen fünfzehnhundert Mark erreichen. Daß der Gehilfe wirklich mindestens eine volle Jahresleistung erworben hat, ist dagegen nicht notwendig. Betrug die Dauer seiner Dienstzeit nur den Bruchteil eines Jahres, so ist der Betrag des Jahresgehaltes zu berechnen und darnach die Frage der Gültigkeit zu entscheiden. Noch weniger notwendig ist, daß die Jahresleistungen auch wirklich vom Prinzipal erfüllt sind. Verzug des Prinzipals macht die Konkurrenzklausel nicht nichtig, sondern löst andere Folgen aus (§ 75). Der Gehilfe muß ein Recht auf die Leistungen haben. Freiwillig vom Prinzipal gewährte Gratifikationen sind nicht in Anschlag zu bringen. Ob der Gehilfe dagegen das Recht hat, Leistung an sich oder an einen Dritten zu verlangen, ist gleichgültig. Der zur Umgehung der Pfändung benutzte Fünfzehnhundertmarkvertrag würde hier den Gehilfen nicht von dem Wettbewerbverbot befreien. Die zugunsten eines Familiengliedes des Gehilfen ausbedungene Leistung bleibt dennoch eine dem Gehilfen zustehende Leistung. Immer aber muß die Leistung eine vertragsmäßige sein, d. h. im Dienstvertrag ausbedungenes Äquivalent für die Dienstleistungen als Handlungsgehilfe sein. Demnach fallen nicht darunter Leistungen aus gesetzlichen Ansprüchen, etwa aus § 617 B.G.B. oder aus § 62 H.G.B., aus Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Vertragswidrigkeit des Prinzipals, aus Ansprüchen auf Ersatz gemachter Auslagen, ebensowenig aber vertragliche Leistungen, die dem Gehilfen nicht in seiner Eigenschaft als Handlungsgehilfe, sondern in sonstiger Eigenschaft zustehen — etwa weil er zugleich stiller Gesellschafter oder am Gewinn beteiligter Darlehnsgläubiger war oder weil er neben der Stellung als Handlungsgehilfe eine andere dienstliche Stellung versah (z. B. Äquivalent für den Kindern des Prinzipals erteilten Sprachunterricht bezog). Doch wird, wo eine Stellung neben kaufmännischen nichtkaufmännische Dienste mit sich trägt (oben § 59 Nr. 5 S. 213) eine Trennung sich kaum durchführen lassen. Im übrigen ist auf § 74b zu verweisen.

b) Minderjährigkeit des Gehilfen zur Zeit des Abschlusses. Dieser Nr. 9.
Nichtigkeitsfall war bereits dem § 74 D.H.G.B. bekannt. Gleichgültig ist, ob der gesetzliche Vertreter oder das Vormundschaftsgericht die Zustimmung erteilt, (O.L.G. Karlsruhe in Bad, Rpr. 1912 S. 13) gleichgültig, ob der Minderjährige vor Beendigung des Dienstverhältnisses großjährig geworden ist. Über Bestätigung durch den großjährig Gewordenen B.G.B. § 141. — Sonstige Fälle beschränkter Geschäftsfähigkeit des Gehilfen unterstehen allgemeinen Grundsätzen (hierzu oben § 74 Nr. 7). Tritt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nach Abschluß des Wettbewerbverbotes ein, so bleibt die Wirksamkeit des letzteren unberührt. Minderjährigkeit des Prinzipals ist kein besonderer Nichtigkeitsgrund.

c) Versprechen unter Ehrenwort u. dgl. (z. B. Versprechen als „Ehren- Nr. 10.
schuld"). Dieser Nichtigkeitsgrund wird meist ohnehin unter § 138 B.G.B. fallen (vgl. oben § 59 Nr. 7a), doch tritt er nach positiver Vorschrift auch ein, wenn nach Lage des Falls dies nicht anzunehmen ist (vgl. den Fall des O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 1911 S. 125; zur Judikatur R.G. in D.J.Z. 1912 S. 281, R.G.Z. LXXVIII S. 258, LXXXII Nr. 49). Notwendig ist, daß der Prinzipal das Ehrenwort verlangt. Bloße einseitige freiwillige ehrenwörtliche Erklärung des Gehilfen reicht nicht aus (R.G. bei Warneyer 1913 Nr. 275). Das ehrenwörtliche Versprechen des Prinzipals wird von § 74a nicht berührt.

d) Übernahme der Wettbewerbverbots-Verpflichtung durch einen Nr. 11.
Dritten an Stelle des Gehilfen. Dieser Nichtigkeitsgrund war dem Entw. I

fremd. Die Kommission nahm ihn in erster Lesung in der erweiterten Fassung auf, daß Übernahme der Wettbewerbverbotsverpflichtung an Stelle des oder neben dem Gehilfen nichtig sein solle. Entw. II strich den Fall, daß ein Dritter neben dem Gehilfen die Verpflichtung einging. In dieser beschränkten Fassung akzeptierte den Satz die Kommission in zweiter Lesung. Der Regierungsvertreter hob in der Kommission hervor, daß kein ausreichender Grund vorhanden sei, Bürgschaften für gültige Konkurrenzklauseln auszuschließen. Bürgschaften für Wettbewerbverbote bedürfen nicht der Form des Hauptvertrages, sondern unterstehen den allgemeinen Formerfordernissen für Bürgschaften. Ihre Gültigkeit hängt von der der Hauptschuld ab. Nichtig werden dagegen Vereinbarungen eines Dritten mit dem Prinzipal, durch die sich der Dritte an Stelle des Gehilfen verpflichtet, daß der Gehilfe nach Beendigung des Dienstverhältnisses in der gewerblichen Tätigkeit sich beschränken werde. Derartige Vereinbarungen waren nach älterem Rechte zulässig. Vgl. z. B. O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XII S. 255 = Seuffert LXI Nr. 139, O.L.G. Naumburg ebenda XII S. 422, O.L.G. Hamm im Recht 06 Nr. 1378, vgl. jedoch O.L.G. Karlsruhe in L.Z. 1912 S. 704. — Unter diesen Nichtigkeitsgrund sind auch die Vereinbarungen zu ziehen, die ein Dritter zwar neben dem Gehilfen eingegangen ist, die aber von der ungültigen oder unwirksamen Vereinbarung des Gehilfen unabhängig sein sollen, ferner alle Vereinbarungen Dritter, die stärkere Beschränkungen enthalten, als die von dem Gehilfen selbst übernommenen. Denn in diesen Fällen geht die Vereinbarung des Dritten über den zulässigen Zweck einer bloßen Sicherung erlaubter Wettbewerbverbote hinaus.

Nicht betroffen wird von § 74a die von einem anderen Prinzipal dem vertragsbrüchigen Gehilfen gegenüber übernommene Verpflichtung, für ihn die Vertragsstrafe zu erlegen. Doch kann solche Vereinbarung unsittlich sein (R.G.Z. LXXXI Nr. 21, J.W. 1913 S. 866[11]).

Nr. 12. e) Verstoß gegen die guten Sitten. Die im alten Recht nicht unbestrittene Frage, ob neben den Sondervorschriften des § 74 H.G.B. die allgemeine Vorschrift des § 138 B.G.B. zur Anwendung komme, hat Abs. 3 ausdrücklich bejaht. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann demnach auch bei zeitlich, sächlich oder gegenständlich sehr beschränktem Wettbewerbverbot gegeben sein, z. B. wenn der Prinzipal willkürlich selbst bestimmen soll, ob sein geschäftliches Interesse verletzt sei, wenn er eine besondere Notlage des Gehilfen ausnutzt. Dabei wird die Höhe der Vertragsstrafe im Verhältnis zur Größe der Entschädigung eines der Momente sein können, das die Vereinbarung zu einer unsittlichen stempelt, doch werden für die Regel weitere Momente hinzutreten müssen, da für die Vertragsstrafe schon § 75c aushilft. Insbesondere kann eine Häufung der in Abs. 1 angegebenen Unwirksamkeitsgründe geradezu einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen (R.G. in L.Z 1913 S. 621 = Recht 1913 Nr. 1563). Aus der Judikatur: O.L.G. Darmstadt in O.L.G. Rspr. XI S. 383, O.L.G. Celle ebenda XII S. 14, bei Kaufmann VII S. 569, O.L.G. Colmar im Recht 09 Nr. 1397, R.G.Z. LXVIII S. 229, O.L.G. Stuttgart im Recht 07 S. 1527 Nr. 3758, R.G. in L.Z. 09 S. 851, 07 S. 591, 1910 S. 780, 1914 S. 578, R.G. in Seuffert LXVIII Nr. 122 J.W. 1913 S. 319[6] = Warneyer 1913 Nr. 274, Warneyer 1909 Nr. 495.

Ob das Verbot gegen die guten Sitten verstößt, ist grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu entscheiden. Später eintretende Umstände kommen nur insoweit in Betracht, als sie von dem Prinzipal in Erwägung gezogen waren oder nach den Erfahrungen des Lebens gezogen werden mußten (R.G. im Recht 08 Nr. 3103, 09 Nr. 419, Gruchot LVII S. 843 = J.W. 1913 S. 592[3] = Warneyer 1913 Nr. 274).

Nr. 13. f) Der Nichtigkeitsgrund macht im Zweifel das ganze Wettbewerbverbot nichtig und, wenn dieses nur einen Teil des Dienstvertrages bildet, den ganzen Dienstvertrag nichtig (R.G.Z. LXXIV S. 332, Recht 1911 Nr. 3287). Wer sich darauf beruft, daß die Vereinbarung auch ohne den unzulässigen Teil geschlossen wäre, hat dies zu beweisen (R.G. in L.Z. 1912 S. 668). Doch wird von der Praxis der Beweis häufig als erbracht angesehen. Vgl. aus der Praxis R.G. bei Warneyer 1913 Nr. 107 = L.Z. 1913 S. 224, Warneyer 1908 Nr. 228, J.W. 1911 S. 29[7], O.L.G. Colmar in L.Z. 09 S. 792.

§ 74b.

Die nach § 74 Abs. 2 dem Handlungsgehilfen zu gewährende Entschädigung ist am Schlusse jedes Monats zu zahlen.

Soweit die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen in einer Provision oder in anderen wechselnden Bezügen bestehen, sind sie bei der Berechnung der Entschädigung nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre in Ansatz zu bringen. Hat die für die Bezüge bei der Beendigung des Dienstverhältnisses maßgebende Vertragsbestimmung noch nicht drei Jahre bestanden, so erfolgt der Ansatz nach dem Durchschnitt des Zeitraums, für den die Bestimmung in Kraft war.

Soweit Bezüge zum Ersatze besonderer Auslagen dienen sollen, die infolge der Dienstleistung entstehen, bleiben sie außer Ansatz.

Entw. I der Novelle § 74b, II § 74b, Kommissionsbeschl. Erster Lesung § 74b, Zweiter Lesung § 74b. Begründung S. 729, Kommissionsber. S. 41ff.

1. **Vertragsmäßige Leistungen**, die für die Entschädigung des Gehilfen zu Grunde zu legen sind, umfassen jede Form der Entlohnung des Handlungsgehilfen als solchen, also außer dem Gehalt Unterhalt, freie Station, Provisionen, Tantièmen, vertragsmäßig zugesicherte Gratifikationen, aber auch alle Arten anderer Vergütungen, (darüber oben § 59 Nr. 10), selbst solche, die der Gehilfe zugunsten Dritter sich ausbedingt, sofern sie als Äquivalent für die Dienstleistungen des Gehilfen erscheinen (hierzu oben § 74a Nr. 8). Freiwillig gewährte Gratifikationen fallen nicht darunter. Hinsichtlich der Spesen vgl. bei § 64 Nr. 3. Soweit die Spesen darnach Dienstäquivalentsnatur haben, sind sie in Anschlag zu bringen, soweit sie nur zum Ersatze den besonderen Auslagen (insbesondere Beförderungskosten) dienen, bleiben sie außer Ansatz. Anträge in der Kommission, dies besonders zum Ausdruck zu bringen, wurden als selbstverständlich gestrichen. Ob die vertragsmäßige Leistung wirklich vom Prinzipal erfüllt ist, ist gleichgültig. Ebenso ist gleichgültig, ob sie nach dem Vertrage sofort oder später zu erfüllen war, sofern nur ein fester Anspruch des Gehilfen darauf bestand (vgl. bei § 75a). Im Ansatz zu bringen sind die zuletzt bezogenen Leistungen, das will nicht besagen, die für das letzte Dienstjahr nachweisbar dem Gehilfen zugeflossenen Leistungen, sondern die Bezüge, wie sie sich zur Zeit der Beendigung des Dienstverhältnisses darstellten, falls sie zu Jahresleistungen umgerechnet würden. Ist z. B. am 1. April der Gehalt des Gehilfen von 3000 auf 3600 Mark erhöht worden und wird das Dienstverhältnis am 1. Juli durch Kündigung beendet, so ist der zuletzt bezogene Jahresgehalt 3600 und nicht etwa 3150 Mark. — Bei Naturalbezügen oder sonstigen nicht in Geld bezifferten Leistungen hat eine Schätzung zu erfolgen. Haben sich die Parteien über die Schätzung solcher Leistungen im Vertrage geeinigt, so wird die Berechnung im Zweifel maßgebend sein, doch wird dem Gehilfen der Beweis des höheren Wertes nicht versagt werden dürfen, da durch Vereinbarung von der Vorschrift des § 74 Abs. 2 zum Nachteil des Gehilfen nicht abgewichen werden kann. — Nr. 1.

2. Bei wechselnden Bezügen (Provisionen, Tantièmen, Spesen) soll der Durchschnitt der letzten drei Jahre oder des etwaigen geringeren Zeitraumes seit Inkrafttreten der betreffenden Vertragsbestimmung zugrunde gelegt werden. War der Gehilfe also kürzere Zeit tantième- oder provisionsberechtigt, so ist der Durchschnitt der kürzeren Zeit zugrunde zu legen. Wird die Vereinbarung über die wechselnden Bezüge innerhalb der letzten drei Jahre geändert, so ist die letzte Vereinbarung die maßgebende, was ja § 74 Abs. 2 entspricht. Nur fragt es sich in solchen Fällen, was als „Durchschnitt des Zeitraums" zu betrachten ist. Man wird bei zwei runden Jahren natürlich die Gesamtbezüge beider Jahre halbieren müssen. Bei Verbindung von ganzen Jahren und einem Bruchteil ($2^1/_2$, $1^1/_2$ Jahr) oder bei Nichterreichung eines ganzen Jahres ($^1/_2$ Jahr) wird man die Monate als Durchschnitts-Einheit zugrunde legen und die so gewonnene Monatsdurchschnitts- Nr. 2.

summe mit 12 multiplizieren müssen. Wurde z. B. am 1. Juli 1910 dem Gehilfen eine Tantième von 2% des jährlichen Reingewinnes zugesichert und ergab sich für ihn für das Kalenderhalbjahr 1911 1000, für das Kalenderjahr 1912 2500, für das Kalenderjahr 1913 4000 Mark, so würde die Gesamtsumme von 7500 Mark auf 30 Monate verteilt, pro Monat 250 Mark, also für das Jahr 3000 Mark ergeben. Bei Bruchteilen von Monaten wird entsprechend der niedrigere Zeitraum (Woche und so weiter) zugrunde zu legen sein. Der Gedanke des Gesetzes ist ja, die jährliche Entschädigungssumme durch die Berechnung zu gewinnen (§ 74 Abs. 2) und dies kann bei Durchschnittsleistungen eines Zeitraumes, der nicht selbst nur aus ganzen Jahren besteht, nur durch Zugrundelegung eines Mindestzeitraumes erfolgen, in den der Durchschnittszeitraum selbst teilbar ist.

Nr. 3. 3. Entsprechend § 64 ist die Entschädigung am Schlusse jedes Monates und zwar mit einem Zwölftel des Jahresbeitrages zu zahlen. Verzug in der Zahlung löst die allgemeinen Folgen des § 326 B.G.B. aus. Anträge in der Kommission, dem Gehilfen bei Verzug mit zwei Raten oder gar bei Verzug mit einer Rate ein Rücktrittsrecht zu gewähren, erfuhren zwar in der ersten Lesung der Kommission eine gewisse Berücksichtigung, wurden aber in der zweiten Lesung abgelehnt. Der Gehilfe kann also, wenn der Prinzipal mit einer Entschädigungsrate in Verzug kommt, bei der Vereinbarung beharren und die Entschädigung nebst Ersatz des durch die verspätete Zahlung ihm entstehenden Schadens begehren — oder er kann dem Prinzipal eine angemessene Nachfrist belassen und ihm androhen, daß er nach Ablauf der Nachfrist die Annahme der Leistung ablehne. Nach Ablauf der Frist kann er dann wählen zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Wählt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so wird er nach der vom Reichsgericht vertretenen Differenztheorie an das Wettbewerbverbot nicht mehr gebunden sein und dennoch den Schaden, der ihm durch das Verbot erwachsen ist, und der möglicherweise den ganzen Betrag der Entschädigung erreicht, ersetzt verlangen können. Möglicherweise kann dieser den ganzen Betrag der Entschädigung erreichen.

Nr. 4. 4. Nichts steht im Wege, daß der Prinzipal die Entschädigung dem Gehilfen sofort für den ganzen Zeitraum der Karenz oder für ein ganzes Jahr oder für je ein Quartal oder Semester im voraus entrichtet (B.G.B. § 271 Abs. 2). Der Prinzipal kann auch mit Gegenforderungen insoweit aufrechnen, als nach § 75e der Anspruch pfändbar ist. Nur Umgehungen des Gesetzes sucht § 75d vorzubeugen (siehe daselbst). Als Entschädigung ist der Gehilfe nur Geldleistungen anzunehmen verpflichtet. Während der Dienstzeit getroffene Vereinbarungen über Leistung anderer Gegenstände werden den Gehilfen jedenfalls dann nicht binden, wenn für ihn irgend ein Nachteil daraus entspringen kann (§ 75d Satz 1). Nachträgliche Annahme als datio in solutum wird erlaubt sein.

§ 74c.

Der Handlungsgehilfe muß sich auf die fällige Entschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweite Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Ist der Gehilfe durch das Wettbewerbverbot gezwungen worden, seinen Wohnsitz zu verlegen, so tritt an die Stelle des Betrags von einem Zehntel der Betrag von einem Viertel. Für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe kann der Gehilfe eine Entschädigung nicht verlangen.

Der Gehilfe ist verpflichtet, dem Prinzipal auf Erfordern über die Höhe seines Erwerbes Auskunft zu erteilen.

Entw. I der Nov. § 74c, Entw. II § 74c, Komm.-Beschl. Erster Lesung § 74c, Zweiter Lesung § 74c. Begründung zu Entw. I S. 729, 730; Sten. Ber. des Reichstages S. 2872, 2873, 2878, 2892, 8416, 8418, 8424, 8445; Komm.-Ber. S. 49 ff.

1. Der Grundsatz der bezahlten Karenz wird durch die in § 74c auferlegte Anrechnungspflicht nicht unerheblich zum Nachteil des Gehilfen modifiziert. Der Gehilfe muß sich auf die jeweils fällige monatliche Entschädigung (§ 74b) anrechnen lassen, was er während des betreffenden Monates durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwarb oder zu erwerben böswillig unterließ. Nur 10% und, wenn er durch das Wettbewerbverbot gezwungen wurde, seinen Wohnsitz zu verlegen, 25% der zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen sollen ihm vorbehalten bleiben. Entw. I hatte die letztere Einschränkung nicht gemacht, sondern eine Anrechnung bis zum vollen Betrag der bezogenen Leistungen anerkannt. In der Literatur und im Reichstag wurde dies als Härte getadelt, welche die Wohltat der bezahlten Karenz stark zu vermindern geeignet sei. Anträge, die Anrechnung ganz zu beseitigen, wurden abgelehnt, Anträge, stets 25% dem Gehilfen frei zu lassen, fanden in der ersten Lesung der Kommission Annahme. Entwurf II wählte den Mittelweg, nur 10% frei zu lassen und allein im Falle der Verlegung des Wohnsitzes den Betrag auf 25% zu erhöhen, dem schloß sich die Fassung der Beschlüsse der Kommission in 2. Lesung an. Im einzelnen gilt Nr. 1.

a) Die Voraussetzung der Anrechnungsverpflichtung ist nach dem Vorbild vom B.G.B. §§ 324, 615 Satz 2 formuliert, weil dem Gehilfen ja die Konkurrenzklausel die freie Verwendung der Dienste unmöglich gemacht hat. In Abweichung von § 615 Satz 2 B.G.B. ist das allgemeine Wort „Arbeitskraft" gewählt, weil gerade durch das Wettbewerbverbot der Gehilfe die bisherigen „Dienste" zu verwenden nicht in der Lage sein wird. Die Anrechnung wird also auch den Fall umfassen, daß der Gehilfe durch Dienste ganz anderer Art einen Erwerb macht oder Gelegenheit zu machen hatte, gleichgültig ob es Dienste eines Handlungsgehilfen oder sonstige Dienste, z. B. gewerbliche, landwirtschaftliche, sind. Nur müssen es Dienste sein, die an Stelle der bisherigen Dienste als Handlungsgehilfe treten. Soweit er solche Dienste auch in seiner alten Stellung nebenbei leistete oder zu leisten berechtigt war, wird eine Anrechnung ausgeschlossen sein. Nr. 2.

b) Nur was er wirklich erwarb oder zu erwerben böswillig unterläßt, ist dem Handlungsgehilfen anzurechnen. Bloße schuldhafte Unterlassung kommt nicht in Frage, eine Pflicht, sich nach neuem Erwerb umzusehen, besteht für den Handlungsgehilfen nicht, der Gesichtspunkt der Kulpakompensation aus § 254 Abs. 2 B.G.B. muß hier außer Betracht bleiben. Benutzt der Handlungsgehilfe z. B. die Karenzzeit, um seine Militärjahre abzudienen, eine Handelshochschule zu besuchen oder eine Ausbildungsreise zu machen, so wird von „böswilliger" Unterlassung regelmäßig keine Rede sein. Auch wird man dem Gehilfen nicht zumuten können, Dienste zu übernehmen, die nicht seiner Vorbildung, Fähigkeit und seinen früheren Stellungen entsprechen. Als Beispiele böswilliger Unterlassung wurden absichtliche niedrige Bemessung des neuen Gehalts, um die Entschädigung weiter zu beziehen, Ausbedingung, daß ein Teil des neuen Gehalts an die Ehefrau des Gehilfen zu zahlen sei, angeführt (Komm.-Ber. S. 53), der letztere Fall wird aber direkt als Erwerb zu betrachten sein. Nr. 3.

c) Anzurechnen ist nur die Summe, um die die vereinbarte Entschädigung und der nach obigem hinzuzurechnende Betrag 110% der zuletzt von dem Handlungsgehilfen bezogenen vertragsmäßigen Leistungen übersteigen, wobei die Berechnung immer auf den betreffenden Monat zurückzuführen ist. Nur in einem Falle ist die Anrechnung noch weiter eingeengt. War der Gehilfe durch das Wettbewerbverbot gezwungen, seinen Wohnsitz zu verlegen, so erhöht sich die Grenze bis auf 125%. Es genügt also nicht, daß der Gehilfe gezwungen war, die Branche zu ändern, nach der Fassung des Gesetzes auch nicht, daß er den Wohnsitz tatsächlich verlegte. Vielmehr müßte das Wettbewerbverbot durch seinen Inhalt — z. B. räumliche Begrenzung, Verbot von Branchen, auf die sich der bisherige Wohnsitz hauptsächlich beschränkte — einen Zwang auf die Verlegung des Wohnsitzes ausgeübt haben. Die Begründung der Erhöhung des Prozentsatzes, daß bei „Ortswechsel" der Gehilfe zu größeren Aufwendungen genötigt werde, trifft andererseits auch dann zu, wenn der Ortswechsel nicht durch das Wett- Nr. 4.

bewerbverbot geradezu geboten erscheint. Dies ist um so mehr zu betonen, als bei Ausschlagung einer Stellung, die Ortswechsel bedingt, der Gehilfe Gefahr läuft, einer „böswilligen" Unterlassung der anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft geziehen zu werden. Man wird deshalb die Worte „durch das Wettbewerbverbot gezwungen" frei auszulegen haben. Nur wo der Gehilfe ohne jeden Grund eine auswärtige Stellung suchte, während sich ihm Gelegenheit zum Bleiben am gleichen Orte bot, wird man den niedrigeren Satz von 110% beizubehalten haben. Bei Auslegung des Wortes „Wohnsitzverlegung" werden Nachbarorte, die mit dem bisherigen Orte eine tatsächliche Einheit bilden, nur dann als andere Orte anzusehen sein, wenn bestimmte Tatsachen (z. B. höhere Kommunalsteuern) eine größere Aufwendung zur Folge haben.

Nr. 5. d) Nichtanzurechnen ist die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe, gleichgültig welcher Art. Untersuchungshaft fällt nur dann darunter, wenn sie durch das Urteil auf die Verbüßung in Anrechnung gebracht wird.

Nr. 6. 2. Behufs Durchführung der Anrechnung kann der Prinzipal vom Gehilfen über die Höhe des Erwerbes Auskunft fordern. Verweigerung der Auskunft würde dem Herrn das Recht gewähren, die Entschädigung insoweit zurückzubehalten, als dies nicht gegen Treu und Glauben verstößt, insoweit würde der Prinzipal also mit der Zahlung nicht in Verzug kommen. Das Recht auf Auskunft erstreckt sich auf Höhe des Erwerbes. Darunter ist aber gleichmäßig der wirklich erzielte, wie der böswillig unterlassene Erwerb inbegriffen. Auch über die Höhe des Gehalts bei einer böswillig ausgeschlagenen Stellung wird der Gehilfe Auskunft zu geben haben. Die Beweislast wird sich bei erteilter Auskunft dahin regeln, daß dem Prinzipal der Beweis obliegen wird für den anzurechnenden Betrag. Eine Rechenschaftsablegungspflicht ist dem Gehilfen nicht auferlegt. Der Prinzipal hat also die Tatsache des Erwerbs überhaupt, wie der Höhe des Erwerbs erforderlichenfalls zu beweisen (vgl. Kom.-Ber. S. 52). Der Beweis, daß eine erforderliche Wohnsitzverlegung vorliege, wird dem Gehilfen obliegen.

Nr. 7. 3. Ist die Entschädigung vorausbezahlt, so wird das zuviel Gezahlte nach allgemeinen Grundsätzen kondiziert werden können. —

§ 75.

Löst der Gehilfe das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals auf, so wird das Wettbewerbverbot unwirksam, wenn der Gehilfe vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung schriftlich erklärt, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte.

In gleicher Weise wird das Wettbewerbverbot unwirksam, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen vorliegt oder daß sich der Prinzipal bei der Kündigung bereit erklärt, während der Dauer der Beschränkung dem Gehilfen die vollen zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen zu gewähren. Im letzteren Falle finden die Vorschriften des § 74b entsprechende Anwendung.

Löst der Prinzipal das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 72 wegen vertragswidrigen Verhaltens des Gehilfen auf, so hat der Gehilfe keinen Anspruch auf die Entschädigung.

H.G.B. § 75 Abs. 1 — Entw. I § 75, II § 75 — Komm. Beschl. Erster Lesung § 75, Zweiter Lesung § 75, Begründung S. 730, Komm. Ber. S. 55ff., Sten. Ber. des Reichstags S. 8424.

§ 75 lehnt sich im großen an § 75 Abs 1 des D.H.G.B. an. Die Abweichungen Nr. 1.
sind durch den Grundsatz der bezahlten Karenz hervorgerufen. Sie gelten aber auch für Handlungsgehilfen der in § 75b behandelten Art jedenfalls dann, wenn der Prinzipal sich ihnen gegenüber zu einer Entschädigung verpflichtete, aber nach dem Wortlaut sogar bei Mangel einer Entschädigung. Unterschieden wird, ob der Gehilfe kündigt oder der Prinzipal kündigt. Die dritte Möglichkeit, daß das Dienstverhältnis ohne Kündigung aufhört, wird vom Gesetz nicht berührt.

1. Der Gehilfe kündigt.

a) Kündigte der Gehilfe das Dienstverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals gemäß §§ 70, 71, insbesondere in den Fällen des § 71 Nr. 2—4, so wirkte nach altem Recht die Wettbewerbklausel überhaupt nicht, es war so, als ob eine Vereinbarung gar nicht geschlossen wäre. Bei bezahlter Karenz würde nach neuem Recht der Gehilfe damit aber seinen Anspruch auf die Entschädigung verlieren. Darum legt es Abs. 1 in den Willen des Gehilfen, ob er die Wettbewerbklausel aufrecht erhalten will. Das Gesetz nimmt bei Schweigen des Gehilfen sogar an, daß er sie aufrecht erhalte. Wenn vor Ablauf eines Monats von der Kündigung ab der Gehilfe nicht schriftlich dem Prinzipal erklärt hat, er halte sich nicht gebunden, so bleibt das Wettbewerbverbot bestehen. Die Erklärung muß schriftlich erfolgen, mündliche Erklärung genügt nicht. Freilich kann auf die mündliche Erklärung der Prinzipal sein Einverständnis bezeugen. Dann läge Aufhebung des Wettbewerbverbotes durch Übereinkunft vor, die nach dem Gesetze keiner Form bedarf. Aber in dem bloßen Schweigen des Prinzipals läge solch Einverständnis nicht, es bedürfte mindestens schlüssiger Handlungen, z. B. Ausstellung eines Zeugnisses für einen Konkurrenten bei einer die Anstellung in einem Konkurrenzgeschäft verbietenden Klausel. Nr. 2.

Sie muß binnen einem Monat seit dem Zeitpunkt, an dem die Kündigung des Gehilfen erfolgte (nicht das Dienstverhältnis endet), d. h. gegenüber dem Prinzipal wirksam wurde (darüber oben § 66 Nr. 4) erfolgen. Entw. I hatte eine Frist von nur zwei Wochen aufgestellt, in der Kommission wurde sie auf einen Monat — Berechnung B.G.B. § 188 Abs. 2 — verlängert, weil in vielen Fällen der Gehilfe zu stark von der Sorge um eine neue Stellung erfüllt, von seinem Recht Gebrauch zu machen versäumen werde, wenn die Frist zu kurz bemessen sei und weil nach der Regelung des Gesetzes, wonach bei passivem Verhalten des Gehilfen die Klausel fortdauere, doppelt Anlaß geboten sei, ihm die Möglichkeit, sich von einer lästigen Schranke zu befreien, nicht durch zu kurze Fristen zu versperren. —

Sie muß die endgültige Erklärung des Gehilfen, daß er sich als frei betrachte, enthalten. Bloße Androhungen oder bloße Vorschläge zu Änderungen der Klausel genügen nicht.

Hat der Gehilfe nach der Kündigung und vor Abgabe der Erklärung durch konkludentes Verhalten, z. B. Annahme einer Entschädigungsrate, seinen Willen zu erkennen gegeben, an der Klausel festzuhalten, so nützt die Erklärung nichts mehr.

Nimmt der Gehilfe nach Abgabe der Erklärung Entschädigungsraten weiter an, so könnte darin ein erneuter Abschluß der Klausel erblickt werden, der ja nun keiner Form mehr bedürfte, wie überhaupt den Vorschriften der §§ 74ff. nicht mehr unterstehen würde.

b) Kündigt der Gehilfe das Dienstverhältnis aus § 70 wegen eines vom Prinzipal nicht verschuldeten wichtigen Grundes, z. B. weil er selbst zur Fortsetzung der Dienste unfähig wird (§ 71 Nr. 1), so greift das Wettbewerbverbot Platz, ebenso wenn der Gehilfe lediglich aus §§ 66ff. kündigt. Einige Schriftsteller nahmen für das bisherige Recht freilich an, daß auch in letzterem Falle dann nicht die Wettbewerbklausel wirke, wenn der Prinzipal sich so benommen hat, daß der Gehilfe hätte aus den §§ 70, 71 sofort kündigen können (vgl. auch R.G.Z. LVI S. 372). Allein diese Auffassung, der sich auch der Regierungsvertreter in der Kommission anschloß (Komm. Ber. S. 59), die aber schon für das bisherige Recht stark bestritten wurde (vgl. z. B. O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. V S. 272), wird angesichts des durch die bezahlte Karenz doppelt fühlbaren Bedürfnisses nach Klarstellung und angesichts der Fassung „gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71" nicht aufrecht erhalten werden können. Es liegt hierzu um so weniger Grund vor, Nr. 3.

als der Gehilfe ja auch aus §§ 70, 71 nicht das Dienstverhältnis auf sofort aufzulösen braucht (oben § 70 Nr. 1). Mindestens wird dann doch zu verlangen sein, daß der Gehilfe von dem Recht, das ihm die §§ 70, 71 gewähren, rechtzeitig Gebrauch macht. Unterläßt er dies, so wird er nachträglich nicht die Befreiung von der Klausel deshalb beanspruchen können, weil er hätte seinerzeit von den §§ 70, 71 H.G.B. Gebrauch machen können.

2. Der Prinzipal kündigt.

Nr. 4. a) Kündigt der Prinzipal dem Gehilfen nach Maßgabe von §§ 70, 71 wegen vertragswidrigen Verhaltens des Gehilfen, wozu er immer noch berechtigt ist, wenn er ohne Kenntnis des Grundes aus § 66 gekündigt hatte und den Grund nachträglich erfährt (L.G. Hamburg in L.Z. 1912 S. 957), so verliert der Gehilfe den Anspruch auf die Entschädigung, bleibt aber den Beschränkungen des Wettbewerbverbotes unterworfen. Daß diese Voraussetzungen vorliegen, hat erforderlichenfalls der Prinzipal zu beweisen.

Nr. 5. b) Kündigt der Prinzipal dem Gehilfen, weil ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen zur Kündigung vorliegt, so bleibt das Wettbewerbverbot bestehen, aber auch die Entschädigungspflicht. Der erhebliche Anlaß muß in der Person des Gehilfen liegen, sonstiger erheblicher Anlaß, z. B. in der Person des Prinzipals (Schwierigkeiten der Geschäftsfortführung, Krankheit des Prinzipals, Wechsel des Firmeninhabers, hierunter fällt auch Kündigung durch den Konkursverwalter bei Konkurs des Geschäftsherrn aus K.O. § 22) genügt nicht. Das ältere Recht und ebenso Entw. I hatten jeden erheblichen Anlaß für ausreichend erklärt, im Entw. II wurden die Worte „in der Person des Gehilfen" eingefügt, um den Bedenken, welche in der Kommission laut wurden, gerecht zu werden.

„Erheblicher Anlaß" ist nicht stets das gleiche, wie „wichtiger Grund" (vgl. schon R.G. in L.Z. 1911 S. 466, O.L.G. Bamberg in Seuffert LXIV Nr. 169, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 97, Kaufmann im Recht 05 S. 157 ff.). Soweit die Kündigung des Prinzipals freilich aus §§ 70, 72 erfolgt, enthält der „erhebliche Anlaß" notwendig einen wichtigen Grund, nämlich solchen, der nicht unter Abs. 3 von § 75 fällt, d. h. nicht eine Vertragswidrigkeit des Gehilfen darstellt, insbes. § 72 Nr. 3. Soweit die Kündigung des Prinzipals dagegen aus § 66 erfolgt, kann den erheblichen Anlaß eine Tatsache darstellen, die nach §§ 70, 72 auch einen wichtigen Grund zur Entlassung gegeben hätte. Möglicherweise stellt sie aber eine Tatsache dar, die dazu noch nicht ausreichend ist, die aber erheblich genug ist, um den Prinzipal von seinem freien Kündigungsrecht Gebrauch machen zu lassen, vorausgesetzt, daß sie in der Person des Gehilfen liegt. So wird bei Kränklichkeit des Gehilfen es nach Lage des Falls zweifelhaft sein können, ob ein „wichtiger Grund" im Sinne des § 72 Nr. 3 vorliegt, während erheblicher Anlaß zur Kündigung gegeben sein kann (O.L.G. Oldenburg in O.L.G. Rspr. 1 S. 366), ähnlich, wenn der Handlungsgehilfe sich zur Ausfüllung der ihm übertragenen Stellung nicht eignet (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 97) oder wenn er eine vereinzelte Untreue begeht (R.G. im Recht 08 S. 103 Beil. 2 Nr. 606). Vgl. hierzu R.G. in L.Z. 1911 S. 466. — Keinesfalls raubt die Kündigung aus § 66 dem Gehilfen die Entschädigung, wenn der „erhebliche Anlaß" so schwerwiegend war, daß auch aus § 72 wegen vertragswidrigen Verhaltens hätte gekündigt werden können. Dies ergibt die Fassung von Abs. 3 mit Deutlichkeit. Daß ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen vorliegt, hat der Prinzipal zu beweisen, wenn der Gehilfe die Unwirksamkeit des Wettbewerbverbotes behauptet.

Nr. 6. c) Kündigt der Prinzipal dem Gehilfen ohne daß ein erheblicher Anlaß in dessen Person vorliegt[1]), so wird das Wettbewerbverbot unwirksam, es entfällt damit auch die Entschädigung. Will der Prinzipal das Wettbewerbverbot aufrecht erhalten, so muß er sich bei der Kündigung bereit erklären, während der Karenz das volle, zuletzt bezogene Aquivalent zu entrichten (vgl. hierzu R.G.Z. LIX S. 125, O.L.G. Köln in O.L.G. Rspr. VIII S. 387). Die Entschädigung

[1]) Unter Kündigung im Sinne dieses § wird auch Kündigung ohne gesetzlichen Grund zu verstehen sein. Doch ist die Frage zweifelhaft (einerseits R.G. in L.Z. 1911 S. 936, O.L.G. Hamburg im Recht 1912 Nr. 2872, andererseits O.L.G. Colmar in L.Z. 08, S. 242, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. VIII S. 96).

Verordnung des Bundesrats vom 10. September 1914

Zu Seiten 274, 281

Eine Verordnung des Bundesrates vom 10. September 1914 (R.G.Bl. 1914 S. 404) setzt die Neuerung der Wettbewerbverbotsnovelle, wonach der Prinzipal, der kündigt, seine Rechte aus dem Wettbewerbverbot nicht schon dann behält, wenn ein erheblicher, vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß zur Kündigung vorlag, sondern nur dann, wenn der erhebliche Anlaß in der Person des Gehilfen vorlag, sofort in Kraft. Der weitere Inhalt der Verordnung entspricht der bisherigen Praxis (R.G.Z. LIX S. 125).

erreicht dann also die volle letzte Dienstentlohnung. Gleichgültig ist in diesem Falle, ob der Gehilfe nachher seine Arbeitskraft anderweit verwertet (Herz bei Holdheim VII, S. 98). Die Erklärung des Prinzipals braucht nicht schriftlich zu erfolgen. Über die Berechnung wird auf § 74b verwiesen. —

Daß der Prinzipal sich zur Zahlung des vollen Dienstäquivalents bereit erklärt hat, hat der Prinzipal zu beweisen, wenn der Gehilfe Unwirksamkeit des Wettbewerbverbotes behauptet. Stützt sich umgekehrt der Gehilfe auf die Bereiterklärung des Prinzipals, so liegt dem Gehilfen — falls der Prinzipal dies bestreitet — der Beweis ob.

3. Weder Prinzipal noch Gehilfe kündigt. a) Das Dienstverhältnis löst sich auf durch Zeitablauf oder durch gegenseitige Vereinbarung. Dann greift das Wettbewerbverbot Platz, auch dann, wenn der Prinzipal tatsächlich Veranlassung zur Auflösung gegeben hat. Nr. 7.

b) Der Prinzipal oder der Gehilfe fechten den Dienstvertrag an wegen Irrtums, Zwangs oder arglistiger Täuschung. Dann entfällt der Dienstvertrag und damit das Wettbewerbverbot. Soweit dem Prinzipal durch das arglistige Verhalten des Gehilfen ein Schade erwächst, würde § 826 B.G.B. aushelfen.

§ 75a.

Der Prinzipal kann vor der Beendigung des Dienstverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf das Wettbewerbverbot mit der Wirkung verzichten, daß er mit dem Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei wird.

Entw. I § 75a, II § 75a, Komm.-Beschl. Erste Lesung — Zweite Lesung § 75a. Begründung S. 730, 731; Kom.-Ber. S. 62ff., Sten.-Ber. des Reichst. S. 2864, 2886, 8424.

1. Während im alten Recht über die Zulässigkeit eines Verzichtes des Prinzipals besondere Vorschriften sich erübrigten, da das Prinzip der bezahlten Karenz nicht bestand, würde nach neuem Recht vor der Beendigung des Dienstverhältnisses bei dem Prinzip der bezahlten Karenz der Vertrag zwischen Prinzipal und Gehilfen seine Schranke an § 75d haben. Soweit eine vertragsmäßige Entschädigungspflicht nicht besteht, was in den Fällen der § 75b, § 82a der Fall sein kann, griffe das allgemeine bürgerliche Recht ein. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses regeln sich die Voraussetzungen und Folgen des Verzichtes und Erlasses schlechterdings nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. es würde der Verzicht grundsätzlich nur durch Verzichtsvertrag erfolgen können (R.G.Z. LXXII S. 171). Der Verzicht würde nur von Rechten befreien, zur Befreiung von Pflichten bedürfte es der Entlassung seitens des Gehilfen (anders Entw. I). Nr. 1.

2. Demgegenüber gewährt § 75a ein Privileg für den Prinzipal. Er kann vor Beendigung des Dienstverhältnisses durch einseitige schriftliche Erklärung das Wettbewerbverbot wieder beseitigen, bleibt dann aber noch ein Jahr seit Abgabe der Erklärung an die Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung gebunden. Durch die letztere, erst in der Kommission hinzugefügte Beschränkung sollte verhütet werden, daß der Prinzipal, den infolge Veränderung der Verhältnisse die Last der Entschädigung schwerer drückt, als der ursprünglich geschätzte Vorteil der Karenz, sich, nachdem er den Gehilfen lange Zeit unter dem Druck des Wettbewerbverbotes gehalten hatte, von der Entschädigung lossagt, und nach erfolgter Lossagung dem Gehilfen kündigt. Der so brotlos gewordene Gehilfe würde den Entschädigungsanspruch verlieren, ohne stets in der Freiheit des Wettbewerbes ein entsprechendes Äquivalent zu erhalten. Darum soll der Prinzipal noch ein Jahr seit Abgabe der Erklärung (nicht seit Beendigung des Dienstverhältnisses) an die Entschädigungspflicht gebunden sein. Würde also das Dienstverhältnis mit dem Gehilfen noch ein Jahr seit Abgabe der Erklärung andauern, so würde die Entschädigungspflicht bei Beendigung des Dienstverhältnisses in Fortfall kommen. Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverträgen kann darnach der Gehilfe durch Kündigung Nr. 2.

wenigstens einen Teil der Entschädigung sich erhalten, ohne Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit zu unterliegen. —

Nr. 3. 3. Der Verzicht des Prinzipals hängt von seinem freien Willen ab. Der Gehilfe kann nicht den Verzicht erzwingen. Er kann ihm nicht etwa eine Frist setzen, sich binnen bestimmter Zeit vor Beendigung des Verhältnisses zu erklären, ob er verzichte. Derartige Fristsetzungen kannte noch Entw. I. Sie wurden in der Kommission beseitigt. Der Verzicht mit der in § 75a normierten Wirkung kann sich auf das Wettbewerbverbot im ganzen, wie auf einen Teil desselben (Ort, Zeit, Gegenstand) beziehen. Anders noch Entw. I der nur einen Verzicht auf einen Teil der Zeit zuließ. Die Entschädigungspflicht bleibt in beiden Fällen die gleiche Frist hindurch bestehen.

§ 75b.

Ist der Gehilfe für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen, so ist die Verbindlichkeit des Wettbewerbverbots nicht davon abhängig, daß sich der Prinzipal zur Zahlung der im § 74 Abs. 2 vorgesehenen Entschädigung verpflichtet. Das Gleiche gilt, wenn die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von achttausend Mark für das Jahr übersteigen; auf die Berechnung des Betrags der Leistungen finden die Vorschriften des § 74b Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung.

Entw. I § 75b, Entw. II § 75b; Kommissionsbeschl. Erster Lesung — Zweiter Lesung § 75b, Begründung S. 730, Ber. der Komm. S. 66ff.; Sten. Ber. des Reichst. S. 2864, 2873, 2882, 2886, 2892.

Ähnlich dem § 68 stellt § 75b für zwei Klassen von Handlungsgehilfen die Vertragsfreiheit in weiterem Umfange her, für die für eine Tätigkeit außerhalb Europas Angenommenen und für die hoch Besoldeten:

Nr. 1. a) Die für eine Tätigkeit außerhalb Europas Angenommenen. Die Formulierung ist hier weiter, als in § 68. Es fallen darunter nicht bloß für eine außereuropäische Handelsniederlassung, sondern auch für Reisen außerhalb Europas Angenommene. Die Regierung und der Regierungsvertreter in der Kommission erblickten die Notwendigkeit, sich durch eine entschädigungsfreie Konkurrenzklausel zu schützen, für den Prinzipal darin, daß es sich hier vielfach um Vertrauensstellungen eigener Art handle, die für den Prinzipal in der Regel mit erheblichen Aufwendungen verbunden seien und ihm erst nach längerer Tätigkeit der Gehilfen einen Nutzen brächten. Daher sei es ungerechtfertigt, vom Prinzipal zu verlangen, daß er noch eine besondere, zudem nach dem hohen Auslandsgehalt berechnete Gegenleistung verspreche. Der Prinzipal werde geradezu gedrängt werden, die Angestellten im Ausland zu suchen und sie dem ausländischen Recht zu unterwerfen. Dennoch beschloß die Kommission erster Lesung die Ausnahme zu streichen. Da sie aber Entw. II beibehielt, fügte man sie in zweiter Lesung wieder ein.

Nach dieser Begründung würde es nicht genügen, daß der Handlungsgehilfe gelegentlich oder nebenbei oder nur für kurze Zeit für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen oder verwendet wird, vielmehr muß er lediglich oder doch überwiegend und auf längere Zeit für solche Tätigkeit engagiert oder verwendet sein. Daß er außerdem für Europa reist, wird nicht im Wege stehen, zumal da, wo es sich um Grenzgebiete handelt (Türkei, Rußland, Spanien).

Wird der Gehilfe nur für eine Tätigkeit außerhalb Europas engagiert, aber für eine europäische Tätigkeit tatsächlich verwendet, so läge eine Umgehung des Wettbewerbverbotes vor, wenn der Prinzipal daraufhin sich der Freiheit des § 75b bedienen wollte. Denn die Gründe für die Privilegierung des Prinzipals fallen mit der tatsächlichen Verwendung des Gehilfen in Europa fort. Das Wort „Annahme" bedeutet somit nicht bloßes Engagement, sondern tatsächliche Verwendung. Daraus ergibt sich, daß der ursprünglich für Europa angenommene, später als Reisender oder Filialleiter außerhalb Europas für längere

Zeit verwendete Gehilfe mit der Verwendung außerhalb Europas unter § 75b tritt, von nun ab geschlossene Wettbewerbverbote also von der Entschädigungspflicht frei sind. Würde umgekehrt der Gehilfe nachträglich wieder auf eine Stellung innerhalb Europas versetzt, so würde damit wieder die Entschädigungspflicht des Prinzipals beginnen. Daß hierin Keime zu mannigfachen Streitigkeiten liegen, ist nicht zu leugnen.

b) Die hoch Besoldeten. Der Betrag ist hier höher gegriffen als in § 68. Nr. 2.
Bei Aufrücken des Gehilfen im Gehalt würde die Freiheit von der Entschädigungspflicht mit dem Jahr beginnen, in dem tatsächlich der Gehilfe die 8000 Mark bezieht, nicht dem Jahr, in dessen Verlauf die Zusicherung der Erhöhung auf 8000 Mark erfolgt, es sei denn, daß die Zusicherung am Beginn des Jahres für dies Jahr erfolgt. Im übrigen ist auf § 74b zu verweisen.

c) Die in Entw. I aufgestellte dritte Ausnahme der sog. kleinen Kon- Nr. 3.
kurrenzklausel (für Beschränkungen im Umkreis von 2 Kilometern und die Dauer eines Jahres) fiel in der Kommission und gelangte auch nicht mehr in Entw. II. Da sie für kleine Ladenbesitzer Bedeutung hatte, so wurde sie mit Aufnahme der Mindestgehaltgrenze ohnehin gegenstandslos.

§ 75c.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal Ansprüche nur nach Maßgabe der Vorschriften des § 340 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geltend machen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Ist die Verbindlichkeit der Vereinbarung nicht davon abhängig, daß sich der Prinzipal zur Zahlung einer Entschädigung an den Gehilfen verpflichtet, so kann der Prinzipal, wenn sich der Gehilfe einer Vertragsstrafe der im Absatz 1 bezeichneten Art unterworfen hat, nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

D.H.G.B. § 75 Abs. 2, Entw. I der Novelle § 75c, II § 75c, Kommissionsbeschl. Erster Lesung § 75c, Zweiter Lesung § 75c, Reichstagsbeschl. Zweite Lesung § 75c. Begründung S. 731ff., Kommissionsber. S. 70ff. Sten. Ber. des Reichstages S. 2864, 2873f., 2877, 2885f., 8270, 8416, 8419, 8424, 8428ff., 8432ff., 8445, 8449.

Nach bisherigem Recht war, wenn eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung des Wettbewerbverbotes vom Gehilfen versprochen war, der Prinzipal nur berechtigt, die verwirkte Strafe zu verlangen. Anspruch auf Erfüllung oder Ersatz weiteren Schadens waren ausgeschlossen. War eine Vertragsstrafe nicht versprochen, so stand dem Prinzipal das Recht auf Erfüllung sowie Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen zu. Nach § 75c sind drei Fälle zu scheiden.

1. Es ist eine Vertragsstrafe für Nichterfüllung des Wettbewerbverbotes Nr. 1.
vom Gehilfen nicht versprochen. Dies ist durchaus möglich, Anträge, die Gültigkeit des Wettbewerbverbotes von der Vereinbarung einer Vertragsstrafe abhängig zu machen, wurden abgelehnt. Diesenfalls greift, gleichgültig ob der Prinzipal sich zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet hat oder nicht, das allgemeine Recht durch. Der Prinzipal hat somit Anspruch auf Erfüllung. Die Erfüllung kann der Prinzipal auf Grund von § 890 Z.P.O. erzwingen, Z.P.O. § 888 Abs. 2 steht nicht entgegen, da es sich nicht um Leistung von Diensten handelt (R.G. in L.Z. 1911 S. 542). Den Beweis der Nichterfüllung hat der Prinzipal zu führen, eine Auskunft- oder Rechnungslegungspflicht hat der Gehilfe nicht. Der Gehilfe kann nicht einwenden, der Prinzipal habe ihm seinen Gehalt oder seine sonstigen Bezüge (Provision usw.)

noch nicht bezahlt. Denn zwischen Gehaltszahlung und Unterlassungspflicht besteht nicht das Verhältnis der Gegenseitigkeit (R.G.Z. LIV Nr. 37). Hier hätte er sich gemäß § 75 helfen können. Wohl aber könnte der Gehilfe einwenden, der Prinzipal sei mit der zugesagten Entschädigung rückständig. Zwischen Entschädigung und Karenz besteht das Verhältnis von Gegenseitigkeit, jedenfalls aber von Konnexität (vgl. R.G. im Recht 09 Nr. 3738). Er könnte auch bei Vorenthaltung der Entschädigung das Rücktrittsrecht aus § 326 B.G.B. ausüben (R.G. im Recht 1912 Nr. 1758). Vgl. § 74c Nr. 6.

Nr. 2. 2. Es ist eine Vertragsstrafe für Nichterfüllung des Wettbewerbverbotes vom Gehilfen versprochen. Dann wird unterschieden, ob es sich um Handlungsgehilfen handelt, für die das Prinzip bezahlter Karenz gilt, oder um solche, für die es nicht gilt (§ 75b), im letzteren Falle aber gleichgültig, ob tatsächlich der Prinzipal sich zu einer Entschädigung dem Gehilfen gegenüber verpflichtet hat oder nicht. Dies ergibt die Begründung zu Entw. I, dessen Wortlaut in der zweiten Lesung des Reichstages wieder in das Gesetz gelangte. Demnach sind Auslandsgehilfen und Gehilfen mit Bezügen über 8000 Mark, die eine Vertragsstrafe für Bruch des Wettbewerbverbotes versprachen, nie der Gefahr ausgesetzt, auf Erfüllung oder Ersatz weiteren Schadens belangt zu werden, der Prinzipal kann nur die Vertragsstrafe verlangen (ähnlich beim Volontär § 82a). Der Prinzipal hat auch nicht das Recht, wenn die Strafe verweigert wird, durch einstweilige Verfügung ein Verbot der Unterlassung gemäß § 840 Z.P.O. zu erzielen. Eine den Gehilfen benachteiligende Vereinbarung wäre unverbindlich (§ 75d). Für den Regelfall dagegen kann der Prinzipal nach § 340 B.G.B. vorgehen. Er kann also wählen, ob er Erfüllung oder statt der Erfüllung die verwirkte Strafe begehrt. Erklärt er dem Handlungsgehilfen, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen (das Umgekehrte gilt nicht, R.G. in Seuffert LXVIII Nr. 121). Begehrt er Erfüllung so kann er sie durch § 890 Z.P.O. erzwingen. Macht er einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen, ohne von der Geltendmachung eines weiteren Schadens ausgeschlossen zu sein. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nur soweit verbindlich, als sie nicht zum Nachteil des Handlungsgehilfen gereichen (§ 75d).

Das Gesetz spricht nur davon, daß die Vertragsstrafe für den Fall der „Nichterfüllung" der Verpflichtung des Gehilfen versprochen ist. Das R.G. (R.G.Z. LXX Nr. 110) nimmt bei „länger dauerndem Unterlassen" auch die Möglichkeit nicht gehöriger Erfüllung, also des Zuwiderhandelns gegen § 341 B.G.B. an, zumal in Fällen, wo die Vertragsstrafe „für jeden Fall der Zuwiderhandlung" angedroht war. Man mag über die Richtigkeit der Entscheidung streiten, jedenfalls wird es der ratio des § 75c entsprechen, daß schlechtweg nur § 340 B.G.B. anwendbar sein soll. Bei Anwendung des § 341 B.G.B. würde eine noch ungünstigere Lage des Gehilfen erzeugt werden. Nirgends ist der Möglichkeit, daß auch dieser Paragraph in Betracht kommen könnte, gedacht, die Heranziehung des § 340 B.G.B. erschien als äußerstes Zugeständnis, über das weder die Reichsregierung noch der Reichstag hinausgehen wollte.

Nr. 3. 3. Die Höhe der Vertragsstrafe hat das Gesetz nicht ziffernmäßig begrenzt, trotz dahingehender Anträge. Der Verweis auf § 343 B.G.B., der sich schon in § 75 Abs. 2 H.G.B. findet, war überflüssig. Er steht nicht einmal an richtiger Stelle, denn er gilt auch für Absatz 2. Zur Judikatur über Ermäßigung der Vertragsstrafe O.L.G. Rostock in Meckl.-Z. XXVI S. 265, R.G. im Recht 08 Nr. 846, L.Z. 08 S. 226. Insbesondere ist die Vertragsstrafe nicht notwendig in demselben Maße herabzusetzen, wie der Umfang des Konkurrenzverbotes herabgesetzt wird.

Nr. 4. 4. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe kann vor dem für die Hauptverpflichtung maßgebenden Gericht erhoben werden (R.G.Z. LXIX Nr. 2, O.L.G. Darmstadt im Recht 04 S. 530 Nr. 2269). Die Kaufmannsgerichte sind auch hierfür zuständig (O.L.G. Düsseldorf in O.L.G. Rspr. XIX S. 43).

Nr. 5. 5. Nicht von § 75c berührt wird ein etwaiger Anspruch des Prinzipals gegen einen anderen Prinzipal, der wissentlich einen Gehilfen einem Wettbewerbverbot zuwider engagiert. Hier könnte unter Umständen § 1 des U.W.G. oder § 826 B.G.B. eingreifen (vgl. Komm. Ber. S. 74). Anträge, den neuen Prinzipal neben dem Gehilfen für die Vertragsstrafe gesamtschuldnerisch haften zu lassen, wenn er die Vereinbarung kannte oder kennen mußte, wurden abgelehnt.

§ 75d.

Auf eine Vereinbarung, durch die von den Vorschriften der §§ 74 bis 75c zum Nachteil des Handlungsgehilfen abgewichen wird, kann sich der Prinzipal nicht berufen. Das gilt auch von Vereinbarungen, die bezwecken, die gesetzlichen Vorschriften über das Mindestmaß der Entschädigung durch Verrechnungen oder auf sonstige Weise zu umgehen.

D.H.G.B. § 75 Abs. 3, Entw. I § 75d, II § 75d, Kommissionsbeschl. Erster und Zweiter Lesung § 75d, Begr. S. 732, Kommissionsber. S. 42, Sten. Ber. des Reichst. S. 8416.

1. Während D.H.G.B. § 75 Abs. 3 Vereinbarungen, welche den Vorschriften des § 75 zuwiderlaufen, für nichtig erklärt, versagt § 75d bei solchen Vereinbarungen, die zum Nachteile des Handlungsgehilfen von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, dem Prinzipal das Recht, sich auf sie zu berufen. Die Terminologie ist der des Versicherungsvertragsgesetzes angepaßt. Gemeint sind nur während des Dienstverhältnisses geschlossene Vereinbarungen, nach Beendigung des Dienstverhältnisses erfolgte Beredungen unterstehen allgemeinen Grundsätzen. Nr. 1.

2. Satz 2 wurde in der Kommission angefügt. Er soll der selbstverständlichen Folge der Umgehung zwingender Vorschriften über die Höhe der Karenzentschädigung Ausdruck geben. Der Antragsteller hob als Fall hervor, daß der Prinzipal eine Gehaltsaufbesserung nur unter der Bedingung gewährt, daß diese Beträge auf eine etwaige Entschädigung angerechnet werden. Dem wurde entgegengehalten, daß, soweit ein Anspruch des Gehilfen auf Gehaltsaufbesserung nicht bestehe, gegen eine derartige bedingte Gewährung rechtliche Bedenken nicht bestehen. Indessen wird man sagen müssen, sobald der Prinzipal dem Gehilfen im Wege des Vertrages ein Dienstäquivalent zusichert, muß dieses nach § 74 Abs. 2 bei der Entschädigung mit berücksichtigt werden. Anders bei freiwilligen Gratifikationen. Auch Vorschüsse auf die Entschädigung sind an sich zulässig, soweit sie in bar entrichtet werden. Bei Vorschüssen in Gestalt anderer Werte wird freilich der Verdacht der Umgehung des Gesetzes nahe liegen. Wenngleich ein Verbot des Trucksystems zugunsten des Handlungsgehilfen nicht besteht (oben § 64 Nr. 1), wird man doch gerade mit Bezug auf die Karenzentschädigung alle Vereinbarungen für unzulässig erachten müssen, durch die entweder nicht der volle Betrag der Entschädigungssumme in das Vermögen des Gehilfen gelangt, oder durch die der Zweck der Entschädigung, ihm für die Zeit der Karenz als Aushilfe zu dienen, vereitelt wird, z. B. Gewährung von Speisen und Getränken unter Anrechnung auf die spätere Entschädigung. Im übrigen hilft mit Bezug auf gesetzliche Aufrechnung auch § 75e Abs. 2 aus. Nr. 2.

§ 75e.

Die Entschädigung, die der Handlungsgehilfe auf Grund der Vorschriften der §§ 74 bis 75d für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses beanspruchen kann, gehört zu den Dienstbezügen im Sinne des § 61 Nr. 1 der Konkursordnung.

Der Anspruch auf die Entschädigung kann zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann gepfändet werden, wenn der Tag, an dem sie zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Gehilfe sie eingefordert hat. Die Pfändung ist jedoch zulässig, soweit die Entschädigung allein oder zusammen mit den in den §§ 1, 3 des Gesetzes, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns,

bezeichneten Bezügen die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt. Die Vorschriften des § 2, des § 4 Nr. 2, 3 und des § 4a des bezeichneten Gesetzes finden entsprechende Anwendung.

Entw. I § 75e, II § 75e Kommissionsbeschl. Erster und Zweiter Lesung § 75e, Begr. S. 732, Komm. Ber. S. 77, 78.

Die Vorschrift ist aus dem Regierungsentwurf unverändert in das Gesetz gelangt.

Nr. 1. 1. Absatz 1 gewährt dem Entschädigungsanspruch das gleiche Konkursprivileg, wie dem Anspruch auf das Dienstäquivalent. — Umgekehrt der Anspruch des Prinzipals auf die Vertragsstrafe ist nur eine gewöhnliche Konkursforderung. Sie ist überhaupt nicht Konkursforderung, wenn erst nach Eröffnung des Konkurses der Kridar gegen das Wettbewerbverbot verstößt (R.G.Z. LIX Nr. 16).

Nr. 2. 2. Absatz 2 stellt den Entschädigungsanspruch hinsichtlich der Einschränkung der Pfändbarkeit den Dienstbezügen gleich. Die Pfändbarkeit beginnt, wenn die Entschädigung allein oder zusammen mit den Dienstbezügen, welche der Gehilfe während der Karenzzeit durch andere Verwendung seiner Arbeitskraft bezieht, 1500 Mark für das Jahr übersteigt. Bezüge aus anderen als Arbeits- oder Dienstverhältnissen (z. B. aus gesellschaftlichen Beteiligungen) werden nicht mitgerechnet. —

§ 75f.

Auf eine Vereinbarung, durch die sich ein Prinzipal einem anderen Prinzipal gegenüber verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem im Dienste ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, findet die Vorschrift des § 152 Abs. 2 der Gewerbeordnung Anwendung.

Entw. I — Entw. II, § 75f; Komm. Beschl. Erster Lesung § 75f, Zweiter Lesung § 75f. Ber. der Kommission S. 89ff., 105; Sten. Ber. des Reichst. S. 2889, 8425, 8426, 8430, 8434, 8439, 8442, 8443, 8445f.

Die Vorschrift über die sog. geheime Konkurrenzklausel war dem Entw. I fremd. Sie gelangte erst auf Grund der Kommissionsbeschlüsse in das Gesetz. Nach den Kommissionsbeschl. erster Lesung sollte die geheime Konkurrenzklausel nichtig sein und die beteiligten Unternehmer dem Gehilfen gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Entw. II nahm die jetzige Fassung auf, die in der zweiten Lesung angenommen wurde. Darnach würden bei einer (offenen oder geheimen) Vereinbarung mehrer Prinzipale, wonach der eine sich dem oder den anderen verpflichtet, Handlungsgehilfen, die bei letzteren (auch als Handlungslehrlinge oder Volontäre) in Dienst sind oder gewesen sind, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, jeder der Kontrahenten freies Rücktrittsrecht von dem Vertrage haben. Keiner könnte den Anspruch gegen den anderen klage- oder einredeweise, (etwa im Wege der Aufrechnung — Reichel in Jher. Jahrb. LIX S. 427) — geltend machen. Auch bestellte Sicherheiten werden unverbindlich sein, desgl. festgesetzte Vertragsstrafen (R.G. im Recht 1912 Nr. 1361 = Warneyer 1912 Nr. 248, Schall in Jher. Jahrb. LII S. 53), eingegangene Schuldanerkenntnisse (R.G.Z. L Nr. 7). Wohl aber wird das auf Grund des Vertrages Geleistete (z. B. die gezahlte Vertragsstrafe) nicht deshalb zurückgefordert werden können, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (anders Schall in Iherings Jahrb. LII S. 53). Auf Handlungsgehilfen, die bei keinem der Kontrahenten als Handlungsgehilfen (bez. Handlungslehrlinge, Volontärs) beschäftigt waren, bezieht sich § 75f nicht. Doch wird man das Vorschieben von Strohmännern, um die Folgen des § 75f zu vermeiden, als unzulässige Gesetzesumgehung betrachten müssen.

Nach Lage des Falls könnte die geheime Konkurrenzklausel auch als wider § 138 B.G.B. verstoßend nichtig sein. Auch könnte § 153 G.O. zur Anwendung gelangen.

Artikel 3 des Gesetzes vom 10. Juni 1914.

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 1915 in Kraft.

Die neuen Vorschriften finden, abgesehen von den Formvorschriften des § 74 Abs. 1, auch auf die vorher vereinbarten Wettbewerbverbote Anwendung. Ein Wettbewerbverbot, das nach den neuen Vorschriften unverbindlich ist, weil eine dem § 74 Abs. 2 entsprechende Entschädigung nicht vereinbart ist oder die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von fünfzehnhundert Mark für das Jahr nicht übersteigen, bleibt verbindlich, falls sich der Prinzipal vor dem Ablauf von drei Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes schriftlich erbietet, die vorgeschriebene Entschädigung zu zahlen sowie die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen auf mehr als fünfzehnhundert Mark für das Jahr zu erhöhen.

Entw. I Art. 2, II Art. 3, Kommissionsbeschl. Erste Lesung Art. 2, Zweite Lesung Art. 3, Reichstagsbeschl. Zweiter Lesung Art. 3, Begründung S. 732, Kommissionsber. S. 81 ff., 106, Sten. Ber. des Reichstages S. 8451.

Nr. 1. Während den §§ 74, 75 des D.H.G.B. rückwirkende Kraft nicht beigemessen wurde (R.G.Z. XLVIII Nr. 30) hat Artikel 3 den Vorschriften der Novelle rückwirkende Kraft beigelegt. Die hinsichtlich des § 74 Abs. 1 mit Bezug auf die Form der Vereinbarung gemachte Ausnahme ist selbstverständlich. Auf Abänderungen von Vereinbarungen nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften bezieht sie sich nicht.

Nr. 2. Um dem Prinzipal die Möglichkeit zu geben, Wettbewerbverbote, die wegen Mangel einer ausreichenden Entschädigung (§ 74 Abs. 2) oder, weil die Mindestbezüge von 1500 Mark dem Gehilfen nicht zugesichert werden (§ 74a Abs. 2) nichtig wären, aufrecht zu erhalten, gestattet Artikel 3 dem Herrn, bis zum 31. März 1915 durch schriftliches Erbieten an den (derzeitigen oder früheren) Gehilfen zur Zahlung der gesetzlichen Entschädigung oder Gewährung der Bezüge auf das gesetzliche Mindestmaß (oder darüber) die Verbindlichkeit der Klausel aufrecht zu erhalten. Einer Annahme seitens der Gehilfen bedarf es nicht.

Im übrigen ist es gleichgültig ob die Gehilfen noch in Dienst sind oder ob bereits das Dienstverhältnis beendet ist. Zwar vertrat in der Kommission ein Regierungsvertreter die Ansicht, daß bei Anstellungsverträgen, die bereits abgelaufen seien, die alte Konkurrenzklausel voll respektiert werden müsse, allein dieser Ansicht wurde widersprochen und die allgemeine Formulierung des Art. 3 unterscheidet nicht. Das Wort „der Prinzipal" kann nicht für die entgegengesetzte Auffassung verwendet werden, da es auch den ehemaligen Prinzipal umfassen kann (vgl. § 75 f.). Demgemäß wird der Prinzipal vom 1. Januar 1915 ab früheren Gehilfen für den Rest der Karenzzeit diejenige jährliche Entschädigung zu zahlen haben, die sie zu beanspruchen hätten, wenn der Dienst unter der Herrschaft des neuen Rechts sein Ende genommen hätte. Dagegen wird er für den am 1. Januar 1915 bereits abgelaufenen Teil der Karenzzeit nicht mehr, als nach altem Recht, zu leisten haben. Die Dauer der Karenzzeit wird vom neuen Recht schlechtweg beherrscht, wenn die Karenzzeit am 1. Januar 1915 noch nicht beendet war, die Karenzzeit schließt also notwendig mit dem Ablauf des zweiten Jahres seit ihrem Beginn, mag auch nur ein kleiner Bruchteil in das Jahr 1915 fallen. Die in Art. 169 Abs. 2 E.B.G.B. für die Verjährung aufgestellte Regelung kann keine Anwendung finden.

§ 76.

Die Vorschriften der §§ 60 bis 63, 75 f gelten auch für Handlungslehrlinge. Vereinbarungen, durch die diese für die Zeit nach der Be-

endigung des Lehr- oder Dienstverhältnisses in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt werden, sind nichtig.

Der Lehrherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird; er hat die Ausbildung des Lehrlings entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter zu leiten. Die Unterweisung hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu geschehen.

Der Lehrherr darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen; auch hat er ihm die zum Besuche des Gottesdienstes an Sonntagen und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Er hat den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

In betreff der Verpflichtung des Lehrherrn, dem Lehrlinge die zum Besuch einer Fortbildungsschule erforderliche Zeit zu gewähren, bewendet es bei den Vorschriften des § 120 der Gewerbeordnung.

Entw. I § 68, II § 75; Denkschrift I S. 66, II S. 3172, Komm.Ber. S. 3890, 3891; Stenogr. Ber. S. 5539. — Entw. I der Wettbewerbsnovelle § 76 Abs. 1, II § 76 Abs. 1, Kommissionsbeschl. Erster Lesung § 76 Abs. 1, Zweiter Lesung § 76 Abs. 1; Begr. zu Entw. I S. 732; Komm. Ber. S. 79ff.

Literatur: Außer den oben S. 209 Genannten: Bloch, Der kaufmännische Lehrvertrag 1898, Dunger, Das Recht des Handlungslehrlings Diss. 06, Gordan in Jahrb. des Kaufm.G. Berlin III S. 9ff.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Das neue H.G.B. regelt in den §§ 76—82 eingehend des **kaufmännischen Lehrlings** Rechtsstellung. Die diesbez., im alten H.G.B. noch nicht enthaltenen Bestimmungen stellen sich zu einem Teile als eine Übertragung der Vorschriften über die Handlungsgehilfen, zum anderen Teile als eine Anwendung der in der G.O. über gewerbliche Lehrlinge aufgestellten Rechtssätze dar. Hinsichtlich des Verhältnisses zum B.G.B. vgl. die einleitenden Bemerkungen zu diesem Abschnitt.

Nr. 2. 2. **Begriffsbestimmung der Handlungslehrlinge.** Eine solche gibt das Gesetzbuch nicht. Gemeinsam mit dem Handlungsgehilfen ist dem Handlungslehrling die Anstellung in einem Handelsgewerbe zur Leistung wesentlich kaufmännischer Dienste. In dieser Beziehung ist das bei § 59 Bemerkte entsprechend anzuwenden. Unterscheidend ist der vom Dienstverpflichteten erstrebte Zweck. Während der Handlungsgehilfe seine Dienste „verkauft", erstrebt der Handlungslehrling die Ausbildung im Handelsgewerbe, die Erlernung kaufmännischer Fertigkeiten. Wann das eine, wann das andere vorliegt, kann mitunter zweifelhaft sein. Das Alter des Angestellten wird hier häufig einen Maßstab geben. Anträgen, bei Personen unter einem gewissen Lebensalter die Lehrlingseigenschaft zu präsumieren, wurde aber nicht stattgegeben (Komm.Ber. S. 3890). Wie demnach die Zahlung eines Entgeltes für die Dienste hier nicht notwendig ist, (über unentgeltliche Beköstigung vgl. z. B. Riesenfeld I Nr. 43) und wo sie vorkommt, die Rolle nicht spielt, die sie beim Gehilfenvertrag spielt, ja umgekehrt der Lehrherr ein Lehrgeld erhalten kann, so übernimmt der Lehrherr andererseits stets als Gegenleistung die besondere Pflicht der Ausbildung des Lehrlings, die durch zivile und pönale Normen (§§ 76, 82) erzwungen wird. Wo der Prinzipal solche Pflicht nicht übernimmt, wie möglicherweise beim Volontär (vgl. bei § 59 Nr. 3, Jahrb. des Kaufm.G. Berlin II S. 283, III S. 297, ferner unten § 82a) liegt kein Lehrvertrag vor. Auf den Namen „Volontär" allein kann es natürlich nicht ankommen, auch nicht darauf, ob der sog. Volontär bereits eine Vorbildung hat. Eine solche widerspricht dem Begriffe des

Lehrvertrages nicht. Jedenfalls ist, wo der Prinzipal dem Volontär gegenüber eine Ausbildungspflicht übernommen hat, § 76 Abs. 2, 4 entsprechend anzuwenden, während die Anwendung von Abs. 3 wohl meist ausgeschlossen sein wird. — Ob der Lehrvertrag unter den Begriff des Dienst- oder Werkvertrages fällt oder eine besondere Kategorie von Verträgen (Innominatkontrakte) darstellt, ist in der Theorie nicht unbestritten. Jedenfalls ist nach der systematischen Stellung, die das Gesetz ihm anweist, sowie nach der Anwendung von Sätzen über den Engagementsvertrag auf ihn die analoge Anwendung der Grundsätze über den Dienstvertrag geboten, wenn auch das B.G.B. § 1822 Lehr- und Dienstvertrag scheidet. Dabei ist als Dienstverpflichteter nicht der Lehrherr, wie Ferno, Beitrag zur Darstellung des kaufm. Lehrvertrages Diss. 04 S. 36 verkehrt annimmt, sondern der Lehrling anzusehen.

3. Der **Abschluß des Lehrvertrages** mit dem Lehrherrn geschieht gewöhnlich nicht durch den Lehrling selbst,[1]) sondern durch den gesetzlichen Vertreter (Elternteil, Vormund,) desselben, möglicherweise auch durch einen Dritten. Der Vater als gesetzlicher Vertreter bedarf nicht der Genehmigung der Obervormundschaft (B.G.B. § 1643 Abs. 1), der Vormund bedarf solcher, wenn der Lehrvertrag für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird (B.G.B. § 1822 Nr. 6), vor der Entscheidung über die Genehmigung soll der Mündel gehört werden (B.G.B. § 1827 Abs. 1). Die Mutter, der die elterliche Gewalt zusteht, bedarf diesenfalls der Genehmigung des etwa bestellten Beistandes. Der Hinzuziehung des Lehrlings zum Vertrage bedarf es nicht. Vater oder Vormund können übrigens auch sich selbst als Lehrherrn verpflichten, welchenfalls für den Abschluß ein besonderer Pfleger zu bestellen ist. Doch wird zwischen Eltern und Kindern meist kein Lehrvertrag geschlossen werden, sondern der Fall des B.G.B. § 1617 vorliegen. Nr. 3.

Schließt der gesetzliche Vertreter den Vertrag im Namen des Lehrlings ab, so treten die gewöhnlichen rechtlichen Folgen ein; dasselbe gilt, wenn er den vom Lehrling geschlossenen Vertrag genehmigt. Doch ist der Inhaber der elterlichen Gewalt, auch wenn er nur in Vertretung des Sohnes den Lehrvertrag schließt, doch gehalten, vermöge der ihm über den Sohn zustehenden Gewalt dem Lehrherrn in der Durchführung der Ansprüche aus dem Vertrage behilflich zu sein (R.O.H.G. XIII Nr. 37). Andererseits muß der Lehrherr den Elternteil vom üblen Betragen des Lehrlings in Kenntnis setzen, um ihm die Möglichkeit der Einwirkung auf den jungen Menschen zu geben. Unterläßt er dies, so kann er Schadensersatzansprüche gegen den vom Benehmen des Lehrlings nicht unterrichteten Elternteil nicht erheben (Seuffert XXX Nr. 75). — Anders, wenn der gesetzliche Vertreter den Vertrag in eigenem Namen schließt. Hier ist er als Selbstkontrahent anzusehen. Praktisch wird dieser Fall zumal beim Inhaber der elterlichen Gewalt. Da diesem Erziehungs- und Unterhaltungspflicht obliegt und andererseits am Vermögen des Kindes Rechte zustehen, so nimmt er beim Abschluß regelmäßig zugleich ein eigenes Interesse wahr. Auch dem Interesse des Lehrherrn entspricht es, einen selbständigen Gegenkontrahenten zu haben (vgl. Behrend § 47 S. 335, R.O.H.G. I Nr. 6, II Nr. 31, VII Nr. 73, IX Nr. 84, X Nr. 47, XIII Nr. 37, XIV Nr. 6, O.L.G. Darmstadt bei Seuffert LXI Nr. 139, O.L.G. Naumburg ebenda LXII Nr. 1). — Schließt ein Dritter ohne Vertretungsbefugnis den Vertrag mit dem Lehrherrn ab, so ist er selbstverständlich als Selbstkontrahent zu betrachten. Diesenfalls bedarf es der Genehmigung der Obervormundschaft überhaupt nicht.

Der als Selbstkontrahent Auftretende übernimmt im Zweifel die Garantie für Innehaltung des Lehrvertrages durch den Lehrling, steht also für den aus Vertragsbruch dem Lehrherrn entstehenden Schaden ein, aber im Zweifel nicht weiter, als der Lehrling selbst einstehen würde, wenn er den Vertrag selbst geschlossen hätte (vgl. jedoch § 79 Nr. 2) und auch nur insoweit, als der Lehrherr selbst die Grenzen des Lehrvertrages innehält (vgl. z. B. Seuffert XXVIII S. 49), dann also nicht, wenn dem Lehrling ungehörige Funktionen übertragen werden oder wenn der Lehrherr sich sonstige Überschreitungen erlaubt, die der Vater als Inhaber des Erziehungsrechts nicht dulden kann (O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XIX S. 303).

---

[1]) Durch den Lehrling kann er geschehen, wenn dieser volljährig ist. Ist der Lehrling (wie überwiegend) minderjährig, so kann er nicht generell ermächtigt werden, den Lehrvertrag abzuschließen (a. A. Gordan S. 18, Ritter Anm. 2).

Wieweit dem Lehrling andererseits aus solchem Vertrage unmittelbar Rechte gegen den Lehrherrn erwachsen, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (B.G.B. § 328). Ist Selbstkontrahent der Inhaber der elterlichen Gewalt, so wird nach dem Zweck des Vertrages anzunehmen sein, daß der Lehrling, so lange der betreffende Elternteil noch lebt, nicht ein unmittelbares Recht erwerben solle (Behrend § 47 Anm. 8), wohl aber mit dem Tode des betr. Elternteiles.

Nr. 4. **4. Form des Lehrvertrages.** Einer bestimmten Form bedarf der Abschluß des Lehrvertrages nicht (anders G.O. § 126b), er kann sogar, was freilich selten vorkommen wird, auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden. Doch hat der nur mündlich abgeschlossene Vertrag geringere Wirkung als der schriftliche (vgl. § 79).

Nr. 5. **5. Inhalt des Lehrvertrages.** Der Lehrvertrag ist stets ein gegenseitiger Vertrag (R.O.H.G. IX Nr. 84, XIV Nr. 69).

a) **Rechte des Lehrherrn.** Der Lehrherr hat Anspruch auf Leistung kaufmännischer Dienste durch den Lehrling, bei Verweigerung auf Entschädigung, letzteres aber nur dann, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen war (§ 79). Ein Recht auf direkte Erzwingung der Dienste steht ihm nicht zu. Nimmt also der gesetzliche Vertreter den Lehrling vertragswidrig aus dem Geschäft, oder verläßt der Lehrling eigenmächtig die Lehre, so kann der Lehrherr nur Entschädigung wegen einseitiger Vertragsauflösung verlangen, jedenfalls aber würde ihm Vollstreckung zur Erzwingung der Dienste nach Z.P.O. § 888 Abs. 2 nicht gewährt werden (auch § 887 Abs. 2 wird wegen § 79 nur bei schriftlichem Lehrvertrag praktisch werden). Ebensowenig kann er nach neuem Recht die Hilfe des Gerichts als Organes der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen. Auch auf polizeiliche Zurückführung des die Lehre unbefugt verlassenden Lehrlings hat der Lehrherr kein selbständiges Recht. Der diesbezügliche § 127d der G.O. ist nicht aufgenommen. Vom Standpunkt des B.G.B. ist eine allgemeine väterliche Erziehungsgewalt des Lehrherrn über den Handlungslehrling auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der Lehrling in den Hausstand des Prinzipals aufgenommen ist. Stets bleibt die Person des Vaters oder des Vormundes die weiter entscheidende. Diese allein haben über die für die Erziehung angemessenen Zuchtmittel zu befinden und nur sie sind legitimiert, das Vormundschaftsgericht um Unterstützung anzugehen (B.G.B. §§ 1631, 1800). Wie weit sie dem Lehrherrn Erziehungsrechte außerhalb der Zwecke des Lehrvertrages einräumen wollen, hängt von ihnen ab, doch würde ein Verzicht auf die elterlichen Rechte unwirksam sein (R.G.Z. XVII S. 129, X S. 113, Seuffert XXXI Nr. 23, Mot. zum Entw. I des B.G.B. IV S. 752). Weist die Obervormundschaft die Erziehung dem Lehrherrn zu (B.G.B. § 1666), so gilt natürlich ein anderes. Vater oder Vormund können auch jederzeit die Herausgabe des minderjährigen Lehrlings verlangen (R.O.H.G. IX Nr. 84, B.G.B. §§ 1632, 1800), und der Lehrherr hat nicht das Recht, unter Berufung auf den Lehrvertrag den Lehrling zurückzubehalten, da es sich hier um unveräußerliche Rechte handelt (Behrend S. 339, Bloch S. 21), ebensowenig das Recht, vom Vater die Zurückbringung in die Lehre zu erzwingen (O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XIX S. 303). Wohl aber ist der Lehrling zur Erreichung der Zwecke des Lehrvertrages der Disziplinargewalt des Lehrherrn unterworfen (R.O.H.G. IX Nr. 84), dieser hat ihn während der ganzen Lehrzeit (R.G.Str. in D.J.Z. 08 S. 1283) zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten (§ 76 Abs. 3). Dagegen steht dem Lehrherrn auch ein mäßiges Züchtigungsrecht (vgl. G.O. § 127a Abs. 2) zur Durchführung dieser Aufgabe nicht zu (§ 77 Abs. 3 verweist ausdrücklich auf § 71 Nr. 4). Die Dienste, die der Lehrherr beansprucht, dürfen nicht im Widerspruch mit dem Zweck des Lehrvertrages stehen, nach dem der Lehrling nach und nach in die Einzelheiten der geschäftlichen Kenntnisse eindringen soll, insbesondere darf der Lehrherr ihm nicht Dienste übertragen, denen er nicht gewachsen ist, noch ihn umgekehrt auf Dienste beschränken, die seine Ausbildung nicht befördern (Busch XXI S. 332ff.). Die Entschädigung, die der Lehrherr bei Kontraktbruch des Lehrlings beansprucht, wird sich nach Lage des Falles verschieden bemessen, die Zahlung des bedungenen Lehrgeldes ist nicht stets genügend. Ist der Lehrling vielmehr längere Zeit im Dienst gewesen, so daß er sich eine gewisse Fertigkeit erworben hat, so wird der Lehrherr regelmäßig die für die Bezahlung eines etwa gleichwertigen Ersatzkommis erforder-

liche Summe liquidieren können (R.O.H.G. I Nr. 6, XIII Nr. 37, XIV Nr. 6), muß sich andererseits aber auch das abziehen lassen, was er dem Lehrling bei Aushaltung der Lehrzeit zu gewähren hätte (R.O.H.G. I Nr. 6). Ersatz weiteren Schadens, z. B. wegen Geschäftsstörung ist nicht ausgeschlossen. Nicht dagegen gehört dahin der Schade, den der Lehrherr durch die Nachlässigkeit des Ersatzmannes erleidet. Denn hier fehlt es an dem notwendigen Kausalzusammenhang (R.O.H.G. I Nr. 6). Ein Recht auf Lehrgeld hat der Lehrherr an sich nicht, doch kann ihm ein solches vertragsmäßig zugesichert sein. Hinsichtlich der Verjährung B.G.B. §§ 196 Abs. 1 Nr. 10, 201.

b) Der Lehrling untersteht dem **Konkurrenzverbot** der §§ 60, 61. Dagegen Nr. 6.
sind mit ihm geschlossene **Wettbewerbsverträge** schlechthin nichtig, gleichgültig ob er minder- oder volljährig ist. Sie treten auch nicht etwa in Kraft mit dem Zeitpunkt, wo er Gehilfe wird. Auch Vereinbarungen Dritter mit dem Prinzipal, die ein Wettbewerbverbot für den Lehrling zum Gegenstand haben, sind nichtig. Denn das Gesetz spricht von „Vereinbarungen" schlechtweg, es bedarf also keiner analogen Anwendung von § 74a Abs. 2 Satz 3. Auf die Unwirksamkeit geheimer Konkurrenzklauseln kann er sich, soweit es der Gehilfe kann, berufen (darüber bei § 75f).

c) **Pflichten des Lehrherrn.** Der Lehrherr ist dazu gehalten, den Lehrling Nr. 7.
gehörig und methodisch auszubilden. Einen Befähigungsnachweis braucht der Lehrherr nicht zu erbringen. Die detaillierten Bestimmungen des § 76 entsprechen sachlich mit wenigen Abweichungen dem alten § 126 der G.O. (anders jetzt G.O. § 127). Die Ausbildung erstreckt sich nur auf die bei dem Betriebe des Geschäfts, d. h. bei dem Betriebe seines Geschäfts vorkommenden, und wenn der Lehrling nur einen bestimmten Zweig des Geschäfts erlernen will (vgl. z. B. Dove-Meyerstein Nr. 4) nur auf die in diesem Zweige vorkommenden kaufmännischen Arbeiten. In kaufmännischen Arbeiten, die bei derartigen Geschäften gewöhnlich vorkommen, braucht er ihn dann nicht auszubilden, wenn sie seinem Geschäft nachweislich fremd sind. Nur auf kaufmännische Arbeiten hat sich die Unterweisung zu erstrecken, nicht auf sonstige gewerbliche (so ist der Lehrling mit höherer Schulbildung in einem Bankgeschäft nicht mit Arbeiten, die einem Geschäftsdiener oder Kassenboten obliegen, zu betrauen), andererseits auf alle kaufmännischen Arbeiten, nicht bloß auf bestimmte Abarten. Sie hat zu erfolgen entweder durch den Prinzipal selbst oder durch einen bzw. mehrere ausdrücklich dazu bestimmte Vertreter (auch einen vorgeschrittenen Lehrling, Düringer-Hachenburg Anm. 4, R.G. in J.W. 09 S. 685[7]), für die er nach B.G.B. § 278 haftet. Es genügt demnach nicht, wenn der Prinzipal seinem Personal im allgemeinen aufträgt, für die Ausbildung Sorge zu tragen. Sie hat methodisch zu geschehen, so daß der Lehrling dadurch in die Möglichkeit versetzt wird, nach und nach sich die Kenntnisse anzueignen, er darf also nicht von vornherein mit Dingen betraut werden, die für seine Fassungsgabe verwickelt sind, und darf umgekehrt nicht allzu lange bei mechanischen Tätigkeiten (Briefaustragen, Kopieren usw.) belassen werden. Zu anderen Dienstleistungen, die die Ausbildung nicht direkt fördern, kann er zwar herangezogen werden, doch darf dadurch die Ausbildung nicht leiden (Busch XXI S. 332ff.). Ganz ausgeschlossen ist die Heranziehung zu Diensten, die mit dem Handelsgewerbe überhaupt nichts zu tun haben. Wird durch Halten von zu vielen Lehrlingen die Ausbildung des einzelnen Lehrlings gefährdet (Lehrlingszüchterei), so kann nach G.O. §§ 1391, 128 die untere Verwaltungsbehörde dem Lehrherrn auferlegen, einen entsprechenden Teil der Lehrlinge zu entlassen. — Der Lehrherr hat ferner gegenüber dem Lehrling in gesundheitlicher und sittlicher Beziehung die gleichen Verpflichtungen wie gegenüber dem Handlungsgehilfen (vgl. § 62). Ist dem Lehrling, was zumal für den späteren Teil der Lehrzeit vorkommt, ein Gehalt, sog. Taschengeld, zugesichert, so gilt hinsichtlich desselben grundsätzlich das gleiche wie beim Handlungsgehilfen (vgl. oben § 59 Nr. 10ff.), doch ist die Anwendung von § 64 vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Für Vergütungen von Diensten des Lehrlings außerhalb der Kontorstunden würde B.G.B. § 612 Platz greifen. Der Lehrherr hat dem Lehrling die erforderliche Zeit für Befriedigung seiner religiösen Bedürfnisse an Sonn- und Festtagen zu gestatten, dabei wird man den Begriff der Festtage, zumal im Anfang der Lehrzeit und nicht bloß bei Aufnahme des Lehrlings in die häusliche Gemeinschaft, wie Makower S. 234 will, anders wie beim Handlungsgehilfen relativ nach der Konfession des Lehrlings zu bemessen haben. Was „Gelegenheit geben" bedeuten soll, ist nicht klar. Es scheint

auf eine Art unterstützende Tätigkeit mit Bezug auf Fahrgeld, Gesangbücher und dgl. hinauszuwollen (Gordan S. 31). Was den Besuch der Fortbildungsschule betrifft, so tritt zu der Vorschrift des § 120 G.O. ergänzend die des § 139i G.O. Verweigert der Lehrherr, seine Lehrverpflichtungen zu erfüllen, so bleibt dem Lehrling nur die Schadensersatzklage übrig. Über die Verpflichtung zum Schadensersatz R.O.H.G. VII Nr. 73. Vor allem wird der Lehrling Ersatz des Betrages, den er als anderweitiges Lehrgeld zahlen muß, verlangen können, wobei indessen der Lehrherr das etwa von ihm verdiente Lehrgeld (B.G.B. § 628) wird abziehen dürfen. Nicht minder kann der Lehrling Ersatz für entgehende Vorteile (Wohnung, Beköstigung) verlangen (vgl. Allfeld S. 355).

6. **Älteres Recht.** Hier gilt hinsichtlich der Rückwirkung grundsätzlich das gleiche wie beim Gehilfenvertrag. Satz 2 des Abs. 1 von § 76 findet nach Art. 3 der Wettbewerbsnovelle (oben S. 281) auch auf vorher vereinbarte Klauseln Anwendung, ebenso greift § 75f sofort für ihn durch. Der Inhalt der Absätze 2—4 des § 76 entspricht übrigens dem älteren Recht.

§ 77.

Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

Das Lehrverhältnis kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.

Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhältnisses die Vorschriften der §§ 70 bis 72 Anwendung. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Lehrling ist es insbesondere auch anzusehen, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt.

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältnis innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

Entw. I § 69, II § 76; Denkschr. I S. 66, II S. 3172; Komm.Ber. S. 3891.
P. Harnapp, Die Beendigung des kaufmänn. Lehrverhältnisses 1908.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Die §§ 77, 78 Abs. 1 enthalten die Gründe für die **Beendigung** des Lehrverhältnisses. Das in ihnen enthaltene Sonderrecht tritt an Stelle der §§ 620—627 des B.G.B. Die Bestimmungen über die Beendigung des Gehilfenvertrages finden nur so weit Anwendung, als auf sie Bezug genommen ist, also nur die §§ 70—72.

2. **Endigungsgründe.** Abgesehen von gegenseitiger Vereinbarung, Tod des Lehrlings, Auflösung des Handelsgewerbes endet demnach der Lehrvertrag

Nr. 2. a) **Durch Ablauf der Lehrzeit.** Über die Dauer der Lehrzeit soll zunächst der Lehrvertrag, eventuell örtliche Verordnung oder Ortsgebrauch entscheiden. Regelmäßig beträgt sie drei Jahre, doch kommen auch geringere Fristen vor (Apt I S. 246, II S. 13). Wesentlich ist danach im Gegensatz zur G.O. § 126b Nr. 2 die Festsetzung einer Dauer für den Lehrvertrag nicht. Unter örtlicher Verordnung ist das Partikularrecht des betreffenden Ortes zu verstehen (v. Hahn § 3 zu Art. 61), dem also seine Geltungskraft in dieser Materie gelassen ist (Art. 15 des E.H.G.B.),

wobei jedoch ein Maximum von fünf Jahren anzunehmen ist (vgl. § 624 des B.G.B.). Eine besondere Zuständigkeit der Lokalbehörden soll nicht begründet werden (Puchelt-Förtsch z. Art. 61 Nr. 9a). Ortsgebrauch ist faktischer Gebrauch des Ortes, nicht örtliches Gewohnheitsrecht. Fehlt es an beiden, so hat der Lehrherr die Lehrzeit nach billigem Ermessen zu bestimmen (B.G.B. §§ 316, 315, anders Gordan S. 37). Verbleibt der Lehrling nach Ablauf der Lehrzeit beim Lehrherrn, so ist er Handlungsgehilfe (Düringer-Hachenburg Anm. 4).

Nr. 3. b) **Durch freien einseitigen Rücktritt** (Kündigung) **jedes Teiles während der Probezeit.** Diese nach dem Vorbild der G.O. § 127b eingeführte Bestimmung war dem alten Recht unbekannt. Die Probezeit beträgt mindestens einen Monat vom Beginn der Lehrzeit ab, gekürzt unter einen Monat oder beseitigt werden kann sie nicht. Die Bestimmung ist als für beide Teile (nach Gordan nur zugunsten des Lehrlings) zwingendes Recht anzusehen. Über die Berechnung B.G.B. § 188 Abs. 2, 3, § 187 Abs. 1. Sie kann aber durch Vereinbarung, sei es ursprüngliche, sei es nachfolgende, auf drei Monate erhöht werden. Die Erhöhung darüber hinaus ist unstatthaft. Die ursprüngliche Vereinbarung einer längeren Probefrist macht im Zweifel den ganzen Vertrag nichtig, nachträgliche Verlängerung über diese Frist hinaus oder Vereinbarung einer neuen Probezeit ist ohne Wirkung. Anders Staub-Bondi Anm. 2, die für den ersteren Fall einen Monat und Gordan S. 39, der in allen solchen Fällen drei Monate als Probezeit annimmt. Ritter Anm. 2 hält Vereinbarung einer neuen Probezeit für zulässig. — Eine Kündigungsfrist braucht innerhalb der Probezeit nicht innegehalten zu werden. Mit der Kündigung ist das Verhältnis gelöst. Das richterliche Erkenntnis hat nur deklarative Kraft. Ein Entschädigungsanspruch besteht an sich für keinen Teil, doch kann ein solcher vertragsmäßig eingeräumt sein. Von dem etwaigen Lehrgeld ist im Zweifel ein verhältnismäßiger Anteil an den Lehrherrn zu entrichten. Nach Ablauf der Probezeit ist im Gegensatz zum Gehilfenvertrag freie Kündigung nicht zugelassen.

Nr. 4. c) **Durch Kündigung jeden Teiles wegen wichtigen Grundes.** Das Gesetz verweist hier ausdrücklich auf die Vorschriften für den Gehilfen und fügt nur einige Fälle bei, in denen die Besonderheit der durch den Lehrvertrag erzeugten Verpflichtungen zum Ausdruck kommt. Dementsprechend werden auch die Fälle der §§ 71, 72 mit Vorsicht zu handhaben sein, insbesondere werden Nachlässigkeiten und Unarten des Lehrlings (O.L.G. Hamburg in Z. XXXXII S. 516), oder schlechte Fassungsgabe des Lehrlings nicht für den Lehrherrn, umgekehrt Nichtgewährung des kleinen Taschengeldes nicht für den Lehrling einen Aufhebungsgrund bilden. Andererseits werden einzelne Gründe hier schärfer zu nehmen sein, insbesondere § 71 Nr. 4 mit Bezug auf unsittliche Zumutungen seitens des Lehrherrn, § 72 Nr. 2, 4 mit Bezug auf den Lehrling. Ja es kann eine Ehrverletzung durch den gesetzlichen Vertreter des Lehrlings den Lehrherrn zur Entlassung berechtigen (Jahrb. des Kaufm.G. Berlin II S. 225). Als praktisch wichtig wird die Vernachlässigung der dem Lehrherrn obliegenden Verpflichtungen in einer die Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung (vgl. Z. XIV S. 342) des Lehrlings gefährdenden Weise hervorgehoben; dabei muß es sich um wirkliche Vernachlässigung, nicht bloß die Besorgnis einer drohenden Vernachlässigung handeln. Andererseits genügt schon Vernachlässigung, es bedarf nicht einer Verweigerung (wie § 71 Nr. 3). Der Vernachlässigung steht gleich Unfähigkeit des Lehrherrn, z. B. infolge von Krankheit. Weitere Fälle: Dissidien im Hause des Lehrherrn, die es unstatthaft erscheinen lassen, das Kind dort als Lehrling zu lassen (R.O.H.G. XIII Nr. 39), unsittliches Verhalten des Lehrherrn überhaupt (Busch XX S. 67). Tod des Lehrherrn ist nach dem Vorgange der G.O. § 127b Abs. 4 schlechthin für einen wichtigen Grund erklärt worden,[1]) wobei die Frist von einem Monat a die scientiae zu berechnen sein wird. Da bei Handelsgesellschaften Lehrherr die Gesellschaft ist, wird Tod eines Gesellschafters, Vorstandsmitgliedes u. dgl. nicht als Tod des Lehrherrn, sondern höchstens als wichtiger Grund zur Kündigung zu gelten haben. Sonstiger völliger Wechsel des Geschäftsinhabers kann nicht ohne weiteres, sondern nur unter Umständen, und zwar für beide Teile, Lehrling und Erben des Lehrherrn, einen Aufhebungsgrund bilden, nämlich dann, wenn gerade mit Rücksicht auf die Persönlich-

[1]) Ist die Bestimmung zwingendes Recht? Wohl zu verneinen.

keit des Lehrherrn der Lehrvertrag geschlossen war (vgl. Denkschr. II S. 3172). Das gleiche gilt bei Ausscheiden eines der Gesellschafter (vgl. R.O.H.G. I Nr. 6). Für den Konkurs des Lehrherrn wird § 22 K.O. verwendet werden können, jedoch ohne Kündigungsfrist (Jaeger K.O. § 22 Anm. 7). — Tod oder Ausscheiden der zur Anleitung des Lehrlings angestellten Gehilfen ist nicht ohne weiteres Kündigungsgrund. — Die Geltendmachung der Kündigung erfolgt, abgesehen vom Falle des Todes des Lehrherrn, ohne zeitliche Begrenzung, doch kann in Unterlassung baldiger Geltendmachung Verzicht auf die Geltendmachung liegen. Hinsichtlich des Anspruches auf Vergütung vgl. B.G.B. § 628, hinsichtlich der Ersatzpflicht vgl. § 70 Abs. 2, auch oben bei § 76 Nr. 3, 5.

Nr. 5. d) Über geplanten **Wechsel des Berufes oder Gewerbes** beim Lehrling bei § 78.

Nr. 6. e) Auch **vertragsmäßig** kann einem Teil, insbesondere dem Lehrling, **freies Kündigungsrecht** eingeräumt werden, hierauf wäre § 67 anwendbar. Weshalb dies unzulässig sein soll (Staub-Bondi § 77 Anm. 5) ist nicht abzusehen.

§ 78.

Wird von dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlings oder, sofern dieser volljährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Beruf übergehen werde, so endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältnis nach dem Ablauf eines Monats.

Tritt der Lehrling der abgegebenen Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von neun Monaten nach der Beendigung des Lehrverhältnisses in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder als Handlungsgehilfe ein, so ist er dem Lehrherrn zum Ersatze des diesem durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet. Mit ihm haftet als Gesamtschuldner der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalte Kenntnis hatte.

Entw. I § 70, II § 77; Denkschr. I S. 66, II S. 3172.

Nr. 1. 1. Absatz 1. Der besondere Auflösungsgrund des **geplanten Übertritts zu einem anderen Gewerbe oder Berufe** ist der G.O. § 127e entnommen. Die schriftliche Erklärung seitens des gesetzlichen Vertreters oder des volljährigen Lehrlings an den Lehrherrn über den ins Auge gefaßten Berufswechsel hat eine doppelte Wirkung. Einmal enthält sie die Kündigungserklärung des Lehrlings, die unter der Kündigungsfrist von einem Monat geschieht. Die Frist läuft von dem Tage ab, an dem die schriftliche Erklärung dem Prinzipal zugegangen ist (B.G.B. § 130). Andererseits gewährt sie dem Prinzipal das Recht, den Lehrling früher zu entlassen, d. h. jederzeit das Verhältnis durch einseitige Kündigungserklärung zu lösen. Die Erklärung muß schriftlich sein, der auf eine mündliche Erklärung austretende Lehrling würde unbefugt austreten (auch telegraphische Erklärung genügt nicht, da es sich um ein gesetzliches Erfordernis der Schriftlichkeit handelt). Sie muß gutgläubig abgegeben sein (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. I S. 227, a. A. Ritter Anm. 1), wobei mit dem Sprachgebrauch des Lebens, der bei stark differenzierten Geschäften von anderen „Gewerben" oder „Berufen" spricht, obwohl es sich nur um Arten des Handelsgewerbes handelt, zu rechnen ist. Sie muß dem Lehrherrn abgegeben sein, d. h. entweder diesem in Person oder dessen Vertreter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten nach Maßgabe des § 54). Die Abgabe an den zur Unterweisung des Lehrlings bestimmten Vertreter (oben § 76 Abs. 2) genügt also nur dann, wenn dieser eine so weitreichende Handlungsvollmacht besitzt. Die Erklärung braucht

nur die allgemeine Angabe des bevorstehenden Berufs- oder Gewerbswechsels zu enthalten. Einer Bezeichnung des zukünftig zu ergreifenden Berufes oder Gewerbes bedarf es nicht. Unter anderem Gewerbe ist eine gewerbliche Tätigkeit, die nicht handelsgewerblich ist, wenngleich sie in einem Handelsgewerbe vor sich geht (Brand 1b, Staub-Bondi Anm. 1), zu verstehen, unter Beruf eine dauernde Tätigkeit nichtgewerblicher Art. Nicht genügt demnach Wechsel der Geschäftsart innerhalb der Grenzen des Handelsgewerbes, denn Abs. 2 droht bei Eintritt des Lehrlings in ein anderes Geschäft die Verpflichtung zum Schadensersatz an, ohne die Beschränkung auf ein gleichartiges Geschäft hinzuzufügen und § 76 Abs. 1 dehnt das Konkurrenzverbot des § 60 auf den Lehrling aus. Der Lehrling also, der erklärt, vom Bankgeschäft zum Getreidegeschäft übergehen zu wollen, bedarf der Zustimmung des Lehrherrn zur Auflösung des Vertrages (anders Horrwitz S. 170, Gordan S. 47, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. I S. 227). — Es genügt, daß der Übertritt geplant, d. h. ernstlich beabsichtigt ist, daß er wirklich nachher erfolgt, ist nicht notwendig. Wird erweislich die Erklärung nur abgegeben, um der Verpflichtungen aus dem Lehrvertrage ledig zu werden, so kann der Lehrherr Anspruch wegen unbefugten Austritts nach allgemeinen Grundsätzen geltend machen, dagegen darf er die Erklärung nicht zurückweisen (Düringer-Hachenburg Anm. 4, anders O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. I S. 217). Das Lehrverhältnis endigt, falls nicht der Lehrherr früher kündigt, sei es aus § 78, sei es aus § 77 Abs. 3, 4, mit dem Ablauf des Monats, natürlich können beide Parteien vereinbaren, es in alter Weise fortzusetzen. Solche Vereinbarung ist schon dann anzunehmen, wenn der Widerruf der Erklärung vom Prinzipal anstandslos angenommen wird.

2. **Abs. 2.** Die Bestimmung des Abs. 2 soll eine mißbräuchliche Ausnutzung des im Abs. 1 gewährten Auflösungsgrundes verhüten. Der Lehrling, der nachträglich den Plan des Gewerbs- oder Berufswechsels wieder aufgibt, ist gehalten, neun Monate von Beendigung des Lehrverhältnisses ab sich des Eintrittes in irgend ein anderes Geschäft (nicht bloß Konkurrenzgeschäft) als Handlungsgehilfe oder Handlungslehrling zu enthalten, vorausgesetzt, daß solcher Eintritt in Widerspruch mit der abgegebenen Erklärung steht. Hatte er sich demnach diesen Eintritt bei Abschluß des Lehrvertrages offen gelassen, so greift das Verbot nicht Platz, ebensowenig wenn die Auflösung des Lehrvertrages, weil der Lehrling die Geschäftsart wechseln will, mit Zustimmung des Lehrherrn erfolgt, denn hier handelt es sich um den einfachen Fall der Auflösung durch gegenseitige Übereinkunft. — Nur der Eintritt als Handlungslehrling (auch Volontär Düringer-Hachenburg Anm. 6) oder Handlungsgehilfe ist unzulässig, nicht der als Gewerbegehilfe, doch wird man die Annahme einer Stellung als Vorstand einer Korporation dem gleich zu stellen haben (auch die Eingehung einer Handelsgesellschaft? dürfte wohl zu verneinen sein). — Der Lehrherr kann Ersatz des ihm durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verlangen, d. h. einmal des Schadens, der ihm durch Entbehrung der Arbeitskraft des ehemaligen Lehrlings erwächst (vgl. oben § 76 Nr. 5), sodann des Schadens, der sich für ihn als eine Folge der Befreiung des Lehrlings von dem Lehrvertrage herausstellt, also Ersatz des durch Konkurrenzbetrieb seitens des Lehrlings (§ 60) ihm erwachsenden Vermögensnachteils, denn auch sie stehen in Zusammenhang mit der Beendigung des Lehrverhältnisses, endlich Ersatz des Schadens, der ihm dadurch erwächst, daß der ehemalige Lehrling dem neuen Prinzipal über die Kundschaft, Bezugsquellen usw. Nachrichten und Ausweise verschafft. Zum Ersatz verpflichtet sind einmal der Lehrling (auch der minderjährige in Gemäßheit von B.G.B. § 828), sodann der gesetzliche Vertreter, der den neuen Vertrag abschloß, als Anstifter (B.G.B. § 830 Abs. 2), weiter der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er bei der Anstellung des Lehrlings von dem Sachverhalt Kenntnis hatte (kennen müssen genügt nicht) und alle nur, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen war (§ 79) — alle diese als Gesamtschuldner, sind es mehrere nacheinander, diese sämtlich. Möglicherweise kann auch derjenige, der als Selbstkontrahent mit dem Lehrherrn den alten Lehrvertrag einging, belangt werden. Nr. 2.

3. Der Inhalt des § 78 ist als **zwingendes** Recht anzusehen, soweit es sich um die Rechte des Lehrlings auf die Berufswahl handelt. Im übrigen kann er vertragsmäßig modifiziert werden; so kann der Lehrherr im voraus auf die ihm Nr. 3.

zustehenden Rechte verzichten, und der Lehrling kann sich, falls er gegen seine Verpflichtung (Abs. 2) verstößt, zur Zahlung einer Konventionalstrafe verpflichten (letzteres verneint Staub-Bondi § 78 Anm. 7).

§ 79.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre kann der Lehrherr gegen den Lehrling nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist.

Entw. I—II § 78; Denkschr. II S. 3172.

Nr. 1. 1. Nur hinsichtlich der Ansprüche des Lehrherrn gegen den Lehrling gilt der § 79, umgekehrt kann der Lehrling gegen den Lehrherrn auch aus dem mündlichen Lehrvertrag alle Ansprüche geltend machen (anders G.O. § 127f.). Hier gilt das bei § 70 Bemerkte. Da ein Gehalt selten in Frage kommt, wird es sich bei Nichterfüllung der Verpflichtung des Lehrherrn um Schadensersatzansprüche handeln.

Nr. 2. 2. Nur für die Ansprüche wegen unbefugten Austritts gilt die Beschränkung. Andere Ansprüche, z. B. auf Zahlung des Lehrgeldes, kann der Lehrherr gegen den Lehrling ohne Rücksicht auf die Form des Lehrvertrages erheben. Als Anspruch wegen unbefugten Austritts gilt auch der Anspruch aus § 78 Abs. 2. Soweit der Anspruch gegen den Lehrling ausgeschlossen ist, wird er auch gegen den als Gesamtschuldner haftenden neuen Prinzipal nicht geltend gemacht werden können. Hat dagegen der Vater als Selbstkontrahent den Vertrag abgeschlossen, so zessiert § 79 (ebenso Staub-Bondi § 79 Anm. 3).

Nr. 3. 3. Für die Ansprüche gegen den Lehrling ist zuständig das Kaufmannsgericht, dagegen für die Ansprüche gegen den Vater oder Vormund das ordentliche Gericht.

§ 80.

Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugnis über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen.

Auf Antrag des Lehrlings hat die Ortspolizeibehörde das Zeugnis kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

Entw. I § 71, II § 79; Denkschr. I S. 66, II S. 3172.

Landauer, Das Zeugnis des Handlungslehrlings, Diss. 08.

Vgl. G.O. § 127c Abs. 1 und die Bemerkungen zu § 73. Zur Ausstellung bedarf es nicht eines besonderen Antrages des Lehrlings, der Lehrherr ist ohne weiteres dazu gehalten (anders Staub-Bondi Anm. 1), doch kann durch gegenseitige Übereinkunft darauf verzichtet werden, während im voraus durch Vertrag die Verpflichtung des Lehrherrn nicht ausgeschlossen werden kann. Das Zeugnis des Lehrherrn hat sich ohne, ja auch gegen den Antrag des Lehrlings, auf die Gesamtheit der in Abs. 1 angegebenen Verhältnisse (also auch auf das Betragen des Lehrlings, soweit es das Verhalten im Lehrverhältnis betrifft, was nicht dasselbe ist, wie Betragen in Ausübung der dienstlichen Stellung) zu erstrecken. Unter Dauer der Lehrzeit ist die konkrete Dauer nach Maßgabe des betreffenden Lehrvertrages zu verstehen. Auch der Entlassungsgrund kann zur Kennzeichnung des Betragens angeführt werden (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. V S. 273).

§ 81.

Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von

Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden.

Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden.

Entw. I § 72, II § 80; Denkschr. I S. 66, II S. 3172.

1. Absatz 1. Vgl. G.O. § 126. Ein mit einem solchen Lehrherrn abgeschlossener Lehrvertrag ist nichtig, auch dann, wenn nur einer der mehreren geschäftsführenden Gesellschafter (die nicht geschäftsführenden werden nicht in Betracht kommen) unter diese Kategorie fällt (B.G.B. § 134, a. A. Staub-Bondi § 81 Anm. 1, Bloch S. 9). Die Verwendung einer solchen Person zur Anleitung des Handlungslehrlings macht den Vertrag zwar nicht nichtig, gibt aber dem Handlungslehrling das Austrittsrecht aus § 77 Abs. 3 (vgl. Abs. 2), ebenso das Recht der Anfechtung wegen Irrtums. Gleichgültig ist, infolge welcher strafbaren Handlung die Aberkennung erfolgt ist, nur muß es sich um eine gänzliche Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte handeln. Nr. 1.

2. Absatz 2. Eines Antrages seitens des Lehrlings an die Polizeibehörde bedarf es nicht, ein Einschreiten von Amts wegen ist zulässig. Die nähere Bestimmung der Polizeibehörde sowie des Verfahrens ist Sache des Landesrechts. Nr. 2.

3. Außerdem sind zu beachten G.O §§ 1391, 128. Nr. 3.

§ 82.

Wer die ihm nach § 62 Abs. 1, 2 oder nach § 76 Abs. 2, 3 dem Lehrling gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher entgegen der Vorschrift des § 81 Handlungslehrlinge hält, ausbildet oder ausbilden läßt.

Entw. I § 73, II —; Denkschr. I S. 67, II —; Kommissionsber. S. 3891; Stenogr. Ber. S. 4561.

1. Abs. 1. Vgl. G.O. § 148 Nr. 9b. Nicht jede Verletzung der dem Lehrling gegenüber obliegenden Pflichten macht den Lehrherrn strafbar, sondern nur eine solche, die Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung des Lehrlings gefährdet. Insbesondere ist eine Verletzung der die Religion und Arbeitsamkeit des Lehrlings betreffenden Vorschriften (§§ 62 Abs. 2, 76 Abs. 3) nicht unter Strafe gestellt. Kompetenz und Verfahren G.V.G. § 27 Nr. 1, St.P.O. §§ 447 ff., 453 ff. — Die im § 76 Abs. 4 dem Lehrherrn auferlegte Verpflichtung wird durch G.O. § 150 Nr. 4 erzwungen, vgl. G.O. § 154. Nr. 1.

2. Abs. 2 betrifft (im Gegensatz zu Abs. 1) nicht bloß den Lehrherrn, sondern auch den ausbildenden Vertreter (§ 76 Abs. 2); für das Verschulden dieses haftet der Lehrherr dem Lehrling nach § 278 B.G.B. Nr. 2.

§ 82a.

Auf Wettbewerbverbote gegenüber Personen, die, ohne als Lehrlinge angenommen zu sein, zum Zwecke ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt werden (Volontäre), finden die für Handlungsgehilfen geltenden Vorschriften insoweit Anwendung, als sie nicht auf das dem Gehilfen zustehende Entgelt Bezug nehmen.

D.H.G.B. — Entw. I der Wettbewerbnovelle — II § 82a, Komm.Beschl. Erster Lesung — Zweite Lesung § 82a. Komm.Ber. S. 80, 105, 106.

Nr. 1. 1. Die Frage, ob §§ 74, 75 H.G.B. auf Volontäre anzuwenden seien, war eine zweifelhafte. Erst auf Grund der Kommissionsbeschlüsse Erster Lesung nahm der Regierungsentwurf der Wettbewerbverbotsnovelle in Art. 2 den § 82a auf (siehe oben S. 256), indem er zugleich eine nicht vollständige Begriffsbestimmung für Volontäre gab (dazu § 59 Nr. 3, § 76 Nr. 2).

Nr. 2. 2. Demgemäß werden auf Volontäre Anwendung finden

a) § 74 Abs. 1 — nicht dagegen § 74 Abs. 2, selbst dann nicht, wenn der Volontär ausnahmsweise ein Gegenäquivalent erhält.

b) § 74a Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, 3, Abs. 3 — nicht dagegen § 74a Abs. 2 Satz 1.

c) Nicht § 74b, auch dann nicht, wenn der Prinzipal sich zu einer Entschädigung verpflichtet haben sollte.

d) Nicht § 74c, auch dann nicht, wenn der Prinzipal eine Entschädigung zugesichert hatte. Hier wird es vielmehr von der Vertragsauslegung abhängen, wieweit eine Anrechnungspflicht besteht.

e) § 75 Abs. 1, soweit auf den Volontär § 71 H.G.B. anwendbar ist; § 75 Abs. 2, soweit er sich auf die Kündigung wegen erheblichen Anlasses in der Person des Gehilfen bezieht, während die zweite Hälfte von Satz 1 und der Satz 2 auf den Volontär nicht passen; § 75 Abs. 3, falls der Prinzipal eine Entschädigung zugesichert hatte.

f) § 75a für den Fall, daß der Prinzipal eine Entschädigung zugesichert hatte.

g) § 75b wird hier gegenstandslos.

h) Von § 75c würde nur Abs. 2 anwendbar sein.

i) Von § 75d käme nur Satz 1 in Betracht.

k) § 75e bliebe außer Anwendung.

l) § 75f wäre anwendbar.

Nr. 3. 3. Für die Rückwirkung wäre Art. 3 (oben S. 281) in Betracht zu ziehen, von dem freilich nur Satz 1 verwendbar ist.

§ 83.

Hinsichtlich der Personen, welche in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten, bewendet es bei den für das Arbeitsverhältnis dieser Personen geltenden Vorschriften.

Entw. I § 74, II § 81; Denkschr. I S. 67, II S. 3172; Komm.Ber. S. 3891, 3892; Stenogr. Ber. S. 5545; A.D.H.G.B. Art. 65.

Vgl. oben zu § 59 Nr. 5ff. Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter normiert Titel VII der G.O. mit Ausnahme der der Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken (G.O. § 154), die der Dienstboten das Landesrecht (E.B.G.B. Art. 95). die des Schiffers zum Reeder, bezw. Schiffseigner Buch IV Abschn. 3 des H.G.B. bezw. das Reichsgesetz vom 15. Juni 1895, die der Schiffsmannschaft die Seemannsordnung. Im übrigen B.G.B. §§ 611—630. Hierzu im einzelnen Staub-Bondi § 59 Anm. 15—22, Ritter zu § 83, Brand S. 192ff.

Siebenter Abschnitt.

Handlungsagenten.

Einleitung.

Dieser neu eingeschobene Abschnitt regelt die Rechtsstellung der ständigen Agenten. Die Einteilung ist die, daß § 84 die Begriffsbestimmung enthält und die allgemeinen Pflichten des Handlungsagenten gegenüber dem Geschäftsherrn, §§ 85—87 die Vertretungsbefugnisse des Agenten, §§ 88—91 die Ansprüche des Agenten auf die Vergütung und den Ersatz der Auslagen feststellen und endlich § 92 über die Dauer des Vertragsverhältnisses handelt.

§ 84.

Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

Entw. I § 75, II § 82; Denkschr. I S. 68, 69, II S. 3173; Komm.Ber. S. 3892, 3893, 3894.

Zur Literatur: Behrend § 55, Goldschmidt Hdb. H. 634ff., Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten 1900, Albrecht-Tentler, Das Recht der Agenten nach deutschem Handelsrecht 08; Wüstendörfer in Z. LVIII S. 118ff.; K. Jacusiel, Die Rechte der Agenten, Mäkler und Kommissionäre I 2. Aufl. 04.

1. Vorbemerkung. Gegenüber der schillernden und unsicheren Anwendung des Wortes **„Agent"** im Leben (vgl. Behrend S. 379, Goldschmidt, System § 40), wo es bald einen Mäkler, bald einen Kommissionär, bald einen Stellvertreter, ferner bald einen selbständigen Gewerbetreibenden, bald einen Handlungsgehilfen, bald einen solchen, der nur für das große Publikum, bald einen solchen, der nur für bestimmte Geschäftsherren auftritt, bezeichnet, umgrenzt § 84 den Begriff des Handlungsagenten in bestimmter Weise. Wer dieser Begriffsbestimmung gerecht wird, ist „Handlungsagent", wie er auch im Leben heißen möge, und wer ihr nicht gerecht wird, ist es nicht, ob er auch Agent genannt wird. So sind Theater- und Verlagsagenten gewöhnlich Mäkler (Immerwahr S. 44). Der Name „Reisender" spricht noch nicht gegen Stellung eines Agenten (R.G. in L. Z. 08 S. 60). Indizien für den Agenten können Eintragung der Firma, Lösung eines eigenen Gewerbescheins, Zahlung von Gewerbesteuern, Besitz eines eigenen Lokals sein, auch das Delkrederestehen spricht für selbständige Agenten. Aber das Fehlen solcher Momente beweist noch nicht ein Gehilfenverhältnis (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII. S. 422). Äußere Indizien für den Gehilfen: ein fixer Gehalt, Anmeldung zur Angestelltenversicherung, jederzeitige Kontrolle. Doch kommt letztere auch bei Agenten vor (O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XIX S. 300, Apt III S. 42, O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XXIV S. 125). Daß das Geschäftsschild des Geschäftsherrn beim Agenten angebracht wird, spricht noch nicht gegen Agentur, ebensowenig, daß der Agent verpflichtet ist, den Weisungen der Geschäftsdirektion zu folgen (K.G. in Joh.-R. XXII A 76). Vgl. im übrigen unter Nr. 2. Nr. 1.

2. **Begriff des Handlungsagenten** (darüber schon bei § 1 Nr. 66). Der Handlungsagent ist nach § 84 Nr. 2.

a) ein **selbständiger** Gewerbetreibender, nicht ein Handlungsgehilfe oder sonstiger im Handelsgewerbe Angestellter. Er ist nicht in einem Handelsgewerbe „angestellt" (§ 59), so daß er ein unselbständiges Glied im Geschäftsmechanismus des Handlungshauses bildet (Denkschr.), sondern er betreibt ein eigenes Handelsgewerbe. Er steht nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Prinzipal, sondern er steht in einem Vertragsverhältnis zu einem anderen Kaufmann, dem Geschäftsherrn, der ihn mit der Vermittelung oder dem Abschluß von Handelsgeschäften betraut. Nicht stets wird im Leben sofort erkennbar sein, ob ein Handlungsgehilfe oder ein selbständiger Gewerbetreibender vorliegt. Als Merkmale führt für solche zweifelhaften Fälle die Denkschrift an, daß regelmäßig der Agent nur Provision (vgl. § 88), der Handlungsgehilfe festen Gehalt und daneben Provision bekomme (festen Gehalt allein wird der Agent kaum jemals beziehen, Goldschmidt, System § 40, Behrend S. 384), daß der Agent oft gleichzeitig mehreren Firmen diene, was beim Handlungsgehilfen selten vorkomme, daß der Agent meist an fremden

Orten tätig sei und seine Geschäftsunkosten selbst trage, während beim Handlungsgehilfen diese dem Herrn zur Last fallen (vgl. hierzu K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 401, VII S. 318, XIV S. 346, O.L.G. Colmar ebenda VI S. 507, IX S. 248, O.L.G. Hamburg ebenda VIII S. 388, XII S. 422, O.L.G. München ebenda XIX S. 17, XXIV S. 125, O.L.G. Kiel ebenda XIX S. 300, O.L.G. Hamm ebenda XX S. 9. Johow-Ring XXII A 79, XIX A 22, Holdheim 04 S. 30, R.G. in L.Z. 1911 S. 465, 1912 S. 653, J.W. 1910, S. 243[32], O.V.G. LXII Nr. 124, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 04 S. 186, Kaufm.G. Dresden bei Kaufmann VII S. 48, O.L.G. Colmar in L.Z. 1913, S. 948).

b) Der Handelsagent **vermittelt** oder **schließt ab** Geschäfte für einen **Kaufmann** (ist von ihm „betraut"). Dadurch unterscheidet er sich einerseits vom Proprehändler, dem ein Kaufmann Waren nach Bedarf zu bestimmten Preisen zu überlassen sich verpflichtet (R.G.Z. XLVI S. 123, vgl. bei § 89 Nr. 4) oder der sich umgekehrt gegenüber einem Kaufmann verpflichtet, für Absatz der Waren desselben, aber im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig zu werden (R.G.Z. LXV S. 37), sowie vom Kommissionär, der im eigenen Namen für Rechnung eines anderen handelt (§§ 383, 406; daselbst über den Kommissionsagenten), andererseits von Personen, die nur faktische Hilfstätigkeiten im Verhältnisse zwischen dem Prinzipal und dem Dritten vornehmen. Auf den Namen („Generalvertreter") kommt es, wie betont, nicht allein an (R.G. bei Gruchot XLVI S. 114, K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 346).

c) Der Handlungsagent ist **ständig**, d. h. für eine gewisse Dauer, wenn auch nur „versuchsweise" (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XII S. 423) betraut, für einen Kaufmann zu vermitteln oder abzuschließen. Diese Ständigkeit muß in Aussicht genommen sein, daß sie wirklich innegehalten wird, ist nicht notwendig (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XII S. 423). Das dauernde Vertragsverhältnis unterscheidet ihn von dem für den einzelnen Fall betrauten sog. Gelegenheitsagenten, der nicht Handelsmäkler, wie O.L.G. Köln O.L.G. Rspr. XII S. 423 Anm. annimmt, auch nicht Zivilmäkler, sondern nach bürgerlichem Recht Dienstverpflichteter (O.L.G. Königsberg bei Kaufmann XII S. 49) ist, auf den jedoch gewisse Sätze dieser Abschnitte entsprechende Anwendung finden (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 11), ferner von den wirklichen Mäklern (Zivil- oder Handelsmäklern), endlich von den für das große Publikum auftretenden Stellvertretern (z. B. Auktionatoren). Es nähert ihn dem Handlungsgehilfen, indem es ihn verpflichtet, ausschließlich das Interesse des Geschäftsherrn wahrzunehmen. Daraus erklärt sich, daß der Agent grundsätzlich nur seinem Geschäftsherrn, der Handelsmäkler beiden Parteien haftet, der Agent provisionsberechtigt nur gegenüber dem Geschäftsherrn ist, während der Mäklerlohn im Zweifel von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten ist, der Agent nur dem Geschäftsherrn Nachricht zu geben, der Handelsmäkler jeder Partei eine Schlußnote zuzustellen und Auszüge aus dem Tagebuch zu geben hat. Demgemäß ist das Agenturverhältnis in wichtigen Beziehungen übereinstimmend mit dem Dienstvertrag des Handlungsgehilfen geregelt (vgl. R.O.H.G. XVI Nr. 11), insbesondere hinsichtlich der Provision, der Vollmacht des als Reisenden tätigen Agenten und der Vertragsdauer (§ 87 mit § 55, §§ 88, 91 Satz 1 mit § 65, § 92 mit §§ 66, 70). — Nicht notwendig ist, daß der Handlungsagent nur ein Haus vertritt (vgl. darüber bei § 1 Nr. 66), sofern nur der Charakter der ständigen Agentur gewahrt bleibt.

d) Der Handlungsagent ist ständig betraut, für ein Handelsgewerbe zu vermitteln oder abzuschließen. Darüber bei § 1 Nr. 66.

e) Aus den obigen Begriffsmerkmalen folgt schon, daß der Agent gegen Entgelt tätig wird. Doch wird für die Stellung dem Dritten gegenüber es unerheblich sein, wenn im einzelnen Falle er unentgeldlich handelt, sofern nur im Ganzen die für den Begriff des Handelsgewerbes erforderliche Erwerbsabsicht da ist.

Nr. 3. 3. **Kaufmannseigenschaft.** Der Agent ist Kaufmann und zwar nach Lage des Falles Voll- oder Minderkaufmann. Zu den letzteren würden z. B. Versicherungsagenten dann zählen, wenn sie nur im geringen Umfange als Nebenbeschäftigung das Agenturgewerbe betreiben (vgl. Denkschr. II S. 3173).

Nr. 4. 4. **Agenturvertrag.** Die rechtlichen Beziehungen zwischen Agenten und Geschäftsherrn regelt der Agenturvertrag, eventuell das Gesetz. Die Beantwortung

der Frage, ob der Agenturvertrag seiner rechtlichen Natur nach unter den Werk- oder Dienstvertrag zu ziehen (vgl. R.G.Z. XXXI S. 59) oder als selbständiges Rechtsgebilde anzunehmen sei, ist nicht zu umgehen, wenngleich sie von keiner großen praktischen Bedeutung ist,[1]) weil das H.G.B. ihn selbständig geregelt hat und eine Anwendung von Sätzen des B.G.B. deshalb nur mit Vorsicht möglich ist. Richtiger Ansicht nach ist der Agenturvertrag als Dienstvertrag anzusehen, wovon auch die Denkschrift ausgeht (so auch R. G. in Seuffert LXIII Nr. 229, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 385, R.G. in L.Z. 1911 S. 454, 388, Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 398, Düringer-Hachenburg I S. 486, Staub-Bondi § 84 Anm. 4, dagegen O.L.G. Rspr. X S. 237). Die Anahme eines eigenartigen Vertrages ist ebensowenig notwendig, als die einer gesellschaftsartigen Gemeinsamkeit (O.L.G. Dresden bei Kaufmann III S. 86). Zuzugeben ist, daß eine Hinneigung zum Werkvertrag gegeben ist, zumal durch die Regelung des Anspruches auf die Provision. Sollte der Agent, was freilich selten vorkommen wird, gegen festen Gehalt angestellt sein, so träte die Natur des Dienstvertrages schärfer hervor. Demnach sind mit Vorsicht (vgl. R.G.Z. LXII S. 229, LXIII S. 73) in subsidium die Grundsätze des B.G.B. für den Dienstvertrag zur Anwendung zu bringen. Nicht anwendbar sind jedenfalls beim Provisionsagenten B.G.B. § 616 (Düringer-Hachenburg I S. 487, a. A. Ritter § 92 Anm. 2) und wohl bei jedem Agenten B.G.B. § 618. Auch § 615 wird beim Provisionsagenten kaum in Frage kommen). — Der Agenturvertrag ist stets ein beiderseitiges Handelsgeschäft; für seine Auslegung ist somit auf Handelsgewohnheiten und Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen.[2]) Sein Abschluß bedarf keiner besonderen Form, kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, insbesondere kann ein auf einzelne Geschäfte beschränktes Vertretungsverhältnis im Laufe der Zeit zu einem ständigen Agenturverhältnis auswachsen, ohne daß mündliche oder schriftliche Vertragsberedungen getroffen sind (vgl. Gutachten der Handelskammern Hamburg, Bremen und Lübeck über den Entwurf eines H.G.B. S. 15). Auch Schweigen des Agenten auf die Offerte des Geschäftsherrn kann bei Vorliegen des Tatbestandes des § 362 H.G.B. Akzept sein. Bei Versicherungsgesellschaften erhält der Agent üblicherweise eine schriftliche Instruktion und unterzeichnet einen Revers über seine Pflichten (Ehrenberg, Vers. R. S. 216). — Erfüllungsort des Agenturvertrages ist für jeden Teil im Zweifel dessen Niederlassungsort (B.G.B. § 269 Abs. 2, vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 385). Doch kann sich aus der Sachlage ergeben, daß nur der Ort des Geschäftsherrn Erfüllungsort sein soll (vgl. z. B. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 5). U. U. kann auch § 31 Z.P.O. maßgebend sein (R.G.Z. XX S. 364).

5. **Pflichten des Agenten.** Aus dem Agenturvertrag erwächst für den Agenten Nr. 5.
die Pflicht, das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen (hinsichtlich des Versicherungsagenten im einzelnen Ehrenberg S. 216—220). Dieser in § 84 ausgesprochene Grundsatz enthält nur eine Anwendung des § 347 Abs. 1. Insbesondere hat in Ermangelung anderer Vereinbarung jeder Agent (auch der bloß vermittelnde) die Kreditwürdigkeit derjenigen Personen, mit denen er den Vertrag abschließt oder nur vermittelt, gewissenhaft zu prüfen, wobei die Erkundigung bei einer Auskunftsstelle nicht immer genügen wird, er vielmehr die in Geschäftsverbindung mit demselben Stehenden zu befragen gehalten sein wird (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 23). Er hat diese Prüfung auch nach Abschluß des Geschäfts bis zu dessen Abwicklung fortzusetzen und bei nachteiligen Änderungen den Geschäftsherrn rechtzeitig zu informieren. Ob er andererseits eine werbende Tätigkeit zur Gewinnung von Kunden zu entfalten hat, und in welchem Grade, richtet sich nach Lage des Falls. Grundlose Ablehnung von Offerten Dritter wird den Agenten jedenfalls schadensersatzpflichtig machen. Er hat ferner gewissenhaft Verschwiegenheit zu bewahren. Bei Verletzung seiner Pflichten haftet er dem Geschäftsherrn auf vollen Schadensersatz (vgl. R.O.H.G. XXII Nr. 27, R.G.Z. XVIII Nr. 18, Bolze III Nr. 636, XVII Nr. 385,

---

[1]) Praktisch wird dies z. B. für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 171 E.B.G.B., ferner des § 888 Abs. 2 der Z.P.O., der Endigungsgründe des Verhältnisses.

[2]) Vgl. über solche Apt I S. 52ff., II S. 21ff., Dove-Meyerstein Nr. 70ff.

bezüglich der Berechnung R.G.Z. XII Nr. 4, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 269). Ist der Vertrag, von dem er falsche Mitteilung macht, in Wahrheit nicht zustande gekommen (fingierte Orders), so haftet er dem Geschäftsherrn nur für das negative Vertragsinteresse, nicht für das positive Erfüllungsinteresse. Der Exkulpationsbeweis liegt ihm ob (vgl. B.G.B. § 282). Darüber hinausgehend haftet er nur dann, wenn dies besonders von ihm übernommen ist (Delcredere), wie z. B. vielfach von Börsenremisiers (Apt II S. 86, III S. 121), wofür er dann auch gewöhnlich eine besondere Vergütung erhält (R.O.H.G. V S. 352, XII S. 153, XIX S. 187). Hat er die Haftung für Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Gegenkontrahenten übernommen, so erscheint er juristisch als wahrer Bürge (R.O.H.G. XII S. 153), auf den, wenn er Vollkaufmann ist, die §§ 349, 350 H.G.B. Anwendung finden, soweit nicht Handelsgebräuche ein anderes mit sich bringen (Dove-Meyerstein Nr. 111 Riesenfeld II Nr. 42, Zander bei Holdheim XV S. 22). Möglicherweise sichert er bei Vertragsstrafe dem Geschäftsherrn aber auch nur einen Mindestabsatz zu (R.G. in J.W. 07 S. 165[2]). Umgekehrt kann er sich dem Gegenkontrahenten direkt und prinzipal haftbar machen (O.L.G. Kiel im Recht 06 S. 256 Nr. 538). Seine Verpflichtungen, im Zweifel persönlich tätig zu sein (für den Versicherungsagenten Ehrenberg S. 218), den Weisungen des Geschäftsherrn zu gehorchen (unbeschadet der Selbständigkeit seines Geschäftsbetriebes), über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen, nach der Ausführung Rechenschaft abzulegen,[1]) das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte (nur solches, nicht was ihm für besondere Gefälligkeiten die er Dritten freiwillig bewiesen hat, bewilligt ist) herauszugeben,[2]) Gelder zu verzinsen, die er für sich verwendet hat (5%, § 352), bestimmen sich nach den angemessen auszulegenden §§ 675, 664—668 B.G.B. (so wird ein Agent mit großem Betriebe natürlich durch seine Prokuristen tätig werden können). Die ohnehin dem Dienstverpflichteten obliegende Pflicht zur Nachrichtgebung und ständigen Information des Geschäftsherrn über alle relevanten Hergänge (insbesondere beim Warenagenten über die Marktlage, beim Versicherungsagenten über die Risiken und Gefahrserhöhungen) ist dahin näher präzisiert, daß der Agent dem Geschäftsherrn von jedem Geschäftsabschluß, bezw. jeder Offerte unverzüglich Anzeige machen muß (vgl. R.O.H.G. XI Nr. 35), sei es, daß er die einzelnen Geschäftsabschlüsse gesondert oder mehrere zusammen anzeigt, sofern die Anzeige für jeden unverzüglich erfolgt (Staub-Bondi § 84 Anm. 18). Für die Richtigkeit der dem Geschäftsherrn gemachten Angaben haftet er nicht unbedingt, doch liegt ihm der Exkulpationsbeweis ob (Bolze II Nr. 920). Das für den Handlungsgehilfen aufgestellte Verbot des Konkurrenzbetriebes war ursprünglich auch für ihn beabsichtigt (Entw. I § 76), ist aber hauptsächlich wegen Opposition der Hansestädte (Gutachten der Handelskammern S. 16) fallen gelassen. Der Agent kann deshalb an sich sowohl eigenen Handelsbetrieb durchführen als andere Agenturen übernehmen (O.L.G. Breslau im Recht 04 S. 23 Nr. 116, O.L.G. Kolmar im Recht 06 S. 945 Nr. 2301, O.L.G. Braunschweig bei Kaufmann VIII S. 68, R.G. in L.Z. 09 S. 862; dies ist häufig der Fall, z. B. bei Versicherungsagenten — vgl. O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. VI S. 507 — Fahrradagenten, er wird freilich dann dem Geschäftsherrn dies nicht verheimlichen dürfen, Düringer-Hachenburg Anm. 19, Apt III S. 248) sowie endlich als Mäkler, Kommissionär oder Handlungsgehilfe für andere Häuser tätig werden (vgl. Apt III S. 286: Getreidemakler und Mehlagent). Nur insoweit als im Konkurrenzbetrieb ein mit der übernommenen Verpflichtung, die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen, kollidierendes Verhalten liegt (vgl. R.G.Z. XXXI S. 61) oder als

---

[1]) Daß die Rechenschaft nicht für jedes einzelne Geschäft besonders abzulegen ist, sondern in angemessenen Zwischenräumen en bloc zu erfolgen hat, betonen mit Recht Staub-Bondi § 84 Anm. 20.

[2]) Dazu gehört nicht die zwischen Geschäftsherr und Agenten oder dem Dritten und dem Agenten gewechselte Korrespondenz, vgl. L.G. Hamburg in Z. XV (1894) S. 26, Heuer in L.Z. 1910 S. 275: anders steht es hinsichtlich der vom Agenten für den Geschäftsherrn geführten Handelsbücher (O.L.G. Kolmar in L.Z. 09 S. 567) oder der dem Agenten vom Geschäftsherrn übergebenen Muster, soweit sie ihm nicht zur freien Disposition überlassen sind (hierzu Albrecht-Tentler S. 54ff., Apt I S. 66ff., 548, II S. 22ff., Dove-Meyerstein Nr. 115ff., Riesenfeld II Nr. 43, K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 121).

Handelsgebräuche darin eine schädliche Konkurrenz erblicken (O.L.G. Dresden im Recht 1910 Nr. 4015), insbesondere im Falle der Vertretung einer Konkurrenzfirma, würde der Agent rechtswidrig handeln. Diesenfalls würde aber, falls dem Geschäftsherrn die Tatsache des Konkurrenzbetriebes bei Erteilung der Agentur bekannt ist, § 60 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung kommen. Auch gestatten Handelsgebräuche in mancher Branche die Übernahme von mehreren Agenturen für gleiche Artikel (Albrecht-Tentler S. 29f). Bei rechtswidrigem Verhalten hat der Herr Anspruch auf Entschädigung, nicht aber das Eintrittsrecht des § 61. Auch wäre der Agent bei Liquidierung des Schadens durch den Herrn nicht verpflichtet, dem Herrn Rechnung zu legen über die vertragswidrig abgeschlossenen Geschäfte (R.G. in L.Z. 09 S. 862). Dagegen findet § 17 Abs. 1 U.W.G. auf ihn Anwendung. — Die Nichterfüllung der dem Agenten obliegenden Pflichten kann eine justa causa zur Auflösung des Vertragsverhältnisses für den Herrn bilden (§ 92). Eine direkte Erzwingung dieser Pflichten im Wege der Vollstreckung ist ausgeschlossen, Z.P.O. § 888 Abs. 2. Es bleibt nur der Anspruch auf Entschädigung. Vgl. Z.P.O. § 887.

6. **Haftung gegenüber dem Dritten.** Wie weit der Agent dem Dritten haftbar ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Möglicherweise besteht auch zu diesem ein Kontraktsverhältnis (so u. U. beim Versicherungsagenten, Ehrenberg I § 24, R.G.Z. XXI Nr. 19, XXV S. 236, XXXIX S. 177, LXII S. 317), denn der Agent ist nicht gehindert, auch zu dem Dritten in ein Vertragsverhältnis zu treten, vorausgesetzt, daß er dabei die Interessen des Geschäftsherrn wahrt. Möglich auch, daß das Gesetz ihm besondere Pflichten auferlegt, so bei Agenten auswärtiger Geschäftsherren. Soweit dies nicht der Fall ist, haftet er nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen oder als falsus procurator u. dergl. Der Geschäftsherr haftet dem Dritten für Handlungen des Agenten möglicherweise aus B.G.B. § 831 oder § 278. Hat der Agent durch Betrug den Dritten zum Vertragsschluß veranlaßt, so wird man dem Dritten das Anfechtungsrecht auch dann geben müssen, wenn der Agent nur vermittelnder Agent war (R.G.Z. LVIII S. 347). Der Agent ist hier nicht bloßer „Dritter" im Sinne von B.G.B. § 123 Abs. 2, der Geschäftsherr kann sich also nicht darauf berufen, daß er die Täuschung weder kannte noch kennen mußte (so für den Versicherungsagenten R.G. in J.W. 04 S. 232 Nr. 3, O.L.G. Hamburg in L.Z. 1911 S. 404[6]). Doch gilt dies natürlich nur so weit, als das angebahnte Geschäft in den Geschäftskreis des Agenten fällt. Nr. 6.

7. **Hauptagent, Unteragent.** Der Agent kann Hauptagent, Ober-, Generalagent und Unteragent sein, d. h. einem größeren Bezirk vorgestellt oder für Teile des Bezirks beauftragt sein. Auch der letztere steht in direktem Verhältnis zum Geschäftsherrn. Steht er nur im Verhältnis eines Agenten zum Hauptagenten (sog. Afteragent), so ist er lediglich dessen Gehilfe (vgl. dazu Immerwahr S. 22). Nr. 7.

8. Streitigkeiten zwischen dem Geschäftsherrn und dem Agenten unterliegen dem ordentlichen Gericht. Nr. 8.

9. Gewerberechtliche Vorschriften für Ein- und Verkaufsagenten enthält G.O. §§ 44, 44a (dazu Gesetz vom 14. Okt. 05), für Auswanderungsagenten R.G. vom 9. Juni 1897, für Versicherungsagenten G.O. § 14 Abs. 2, V.A.G. §§ 65, 85, 108 Abs. 2. Vgl. auch G.O. § 35 Abs. 3, 6. Nr. 9.

10. **Älteres Recht.** Die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen Geschäftsherrn und Agenten bestimmen sich bei vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossenen Agenturverträgen nach altem Recht, nach neuem Recht erst dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 171 des E.B.G.B. vorliegen (O.L.G. Stettin in O.L.G. Rspr. I S. 436, a. A. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. X S. 237, Albrecht-Tentler S. 49, weil kein Dienstverhältnis, sondern ein Dienstvertrag vorliege). Da nun nach bisherigem Recht das auf unbestimmte Zeit eingegangene Agenturverhältnis im Zweifel jederzeit lösbar war, so ist ein derartiger, einer besonderen Kündigungsberedung entbehrender Agenturvertrag sofort unter die Herrschaft des B.G.B. getreten. Vgl. dazu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 22, R.G. bei Warneyer VI Nr. 352. Nr. 10.

11. **Statutenkollision.** Hier gelten die allgemeinen Grundsätze, d. h. es wird im Zweifel für die Verpflichtungen des Agenten das Recht des Ortes entscheiden, wo er seine Tätigkeit entfalten soll (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 385). Dabei wird in Betracht zu ziehen sein, daß ein Agent, der Deutscher ist und ein Nr. 11.

deutsches Haus zum Geschäftsherrn hat, sich, auch wenn er im Ausland seinen Wohnsitz hat, im Zweifel dem deutschen Recht unterwerfen will, soweit es sich um die internen Verhältnisse zum Geschäftsherrn handelt (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 5).

§ 85.

Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntnis erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

Entw. I —, II § 83; Denkschr. II S. 3174.

Nr. 1. 1. **Vertretungsbefugnis des Agenten.** Der Agent kann damit betraut sein, Geschäfte zu vermitteln, d. h. den Vertragsschluß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten vorzubereiten und herbeizuführen (Goldschmidt Hdb. S. 628, 629, vgl. R.G.Z. XXX S. 30), oder auch Geschäfte im Namen des Geschäftsherrn mit dem Dritten abzuschließen, möglicherweise kann er innerhalb gewisser Grenzen das letztere, darüber hinaus aber nur das erstere tun dürfen. Eine Vermutung für eine Vertretungsbefugnis hinsichtlich des festen Abschlusses existiert nicht (R.O.H.G. V Nr. 37, XV Nr. 111, XIX Nr. 26), auch die Bezeichnung „Vertreter" rechtfertigt nach kaufmännischem Sprachgebrauch eine solche nicht (Cosack S. 205, R.G. in L.Z. 1911 S. 609, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 26, ob die Bezeichnung „Direktor", „Subdirektor" hängt von der Lage des Falls ab.) Der Agent bedarf vielmehr der Erteilung der Vollmacht, sei es ausdrücklichen, sei es der stillschweigenden; letztere erfolgt insbesondere dadurch, daß der Geschäftsherr duldet ein Kontrahieren des Agenten mit dem Dritten auf seinen Namen oder daß er wiederholt die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Agenten gegenüber dem Dritten als für ihn rechtsverbindlich anerkennt (Behrend S. 381). Ob in der Erteilung einer Instruktion überhaupt eine Vollmacht liegt, ist Tatfrage; ebenso, wieweit die Vollmacht reicht. In der Inkassovollmacht ist noch nicht Abschlußvollmacht zu sehen, doch helfen in letzterer Hinsicht die §§ 54, 86, 87 aus. Auch die kaufmännischen Gewohnheiten und Gebräuche sind nach § 346 zu berücksichtigen. So ist nach Frankfurter Handelsgebräuchen 1906 S. 4 die Mitgabe einer Preisliste an den Agenten jedenfalls nicht dann Abschlußvollmacht, wenn die Klausel „freibleibend" darin enthalten ist. Der Versicherungsagent ist zur Entgegennahme von Offerten des Publikums bevollmächtigt, dagegen nicht zum Abschluß des Versicherungsvertrages selbst (V.V.G. §§ 43ff). Ist er befugt, den Versicherungsschein allein zu unterschreiben, so gilt er als zum Abschluß bevollmächtigt (R.G.Z. IX S. 239, L S. 76), ebenso, wenn er im Besitz eines vom Versicherer unterschriebenen Policenblanketts ist (Bolze XI Nr. 422).

Nr. 2. 2. **Vermittelnde Agenten.** § 85 behandelt den Fall, daß der Agent nur mit der Vermittelung betraut ist, demnach nicht den Fall, daß der mit der Abschlußvollmacht betraute Agent jenseits der Grenzen seiner Vollmacht handelt (O.L.G. Colmar bei Kaufmann XII S. 51). Hier gilt B.G.B. § 177, wobei jedoch zu beachten ist, daß nach den Handelsgebräuchen Schweigen des Geschäftsherren als Genehmigung aufgefaßt werden kann. Ist der Agent nur mit der Vermittlung betraut, so erfolgt der Abschluß des Vertrages direkt zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Der Agent hat die Aufgabe, zum Abschlusse von Geschäften geeignete Personen aufzusuchen, ihnen den Geschäftsverkehr mit dem Geschäftsherrn zu empfehlen, Auskunft über die Grundlagen, auf denen dieser Verkehr stattfindet, zu erteilen und etwaige Anträge dem Geschäftsherrn zu übermitteln (R.G.Z. XXX S. 30). Der Agent ist solchenfalls darauf beschränkt, die Offerte, bez. Annahmeerklärung des Dritten, sowie die in § 86 Abs. 2 aufgeführten Erklärungen entgegenzunehmen,[1]) es sei denn, daß auch in

[1]) Die Frage, wann diesenfalls und in dem Falle, daß der Agent unter Vorbehalt der Genehmigung des Geschäftsherrn abgeschlossen hat, der Abschluß zwischen dem

dieser Beziehung seine Vollmacht zulässig eingeschränkt ist. Offerten zu stellen, ist der vermittelnde Agent nicht ermächtigt, wohl aber solche abzulehnen (Immerwahr S. 77), es sei denn, daß er mit der Ablehnung dem Geschäftsherrn den Anspruch aus einem Versprechen raubt. Soweit er zur Entgegennahme von Erklärungen berechtigt ist, wirken die dem Agenten gegenüber abgegebenen Erklärungen auch gegen den Geschäftsherrn, also die Offerte, das Akzept, die Dispositionsstellung, die Rüge, gleichgültig, ob sie richtig oder unrichtig vom Agenten dem Geschäftsherrn übermittelt sind. Dagegen hat der Agent keine Vollmacht zum Abschluß, ebensowenig solche zur Dispositionsstellung, zur Kündigung, zum Rücktritt, zur Fristsetzung. Schließt der Agent mit dem Dritten ab, so entsteht für den Geschäftsherrn keine Verpflichtung, während die Haftung des Agenten wie der Widerruf seitens des Dritten selbst sich nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. § 179) richtet. Erst mit der Bestätigung der Order seitens des Geschäftsherrn wirkt der Vertrag auch gegen diesen. Aber dem Umstand, daß der Agent dauernd betraut ist, für den Geschäftsherrn tätig zu sein, der Dritte demnach regelmäßig annehmen wird, daß der Geschäftsherr einverstanden ist, Rechnung tragend (Denkschr. II S. 3174), legt § 85 dem Geschäftsherrn in Abweichung von B.G.B. § 177 die Pflicht auf, unverzüglich, nachdem er von dem Abschluß Kenntnis erhalten hat, (nicht, nachdem ihm die Mitteilung zugegangen ist) dem beim Vertragsschluß gutgläubigen (R.G.Z. LL S. 151) Dritten die Ablehnung zu erklären[1]) unter dem Präjudiz der Genehmigung. Diese Genehmigung gilt als erteilt gegenüber dem Dritten, nicht ohne weiteres gegenüber dem Agenten, der dem Geschäftsherrn wegen schuldhafter Vertragswidrigkeit haftbar bleibt. Gleichgültig ist, auf welche Weise der Geschäftsherr Kenntnis erhielt. Einer Anzeige seitens des Agenten oder Dritten bedarf es nicht, notwendig ist nur Kenntnis der Essentialien des Vertrages, (Staub-Bondi Anm. 3 verlangen auch diese nicht einmal, sondern es soll Kenntnis von dem Vertragsabschlusse nur überhaupt genügen, was zu weit gegangen scheint). Jedenfalls muß man dem Geschäftsherrn das Recht geben, sich näher über die Einzelheiten zu orientieren, bevor er ablehnt, der Begriff des „Unverzüglichen" ist darnach zu deuten. Insbesondere wird er sich über die Solvenz des Dritten orientieren dürfen (O.L.G. Breslau im Recht 03 S. 405 Nr. 222). Gleichgültig ist ferner, ob der Agent wußte oder nicht wußte und letzterenfalls, ob er schuldhaft oder ohne Schuld nicht wußte, daß er zum Abschluß nicht bevollmächtigt sei. Ebensowenig ist eine Aufforderung des Dritten an den Geschäftsherrn erforderlich; erfolgt solche Aufforderung, so tritt nicht das Präjudiz des B.G.B. § 177 Abs. 2 ein, wonach, falls nicht binnen zwei Wochen genehmigt wird, die Genehmigung als verweigert anzusehen ist, sondern trotzdem gilt H.G.B. § 85. Die Ablehnungserklärung muß dem Dritten gegenüber erfolgt sein, die dem Agenten gegenüber erklärte Verweigerung der Genehmigung ist ohne Wirkung. Natürlich kann der Agent die an den Dritten adressierte Erklärung diesem übermitteln. Umgekehrt macht die auch nur dem Agenten gegenüber abgegebene Zustimmung des Geschäftsherrn den Vertrag wirksam (B.G.B. §§ 184, 182, 177 Abs. 1). Zu begründen braucht der Geschäftsherr die Ablehnungserklärung nicht. —

Alle diese Grundsätze werden aber nicht auf Geschäfte zu beziehen sein, zu denen selbst der Abschlußagent nicht befugt wäre, da sonst der Herr beim vermittelnden Agenten schlechter gestellt wäre, als beim Abschlußagenten (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 347).

Der vom Geschäftsherrn genehmigte Vertrag des Agenten ist aus der Person Nr. 3.
des letzteren zu beurteilen, gleichgültig, ob dem Geschäftsherrn alle Bedingungen

---

Geschäftsherrn mit dem Dritten erfolgt ist, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Dabei wird hier zu erwägen sein, daß es der bona fides häufig entsprechen wird, daß der Geschäftsherr, dem der Agent die Offerte zustellt, unverzüglich ablehnt, wenn er nicht einverstanden ist, daß sein Schweigen nach der Verkehrsanschauung somit als Genehmigung aufgefaßt werden kann. Unmittelbar oder entsprechend anwenden läßt sich aber § 85 auf diesen Fall nicht (R.G.Z. LX Nr. 44, O.L.G. Kassel bei Seuffert LX Nr. 214 = O.L.G. Rspr. XI S. 24).

[1]) Bis zum Zeitpunkt, in dem das Präjudiz der Genehmigung eintritt, bezw. nach erteilter Ablehnungserklärung des Geschäftsherrn greift das Rücktrittsrecht des Dritten aus B.G.B. § 178 Platz.

richtig mitgeteilt waren oder nicht (O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. XII S. 29); aber auch in dem Fall, wo der Agent nur vorbereitet und der Geschäftsherr abschließt, werden naturgemäß die von dem Agenten mit dem Dritten gepflogenen Verhandlungen die Vertragsbasis bilden, weil der Prinzipal durch den Agenten in der Kenntnis der Offerte vertreten wird (R.G.Z. LI S. 152, O.L.G. Frankfurt im Recht 03 S. 295 Nr. 1605, O.L.G. Braunschweig bei Seuffert LXI Nr. 128). Hier lassen sich zwar die Grundsätze über den direkten Stellvertreter nicht unmittelbar zur Anwendung bringen. B.G.B. § 166 kann auf den nur vermittelnden Agenten auch mit Bezug auf den Inhalt der Offerte nicht ohne weiteres bezogen werden, Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände ist noch nicht Kenntnis oder Kennenmüssen des Geschäftsherrn. Aber der Geschäftsherr muß doch damit rechnen, daß die Vorbereitung des Vertrages durch den Agenten erfolgte und daß der Inhalt der Offerte somit seine nähere Auslegung durch das Verhalten des Agenten erfährt. Demgemäß wird er bei Auslegung der Offerte das Verhalten des Agenten nicht unberücksichtigt lassen dürfen. Falls somit der Geschäftsherr bei Abschluß des Vertrages nicht für Klarstellung des Vertragsinhaltes in der von ihm gemeinten Richtung sorgt, z. B. durch deutliche Formulare oder durch ausdrücklichen Protest gegen andere Beredungen, als in dem Bestellschein enthalten sind (vgl. R.G. bei Holdheim 05 S. 162, O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. XII S. 28), wird er sich aus den Beredungen zwischen Agenten und Dritten u. U. Einwände entgegen halten lassen müssen, und sich nicht darauf berufen können, daß er von solchen keine Kenntnis habe (vgl. R.G.Z. XXX S. 29—32, 216—218, LI S. 150ff., LX S. 188, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 401), doch wird nach der bona fides die Grenze da zu ziehen sein, wo der Inhalt der mit dem Agenten getroffenen Beredung derart ungewöhnlicher Natur ist, daß sie bei dem Abschluß durch den Geschäftsherrn zum Ausdruck zu kommen hatte, die Tatsache ihrer Nichterwähnung in dem Vertragsabschlusse also dem Dritten ein Zeichen der Unbekanntschaft des Geschäftsherrn mit der Beredung sein mußte (vgl. hinsichtlich der Versicherungsagenten die ausführlichen Erörterungen bei Ehrenberg § 23, auch Lehmann H.R. § 231. — Bei unrichtiger Übermittlung der Offerte bleibt übrigens dem Geschäftsherrn das Anfechtungsrecht wegen Irrtums.

Nr. 4. 3. **Abschließende Agenten.** Hat der Agent auch die Vollmacht zum Abschlusse des Geschäfts, so kommt es zwischen Dritten und Geschäftsherrn zustande. Dies gilt auch dann, wenn der Agent dem Geschäftsherrn den Namen des Dritten nicht mitteilt (Aufgabe des Käufers vorbehalten, vgl. § 95). Hierin liegt möglicherweise ein Mangel in der Berichterstattung über die Ausführung des Auftrages; aber das Geschäft selbst ist mit dem Moment des Abschlusses zustande gekommen (vgl. R.G.Z. XXXVIII S. 188). § 95 ist somit nicht anwendbar (a. A. die überwiegende Meinung). Der Geschäftsherr ist an das Geschäft schlechthin gebunden, auch wenn gegen den Dritten begründete Einwendungen zu erheben sind. Der Anspruch gegen den Agenten ist ein solcher auf Schadensersatz. Ist in Wahrheit mit dem Dritten gar nicht kontrahiert, so wäre nur ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben.

Abschlußvollmacht kann auch der Haupt- und Unteragent derart haben, daß der Hauptagent auf Grund einer Generalvollmacht den Unteragenten bevollmächtigt. Solchenfalls würde das von letzterem vollmachtgemäß geschlossene Geschäft den Geschäftsherrn direkt berechtigen und verpflichten (O.L.G. Dresden im Recht 02 S. 532 Nr. 2464).

Nr. 5. 4. **Älteres Recht.** § 85 ergreift alle vom 1. Jan. 1900 ab mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, auch wenn der Agenturvertrag aus der älteren Zeit herstammt.[1])

Nr. 6. 5. Die Vertretungsmacht eines ausländischen Agenten ist, soweit dessen Stellung gegenüber den mit ihm am Ort der Agentur verkehrenden Dritten in Frage kommt, nach ausländischem Recht zu beurteilen (R.G.Z. XXXVIII S. 196, LI S. 149, Recht 1910 Nr. 772).

---

[1]) Meine Auffassung in Z. XLVIII S. 107 berichtige ich für diesen Fall.

§ 86.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders erteilt ist.

Die Anzeige von Mängeln einer Ware, die Erklärung, daß eine Ware zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

Entw. I —, II § 84; Denkschr. I —, II S. 3174.

§ 86 regelt die Vollmacht des sg. Platzagenten, während § 87 die der Fernreisenden betrifft.

1. **Absatz** 1 hat praktische Bedeutung für zum Abschluß von Verträgen bevollmächtigte Agenten. Sie sind zwar nicht Handlungsbevollmächtigte (vgl. § 54 Nr. 1), unterstehen also nicht unmittelbar dem § 54, aber entsprechend wird dieser anzuwenden sein und darnach kann ein derartiger Agent alle Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, die der Abschluß von Verträgen gewöhnlich mit sich bringt, vor allem kann er Anträge annehmen und ablehnen, die Vertragsbedingungen festsetzen sowohl mit Bezug auf die Höhe des Preises, als die Zeit und Art der Zahlung, es sei denn, daß Beschränkungen dem Dritten erkennbar kundgegeben sind. Hat er allgemeine Vollmacht zum Abschluß erhalten, so kann er Verträge auch prolongieren, den Inhalt in Einzelheiten ändern, soweit nicht ein Verzicht auf erworbene Rechte des Prinzipals von Bedeutsamkeit vorliegt (vgl. Z. XIV S. 506, 511), aber nicht den Vertrag rückgängig machen (R.O.H.G. V Nr. 24, Wolff in Busch XV S. 322, Apt I S. 67), kündigen oder einen erheblichen Teil der Schuld erlassen (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 347). Nr. 1.

Zur Prozeßführung wird er in entsprechender Anwendung von § 54 Abs. 2 einer besonderen Vollmacht bedürfen. Über den Hauptbevollmächtigten auswärtiger Versicherungsgesellschaften V.A.G. §§ 86, 115.

Die **Inkassovollmacht** liegt — entsprechend der früheren Praxis (vgl. Zitate bei Behrend § 55 Anm. 7, insbesondere R.O.H.G. XIX Nr. 42) — nach dem Gesetze ebensowenig wie die **Vollmacht zur nachträglichen Stundung** in der dem Agenten zum Abschlusse erteilten Vollmacht, folgeweise auch nicht die Vollmacht zum Erlaß, Vergleich (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 347), zu Schiedsverträgen über Vermögensrechte (Z. IX S. 137), zur Gutheißung von Dispositionsstellungen (Apt I S. 67 Nr. 28, Riesenfeld I Nr. 81 ff.), beim Versicherungsagenten nicht zur Festsetzung der Entschädigung (Ehrenberg S. 229). Doch kann der Geschäftsherr, wenn er den Agenten nicht bloß als Boten verwendet, was selten vorkommen wird (R.G.Str. XLIII S. 435), ihm auch hierzu die besondere Vollmacht erteilen, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludente Handlungen. Hinsichtlich der Umstände, aus denen die Inkassovollmacht entnommen werden kann, R.O.H.G. X Nr. 31, XII Nr. 2, XIII Nr. 71, XIX Nr. 42 (wohl etwas zu engherzig), O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 26. In dieser Beziehung wird kaufmännische Gewohnheit zu berücksichtigen sein (§ 346). So sah die H.K. Frankfurt a. M. bei Holdheim 1911 S. 162 in der Übersendung der (unquittierten) Rechnung an den Agenten noch nicht Inkassovollmacht. Für den Versicherungsagenten jetzt V.V.G. §§ 43 ff., 186. Hat der Agent Inkassovollmacht, so wird er auch die zur Disposition gestellte Ware in Empfang nehmen können (Staub-Bondi Anm. 3a). Nr. 2.

2. **Absatz** 2 gilt für jeden Platzagenten, auch den nicht zum Abschluß Bevollmächtigten. Vgl. im ganzen bei § 55 Nr. 4. Daß der Agent „anwesend" ist (§ 55 Abs. 3), ist hier nicht notwendig. Es genügt die Abgabe an die Adresse desjenigen Handlungsagenten, der für den betreffenden Bezirk angestellt ist. Für den Versicherungsagenten V.V.G. a. a. O. Dagegen umfaßt Abs. 2 natürlich nicht Rechtshandlungen, die sich als Abwickelungsgeschäfte darstellen (Vergleich, Erlasse usw.), da ja zu solchen allgemein nicht einmal der Abschlußagent befugt ist. Es geht auch nicht an, auf solche § 85, der nur den Neuabschluß eines Geschäftes im Auge hat, zu beziehen (K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 348). Nr. 3.

Nr. 4. 3. § 86 bezieht sich — was für Absatz 2 von Bedeutung ist — auch auf solche Agenten, die aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 bestellt sind. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 106. Bei Statutenkollision entscheidet das Recht des Sitzes des Agenten (R.G. in L.Z. 1910 S. 289 = Seuffert LXVI Nr. 73).

§ 87.

Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender tätig, so finden die Vorschriften des § 55 Anwendung.

Entw. I —, II § 85; Denkschr. I —, II S. 3174; Stenogr. Ber. S. 4560, 4571, 4584.

Nr. 1. 1. Die Provisionsreisenden unterstehen hinsichtlich der Vollmacht den Vorschriften über Handlungsreisende, die Gehilfen sind, weil beide Klassen im Leben sehr schwer zu trennen sind. Vgl. im einzelnen bei § 55. Darnach ergibt sich, daß der Provisionsreisende, der nur mit der Vermittlung betraut ist, unter § 87 nicht fällt, sofern diese Beschränkung dem dritten bekannt ist oder sein muß. Doch wird § 87 auch auf ihn insoweit Anwendung finden, als § 85 auf ein Geschäft zur Anwendung gelangt ist (Makower Anm. 1). Nicht als Handlungsreisender (Fernreisender) tätig ist derjenige Agent, der an dem Orte seiner eigenen Handelsniederlassung das Publikum aufsucht, er fällt unter den Begriff des Platzagenten, untersteht also dem § 86, ebensowenig der Platzagent, der nur gelegentlich einmal eine Reise unternimmt (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 26). — Da der ganze § 55 Anwendung findet, so ist § 86 Abs. 2 für den reisenden Agenten nicht anwendbar. Der reisende Agent, ob er Abschlußvollmacht hat oder nicht, muß im Gegensatz zum Platzagenten die dort aufgeführten Erklärungen als „Anwesender" (hierzu § 55 Nr. 4) entgegennehmen, dem abwesenden Reisenden können solche Erklärungen nicht abgegeben werden. Für den Versicherungsagenten V.V.G. §§ 43 ff.

Nr. 2. 2. Die Pflichten der Provisionsreisenden regeln sich im allgemeinen nach den im § 84 Nr. 5 vorgetragenen Gesichtspunkten. Insbesondere wird der Reisende zu gehöriger, rechtzeitiger und genauer Berichterstattung verpflichtet sein und bei der Auswahl der Kunden möglichste Vorsicht zu nehmen haben. Über seine Rechnungslegungspflicht B.G.B. § 259.

Nr. 3. 3. Das ältere Recht kam sachlich ziemlich auf das gleiche hinaus (R.O.H.G. I Nr. 44, IX S. 104 ff., XV S. 406).

§ 88.

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist. Besteht die Tätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnis des eingegangenen Betrags erworben.

Ist die Ausführung eines Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs statt.

Entw. I § 77, II § 86; Denkschr. I S. 70, 71, II S. 3174, 3175; Komm.-Ber. S. 3892.

1. Vorbemerkung. Über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung entscheidet in erster Linie der Agenturvertrag. Sie kann bestehen in einer Provision, d. h. einem Wertäquivalent für das einzelne Geschäft oder in Tantième vom Geschäftsgewinn einer ganzen Periode oder in festem Gehalt (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 388, in welch seltenem Falle B.G.B. § 616 anwendbar wäre) oder in mehreren zusammen. Auch Überpreise, d. h. Überschüsse über den gesetzten Normalpreis, Prämien für Erreichung eines bestimmten Umsatzes finden sich (Albrecht-Tentler S. 104, 105), wie umgekehrt der Agent nicht selten einen bestimmten Mindestumsatz garantiert (vgl. R.G.Z. LXV S. 90). Doch wird, wie bemerkt (oben § 84 Nr. 2), beim Agenten fester Gehalt allein kaum vorkommen, mitunter findet sich solcher neben Provision als eine Art Garantiefonds für die erfolglose Bemühung („Einführungsprämie" vgl. Dove-Meyerstein Nr. 106). Bestimmt der Agenturvertrag nichts, so soll dem Agenten ein Anspruch auf Provision zustehen, gleichgültig ob es sich um Warenagenten oder andere Agenten handelt, eine Consequenz des § 354 H.G.B. Der Anspruch besteht nur gegenüber dem Geschäftsherrn, nicht gegenüber dem Vertragsgegner, es sei denn, daß ein anderes vereinbart ist. Die Einzelheiten dieses Provisionsanspruches regelt § 88. Nr. 1.

2. **Voraussetzung des Anspruches auf Provision.** Voraussetzung ist im Zweifel, daß das Geschäft zustandegekommen ist, lehnt somit der Geschäftsherr die durch den Agenten ihm übermittelte Offerte des dritten oder das jenseits der Grenzen der Vertretungsmacht abgeschlossene Geschäft ab, so besteht ein Anspruch auf Provision auch dann nicht, wenn die Ablehnung ohne triftige Gründe erfolgt, selbst wenn es sich um einen Bezirksagenten handelt (O.L.G. Posen im Recht 04 S. 556, Nr. 2334, R.G. im Recht 07 S. 460, Nr. 932, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 189), denn durch die Erteilung einer Agentur verpflichtet sich der Geschäftsherr so wenig zum Abschluß, wie eine Partei durch Erteilung eines Auftrages an einen Mäkler, doch kann der Vertrag oder die Usance dem Agenten auch für die bloße Zuführung von Kunden eine Provision zubilligen (Busch XIX S. 16ff., Apt I S. 35). Das Geschäft muß ferner rechtswirksam zustandegekommen sein. Ist es nichtig oder wird es durch Anfechtung nichtig, so entfällt der Provisionsanspruch. Das Geschäft muß ferner durch die Tätigkeit des Agenten zustandegekommen sein, d. h es muß ein Kausalnexus zwischen Geschäftsabschluß und Agententätigkeit bestehen; in welcher Beziehung auf die Erörterungen über den Mäklervertrag zu verweisen ist. Wieweit der Agent bei den sog. Nachorders (Nachbestellungen), d. h. in den Fällen, wo er die Geschäftsbeziehung mit einem Kunden angebahnt hat, dieser dann aber während der Dauer der Agentur direkt mit dem Geschäftsherrn verhandelt hat, Provision fordern kann, richtet sich nach Lage des Falles unter Berücksichtigung der betr. Übungen (vgl. Dove-Meyerstein Nr. 24, 47, 86ff., 94, Riesenfeld I Nr. 85, II Nr. 33, Apt I S. 14, 36f., 295, 411, II S. 13, 14, 24, III S. 247, 328, 388, R.G. im Recht 07 S. 710, Nr. 1545), im Zweifel ist es zu verneinen (RG. im Recht 1912 Nr. 722, O.L.G. Hamburg ebenda Nr. 2873 = Seuffert LXVIII Nr. 19). Nie kann er die Provision verlangen, wenn er zwar die ersten Schritte getan, z. B. einen Unteragenten beauftragt hat, der Abschluß aber in die Zeit nach seiner Agentur fällt (R.G.Z. LXXVIII Nr. 54). Ist der durch den Agenten vermittelte Vertrag auf jährliche Kündigung geschlossen, so kann der Agent nach erfolgter Kündigung Provision nicht weiter beziehen (R.G. bei Warneyer 1908 Nr. 229). Dolose Umgehung seitens des Geschäftsherrn würde auch hier dem Agenten den Anspruch auf Provision nicht rauben können. Eine weitere Ausnahme enthält § 89. — Im Gegensatz zu dem Mäkler und gleich dem Kommissionär (§ 396) kann der Agent im Zweifel nach dem neuen Gesetzbuch den Anspruch auf Provision erst dann geltend machen, wenn das Geschäft zu Ausführung gekommen („zu gutem Ende geführt ist", in Ordnung geht"), d. h. erfüllt ist oder doch zu erfüllen begonnen ist (R.O.H.G. XX N. 79), der Versicherungsagent demnach die Abschlußprovision frühestens nach Einlösung Nr. 2.

der Police seitens des Versicherungsnehmers, die Inkassoprovision nach Einziehung der einzelnen Prämien (anders Ehrenberg I S. 221 Anm. 20, Staub-Bondi Anm. 3), d. h. sein durch den Geschäftsabschluß erworbener Anspruch wird durch die Ausführung aufschiebend bedingt (O.L.G. Dresden in D.J.Z. 06 S. 91, O.L.G. Stuttgart in Seufferts Bl. LXXI S. 138), woraus folgt, daß es gleichgültig ist, ob die Ausführung ganz oder zum Teil (Sukzessivlieferungsgeschäft) noch in die Zeit seiner Agentur fällt (Apt I S. 14, II S. 13, III S. 16, Dove-Meyerstein Nr. 59, 76, R.G. im Recht 1912 Nr. 783, Warneyer 1912 Nr. 175), daß selbst gerechtfertigte Entlassung ihn des bereits bestehenden Anspruchs nicht berauben kann (R.G. in L.Z. 1911 S. 303, 1912 S. 309, 464), daß ferner K.O. § 54 und Z.P.O. § 916 Abs. 2 anzuwenden sind. Doch können für einzelne Zweige abweichende Gebräuche bestehen. Dabei wird bei der Ausführung auf die Leistung des Gegenkontrahenten gesehen werden müssen (vgl. auch Dove-Apt I S. 44), denn der Zweck der Bestimmung, die Ernsthaftigkeit und Solidität des Geschäfts für den Geschäftsherrn zu sichern und an dem aus dem Geschäft zu erzielenden Gewinn den Agenten partizipieren zu lassen (R.G.Z. XXXI S. 60ff.), erheischt, daß von Seiten des dritten die Ausführung erfolgt ist (vgl. Dove-Meyerstein Nr. 79ff.). Sollte die Provision vorher gezahlt sein, so besteht eine condictio, falls die Zahlung des Käufers ausbleibt (Apt I S. 54, 56, III S. 49, 50, O.L.G. Hamburg im Recht 1911 Nr. 1990). Ist die Ausführung somit nur von Seiten des Geschäftsherrn geschehen, hat dieser z. B. als Verkäufer die Ware geliefert, so ist im Zweifel der Anspruch auf Provision nicht erwachsen, umgekehrt ist er mit der Erfüllung von Seiten des Gegenkontrahenten erwachsen, auch wenn der Geschäftsherr nicht erfüllt hat. Dieser kann sich nicht etwa darauf berufen, daß es an Ausführung von seiner Seite fehlt. Nur eine Anwendung dieses Grundgedankens ist die besondere Bestimmung, daß der Verkaufsagent erst nach Eingang der Zahlung (sei es baren, sei es kraft datio in solutum — Hingabe zahblungshalber genügt nicht, Apt III S. 52 — oder Kompensation) und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrages provisionsberechtigt wird. Ist der Geschäftsherr gezwungen, andere Gegenstände in Zahlung zu nehmen, so wird man ihn nur insoweit als befriedigt ansehen dürfen, als der Wert dieser Gegenstände beträgt, die Provision also nach letzterem bemessen müssen (O.L.G. Frankfurt in O.L.G. Rspr. IX S. 270, über einen Handelsbrauch bei Inzahlungsnahme alter Schreibmaschinen Apt III S. 276). Bloßer Erlaß eines Kaufpreisrestes aus Kulanz kann freilich dem Agenten den Anspruch nicht nehmen (unzutreffend O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 7). Das entsprechende wird von den anderen Agenten anzunehmen sein, soweit nicht der Vertrag, für dessen Auslegung natürlich Handelsgewohnheiten nach § 346 zu berücksichtigen sind, ein anderes bestimmt. Bei teilweisem Ausfall des Geschäftsherrn hat der Agent im Zweifel Anspruch auf den der Zahlung entsprechenden Betrag und auch diesen nicht, wenn der Ausfall auf sein Verschulden bei Auswahl des Gegenkontrahenten zurückzuführen ist. Nach Handelsgebräuchen entfällt bei Konkurs oder schon Zahlungseinstellung des Kunden jeder Anspruch des Agenten auf Provision, selbst wenn eine Konkursdividende oder Akkordquote gezahlt wird (Apt I S. 53, II S. 24, Riesenfeld I Nr. 119, 122, II Nr. 30). — All' das Obige gilt nur in Ermangelung anderer Vereinbarungen. Die Parteien können z. B. ausmachen, oder es kann üblich sein, daß die Provision schon gezahlt werden soll, wenn das Geschäft „entriert" ist (Dove-Meyerstein Nr. 71) oder umgekehrt, daß bei nur teilweisem Eingang keine Provision gezahlt werden soll (vgl. z. B. Apt I S. 15, 330, II S. 114, III S. 187, 236, 226, Dove-Meyerstein Nr. 70). — Nachträgliche freiwillige Stundung des Geschäftsherrn oder nachträglicher Vergleich oder Erlaß des Geschäftsherrn können die Rechtsstellung des Agenten nicht verschlechtern (Apt III S. 53). Dagegen würde eine durch die Sachlage gebotene Änderung der Zahlungsbedingungen sich der Agent gefallen lassen müssen (vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 126, anders z. T. O.L.G. Rspr. VI S. 7).

Nr. 3. 3. **Ausnahme des Absatzes 2.** Eine Ausnahme von obigen Sätzen gilt dann, wenn die Ausführung infolge des bei oder nach Abschluß des Vertrages beobachteten Verhaltens des Geschäftsherrn unterblieb, ohne daß ein wichtiger Grund dazu in der Person des Gegenkontrahenten vorlag, z. B. dessen Leistungsunfähigkeit, aber auch schon begründeter Zweifel an dessen Kreditwürdigkeit, es sei denn, daß dem Geschäftsherrn diese Tatsachen von Anfang an bekannt waren (R.G. im Recht 06,

S. 1012 Nr. 2423), ausnahmsweise auch persönliche Eigenschaften des Vertragsgegners (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XXII S. 1). Der Nachweis, daß durch das Verhalten des Geschäftsherrn die Ausführung unterblieb, liegt dem Agenten, der Nachweis des wichtigen Grundes dem Geschäftsherrn ob (R.G.Z. LXIII, S. 71, vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VII S. 150). — Machen also beide Parteien rein aus Willkür oder gar dolos, um den Agenten um die Provision zu bringen, den Vertrag wieder rückgängig oder geben sie ihm willkürlich eine andere rechtliche Form (R.O.H.G. VI Nr. 27, O.L.G. Karlsruhe in Bad.Rpr. 03 S. 337) oder zwingt der Geschäftsherr durch sein Verhalten den anderen Teil zum Rücktritt oder ist sonst durch das verschuldete — Lieferung vertragswidriger Ware O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. X S. 237 — oder willkürliche — z. B. Annahme zu vieler Bestellungen (R.G.Z. LXXIV Nr. 45), leichtsinnige Stundung (O.L.G. Hamburg in L.Z. 1912 S. 168 = O.L.G. Rspr. XXIV S. 126, vgl. Apt I S. 545) — Verhalten des Geschäftsherrn die gänzliche oder teilweise Effektuierung des Vertrages unterblieben oder doch hinausgeschoben (Dove-Meyerstein Nr. 70, 85), so bleibt dem Agenten der volle Provisionsanspruch (vgl. auch Busch XVII S. 310, 311, O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XIX S. 304, O.L.G. Kolmar ebenda XXIV, S. 127, R.G. in D.J.Z. 03 S. 549 Nr. 114). Dabei ist gleichgültig, ob die Rückgängigmachung sofort oder später durch „Retouren" (vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VII, S. 150, O.L.G. Braunschweig im Recht 09 Nr. 1052 = O.L.G. Rspr. XIX S. 304, Apt III S. 37) erfolgt. Die im Entwurf I für den Fall der sofortigen Rückgängigmachung zugunsten des Geschäftsherrn gemachte Ausnahme ist nicht in das Gesetz übergegangen. Dagegen fällt nicht unter Abs. 2 die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages, auch nicht unverschuldeter Konkurs des Geschäftsherrn (R.G.Z. LXIII Nr. 17), auch nicht, daß dem Geschäftsherrn es wegen des Verhaltens seines Lieferanten unmöglich wurde, die Ware zu liefern (R.G. in Seuffert LXI Nr. 256), es sei denn daß ihn in der Auswahl des Lieferanten ein Verschulden trifft. Hatte der Geschäftsherr dem Agenten von vornherein die Order erteilt, nur solche Geschäfte einzugehen, bei denen zu befürchtende Schwierigkeiten in der Ausführung ausgeschlossen wären, so würde natürlich der vorschriftswidrig handelnde Agent, falls nachher die Schwierigkeit eintritt, die Provision nicht verlangen können.

4. **Höhe der Provision.** Die Provision besteht regelmäßig in einem Prozentsatz vom Werte des Objektes, nicht vom Gewinn, denn sie ist auch bei Verkauf mit Verlust zu zahlen (Riesenfeld I Nr. 90, vgl. Dove-Meyerstein Nr. 21, sg. Umsatzprovision). Sie kann aber auch (allein oder daneben) bestehen in einer Quote des Betrags, der das Limitum überschreitet (R.O.H.G. XVIII Nr. 1, vgl. Apt III S. 58, 180). Für Berechnung des Objektwertes ist der Zeitpunkt, an dem sie verdient ist, entscheidend, im Zweifel also der Zeitpunkt der Ausführung des Geschäfts. Falls somit der Betrag erst zwischen Abschluß und Effektuierung eine Kürzung erfahren hat (Dekortskonto, Rabatt, Frachtspesen), so ist diese zu berücksichtigen (Behrend § 55 Anm. 25, Apt I S. 15, 35, 60, 234, 412, Dove-Meyerstein Nr. 47 „Nettojahresumsatz" 51). Anders wenn die Provision schon mit dem Abschluß verdient ist, hier entscheidet im Zweifel der Netto- (nicht Brutto-) Betrag zur Zeit des Abschlusses, also nach Abzug von Auslagen für Zölle, Fracht, Verpackung usw. Nr. 4.

5. **Fälligkeit des Anspruches.** Der Anspruch ist nach Abs. 4 im Zweifel erst am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres fällig, so daß bis dahin keine Zinsen von der Provision laufen. Verjährung: B.G.B. § 196 Abs. 2, Abs. 1, Nr. 1, § 201. Ein Vorzugsrecht im Konkurse des Geschäftsherrn hat der Agent nicht, K.O. § 61 Nr. 1 trifft auf ihn nicht zu (vgl. Denkschr. II S. 3176, R.G.Z. LXII Nr. 57, K.G. im Recht 03 S. 215 Nr. 1193, O.L.G. Jena im Recht 03 S. 556 Nr. 2865, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. X S. 205, Jaeger K.O. § 61 Anm. 14). Der Pfändung unterliegt er schlechtweg, er fällt nicht unter Z.P.O. § 850 Nr. 1 (K.G. in O.L.G. Rspr. XIII S. 209, O.L.G. München ebenda XIX S. 16, sehr bestritten vgl. Staub-Bondi Anm. 22). Deckung durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369, wobei jedoch beim Verkaufsagenten § 369 Abs. 3 zu beachten ist, und durch das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. Nr. 5.

6. **Extraprovision.** Durch den Umstand, daß der Gegenkontrahent dem Agenten eine Extraprovision bewilligt, wird der Anspruch des Agenten auf die Provision nicht beeinträchtigt, nur wenn er zugleich auf Tantième gestellt ist, muß Nr. 6.

er die Extraprovision mit in Anschlag bringen (R.O.H.G. I Nr. 58, VI Nr. 8, VII Nr. 23, X Nr. 82).

Nr. 7. 7. **Selbsteintritt.** Tritt der Agent selbst zu den gleichen Bedingungen als Kontrahent auf und wird er als solcher vom Geschäftsherrn akzeptiert, so bleibt ihm gleich dem Kommissionär der Anspruch auf eine Provision (vgl. Busch XXXVI S. 282, vgl. Apt I S. 35, 64, 65, Dove-Meyerstein Nr. 74, Riesenfeld I Nr. 102, II Nr. 32. Anders Staub-Bondi Anm. 3).

Nr. 8. 8. **Gehalt.** Erhält der Agent Gehalt, so greift hinsichtlich desselben B.G.B. § 614ff. Platz, insbesondere § 616, dagegen nicht §§ 63, 64 des H.G.B.

Nr. 9. 9. Der Afteragent hat Anspruch auf Provision nur gegen den Oberagenten, nicht gegen den Geschäftsherrn.

Nr. 10. 10. Der Herr kann auch seinerseits dem Agenten gegenüber weitere Pflichten haben, z. B. die Verpflichtung zur Lieferung von Katalogen, Kundenverzeichnissen. Zuwiderhandeln kann Schadensersatzpflicht zur Folge haben (O.L.G. Hamburg im Recht 1912 Nr. 2346).

§ 89.

Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

Entw. I § 78, II § 87; Denkschr. I S. 71, II S. 3175.

§ 89 enthält eine bereits durch die Praxis der älteren Zeit statuierte, aber nur im Zweifel Platz greifende Ausnahme von dem Grundsatz, daß das Geschäft durch die Tätigkeit des Handlungsagenten zustande gekommen sein muß (vgl. R.O.H.G. XVI Nr. 11).

Nr. 1. 1. **Bezirk.** Der Handlungsagent muß für einen bestimmten Bezirk (Bundesstaat, Provinz, Kreis, Stadt, Ort, Teile eines Ortes) als Platzagent oder reisender Agent bestellt sein, d. h. der Geschäftsherr muß ihm für diesen Bezirk die alleinige Vertretung mit Bezug auf gewisse Geschäfte eingeräumt haben (sog. **Bezirksagent** oder ständiger Agent). Sind also in dem Bezirke mehrere Agenten ohne feste Abgrenzung angestellt, so greift § 89 nicht Platz. Die Bestellung muß ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) erfolgt sein. Solche ausdrückliche Bestellung liegt in der Abrede, der „Agent solle von allen direkten und indirekten Geschäften Provision erhalten" (Apt I S. 56) oder in der ausdrücklichen Bestellung für einen bestimmten Platz (R.G. bei Kaufmann III S. 59). Das bloße tatsächliche Dulden der Ausübung seiner Agenturtätigkeit innerhalb eines bestimmten Bezirkes in langen Jahren, ja sogar die Ablehnung der Erteilung von Agenturen an andere genügt nicht (anders Staub-Bondi Anm. 1). Daß der Agent auch seinerseits es übernommen hat, nur und ausschließlich für das betreffende Haus zu wirken (R.O.H.G. XVI Nr. 11), ist nicht begriffsnotwendig, wenngleich es regelmäßig vorkommen wird. Ebensowenig ist notwendig, daß er in dem Bezirke seinen Wohnsitz hat.

Nr. 2. 2. **Provisionsanspruch des Bezirksagenten.** Der Bezirksagent hat, falls der Vertrag nicht ein anderes entnehmen läßt (z. B. durch Bestellung mehrerer Agenten für den gleichen Bezirk, wobei natürlich das bereits entstandene Recht nicht durch einseitige nachträgliche Bestellung eines zweiten Agenten beeinträchtigt werden kann, Apt I S. 58), Anspruch auf Provision für alle während der Dauer seiner Bezirksagentur (Riesenfeld I Nr. 103ff.) in dem Bezirk abgeschlossenen Geschäfte, d. h. für alle mit Kunden (auch älteren, aus der Zeit vor Anstellung des Agenten herrührenden O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XIX S. 306) des Bezirkes abgeschlossenen, nicht bloß „angebahnten" (entrierten R.G. in L.Z. 08 S. 444) direkten Geschäfte des Geschäftsherrn, gleichgültig ob der Abschluß räumlich im Bezirk oder außerhalb desselben stattfindet, z. B. am Ort der Hauptniederlassung des Handlungshauses (Makower § 89 IIc), gleichgültig ferner, ob der Abschluß unmittelbar durch den Geschäftsherrn oder unter Mitwirkung anderer Agenten erfolgt (vgl. Bolze

VII Nr. 511, Apt I S. 58), gleichgültig, ob die Vermittelung des Agenten von dem Dritten verboten ist oder nicht (Bolze XI Nr. 319). Eine entgegenstehende Beredung des Geschäftsherrn mit dem Dritten würde keine Wirkung haben. Gleichgültig endlich, ob die Lieferung für Abnehmer des Bezirks oder für außerhalb des Bezirks Wohnende bestimmt ist (Düringer-Hachenburg Anm. 4). Ist das Geschäft zwar räumlich in dem Bezirk, aber mit Kunden außerhalb des Bezirkes geschlossen, so greift § 89 nicht Platz (Bolze XII Nr. 388); als Kunden des Bezirkes gelten aber auch auswärtige Zweigniederlassungen von Hauptgeschäften des Bezirkes, da wirtschaftliche Einheit vorliegt (Bolze XIX Nr. 462). Und zwar hat der Agent Anspruch auf Provision ganz ebenso, als ob er mitgewirkt hätte, folglich nach den Modalitäten des § 88, demnach erst, wenn das Geschäft zur Ausführung gelangt. Er hat Anspruch auf die volle Provision, es sei denn, daß der Vertrag ein anderes bestimmt. — Hat der Agent durch Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen den Geschäftsherrn gezwungen, direkt Geschäfte abzuschließen, so wird ihm dieser den Einwand schuldhafter Nichterfüllung seiner Vertragsverpflichtungen nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. O.L.G. Hamburg im Recht 1900, S. 308, O.L.G. Karlsruhe in Bad.Rpr. VII S. 227) entgegenhalten können. Denn wie der Geschäftsherr solchenfalls frei kündigen kann (§ 92 Abs. 2), so muß ihm auch das Recht gewährt werden, direkt abzuschließen, wenn der Agent es an ausreichenden Bemühungen für die Zuführung von Kunden fehlen läßt. Die dem Bezirksagenten gewährte Begünstigung beruht auf der selbstverständlichen Voraussetzung, daß er seinen Verpflichtungen als Agent nachkommt. Die Entstehungsgeschichte des § 88 führt zu dem gleichen Ergebnis. Der in Entwurf I aufgenommene Vorbehalt „es sei denn, daß der Agent es an ausreichenden Bemühungen für die Aufsuchung von Geschäftsangelegenheiten hat fehlen lassen", wurde im Entwurf II aus dem Grunde gestrichen, um nicht die Erhebung des Einwandes auch da hervorzurufen, wo ein berechtigter Anlaß fehlt (Denkschr. II S. 3175, anders Staub-Bondi § 89 Anm. 4, Immerwahr S. 142, die nur Schadensersatzanspruch geben wollen).

3. **Verpflichtungen des Geschäftsherrn.** Durch die Anstellung von ständigen Agenten übernimmt der Geschäftsherr eine Verpflichtung, Geschäfte von bestimmtem Umfange in diesem Bezirke machen zu wollen, im Zweifel nicht. Falls er deshalb infolge veränderter Konjunktur den Geschäftsbetrieb einengt oder für diesen Bezirk ganz einstellt, kann der Agent Schadensersatz nicht beanspruchen, weil er die Folgen ungünstiger Konjunkturen mittragen muß (R.G.Z. XXXI Nr. 12). Ebensowenig, wenn der Geschäftsherr durch verunglückte Spekulationen seinen Geschäftsbetrieb einschränkt (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IV S. 242, R.G. im Recht 03 S. 295 Nr. 1604). Anders, wenn er aus reiner Willkür oder aus Erwägungen persönlicher Art (z. B. wegen seines Alters) den Geschäftsbetrieb einschränkt. Hier wird er den Agenten, der mit Rücksicht auf die Agentur seine Geschäftseinrichtungen traf, schadlos zu halten verpflichtet sein (vgl. Seuffert LIV Nr. 35). Man wird hier B.G.G. § 615 entsprechend anwenden dürfen. Nr. 3.

4. Keine Bezirksagenten sind die als „Alleinvertreter" bezeichneten Kaufleute, welche sich durch Vertrag das Monopol des Vertriebes der Ware, die sie selbst vom Vertragsgegner als Eigenhändler beziehen, zugesichert haben. Hier liegt vielmehr lediglich eine Konkurrenzklausel vor (vgl. Riesenfeld II Nr. 24). Doch können gewisse Sätze vom Agentnrvertrag hierauf entsprechende Anwendung finden, z. B. § 92 Abs. 2. Vgl. R.G.Z. LXV 37. Nr. 4.

5. Auch für andere Agenten, als Bezirksagenten, kann der Vertrag ein ähnliches Provisionsrecht stipulieren (O.L.G. Braunschweig in Braunschweig Z., 05 S. 161). Nr. 5.

§ 90.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

Entw. I § 79, II § 88; Denkschr. I S. 72, II S. 3175; Komm.Ber. S. 3893.

Die Bestimmung entspricht der früheren Praxis, dem Recht des Mäklervertrages (B.G.B. § 652 Abs. 2), weicht dagegen vom Recht des Werk- und Dienstvertrages ab (B.G.B. §§ 675, 670) ebenso vom § 354 des H.G.B. Unter Kosten und Auslagen sind alle vermögenswerten Aufwendungen zu verstehen, ob sie in baren Leistungen oder in sonstigen Aufwendungen (Gewährung von Lebensmitteln, Lagerräumen usw.) bestehen, mit Ausnahme von Darlehen und Vorschüssen. Für letztere kann der Agent nach § 353 Zinsen berechnen. Sie müssen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstanden sein. Dahin gehören Kosten für Porti, Fracht für Musterkoffer, Pflege des Musterlagers. Außergewöhnliche Aufwendungen, die der Agent den Umständen nach für erforderlich halten darf (B.G.B. §§ 675, 670), muß ihm der Geschäftsherr ersetzen. Als Beispiel führt die Denkschrift an: Auslagen des Waren-Agenten zum Schutze der Waren gegen ungewöhnliche Gefahren[1]), Aufwendungen des Versicherungsagenten zur Rettung der versicherten Gegenstände. Hierhin gehören ferner Aufwendungen für solche Reisen, die der Agent auf besonderen Wunsch des Geschäftsherrn macht (O.L.G. Kolmar in L.Z. 09 S. 160), die Kosten der Rücksendung des Musters nach beendetem Agenturvertrag (Apt I S. 63, II S. 22 Nr. 4). Hinsichtlich solcher normiert § 353. Die Bestimmung gilt nur in Ermangelung entgegenstehender Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauches. Vielfach besteht solcher hinsichtlich der Auslagen für Porti, Depeschen und Transportunkosten für Muster, u. U. auch Lagergeld (Denkschr. II S. 3175, Dove-Meyerstein Nr. 108 ff., Riesenfeld I Nr. 127 ff., II Nr. 37 ff., Apt I S. 338; III S. 48, 49). Ein Anspruch gegen den Geschäftsherrn auf Vorschuß für die zur Ausführung des Agenturauftrages erforderlichen Aufwendungen steht dem Agenten mangels weitergehenden Handelsgebrauchs nur so weit zu, als diese außergewöhnlicher Art sind.

§ 91.

Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mitteilung eines Buchauszugs über die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach § 89 die Provision gebührt.

Entw. I § 80, II § 89; Denkschr. I S. 72, II S. 3175; Komm.Ber. S. 3893.

Zur Rechnungslegung im Sinne von B.G.B. § 259 ist der Geschäftsherr nicht verpflichtet, da es sich nicht um eine Verwaltung desselben handelt (R.O.H.G. XVIII Nr. 1). Der Agent hat Anspruch auf Mitteilung eines Buchauszugs. Er kann mit diesem Anspruch klageweise (Vollstreckung Z.P.O. §§ 887, 888) den Anspruch auf Zahlung der aus dem Buchauszuge sich ergebenden Provision verbinden (Z.P.O. 254, O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 03 S. 321, a. A. Coenen in L.Z. IV S. 276). Sollte der Buchauszug unvollständig sein, so wird er, soweit nicht Korrektur eintritt, Ergänzung des Buchauszuges beanspruchen dürfen, wobei er jedoch seine Behauptungen zu substanziieren haben wird (Albrecht-Tentler S. 158). Einen ganz neuen Buchauszug hat er nicht zu beanspruchen (R.G. in L.Z. 1913 S. 462). Der Buchauszug hat als Begleitakt der Abrechnung auch bei Vermittlung weniger Geschäfte (L.G. Leipzig in L.Z. 1910 S. 491) halbjährlich zu erfolgen, sofern hinsichtlich der Abrechnung nicht ein anderes vereinbart oder üblich ist (§ 88 Abs. 4, vgl. z. B. Dove-Meyerstein Nr. 72, Apt I S. 412, Frankfurt. Handelsgebr. S. 31). Er hat sich nicht bloß auf diejenigen Geschäfte zu beschränken, aus denen dem Agenten wirklich eine Provision zusteht, sondern auch auf die überschriebenen Geschäfte, die nachträglich wieder rückgängig gemacht sind, damit der Agent in die Lage gesetzt ist, den ihm nach § 88 Abs. 2 zustehenden Provisionsanspruch geltend zu machen, endlich auch auf die noch schwebenden Geschäfte (a. A. Erste Auflage und Staub-Bondi Anm. 1, Ritter Anm. 2, Brand 5a). Der Auszug hat die Adressen der Gegenkontrahenten, die Mengen der bezogenen Waren,

[1]) Doch können, wie G. Cohn im Archiv f. b. Recht XII S. 241 bemerkt, diese zu den regelmäßigen zählen.

die bedungenen Preise und den Betrag der seitens des Dritten eingegangenen Zahlungen anzugeben (§ 88 Abs. 1). Belege brauchen nicht beigegeben zu werden. Im übrigen hat der Geschäftsherr mit peinlichster Sorgfalt zu verfahren (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 389). Erteilt der Geschäftsherr von den einzelnen Geschäften Separatauszüge oder Abschriften der einzelnen Rechnungen, wozu er nicht gehalten ist (Apt II S. 27 Nr. 14), so ist er zu dem halbjährigen Buchauszug nicht verpflichtet (a. A. Jacusiel S. 54). Die weiteren Rechte des stillen Gesellschafters (§ 338 Abs. 1) und des commis interessé (oben § 59 Nr. 11) hat der Handlungsagent nicht (es sei denn, daß er Tantième erhält, O.L.G. Kiel in Seuffert LXV Nr 32). Im Falle eines Rechtsstreites kann er jedoch nach § 45 die richterliche Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher erwirken, vorausgesetzt, daß er bestimmte Tatsachen angibt, über die der Inhalt des Buches Beweis liefern soll (O.L.G. Kiel in Seuffert LXV N. 32, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. X S. 238). Auf Grund von § 810 B.G.B. wird er Vorlegung der Bücher des Geschäftsherrn nicht verlangen können (Staub-Bondi Anm. 4, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 389, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. X S. 238), da die Voraussetzungen dieses Paragraphen auf ihn nicht zutreffen (Denkschr. S. 79). Der Geschäftsherr wird äußerstenfalls auch zur Ableistung des Offenbarungseides nach B.G.B. § 260 gehalten sein. Vgl. Breit bei Holdheim 05 S. 225, Düringer-Hachenburg Anm. 6, O.L.G. Hamm in O.L.G. Rspr. XXIV S. 128, a. A. Haeger im Recht 09 S. 598, Albrecht-Tentler S. 152).

§ 92.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Entw. I § 81, II § 90; Denkschr. I S. 72, 73, II S. 3175, 3176; Komm.Ber. S. 3893.

1. Absatz 1. Ist das Agenturverhältnis für bestimmte Zeit eingegangen, so endet es mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist (B.G.B. § 620 Abs. 1). Als für bestimmte Zeit eingegangen gilt es noch nicht, wenn für gewisse Zeit die Höhe des Einkommens vom Geschäftsherrn garantiert ist (Bolze VII Nr. 510). Ist es für länger als fünf Jahre eingegangen, so ist B.G.B. § 624 anzuwenden (anders Albrecht-Tentler S. 164). Hinsichtlich der Fortsetzung nach Ablauf der Dienstzeit B.G.B. § 625. Im übrigen vgl. zu Abs. 1 das zu § 66 Bemerkte. Die Bestimmung ist hier lediglich dispositiver Art, der Vertragsfreiheit sind keine Schranken gesetzt wie beim Handlungsgehilfen in den §§ 67—69 (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 388). Die Parteien können also kürzere oder längere oder jederzeitige Kündigungsfrist, für beide Teile gleiche oder für jeden Teil verschiedene festsetzen (Handelsgebrauch bei Apt II S. 28). Tod des Agenten ist im Zweifel Kündigungsgrund, dagegen im Zweifel nicht Tod des Geschäftsherrn (B.G.B. §§ 675, 672, 673). Konkurs des Geschäftsherrn beendet das Agenturverhältnis (K.O. § 23 Abs. 2, R.G.Z. LXIII S. 73, Jaeger K.O. § 23 Anm. 7). Dem Agenten bleibt Schadensersatzanspruch nach Maßgabe von K.O. § 26. § 22 K.O. anzuwenden, geht nicht an, weil ein Dienstverhältnis, „das im Geschäftsbetrieb angetreten ist", nicht vorliegt. Vgl. von Sarwey Konkursordnung, 3. Aufl. S. 170, R.G.Z. LXIII S. 73. Nr. 1.

2. Absatz 2. Die Wichtigkeit des Grundes bemißt sich hier selbstverständlich nach anderen Gesichtspunkten als beim Handlungsgehilfen, so daß eine unterschiedslose Anwendung der §§ 71, 72 nicht statthaft ist (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 388). Die zu § 70 aufgestellte Formel, „daß eine wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigten Umstände ein- Nr. 2.

getreten ist", wird auch hier ausreichend sein, wie überhaupt auf das bei § 70 Bemerkte im allgemeinen zu verweisen ist. Vor allem wird eine Verletzung wichtiger Vertragspflichten in Frage kommen, so für den Geschäftsherrn Untreue, z. B. durch Verrat von Tatsachen an den Prozeßgegner des Geschäftsherrn, R.G. im Recht 07 S. 444, Nr. 851, grobe Nachlässigkeit, Unzuverlässigkeit des Agenten (vgl. Bolze XXI Nr. 411, 412), insbesondere Unterlassung der Sorgfalt bei Ausführung des Auftrags, z. B. Auswahl des Gegenkontrahenten (O.L.G. Hamburg in L.Z. 09 S. 704, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 24), Nichtanzeige erfolgter Abschlüsse oder Nichteinsendung eingezogener Ausstände (vgl. R.O.H.G. IV Nr. 82, R.G. im Recht 1912 Nr. 2874), grobe Kränkung der Geschäftsehre des Geschäftsherrn (Kammergericht in D.J.Z. II S. 182, Bolze V Nr. 578), Geschäftsunkenntnis, selbst wenn der Geschäftsherr wußte, daß der Agent sich einzuarbeiten hatte und diesem es nicht gelingt (R.G. bei Holdheim VI S. 347), Annahme einer festen Stellung durch den Agenten, die die weitere Erfüllung der Agenturpflichten unmöglich macht (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XVI S. 88). Bloßer, durch den Agenten verschuldeter Verdacht der Unredlichkeit genügt hier so wenig, wie beim Handlungsgehilfen (a. A. R.G. im Recht 1912 Nr. 2874). — Für den Agenten: Verweigerung der ihm gebührenden Provision, der Erteilung des Buchauszuges (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 389), unreelles Geschäftsgebahren des Geschäftsherrn, so daß es dem Agenten nicht zugemutet werden kann, dieses Haus zu vertreten (R.G.Z. LXV S. 90, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IV S. 242, R.G. in L.Z. 1911 S. 925, 1913 S. 139), Konkurs des Geschäftsherrn, Einstellung des Betriebes durch den Geschäftsherrn (R.G. in L.Z. 1912 S. 221). — Für beide Teile schwere Ehrverletzungen durch den andern (R.G.Z. XXXII Nr. 62), aber nicht bloße Unziemlichkeiten (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VII S. 385) oder bloße Meinungsverschiedenheiten. Auch würde die Ehrverletzung dann keinen Auflösungsgrund bilden, wenn sie durch das Verhalten des anderen Teiles provoziert ist (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VIII S. 389). Beleidigungen von Angehörigen oder Angestellten des Geschäftsherrn können nach Lage des Falls einen Kündigungsgrund bilden (O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. LI S. 117, K.G. in L.Z. 08 S. 470). — Weiter für den Geschäftsherrn: Unfähigkeit des Agenten zur Wahrnehmung seiner Dienste z. B. wegen Krankheit oder längerer Freiheitsstrafe (vgl. R.G. im Recht 1912 Nr. 1898), Konkurs des Agenten (R.O.H.G. II Nr. 98), aber auch Unmöglichkeit eines lohnenden Fortbetriebes des Geschäfts (R.G.Z. XXXI Nr. 12, LXIII S. 71, L.Z. 09 S. 551 (= Gruchot LIII S. 969), 1911 S. 224, J.W. 1912 S. 250[20] = Warneyer 1912 Nr. 121, K.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 307). Denn durch die Anstellung erwirkt der Agent kein Recht darauf, unter allen Umständen für die Dauer der Vertragszeit dienstlich gegen Vergütung beschäftigt zu werden, sondern er muß nach dem Sinn des Vertrages mit den verschiedenen Konjunkturen rechnen und kann dem Geschäftsherrn nicht zumuten, daß er lediglich um der Provision des Agenten willen das Geschäft unter eigenem Aufwand fortsetze. Ein Anspruch des Agenten auf Entschädigung besteht dann regelmäßig nicht (R.G. in L.Z. 09 S. 551, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IV S. 242, K.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 307, Apt I S. 65 Nr. 25). Anders wenn dem Agenten ein bestimmter Ertrag garantiert war. Umgekehrt wird aber auch der Agent kündigen dürfen, wenn er keine genügende Beschäftigung findet, weil der Geschäftsherr Geschäfte abzuschließen verweigert, nicht dagegen bloß, weil er sich von der Rentabilität des klägerischen Gewerbes mehr versprochen hat. Ja das Kündigungsrecht wird ihm auch dann zu gewähren sein, wenn ihm der Geschäftsherr zwar die Vergütung bezahlt, aber ihm jede Tätigkeit entzieht (O.L.G. Karlsruhe bei Kaufmann II S. 43). — Tod des Geschäftsherrn ist nicht ohne weiteres Kündigungsgrund (B.G.B. §§ 672, 675). Ob Wechsel in den Firmeninhabern auf der einen oder andern Seite bei Handelsgesellschaften Auflösungsgrund bildet, ist Tatfrage (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 260). Über Tätigkeit für eine Konkurrenzfirma bei § 84 Nr. 5.

Nr. 3. 3. **Anspruch auf Schadensersatz und Vergütung.** Hinsichtlich des Anspruches auf die Vergütung (Gehalt, Tantième) bei Beendigung des Agenturvertrages sowie auf Schadensersatz greifen die allgemeinen Grundsätze Platz (vgl. oben bei § 70 Nr. 5ff. und R.G. bei Warneyer 1911 Nr. 21, 1912 Nr. 315). Die Provision kann der Agent im Zweifel auch aus denjenigen, durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäften fordern, welche erst nach Beendigung des Agenturvertrages

ausgeführt werden, denn die Dienste, für die die Vergütung gewährt wird, hat er geleistet. Im Falle des § 89 genügt es, daß das Geschäft vor Beendigung des Agenturverhältnisses abgeschlossen ist. Die §§ 629, 630 des B.G.B. sind auf den Agenturvertrag nicht anwendbar. Wohl aber ist B.G.B. § 628, insbes. Abs. 2, heranzuziehen (R.G. in L.Z. 1911 S. 388, 1912 S. 67 und im einzelnen Düringer-Hachenburg Anm. 16ff.). Einen Anspruch auf weitere Ausübung seiner Tätigkeit hat der Agent auch bei ungerechtfertigter Aufkündigung nicht (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 6). — Der Agent hat dem Geschäftsherrn die ihm zur Ausübung der Agentur anvertrauten Muster, Koffer und dgl., soweit sie nicht wertlos sind, zurückzugeben (vgl. Apt II S. 22 Nr. 4, 5, Riesenfeld I Nr. 134, 140) — es sei denn, daß sie ihm zur freien Disposition überlassen waren (Apt II S. 219). Ist ihm die Rückgabe durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, nicht möglich, so hat er den Wert zu ersetzen, wobei Handelsgebräuche über die Höhe der Abnutzung entscheiden (vgl. Apt II S. 21, III S. 48, 171, 254). Er hat zurückzugeben die dem Geschäftsherrn gehörigen Bücher und Urkunden, während er seine Korrespondenz mit dem Geschäftsherrn behalten darf (O.L.G. Colmar in L.Z. 09 S. 567, Heuer in D.J.Z. 05 S. 905, L.Z. 1910 S. 275, Apt III S. 38).

4. **Konkurrenzklausel.** Für den Fall der Konkurrenzklausel greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Nur dann also, wenn es sich um eine unsittliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Agenten derart, daß seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben wird, handelt, ist der Vertrag nichtig, hier aber auch in vollem Umfange. Ein richterliches Ermäßigungsrecht ist nicht anwendbar. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man auch hier annehmen müssen, daß der Geschäftsherr, der den Agenten durch vertragsbrüchiges Verhalten zur Kündigung gezwungen hat, keine Rechte aus der Konkurrenzklausel herleiten kann (vgl. R.G.Z. XX S. 106, LIX S. 79, LXXVII Nr. 30, O.L.G. Hamburg in Seuffert LXIII Nr. 17, vgl. O.L.G. Hamburg im Recht 1910 Nr. 2073). Nr. 4.

Auch § 17 Abs. 1 des U.W.G. findet auf den Agenten keine Anwendung.

5. **Älteres Recht.** Die Beendigung der vor dem 1. Jan. 1900 eingegangenen Agenturverträge richtet sich nach älterem Recht. Da dieses den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Agenturvertrag im Zweifel für auf beiden Seiten stets kündbar erklärte, so unterfallen solche Verträge nach Art. 171 E.B.G.B. sofort dem neuen Recht. Vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 22, OLG. Stettin in OLG. Rspr. I S. 437. Nr. 5.

Achter Abschnitt.

Handelsmäkler.

Einleitung.

A.D.H.G.B. Art. 69—84.

Das Gesetz kennt mit Bezug auf die Vermittlertätigkeit nur eine Klasse von Handelsmäklern, die sogenannten Privathandelsmäkler. Die amtlichen Handelsmäkler sind von ihm beseitigt, nachdem bereits das Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 § 34 in dieser Beziehung vorangeschritten war. Nur ein Gewerbe des Handelsmäklers, nicht das Amt eines solchen gibt es, jeder Handelsmäkler ist Kaufmann (§ 1 Abs. 2 Nr. 7). Seine rechtliche Stellung als Vermittler bestimmt sich nach den einheitlichen Grundsätzen dieses Abschnittes.

Nicht ausgeschlossen dagegen ist, daß Handelsmäkler außer ihrer Vermittlertätigkeit amtliche Funktionen bekleiden. Dahin gehören die bei der Feststellung von Börsenkursen mitwirkenden Kursmäkler (Reichsbörsengesetz § 30ff.), dahin die zur Vornahme von Verkäufen oder Käufen in gewissen Fällen durch das H.G.B. oder B.G.B. öffentlich ermächtigten Handelsmäkler (§§ 373 Abs. 2, 376 Abs. 3, 388 Abs. 2, 417 Abs. 1, 437 Abs. 2, B.G.B. §§ 385, 1221), dahin nach Landesrecht „zur Vornahme gewisser Schätzungen oder zur Abgabe von Gutachten über den Marktpreis

von Waren" amtlich bestellte Handelsmäkler[1]) (Denkschr. II S. 3671). Möglich ist, daß solche Personen infolge dieser ihrer Stellung tatsächlich die Vermittlertätigkeit vorwiegend in der Hand haben, ja daß das Gesetz, wie bei den Kursmäklern (vgl. Reichsbörsengesetz § 31), eine mittelbare Pression darauf ausübt. Aber für den Mäklervertrag als solchen spielt dieser Umstand keine Rolle, die solchen Personen auferlegten Rechte und Pflichten stehen außerhalb des Mäklervertrages. Ihre Auswahl und Bestellung richtet sich nach Landesrecht[1]), das Maß ihrer besonderen Rechte und Pflichten teils nach Reichsrecht (vgl. z. B. Reichsbörsengesetz § 32), teils nach Landesrecht[1]).

Das Recht der Handelsmäkler wird in erster Linie durch den achten Abschnitt geordnet. Doch sind die Vorschriften dieses Abschnittes nicht erschöpfend. Dahinter steht das bürgerliche Recht (B.G.B. §§ 652—555), dessen Sätze freilich nur mit Vorsicht anzuwenden sind, da in grundlegenden Punkten das H.G.B. eine Sonderstellung einnimmt. Letztere erklärt sich daraus, daß Bestimmungen des alten H.G.B. über die amtlichen Handelsmäkler vom neuen Gesetzbuch auf die Privathandelsmäkler übertragen worden sind, so insbesondere die §§ 96, 98, 99, dann 94, 100—03. Gewerberechtliche Vorschriften in der G.O.

§ 93.

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers.

Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Entw. I § 82, II § 91; Denkschr. I S. 74f., II S. 3176, 3177; Komm.Ber. S. 3894, 3895.

Literatur: Riesenfeld, Der Zivilmäkler; bei Gruchot XXXVI S. 790, XXXVII S. 27, 257, 530, 814, K. Jacusiel, Das Recht der Mäkler, 2. Aufl. 1910; Reichel, Die Mäklerprovision, 1913.

Nr. 1. 1. **Begriff des Handelsmäklers.** Hierüber ist im allgemeinen auf § 1 Nr. 67 zu verweisen, insbesondere ist noch zu bemerken: Im Gegensatz zum bürgerlichen Mäkler beschränkt sich der Handelsmäkler nicht auf den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages (B.G.B. § 652 Abs. 1), sondern Gegenstand seines Gewerbes ist lediglich die Vermittelung von Verträgen (vgl. Riesenfeld bei Gruchot XXXXVII S. 531; Reichel S. 144ff.). Das Gesetz setzt voraus, daß der Mäkler beim Abschluß zugezogen wird. Daraus erklärt sich seine Verpflichtung zur Zustellung von Schlußnoten und zur Eintragung in das Tagebuch (§§ 94, 100). Indessen darf dieser Gegensatz nicht übertrieben werden, weil sonst der Handelsmäkler in eine unverdient schlechte Lage geraten würde, denn eine Vermittelung des Vertrages kann u. U. auch dann vorliegen, wenn der Nachweis der Gelegenheit durch Verhandlung mit beiden Teilen ursächlich für den Vertragsabschluß war. Es wird hier alles auf den einzelnen Fall ankommen, insbesondere darauf, ob Überwindung von Bedenken zu der von den Parteien bei der Tätigkeit des Mäklers vorausgesetzten Mühewaltung gerechnet wurde (Reichel S. 147f.).

---

[1]) Bestimmungen über solche enthält das preuß. A.G. zum B.G.B. Art. 13, die Mecklenburg-Schwerinsche Ausführungs-Verordnung zum H.G.B. §§ 2—5, das Sächs. A.G. zum B.G.B. § 19 u. a.

Von der Verpflichtung zur Zustellung von Schlußnoten kann durch die Parteien oder den Ortsgebrauch der Mäkler entbunden sein. Die §§ 94, 100 haben überdies nur reglementarische Bedeutung und gelten für den Mäkler im Kleinverkehr überhaupt nicht (§ 104).

Die Eigenschaft als Handlungsagent saugt die als Handelsmäkler auf, falls dieselbe Partei und die gleiche Geschäftsart in Frage kommen (vgl. über das Verhältnis von Agent und Mäkler die Entscheidung des O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI (1895) S. 62). Nicht ausgeschlossen ist dagegen, daß ein Handlungsagent außerdem Handelsmäkler ist, sei es für andere Personen als seinen Geschäftsherrn, wobei selbstverständlich der Gegenkontrahent seines Geschäftsherrn als solcher auszunehmen ist, sei es, daß er für das von ihm vertretene Haus zugleich außerhalb der Agenturtätigkeit eine Mäklertätigkeit mit Bezug auf andere Geschäftsarten entwickelt. Auch gibt es Handelsmäkler, die dauernde Geschäftsbeziehungen zu einem Hause haben, so daß sie nach innen wie Agenten dastehen, ohne daß sie aufhören, dem Dritten gegenüber nach § 98 haftbar zu sein (Wüstendörfer in Z. LVIII S. 129). Die Mäklertätigkeit kann auch mit Abschlußvollmacht verbunden sein, dem Mäkler kann gestattet sein, selbst einzutreten (vgl. § 32 des Börsengesetzes), er kann auch als Kommissionär fungieren (hierzu Düringer-Hachenburg Anm. 6).

Nur die von einem Handelsmäkler besorgten Vermittelungen fallen unter diesen Abschnitt, demnach nicht Vermittelung anderer Personen und nur die Vermittelungen von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs, nicht sonstiger Geschäfte. Insbesondere zessiert die Verpflichtung zur Ausstellung von Schlußnoten und zur Führung eines Tagebuches bei solchen, greifen die §§ 98, 99 nicht Platz usw. Soweit der Mäklervertrag in solchen Fällen ein Handelsgeschäft ist (denn auch der Zivilmäkler kann Kaufmann sein, vgl. Staub-Bondi Exkurs vor § 93 Anm. 8), untersteht er den allgemeinen Vorschriften des dritten Buches, dahinter dem B.G.B.

2. **Eingehen und Beendigung des Mäklervertrages.** Eine besondere Form Nr. 2.
ist für den Mäklervertrag nicht vorgeschrieben, er kann mündlich und schriftlich, auch durch konkludente Handlungen (Bolze VII Nr. 506), insbesondere Duldung der Dienste (R.G. in J.W. 01 S. 144[15], Recht 08 Nr. 1367), eingegangen werden. Doch wird bloßes Sichgefallenlassen einer Vermittelung, wenn der Mäkler als Beauftragter eines anderen auftritt, noch nicht Abschluß eines Mäklervertrages mit ihm sein (Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 260; Bolze V Nr. 583, XVII Nr. 379, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. IV S. 239), ebensowenig Benutzung einer von jemand gesprächsweise hingeworfenen Notiz, durch welche auf eine Gelegenheit aufmerksam gemacht wird (Dove-Meyerstein Nr. 141), etwa weil der die Äußerung Machende selbst nicht Zeit oder Lust hatte, von der Gelegenheit Gebrauch zu machen, oder weil er für sich Vorteil erhoffte, wenn der, dem gegenüber er die Äußerung macht, davon Gebrauch macht (Dove-Meyerstein Nr. 144). Der Mäkler kann von Ab- und Anwesenden Aufträge entgegennehmen, wie weit in seinem Schweigen letzterenfalls Übernahme des Auftrages liegt, vgl. bei § 362. — Die allgemeinen Erfordernisse für die Eingehung wie für die Beendigung des Mäklervertrages regeln sich nach bürgerlichem Recht. In ersterer Hinsicht ist insbesondere Tatfrage, ob der Vertrag wider die guten Sitten verstößt, weil der Mäkler den Auftraggeber in seiner persönlichen Freiheit zu sehr beschränkt (vgl. z. B. K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 318, R.G. im Recht 08 S. 190 Beil. 2) oder ihn bewuchert (K.G. in O.L.G. Rspr. II S. 118, O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XX S. 218), ferner ob er gegen ein Verbotsgesetz verstößt, z. B. bei Vermittelung von vom Gesetz für nichtig erklärten Verträgen. In letzterer Beziehung gilt insbesondere, daß der Auftrag bis zum Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes jederzeit willkürlich widerruflich ist (R.O.H.G. VII S. 105, R.G. in L.Z. 1911, S. 217), selbst wenn das vom Mäkler vorgeschlagene Geschäft dem Auftrag genau entspricht (Staub-Bondi, Exkurs vor § 93 Anm. 17, a. A. O.L.G. Naumburg in O.L.G. Rspr. XII S. 89), sofern sich nicht der Auftraggeber des Widerrufes für eine bestimmte Frist oder für angemessene Frist begeben hat (R.G.Z. XXII S. 378), in welch letzterem Falle ihm aber wegen justa causa das Widerrufsrecht stets gewahrt bleiben wird (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 322, dazu Reichel S. 220ff.); daß andererseits der Mäkler, sofern er sich nicht zu Bemühungen ver-

pflichtet hat, frei zurücktreten kann (Riesenfeld a. a. O. S. 580). Freilich wird beim Handelsmäkler solche Verpflichtung, wie Düringer-Hachenburg I S. 527 Anm. 10 mit Recht bemerken, für die Regel anzunehmen sein. Aber auch, wenn er sich zu einer besonderen Tätigkeit verpflichtet hat, wird man ihm ein freies, nur nicht bei Fehlen einer justa causa unzeitgemäß auszuübendes Kündigungsrecht unter entsprechender Anwendung von B.G.B. § 627 zu geben haben. Tod und eintretende Geschäftsunfähigkeit des Mäklers hebt den Vertrag auf (ist der Mäkler eine Handelsgesellschaft, so würde natürlich Tod eines Gesellschafters bei Fortdauer der Gesellschaft ohne Bedeutung sein). Tod und Geschäftsunfähigkeit der Partei ist nicht Beendigungsgrund, doch bleibt den Erben das jederzeitige Widerrufsrecht (R.G.Z. XLVII Nr. 62). Konkurs des Geschäftsherrn wird gewöhnlich Aufhebungsgrund sein, schon weil der Kridar die Disposition über sein Vermögen verliert (K.O. § 23 ist nicht direkt anwendbar), Konkurs des Mäklers dagegen nicht ohne weiteres (K.O. § 17 ist hierauf nicht anwendbar, der Konkursverwalter ist nicht in der Lage, an Stelle des Gemeinschuldners den Auftrag zu erfüllen).

Nr. 3. 3. **Älteres Recht.** Der Begriff des Handelsmäklers bestimmt sich vom 1. Jan. 1900 ab nach § 93. Personen, die bis dahin Handelsmäkler waren, hörten, falls sie den Erfordernissen des § 93 nicht mehr entsprachen, auf, Handelsmäkler zu sein. Umgekehrt wurden Personen, die bis dahin nicht Handelsmäkler waren, aber den Erfordernissen des § 93 entsprachen, ipso jure Handelsmäkler. Die bisherigen amtlichen Handelsmäkler wurden mit dem 1. Jan. 1900 Kaufleute, ihre von da ab in ihrem Gewerbebetriebe geschlossenen Geschäfte Handelsgeschäfte. — Die vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossenen Mäklerverträge regelten sich nach bisherigem Recht. Art. 171 des E.B.G.B. war auf sie nicht erstreckbar (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 17).

Nr. 4. 4. **Statutenkollision.** Hier entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Der Umstand, daß das Provisionsversprechen im Ausland erteilt ist und der Gegenstand des zu vermittelnden Geschäfts im Ausland liegt oder der Mäkler und der Vertragsgegner Ausländer sind, spricht noch nicht entscheidend dafür, den ganzen Mäklervertrag dem ausländischen Recht zu unterwerfen, vielmehr bliebe, wenn der Auftraggeber in Deutschland das Provisionsversprechen zu erfüllen hat, deutsches Recht mit Bezug hierauf anwendbar (R.G. im Recht 08, Nr. 3143, L.Z. 1911, S. 781).

§ 94.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält.

Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmäkler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

Entw. I § 83, II § 92; Denkschr. I S. 75, 76, II S. 3177; Komm.Ber. S. 3894, 3895; A.D.H.G.B. Art. 73—76.

Gloger, Die Schlußnote der Handelsmäkler, Diss. 08.

1. **Rechtliche Bedeutung der Schlußnote.** Der vom Handelsmäkler vermittelte Vertrag ist, soweit nicht Gesetz oder Parteiberedung eine Form vorschreibt, formlos. Die Schlußnote hat, wie die Fassung des § 94 ergibt, lediglich die Bedeutung einer Beweisurkunde im Sinne des § 416 Z.P.O. (R.G. im Recht 1910 Nr. 2714). Ihre Zustellung und Annahme, sowie ihre Unterschrift haben für die Perfektion des Vertrages keine rechtliche Bedeutung (O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Z. LIV S. 80) doch können die Parteien das Zustandekommen des Vertrages von der Zustellung oder Unterschrift der Schlußnote abhängig machen. Dann würde B.G.B. § 125 Satz 2 und bei Abhängigmachung von der Unterschrift B.G.B. §§ 126, 127 Platz greifen. Wer sich auf eine solche Abmachung beruft, hat sie zu beweisen. In Ermangelung dieser Verabredung regelt sich der Abschluß des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen. Wie die Verweigerung der Annahme der Unterschrift der Schlußnote durch eine Partei den einmal zustande gekommenen Vertrag nicht beseitigt, so liegt in der Annahme der Schlußnote umgekehrt nicht notwendig ein Verzicht auf die Geltendmachung von Einreden oder eine Einwilligungserklärung. Doch wird die vorbehaltlose Annahme der Schlußnote stets einen starken Beweis für den Konsens der Partei liefern und kann unter Umständen geradezu eine Genehmigungserteilung darstellen (vgl. R.G.Z. LIX S. 350, LVIII S. 367, D.J.Z. 05 S. 314 Nr. 25), insbesondere dann, wenn die Partei die von der mündlichen Beredung abweichende Schlußnote trotz Kenntnis dieser Abweichung vorbehaltlos entgegennimmt (R.O.H.G. XIII Nr. 98) oder wenn das Geschäft zur Zeit des mündlichen Abschlusses aus irgend einem Grunde ungültig war, zur Zeit der Annahme aber dieser Hinderungsgrund gehoben ist (v. Hahn § 4 zu Art. 76). Vgl. auch § 95 Nr. 3. Nr. 1.

2. **Pflicht zur Zustellung von Schlußnoten.** Jeder Handelsmäkler hat die Pflicht zur Zustellung (das Wort ist natürlich nicht im Sinne der Z.P.O. gebraucht) von Schlußnoten mit Ausnahme des Krämermäklers (§ 104). Doch können die Parteien ihm dies erlassen (Erlaß einer Partei befreit dem Mäkler nur von der Pflicht dieser gegenüber), sei es ausdrücklich sei es stillschweigend, das letztere durch Zahlung von Provision und Realisierung des Geschäfts, möglicherweise auch schon durch Abschluß ohne seine Hinzuziehung (s. unten § 99), auch der Ortsgebrauch kann ihn davon entbinden, sei es mit Rücksicht auf die Gattung der Ware sei es mit Rücksicht auf die Art des Geschäftes. So ist namentlich bei der Vermittelung von Versicherungsverträgen nicht üblich, Schlußnoten zuzustellen, andererseits vgl. Reichsstempelgesetz von 1913 §§ 21 ff. Die Nichtbeobachtung der Pflicht zieht nicht mehr pönale Folgen nach sich (vgl. jedoch Reichsstempelgesetz von 1913 §§ 21 ff.), sondern berechtigt die Partei nur zur Vorenthaltung der Provision und macht den Handelsmäkler nach § 98 schadensersatzpflichtig, z. B. derjenigen Partei gegenüber, die infolge Nichtzustellung der Schlußnote das Geschäft für nicht zustande gekommen hielt und sich nach anderer Seite engagierte (v. Hahn § 7 zu Art. 73). Die Erteilung kann aber auch klageweise erzwungen werden. Nr. 2.

3. **Zeit der Zustellung.** Die Zustellung hat unverzüglich nach Abschluß des Geschäftes zu erfolgen (im Berliner Börsenverkehr spätestens am Vormittag des nächsten Börsentages, Dove-Meyerstein S. 183 § 8). Auch verfrühte Zustellung verpflichtet zum Schadensersatz (vgl. R.G. in Z. XXXIV S. 577, 576). Nr. 3.

4. **Inhalt der Schlußnote.** Der Inhalt der Schlußnote stimmt mit dem der Eintragung in das Tagebuch überein (§ 100 Abs. 1), wobei nicht notwendig vorausgesetzt wird, daß die Schlußnote später ausgestellt wird, als die Eintragung erfolgt. Die Zeit des Abschlusses braucht die Schlußnote nicht anzugeben, das Datum der Unterschrift ist als Abschlußtag anzusehen. Wünschen die Parteien eine Spezialisierung des Zeitpunktes (Stunde, Stundenteil), so müssen sie dem Handelsmäkler die entsprechende Weisung zugehen lassen. Hinsichtlich der Namen der Parteien vgl. § 95. Die Bedingungen des Geschäfts sind sämtlich anzugeben, auch die minder wesentlichen, doch können die Parteien auf einzelne Angaben verzichten oder auf frühere Bedingungen verweisen lassen („zu gehabten Konditionen"). Ebenso können sie auf Börsenusancen verweisen. („Geschlossen nach hiesigen Börsenusancen"). Beruft sich eine Partei auf nicht angegebene Bedingungen, so liegt ihr hinsichtlich dieser der Beweis ob (Busch XIX S. 317). Für den durch wahrheitswidrige Schlußnoten zugefügten Schaden haftet der Mäkler. Die Partei, Nr. 4.

deren Abschlußerklärung unrichtig vom Mäkler wiedergegeben ist, hat das Anfechtungsrecht aus § 120 B.G.B. (O.L.G. Braunschweig in D.J.Z. 06 S. 884.) Die Anfechtung richtet sich gegen den Vertragsgegner, nicht den Mäkler, der nur Bote ist.

Nr. 5. 5. **Nicht sofort zu erfüllende Geschäfte.** Unter Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, sind nicht bloß Zeitgeschäfte sondern auch suspensiv bedingte Geschäfte zu verstehen. Dagegen gehören nicht hierher solche, bei denen der Verkäufer sofort erfüllt, während dem Käufer der Kaufpreis kreditiert wird (a. A. Jacusiel S. 39). Die Unterschrift der Partei, sei es mit der Firma sei es (zumal bei Nichtkaufleuten) mit dem bürgerlichen Namen unter die Schlußnote, hat die Bedeutung eines Anerkenntnisses, nur die unterschriebene Schlußnote liefert vollen Beweis (Z.P.O. § 416). Die Zerstörung der Beweiskraft des Anerkenntnisses entkräftet nicht notwendig die sonstige Beweiskraft der Schlußnote (Prot. S. 135, 141). Trotz der Unterschrift der Partei wird auch der Mäkler nach Abs. 1 zu unterschreiben haben (a. A. Makower Anm. III, 3).

Nr. 6. 6. **Notifikationspflicht.** Die schuldhafte Unterlassung der Notifikation zieht Schadensersatzpflicht nach sich.

Nr. 7. 7. Tritt der Mäkler als Selbstkontrahent auf oder wird er wie ein Selbstkontrahent in Anspruch genommen, so hat er die Verpflichtung zur Zustellung der Schlußnote nicht. Eine Schlußnote hat für diesen Fall auch keinen Wert (R.O.H.G. VIII Nr. 66).

Nr. 8. 8. **Älteres Recht.** Das ältere Recht legte nur dem amtlichen Handelsmäkler den Schlußnotenzwang auf. Doch lag nach ausdrücklicher Vereinbarung oder Handelsgebrauch häufig auch Privathandelsmaklern solche Pflicht ob. Wo dies der Fall war, ist § 94, der inhaltlich mit dem alten Artikel 73 übereinstimmt, heranzuziehen. Wie aber, wo es nicht der Fall war? Hier kann nicht entscheiden, ob der Mäklervertrag mit der einen Partei, dem Auftraggeber, vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossen ist, denn es handelt sich hier um eine Verpflichtung des Mäklers beiden Parteien gegenüber. Vielmehr kommt es darauf an, ob die obligatorischen Beziehungen zu beiden Teilen bereits vor dem 1. Jan. 1900 angeknüpft waren oder nicht, also ob der Mäkler von beiden Teilen beauftragt war oder das zu vermittelnde Geschäft abgeschlossen hatte. Ist dies der Fall, so greift § 94 nicht Platz. Fehlt es dagegen am 1. Jan. 1900 an der obligatorischen Beziehung des Mäklers zur Gegenpartei und tritt diese erst nachher ein, so ist § 94 anwendbar.

§ 95.

Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

Die Bezeichnung der anderen Partei hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen.

Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Handelsmäkler nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie Erfüllung verlange.

Entw. I § 84, II § 93; Denkschr. I S. 75, 76, II S. 3177.

Literatur: Behrend in D.J.Z. 04., Seite 371, Gutkind, das Geschäft „an Aufgabe" Diss. 05., Schiffer, Rechtl. Natur des Geschäfts mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei nach § 95 H.G.B. Diss. 09, Berger, Die Schlußnote „an Aufgabe" Diss. 07, Marcus in D.J.Z. 1910, Seite 136.

1. Vorbemerkung. Der Handelsmäkler hat an sich nur die Rolle eines Vermittlers, ihm steht zu und liegt ob, die beiden Parteien zusammenzubringen. Der Abschluß des Vertrages erfolgt durch die Parteien selbst. Weil der Handelsmäkler an sich nur vermittelt, hat er keine Inkassovollmacht (§ 97), seine Kenntnis ist nicht Kenntnis der Partei, seine Versicherungen sind nicht Versicherungen der Partei (O.L.G. Hamburg in H.S.Zt. 06 Hauptbl. S. 140). Bedient sich eine Partei des Mäklers zur Abgabe der Abschlußerklärung, so ist der Mäkler im Zweifel nur Bote, die unrichtige Abgabe löst im Zweifel nur die Folgen aus § 120 B.G.B. aus (oben § 94 Nr. 4). Da die Schlußnote nach dem Abschluß des Geschäfts zuzustellen ist, so setzt sie voraus, daß die Parteien abgeschlossen haben, wie sie ja auch die Angabe der Parteien zu enthalten hat. Eine Sonderstellung nehmen diejenigen Schlußnoten ein, in denen sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat (Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe des Käufers oder „an Aufgabe"), vielleicht schon bei bloßer Offenlassung des für den Käufer reservierten Raumes vorliegend, wie sie besonders in der Hamburger Praxis vorkommen (vgl. R.G.Z. XX Nr. 9, XXIV Nr. 13, Reichsstempelgesetz § 19 Abs. 4). Die rechtliche Struktur des aus der Annahme solcher Schlußnote durch die Partei entstehenden Verhältnisses des Mäklers zum Dritten war vor Erlaß des neuen H.G.B. eine bestrittene und ist auch nach dem neuen Gesetzbuch eine nicht zweifellose. Nr. 1.

2. **Verpflichtung zur Annahme.** Verpflichtet zur Annahme einer Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten ist im Zweifel die Partei nicht, sie kann die Annahme verweigern. Denn da der vom Handelsmäkler aufgesuchte Gegenkontrahent von ihr akzeptiert sein muß (R.O.H.G. VII Nr. 28), so kann sie Angabe des Gegenkontrahenten in der Schlußnote verlangen. Die Schlußnote ohne die Angabe ist eine irreguläre, die die Partei im Zweifel schlechtweg ablehnen kann. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß die Partei sich zur Annahme solcher Schlußnote von vornherein bereit erklärt hatte. Dies ist dann der Fall, wenn sie an den Mäkler selbst einen Schlußbrief mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" gerichtet hatte (R.G Z. XXIV S. 70). Die Annahme kann ausdrücklich und stillschweigend erfolgen. Nr. 2.

3. **Wirkung der Annahme.** Durch die Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe entsteht für die annehmende Partei ein Zustand der einseitigen Gebundenheit, ähnlich wie bei der Offerte im Falle des Vertrages unter Abwesenden (B.G.B. §§ 147 Abs. 2, 145). Diese Gebundenheit ist nicht eine endgültige aus dem zu vermittelnden Vertrage, denn der Vertrag ist zunächst nicht mit dem Mäkler noch mit einem Dritten geschlossen, sondern nur eine einstweilige. Sie hört auf, wenn nicht innerhalb der gesetzlichen Frist ihr vom Mäkler ein einwandsfreier Gegenkontrahent bezeichnet wird. Wird ihr ein solcher bezeichnet, so ist sie an das Geschäft gebunden, und zwar ohne weiteres, es bedarf nicht, um diese Verpflichtung zu erzeugen, einer nochmaligen Erklärung der Partei, die Verpflichtung entstand schon durch die Annahme der Schlußnote. Die rechtliche Konstruktion dieses Verhältnisses ist nicht ohne Schwierigkeiten, die Hauptfrage ist, welche Bedeutung besitzt die Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt? Liegt darin lediglich eine Verpflichtungserklärung gegenüber dem Mäkler oder zugleich eine Vollmacht für den Mäkler oder endlich gar eine direkte Willenserklärung an die (zunächst unbestimmte) Person des Gegenkontrahenten, für die der Mäkler als Stellvertreter auftritt? Das R.G. (R.G.Z. XXIV S. 69) stellt die beiden letzteren Auffassungen zur Auswahl, neigt sich aber der Theorie von der Erteilung der Vollmacht zu (vgl. auch Bd. XXXVIII S. 187 ff.) und dem schließt sich die herrschende Auffassung an. Danach würde auf Grund der Schlußnotenannahme der Mäkler mit dem Dritten Namens der Partei kontrahieren. Mit dem durch den Mäkler erfolgten Abschlusse wäre die Partei gebunden, der Mäkler wäre nicht in der Lage, mit einem anderen, nochmals zu kontrahieren, die Erfordernisse des Vertrages wären nach dem im Schlußschein angegebenen Zeitpunkte zu beurteilen (Düringer-Hachenburg Anm. 3), der Dritte hätte aus dem Vertrage direkten Anspruch gegen den die Schlußnote Nr. 3.

Annehmenden. Indessen steht hiermit in Widerspruch, daß der die Schlußnote Annehmende an das Geschäft mit demjenigen Dritten gebunden sein soll, der ihm rechtzeitig nachträglich „bezeichnet", d. h. doch wohl vom Mäkler bezeichnet wird. Danach hat es der Mäkler in der Hand, dem Dritten den Anspruch zu verschaffen oder zu zerstören. Denn wie er den Zeitpunkt der Bezeichnung hinausschieben kann, so kann er auch einen Anderen der Partei angeben und dann würde die Partei gegenüber dem wahren Kontrahenten sich darauf berufen, daß ihr eben jener Kontrahent bezeichnet wurde. Die Anhänger der Vollmachtstheorie müssen natürlich zu dem Schlusse kommen, daß die „Bezeichnung" nur dann Bedeutung hat, wenn sie der Wahrheit entspricht und daß der die Schlußnote Anmeldende sich auch auf anderem Wege Kenntnis verschaffen kann, mit wem kontrahiert ist. Sie gelangen deshalb dazu, § 174 B.G.B. anzuwenden (Behrend a. a. O., Düringer-Hachenburg Anm. 5.) Des Ferneren widerspricht der Auffassung des Mäklers als Bevollmächtigten, daß die Partei nicht gebunden sein soll, wenn gegen den Dritten begründete Einwendungen zu erheben sind. Denn bei der Fülle der in Betracht kommenden, aus der Person der Partei zu entnehmenden Möglichkeiten wäre eine Vollmacht an den Mäkler, die dem Vollmachtgeber einen so weiten Spielraum, an dem Vertrag festzuhalten oder ihn als nicht geschlossen zu betrachten, einräumt, in Wahrheit gar keine Vollmacht zum Abschlusse. Den Mäkler als bloßen Boten in der Überbringung der Annahmeerklärung zu erblicken, würde zu dem Resultate führen, daß auch ein sonstiges Zugehen der Annahmeerklärung genügen müßte, was dem Gesetz widerspricht, auch würde diese Auffassung z. B. bei dolus oder culpa lata des Mäklers gegenüber dem Dritten zu unrichtigen Resultaten führen. — Vielmehr scheint es dem Gesetze mehr zu entsprechen, der Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt im Zweifel lediglich die Wirkung beizumessen, daß der Annehmende durch sie dem Mäkler gegenüber sich verpflichtet, den rechtzeitig bezeichneten einwandsfreien Dritten zu akzeptieren (diese Auffassung teilte in einem verwandten Falle das R.O.H.G. VII Nr. 28). Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Schließt der Mäkler Namens der Partei mit dem Dritten ab, so wird die Partei zunächst aus dem Abschlusse nicht direkt verpflichtet, sie ist nur bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen dem Mäkler gegenüber gehalten, den Abschluß zu genehmigen.

b) Weigert sie die Genehmigung ohne Grund, so kann der Dritte nur den Mäkler als falsus procurator belangen, bezw. sich dessen Anspruch gegen die Partei zediren lassen, dagegen hat er eine selbständige Klage auf Erfüllung gegen die Partei nicht.

c) Der Mäkler hat gegen die Partei den Anspruch darauf, daß diese den ihr rechtzeitig bezeichneten Gegenkontrahenten annimmt. Gegen diesen Anspruch kann die Partei einwenden, daß ihr der Gegenkontrahent nicht rechtzeitig bezeichnet worden sei oder daß sie Gründe zur Ablehnung des Bezeichneten habe.

d) Das Akzept des als Gegenkontrahenten Bezeichneten seitens der Partei ist dann jedenfalls als erfolgt anzusehen, wenn die Partei auf die rechtzeitige Bezeichnung seitens des Mäklers nicht in angemessener Frist Widerspruch erhebt. War die Bezeichnung nicht rechtzeitig erfolgt, so ist aus dem Schweigen der Partei nicht ohne weiteres Einverständnis zu entnehmen.

e) Die Partei kann ihre Verpflichtung gegenüber dem Mäkler einschränken und erweitern, sie kann einerseits bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Dritten aufstellen (vgl. R.G.Z. XXXIII S. 133, XXXV S. 106) oder sich gar freie Rückweisung vorbehalten, andererseits sich verpflichten, jeden vom Mäkler ihr Bezeichneten anzunehmen oder die Frist für ihre Gebundenheit weiter erstrecken, als das Gesetz ihr auferlegt.

f) Die Partei kann endlich dem Mäkler direkte Vollmacht erteilen, mit Dritten zu kontrahieren. Dies ist aber nicht mit dem R.G. (R.G.Z. XXIV S. 69) und der herrschenden Auffassung als Regel, sondern als Ausnahme anzusehen.

Nr. 4. **4. Rechtzeitigkeit der Anzeige.** Die Bezeichnung der anderen Partei muß innerhalb der vereinbarten, in Ermangelung einer Vereinbarung der ortsüblichen event. angemessenen Frist erfolgen, wobei der Begriff der Angemessenheit nach Art

des Geschäfts ein verschiedener sein wird. Einen Anhalt für die Angemessenheit bietet § 19 Abs. 4 des Reichsstempelgesetzes (Düringer-Hachenburg Anm. 16). Einer Mahnung an den Mäkler, anzuzeigen, bedarf es seitens der Partei nicht. Die Frist beginnt mit der Annahme der Schlußnote (Düringer-Hachenburg Anm. 9). Den Nachweis der Rechtzeitigkeit hat der Mäkler zu führen. Die Bezeichnung ist empfangsbedürftige Rechtshandlung.

5. **Begründete Einwendungen** sind nicht bloß solche, welche sich auf die Solvenz des Dritten beziehen, sondern auch solche, welche sein Geschäftsgebaren (notorischer Schikaneur, R.G.Z. XXIV S. 66) oder seinen Ruf als Geschäftsmann betreffen, auch persönliche Feindschaft der Partei mit ihm würde dahin zu zählen sein, bloße subjektive Abneigung aber nicht genügen (Düringer-Hachenburg Anm. 6). Die Partei kann auch mit dem Mäkler über die Eigenschaften des Dritten bestimmte Verabredungen getroffen, sie kann bestimmte Personen ausgeschlossen halten. Der Beweis, daß begründete Einwendungen vorliegen, liegt der Partei ob. Nachträgliches Vorbringen von Einwendungen nach erfolgter Genehmigung ist nur unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung wegen Irrtums statthaft. Nr. 5.

6. **Selbsteintritt des Mäklers.** Ein Selbsteintrittsrecht hat im Zweifel der Mäkler nicht (entgegengesetzt dem Kommissionär § 400). Erklärt sich der Mäkler bereit, das Geschäft unter den Bedingungen der Schlußnote als Gegenkontrahent zu übernehmen, so hängt es vom Belieben der Partei ab, ihn zu akzeptieren. Natürlich kann die Partei ihm von vornherein dieses Recht einräumen (vgl. den angrenzenden Fall R.G.Z. XX Nr. 9).[1]) Umgekehrt kann die Partei den Mäkler als Selbstkontrahenten gegen Zahlung ihres Anteiles an der Provision in Anspruch nehmen, falls ihr nicht rechtzeitig ein einwandsfreier Kontrahent bezeichnet wird. Einer diesbezüglichen Erklärung ihrerseits bedarf es nur dann, wenn der Mäkler sie zur Abgabe einer solchen auffordert. Eine Frist für die Aufforderung des Mäklers ist nicht aufgestellt. Sobald sie ihn als Selbstkontrahenten in Anspruch nimmt, muß sie natürlich auch ihrerseits die Vertragspflichten erfüllen. — Die Partei kann aber auch von dem Geschäft ganz absehen. Die Verpflichtung des Mäklers beruht auf dem Gesetz, nicht auf einem durch Zustellung und Annahme der Schlußnote mit der Partei geschlossenen Vertrage. Nr. 6.

7. **Ansprüche auf Schadensersatz.** Ein sonstiger Anspruch der Partei auf Schadensersatz wegen Nichtbesorgung eines Gegenkontrahenten, wie beim falsus procurator (B.G.B. § 179), läßt sich nicht begründen. Das Gesetz hat die Partei darauf verwiesen, den Mäkler als Selbstkontrahenten in Anspruch zu nehmen, verzichtet die Partei darauf, so kann sie nicht Ersatz des ihr durch den negativen Erfolg eintretenden Schadens fordern. Auch läßt sich der Anspruch der Partei auf Inanspruchnahme des Mäklers als Selbstkontrahenten nicht etwa selbst als Schadensersatzanspruch auffassen. Nr. 7.

8. **Analoge Anwendung des § 95?** § 95 ist strikt zu interpretieren. Er bezieht sich nicht auf alle Fälle, in denen der Mäkler den Abschluß ohne Nennung des Dritten mitteilt oder wo er erklärt, der Dritte wolle nicht genannt sein. In Fällen, wo eine Schlußnote nicht ausgestellt wird, kommt es vielmehr auf die Interpretation der Mitteilung an. Je nach Lage des Falles kann der Mäkler nur den Namen vorläufig geheim halten oder es kann der Mäkler gar die Garantie übernehmen, mit einem einwandsfreien Dritten abzuschließen, sei es als direkter Stellvertreter, sei es als Kommissionär. (A. A. Düringer-Hachenburg Anm. 15, 17 und Staub-Bondi § 95 A. 6, ebenso Ritter Anm. 5, Brand Anm. 8, O.L.G. Oldenburg in O.L.G. Rspr. VII S. 151, die die Ausstellung der Schlußnote für gleichgültig erklären, andererseits aber den Fall verschieden behandeln, je nachdem der Mäkler erklärt, er werde den Käufer angeben oder erklärt, der Käufer wolle nicht genannt sein. Nr. 8.

9. **Älteres Recht.** § 95 findet entsprechend der oben entwickelten Auffassung keine Anwendung, wenn diejenige Partei, die die Schlußnote annimmt, mit dem Mäkler vor dem 1. Jan. 1900 den Mäklervertrag geschlossen hat. Nr. 9.

---

[1]) Vgl. aber für die Kursmäkler Reichsbörsengesetz § 32.

§ 96.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Ware die Probe, falls sie ihm übergeben ist, so lange aufzubewahren, bis die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird. Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

Entw. I § 85, II § 94; Denkschr. I S. 76, II S. 3177; A.D.H.G.B. Art. 80.

Nr. 1. 1. Nur für den Fall des Verkaufes nach Probe oder nach Muster (B.GB. § 494) besteht die gesetzliche Pflicht des Mäklers, und nur wenn seine Vermittlertätigkeit sich auf dieses Geschäft richtete, nicht wenn die Parteien den von ihm als reinen Kauf vermittelten Vertrag ohne sein Wissen als Kauf nach Probe vereinbaren, ferner nur, wenn die Probe ihm übergeben ist; dafür, daß sie ihm übergeben wird, hat er nicht Sorge zu tragen. Ist sie an den Käufer behufs teilweiser Erfüllung abgegeben, so ist er von der Aufbewahrungspflicht frei. — Dem Zweck der Bestimmung entspricht es, wenn der Mäkler nicht die ganze Probe, sondern einen so erheblichen Teil aufbewahrt, als zur Wiedererkennung erforderlich ist (Prot. S. 972, 973). — Die Aufbewahrungspflicht dauert bis zur Genehmigung der Ware, sei es durch ausdrückliche Erklärung, vorbehaltlose Annahme (B.G.B § 464) oder Unterlassen der Rüge (§ 377 Abs. 2) oder bis zur sonstigen Erledigung des Geschäftes (Verjährung, Vergleich, nachträgliche Rückgängigmachung). Hinsichtlich des Anspruches der Parteien auf Besichtigung der Probe B.G.B. §§ 809, 811.

Für gehörige Aufbewahrung haftet der Mäkler mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beiden Parteien (§§ 98, 347 Abs. 1). Eine bestimmte Dauer der Aufbewahrung ordnet das Gesetz nicht an, es kommt alles auf den einzelnen Fall an. Ist ohne seine Schuld die Probe verloren, so braucht er die durch die Parteien nachträglich vereinbarte Ersatzprobe im Zweifel nicht aufzubewahren. Die aufbewahrte Probe hat er der Partei, die sie ihm übergeben hat, nach Aufhören der Aufbewahrungspflicht herauszugeben.

Nr. 2. 2. Das ältere Recht (Art. 80) legte nur dem amtlichen Mäkler die Aufbewahrung der Probe auf; tatsächlich wurde vielfach auch für Privathandelsmäkler durch den Handelsgebrauch die gleiche Pflicht statuiert.

§ 97.

Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

Entw. I § 86, II 95; Denkschr. I S. 76, II S. 3177; Komm.Ber. S. 3895; A.D.H.G.B. Art. 67 Abs. 2.

Der dem älteren Recht entsprechende Satz, daß der Handelsmäkler im Zweifel keine Inkassovollmacht hat, weil er eben lediglich Vermittler, nicht Stellvertreter der Partei ist, gilt auch für den Fall der Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe (§ 95). Die Erteilung der Inkassovollmacht erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XIII S. 392), möglicherweise sind hierbei lokale Handelsgebräuche nach § 346 zu berücksichtigen (R.O.H.G. XI Nr. 81, anders Düringer-Hachenburg Anm. 3, Goldmann I S. 452). Vgl. für den Schiffsmäkler Lehmann H.R. § 52.

§ 98.

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden.

Entw. I § 87, II § 96; Denkschr. I S. 76, II S. 3177; A.D.H.G.B. Art. 81.

1. Vorbemerkung. Während der Zivilmäkler in erster Linie die Interessen seines Auftraggebers zu vertreten hat, zu dem er in ein kontraktliches Verhältnis getreten ist, somit dem anderen Teile lediglich ex delicto haftet, steht der Handelsmäkler zu beiden Teilen in einem obligatorischen Verhältnis. Dieses Verhältnis wird gewöhnlich (nicht stets, wie Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 272 annimmt) auf zwei in zeitlicher Reihenfolge geschlossenen Mäklerverträgen gleichen oder verschiedenen Inhalts beruhen (vgl. v. Hahn S. 324f., Puchelt-Förtsch Nr. 4a zu Art. 82), es kann aber der Handelsmäkler einen Auftrag auch nur von der einen Seite haben, während von der anderen Seite ein besonderer Mäkler beauftragt ist (Goldschmidt, System § 39a). Im letzteren Falle haftet er dem Auftraggeber ex contractu, dem andern ex lege. Stets aber ist das Maß seiner Pflichten das gleiche gegenüber beiden Kontrahenten, es sei denn, daß durch besondere Abrede — soweit sich solche in erlaubten Grenzen hält — eine Verschiedenheit der rechtlichen Stellung erzeugt wird, was aber noch nicht darin liegt, daß jeder Teil sich eines besonderen Mäklers zur Wahrnehmung seiner Interessen bedient (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIV S. 348, anders X S. 238, Ritter § 98, § 99 Anm. 4) noch darin, daß er nur von der einen Partei den Mäklerlohn erhalten soll (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIV S. 348), es sei denn, daß er der Gegenpartei gegenüber offen sich als Wahrnehmer der einseitigen Interessen der Partei, also als deren Agent hinstellt (O.L.G. Hamburg a. a. O.). Der Handelsmäkler gilt als Unparteiischer, der keinen auf Kosten des anderen begünstigen darf. Demnach haftet er jeder Partei für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Abs. 1), der Exkulpationsbeweis liegt ihm ob. Nr. 1.

2. Zu seinen **Pflichten** gehört außer den in §§ 94, 96, 100, 101 aufgeführten: Nr. 2.

a) Die Verschwiegenheitspflicht. Er ist zur Verschwiegenheit über die von ihm geführten Verhandlungen Dritten gegenüber gehalten, soweit ihn die Parteien nicht davon entbunden haben oder die Natur des Geschäftes nicht ein anderes mit sich bringt. Der anderen Partei gegenüber darf er und muß er soweit aus der Verschwiegenheit heraustreten, als die unparteiische Berücksichtigung ihrer Interessen es erheischt (Puchelt in Busch XIII S. 414, Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 277f., O.L.G. Dresden im Recht 05 S. 223 Nr. 963, O.L.G. Kolmar ebenda S. 500 Nr. 1929, Goldschmidt a. a. O.).

b) Er hat für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihm mitgeteilten Vorschläge und Antworten einzustehen, desgleichen für die Richtigkeit seiner Angaben über die Person des Gegenkontrahenten (Prot. S. 1521, Behrend S. 417) oder über dessen Eigenschaften, insbesondere dessen Zuverlässigkeit und Kreditwürdigkeit (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. 04 S. 52), für Zusicherungen über die Güte der Ware (R.G. in Seuffert LVI Nr. 73, O.L.G. Hamburg ebenda LXIV Nr. 128, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 1902 Hptbl. S. 9) (dagegen nicht für bloße allgemeine Anpreisungen, Riesenfeld a. a. O. S. 282), für die Richtigkeit seiner Mitteilung vom erfolgten Vertragsabschluß. Auch soweit er als Mäkler Ratschläge erteilt, haftet er für levis culpa (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XX S. 219). Nr. 3.

c) Zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten ist er im Zweifel ebensowenig verbunden wie zur Prüfung der Güte der Ware. (Goldschmidt a. a. O., Riesenfeld a. a. O. S. 280, vgl. Seuffert XXVII Nr. 225, XXIX Nr. 125, weitergehend Reichel S. 231). Dagegen ist er gehalten, die ihm bekannte Tatsache der Kreditunwürdigkeit der einen Partei der anderen mitzuteilen, es sei denn, daß er nach der Sachlage die Überzeugung gewinnt, daß die andere Partei auf die Kreditwürdigkeit kein Gewicht legt (K.G. in Seuffert LVI Nr. 148, R.G. im Recht 1911 Nr. 1924). Das gleiche gilt von ihm bekannten Mängeln des Kaufgegenstandes (R.G.Z. LXIII Nr. 41), dies ergibt sich schon aus § 826 B.G.B. Nr. 4.

d) Er darf nicht eine Partei vor der anderen begünstigen. Als solche Begünstigung erscheint es noch nicht, wenn er auch von der anderen Partei einen Auftrag übernimmt, denn er hat ja auch bei diesem die Interessen beider Parteien wahrzunehmen (R.G. im Recht 09 Nr. 2245), wohl aber, wenn er gegen die ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erkennbare Absicht des Auftraggebers sich eine besondere Provision von der anderen Partei versprechen läßt z. B. für Nr. 5.

Erzielung dieser Partei besonders günstiger Bedingungen (O.L.G. Posen in Seuffert LXIV Nr. 89 = O.L.G. Rspr. XX S. 217, R.O.H.G. VII Nr. 23, IX Nr. 74, R.G.Z. IV Nr. 62, 80, Bolze V Nr. 582, X Nr. 415), ferner, wenn er sich bei einem der Kontrahenten insgeheim beteiligt oder ihm den Gegenstand weiter abnimmt, überhaupt nach B.G.B. § 654,[1]) wenn er einen Auftrag übernimmt, der mit dem ersten Auftrag, den er übernommen hat, notwendig in Kollision gerät (vgl. Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 557, O.L.G. Posen bei Seuffert LVII Nr. 211, O.L.G. Braunschweig im Recht 1910 Nr. 3754). Nicht untersagt ist ihm dagegen, dem Gegenkontrahenten eventuell ein anderes Geschäft mit einem Dritten vorzuschlagen (R.G. in Seuffert LVI Nr. 24, O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. XII S. 85) oder vom Käufer sich eine Provision dafür versprechen zu lassen, daß er für gewinnbringenden Weiterverkauf Sorge tragen werde (R.G. im Recht 09 Nr. 2245).

Nr. 6. c) Er ist im Zweifel nicht gezwungen, den Auftrag persönlich ausführen, § 613 und § 664 B.G.B. greift für ihn nicht Platz; er kann sich vielmehr eines Gehilfen oder Substituten (Zwischenmäkler) bedienen (Bolze V Nr. 579, O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. IV S. 47), mit dem er dann in einem Gesellschaftsverhältnis stehen kann, kraft dessen der Zwischenmäkler Anspruch auf einen Teil der Provision hat, während gegenüber dem Auftraggeber nur der Hauptmäkler in Frage kommt (R.G.Z. XVIII Nr. 34). Die Pflichtwidrigkeit des Gehilfen muß er sich dann anrechnen lassen (entsprechende Anwendung von B.G.B. § 278). Denkbar ist natürlich auch, daß mehrere Mäkler zu gemeinsamer Vermittlung von der Partei betraut werden (O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. VI S. 87).

Nr. 7. f) Er hat die Pflicht, sich nach den Anweisungen des Auftraggebers zu richten, möglichst dessen Vorteil zu erstreben (vgl. R.G. in Seuff. Bl. LXXIII S. 45) z. B. unter mehreren gleichwertigen Gegenkontrahenten den Höchstbietenden zu bevorzugen, den Auftraggeber stets auf dem Laufenden zu erhalten und ihn von der Ausführung des Auftrages sofort zu benachrichtigen (Puchelt-Förtsch zu Art. 81 Nr. 2).

Nr. 8. g) Hat er sich verpflichtet, eine bestimmte Tätigkeit vorzunehmen oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (oben § 93 Nr. 2), so würde schuldhafte Unterlassung der Erfüllung ihn schadensersatzpflichtig machen, doch liegt in der Eingehung des Mäklervertrages die Übernahme solcher Verpflichtung nicht notwendig. Darum braucht er im Zweifel auch nicht zu kündigen.

Nr. 9. 3. Die schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtungen macht ihn schadensersatzpflichtig. Auf Erfüllung kann er, abgesehen von dem Falle des § 95, nur dann von einer Partei in Anspruch genommen werden, wenn er sich dieser für die Erfüllung verbindlich gemacht hat, was ihm freisteht, oder wenn er sich ihr gegenüber als Bevollmächtigter der anderen Partei geriert hat (R.O.H.G. IV Nr. 86, B.G.B. § 179). Er haftet für allen Schaden, der die Folge seiner Verschuldung ist. Wird also durch seine Schuld die Ausführung des von ihm vermittelten Vertrages vereitelt, so hat er nicht das positive Erfüllungsinteresse der Partei zu ersetzen, sondern nur den früheren Zustand wiederherzustellen, der ohne seine Tätigkeit bestanden hätte (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXII S. 320), ebenso haftet er, wenn er die Partei schuldhaft in den Glauben gesetzt, der Vertrag sei überhaupt oder mit einem bestimmten Inhalt zustande gekommen, dieser auf das negative Vertragsinteresse (Bolze III Nr. 637, R.G. in Z. XXXIV S. 575f.). Er haftet primär, kann also nicht vorherige Ausklagung des Gegenkontrahenten verlangen.

Nr. 10. 4. Das ältere Recht stellt den Satz des § 98 nur für amtliche Mäkler auf. Ob er für Privathandelsmäkler galt, war streitig.

§ 99.

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

---

[1]) „Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen

Entw. I § 88, II § 97; Denkschr. I S. 76, 77, II S. 3177; Komm.Ber. S. 3895; A.D.H.G.B. Art. 83.

1. **Höhe der Provision.** Der gesetzliche (nicht stillschweigend vereinbarte) Anspruch des Handelsmäklers auf den Mäklerlohn ergibt sich als unmittelbare Folge des § 354 Abs. 1. Die Heranziehung von B.G.B. § 653 Abs. 1 ist unzulässig. Über die Höhe entscheidet in Gemäßheit von B.G.B. § 653 Abs. 2 mangels entgegenstehender Vereinbarung die Taxe event. Ortsüblichkeit, in letzter Linie wird B.G.B. §§ 315, 316 anzuwenden sein (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 439). Landesrechtliche Höchsttaxen sind nicht mehr zulässig (R.G.Z. LXVIII Nr. 52). Bei Vereinbarung eines unverhältnismäßig hohen Mäklerlohnes soll, falls es sich um die Vermittelung eines Dienstvertrages handelt, das richterliche Ermäßigungsrecht des B.G.B. § 655[1]) zur Anwendung kommen, eine Bestimmung, die für Handelsmäkler freilich kaum praktisch ist (vgl. § 1 Nr. 67). Regelmäßig wird der Betrag des Mäklerlohnes mit einem Prozentsatz vom vereinbarten Preis (und zwar wirklichen, nicht simulierten Preis, Seuffert XXXI Nr. 201) berechnet. Diesenfalls kann eine nach Abschluß des Vertrages eintretende Erhöhung oder Erniedrigung des Preises nicht weiter in Betracht kommen (Gareis-Fuchsberger S. 190). Hat deshalb der Auftraggeber zu einem bestimmten Preise Gegenstände in Zahlung genommen, so kann er sich nicht darauf berufen, daß der Wert der Gegenstände geringer sei (R.G. im Recht 08 Nr. 3779). Nr. 1.

2. **Zahlung der Provision.** Der Anspruch steht dem Handelsmäkler (im Gegensatz zum Zivilmäkler, B.G.B. § 652) im Zweifel, d. h. in Ermangelung von Parteivereinbarungen, denen er, wenn sie gegen ihn wirken sollen, beigetreten sein muß (Puchelt bei Busch XIII S. 429) und eines abweichenden Ortsgebrauches (vgl. z. B. Riesenfeld I Nr. 145, 146, II Nr. 44, Apt II S. 212) gegen jede Partei in Höhe der Hälfte zu. Und zwar hat er den Anspruch direkt gegen die betr. Partei, auch wenn sie nicht der Auftraggeber, sondern der Aufgesuchte ist (Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 549). Stehen auf einer Seite, z. B. als Käufer, mehrere, so haften sie für den auf ihre Seite fallenden Teil im Zweifel als Gesamtschuldner (B.G.B. § 427). Fällt der Mäkler bei einer Partei aus, so kann er im Zweifel nicht die andere Partei für den Ausfall in Anspruch nehmen (a. A. Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 548). Möglich ist auch, daß der Mäkler doppelte Provision verlangen kann, dann nämlich, wenn er zwei Aufträge (zum Ein- und zum Verkauf) kombiniert durch Zuführung eines Vertragsgegners für beide Geschäfte. Nr. 2.

3. **Aufwendungen.** Nur auf Provision hat der Handelsmäkler im Zweifel Anspruch. Aufwendungen sind ihm nicht zu ersetzen (B.G.B. § 652 Abs. 2), auch wenn sie ungewöhnlicher Natur sind, auch wenn der Auftrag zurückgezogen wird O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 48). Auch für Aufbewahrung der Probe und Erteilung eines Buchauszugs (§§ 96, 101) hat er keine besondere Vergütung zu beanspruchen. Ist auch Auslagenersatz vereinbart, so ist im Zweifel auch für diese anzunehmen, daß Voraussetzung das Zustandekommen des Vertrages sei (O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XIV S. 29). Nr. 3.

4. **Voraussetzungen des Anspruches auf Mäklerlohn.** Hierüber entscheidet grundsätzlich das bürgerliche Recht (vgl. jedoch oben bei § 93 Nr. 1). Indem im allgemeinen auf dieses zu verweisen ist (vgl. Motive z. Entw. I des B.G.B., II S. 512 bis 516 sowie die ausführliche Darstellung bei Reichel Mäklerprovision, Riesenfeld in Gruchot XXXVII S. 530ff. und Staub-Bondi Exkurs vor § 93) sind hier nur folgende wichtige Punkte hervorzuheben: Nr. 4.

a) Nur wenn der Vertrag zustande kommt, hat der Mäkler Anspruch auf Provision (B.G.B. § 622 Abs. 1). Es genügt also nicht, daß der Gegner eine

ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist."

[1]) „Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

für ihn verbindliche, den Bedingungen des Auftraggebers entsprechende Vertragsofferte gemacht hat (Reichel S. 5 ff.), ebensowenig, daß Punktationen aufgezeichnet sind sind (Reichel S. 15). Hatte die Partei als Bedingung gesetzt, daß der Vertrag innerhalb einer bestimmten Frist zustande komme, so gewährt der Abschluß des Vertrages nach Ablauf der Frist keinen Anspruch auf Provision, es sei denn, daß die Beschränkung nachher fallen gelassen wird, was häufig der Fall sein wird. Für seine bloßen Bemühungen kann er im Zweifel keine Provision beanspruchen, doch kann ihm der Vertrag eine solche zusichern (O.L.G. Kiel im Recht 06 S. 935 Nr. 2222, O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XIV S. 29). Auch hier wird indessen zu erwägen sein, ob der Vertrag nicht einen unsittlichen Charakter trägt, z. B. indem dem Mäkler eine Pauschalsumme für Bemühungen und Unkosten, auch ohne daß die Tätigkeit von ihm zu beweisen ist, ausgeworfen wird. Jedenfalls ist der Partei der Nachweis der Untätigkeit des Mäklers offen zu lassen (Reichel S. 223 ff.). Handelt es sich nur um ein Entgelt für frühere oder zukünftige Bemühungen, ohne daß das Zustandekommen des Vertrages überhaupt in Erwägung gezogen wird, so liegt gar keine Mäklervertrag vor (vgl. solchen Fall in J.W. 1911 S. 94[16]). Ob die Partei den Abschluß aus begründeter Ursache oder willkürlich verweigert, ist dabei unerheblich, denn durch die Erteilung des Auftrages bindet sich die Partei im Zweifel nicht zum Geschäftsabschluß (Bolze I Nr. 972, Nr. 921, XX Nr. 408, R.G.Z. XLVII S. 255, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII S. 88, Reichel S. 6 ff.). Dies ist auch dann nicht notwendig der Fall, wenn sie dem Mäkler das Geschäft, insbes. den Verkauf zu „alleiniger" Besorgung sei es für eine bestimmte Zeit, sei es ohne Angabe einer bestimmten Zeitgrenze, gegeben hat. Vielmehr ist nach den konkreten Umständen, wenn der Auftraggeber ein Kaufmann ist, unter Berücksichtigung der Handelsgebräuche, (§ 346) der Wille des Vertragsschließenden zu eruieren (R.G.Z. XXII Nr. 73). Im Zweifel ist entsprechend der Natur des Mäklervertrages daraus nur die Verpflichtung der Partei zu entnehmen, innerhalb der festbestimmten oder verkehrsüblichen Frist weder durch einen anderen Mäkler noch selbst das Geschäft abzuschließen bei Vermeidung der Verwirkung der Provision an den Mäkler, falls dieser schon wesentliche Bemühungen aufgewendet hat (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 317, Reichel S. 207 ff.) In der Klausel „fest zu Handen" liegt im Zweifel nur ein Widerrufsverzicht, Verzicht auf Selbstabschluß noch nicht (R.G.Z. XXVI S. 361, Reichel S. 206 ff., Z. VIII S. 179, O.L.G. Naumburg in Seuffert LXI Nr. 200, R.G. im Recht 05 S. 500 Nr. 1928), während im übrigen sich die Partei die freie Entschließung über den Abschluß vorbehält und eine Abschlußvollmacht darin nicht liegt (O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XVIII S. 16). (Anders bei Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe, oben § 95). Doch kann der Vertrag auch dahin gehen, daß schon die willkürliche Verweigerung des Vertragsschlusses zur Zahlung der Provision verpflichte. Zu beachten ist aber, daß ein Vertrag, der dem Mäkler keine Verpflichtungen auferlegt und andererseits die Partei in ihrer Freiheit allzu sehr bindet, unter das Wuchergesetz fallen kann (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 318, O.L.G. Stuttgart ebenda S. 140), weiter, daß der Partei stets das Kündigungsrecht ex justa causa bleiben muß (oben § 93 Nr. 2). Erteilt die Partei dem Mäkler den Auftrag, indem sie sich von vornherein klar ist, nicht abschließen zu wollen, so hat der Mäkler Schadensersatzanspruch aus B.G.B. § 826. Dasselbe wird man annehmen müssen, wenn sie (nicht der Mäkler) weiß, daß der abzuschließende Vertrag nichtig ist (Reichel S. 31). — Der Zeitpunkt des Abschlusses ist an sich gleichgültig, doch wird gerade im Handel bei längerem passiven Verhalten des Mäklers meist stillschweigende Auflösung des Vertrages anzunehmen sein (Reichel S. 23 ff.). Und wenn aus der Beredung oder aus dem Zweck des Mäklervertrages deutlich hervorgeht, daß Abschluß binnen bestimmter Zeit erfolgen sollte, so ist natürlich späterer Abschluß ohne Bedeutung für den Provisionsanspruch.

Nr. 5. b) Der Vertrag muß rechtswirksam zustande gekommen sein (Motive z. Entw. I d. B.G.B. II S. 513), also bei der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürftigen Verträgen erst mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. IV S. 240). Wieweit aus dem Vertrage eine Zugriffsmöglichkeit gegen den Kontrahenten gegeben ist (Ehefrau, Kridar), ist dagegen gleichgültig. Ist der Vertrag nichtig, so besteht kein Anspruch auf Provision (R.G.Z. XXV S. 320, XXIX S. 232, vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. IV S. 238), auch nicht, wenn die Rückforderung des Geleisteten aus § 814 B.G.B. versagt ist

(anders Reichel S. 29); anders wenn er gültig ist, die Parteien ihn aber für ungültig halten. Ist nur eine unvollkommene Verbindlichkeit (B.G.B. § 764, Börs.G. § 55 ff.) erzeugt, so wird jedenfalls mit der Leistung ein Provisionsanspruch erwachsen. Ist der Vertrag[1]) unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so hat er in Ermangelung anderer Beredung den Anspruch erst mit Eintritt der Bedingung (B.G.B. § 652 Abs. 1, wobei aber B.G.B. § 162 zu beachten ist, dazu Reichel S. 40 ff.) Reichel S. 39 nimmt an, daß wenn die Parteien bis zum Eintritt der Bedingung neue Bedingungen zufügen oder den Vertrag aufheben oder von einem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, die Mäklerprovision davon in Mitleidenschaft gezogen wird. Dies erscheint bedenklich. Anders wenn der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen war. Hier tritt die Wirkung des Vertrages sofort ein (Bolze VIII Nr. 428). Tritt nachträglich die auflösende Bedingung ein, bevor die Provision gezahlt ist, so fällt freilich der Anspruch fort (B.G.B. § 158 Abs. 2, vgl. aber auch B.G.B. § 162). Ist die Provision bereits gezahlt, so ist sie nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten (B.G.B. § 812, O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XIV S. 28, a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 3). Doch kann der Sinn des Vertrages der sein, daß dem Mäkler die Provision schlechthin mit dem Zustandekommen des rechtlich wirksamen Vertrages zustehen solle (Bolze VII Nr. 503, XIX Nr. 461). Hierfür nimmt Reichel S. 54 eine Vermutung an. Bei rein potestativen Resolutivbedingungen wird dies zuzugeben sein, ebenso bei solchen, die nur eine Form des Rücktritts wegen verschuldeter Nichterfüllung darstellen. Der auflösenden Bedingung stehen nicht gleich vertragsmäßig vorbehaltene Rücktrittsrechte (B.G.B. § 346 u. dazu Motive z. Entw. I Bd. II S. 281 R.G. in J.W. 06 S. 134[5], im Recht 09 Nr. 3054). Vielmehr bleibt diesenfalls dem Mäkler die Provision (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 320, doch ist die Frage sehr bestritten, a. A. vor allem Rospatt bei Gruchot XLV S. 552 ff.). Bei festbetagten Verträgen ist im Zweifel die Provision sofort verdient (Reichel S. 46 ff.). Ist der Vertrag anfechtbar, so besteht der Anspruch so lange, als die Anfechtung nicht erfolgt (B.G.B. § 142), doch wird dem Anfechtungsberechtigten, so lange die Anfechtungsfrist läuft, eine aufschiebende Einrede zu gewähren sein. (Reichel S. 27). Nach erfolgter Anfechtung gilt das gleiche, wie bei Eintritt der Resolutivbedingung, d. h. der Anspruch des Mäklers auf die Provision ist fortgefallen. Der Mäkler soll nach dem R.G. auch nicht etwa darauf sich stützen können, daß dem Teil, der durch sein schuldhaftes Verhalten, z. B. seinen Betrug, die Anfechtung herbeigeführt hat, versagt sei, ihm die Provision zu verweigern (so O.L.G. Hamburg in Seuffert LXII Nr. 251 = O.L.G. Rspr. XVIII S. 16, Reichel in D.J.Z. 1912 S. 446 und Mäklerprovision S. 37), denn der Vorsatz der Partei wäre nicht darauf gerichtet, dem Mäkler um seinen Lohn zu bringen, der Vertrag wäre, falls der dolus nicht stattgefunden hätte, gar nicht zustande gekommen (R.G.Z. LXXVI Nr. 88). Indessen wird man bei Ursächlichkeit des Betruges für die Mäklertätigkeit (vgl. Bondi in L.Z. 1914 S. 1010 ff.) dem Mäkler einen Schadensersatzanspruch zubilligen müssen. — Ist durch Bestätigung der anfechtbare Vertrag unanfechtbar geworden, so besteht Provisionsanspruch. — Welcher Vertrag als der von den Parteien gemeinte zu gelten hat, ob der endgültige Vertrag oder der klagbare Vorvertrag (pactum de cedendo u. dgl.) wird sich nicht immer mit Sicherheit entscheiden lassen, so daß dem Mäkler der Beweis obliegen würde (R.G. im Recht 07 S. 828 Nr. 816). Beim Darlehn ist richtiger Ansicht nach im Zweifel der Realvertrag des wirklichen Darlehns, nicht das pactum de mutuo dando als der Vertrag, für dessen Vermittelung die Provision zu zahlen ist, anzusehen, zumal eine feste Bindung durch den Vorvertrag für den Darlehnsgeber hier noch nicht erzielt wird (B.G.B. § 610, vgl. R.G.Z. XXXIX S. 231, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 387, anders Düringer-Hachenburg Anm. 5, Reichel S. 17 ff., der den Vorvertrag überhaupt verwirft). Doch können Handelsgebräuche ein anderes bestimmen (Jacusiel S. 82, vgl. R.G. im Recht 08 Nr. 2920.

c) Der Vertrag muß infolge der Vermittelung des Mäklers zustande gekommen sein. Es muß zwischen der auf den Abschluß abzielenden (R.G. in L.Z. 1911 S. 294) vermittelnden Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluß ein ursächlicher Nr. 6.

[1]) D. h. der verpflichtende Vertrag. Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt (B.G.B. § 455), ist unbedingter Vertrag (irrig Reichel S. 43, 44).

Zusammenhang bestehen (R.G.Z. VI S. 187, 188, Motive z. Entw. I d. B.G.B. II S. 511). Die bloße Verursachung, wenn sie nicht auf das Verdienst des Mäklers zurückführt, genügt nicht. Dies hebt richtig Reichel S. 126 ff. hervor („Zurechnungstheorie" gegenüber „Kausalitätstheorie"). Hierfür besteht keine Vermutung. Der Mäkler, der sich darauf beruft, muß dies beweisen, doch kann durch den Vertrag die Beweislast umgedreht werden (O.L.G. Kiel im Recht 06 S. 935 Nr. 2222) Auch pflegt die Praxis den Beweis als geführt anzusehen, wenn die vom Mäkler entfalteten Tätigkeiten solche waren, die unter normalen Umständen den Erfolg herbeiführten (Reichel S. 175 ff.). Ist eine Provision für die bloße Tatsache des Vertragsabschlusses ohne die Kausalität der Vermittlung versprochen, so liegt kein Maklervertrag, möglicherweise aber eine bedingte Schenkung vor (Jacusiel S. 19). Regelmäßig wird vorausgesetzt, daß der Handelsmäkler bei dem Vertragsschlusse hinzugezogen war, denn nur so erklärt sich seine Verpflichtung zur Zustellung von Schlußnoten und zur Führung des Tagebuches, doch ist diese unmittelbare Mitwirkung nicht geradezu begriffliches Erfordernis und die Parteien können den Mäkler nicht seines Anspruches dadurch berauben, daß sie von einer Hinzuziehung zum Abschlusse absehen. Vielmehr ist Grundlage seines Anspruches, daß infolge seiner zweckgerechten vermittelnden Tätigkeit der Vertrag zustande gekommen ist, auch wenn diese sich auf die bloße Zuführung des zum Vertragsabschluß bereiten Gegenkontrahenten beschränkt hat (O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 232, Seuffert XXX Nr. 102, LII Nr. 13), auch wenn noch andere Umstände z. B. die Tätigkeit eines zweiten Mäklers, mitgewirkt haben (Bolze XVIII Nr. 386, XIX Nr. 456, O.L.G. Braunschweig in L.Z. 08 S. 243, Apt II S. 14, Reichel S. 158 ff.). Fehlt es bei der Zuführung dagegen an der Möglichkeit der Zurückführung des Erfolges auf die verdienstliche Tätigkeit des Mäklers, sei es, weil der Zugeführte ohnehin dem Auftraggeber als zum Abschlusse derartiger Geschäfte unter den vorliegenden Bedingungen geeignete Person bekannt ist, (R.G. im Recht 07 S. 377 Nr. 744 vgl. O.L.G. Posen in Seuffert LX S. 195) sei es, weil die durch den Mäkler angebahnten Verhandlungen wieder abgebrochen und nachher von den Parteien unter ganz veränderten Verhältnissen aufgenommen werden (R.G.Z. VI Nr. 51, 52), sei es, weil ein von der Partei zugleich beauftragter anderer Mäkler durch seine Tätigkeit den Abschluß erzielt hat oder weil, ganz unabhängig von der Maklertätigkeit, ein dritter Kontrahent sich eingefunden hat, z. B. weil die Verkaufsabsicht des Auftraggebers allgemein bekannt geworden ist (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XII S. 86, K.G. ebenda XVIII S. 17 vgl. R.G. im Recht 06 S. 1259 Nr. 3022 und im einzelnen Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 537 ff., Reichel S. 129 ff., 164 ff. und Neubauer im Archiv f. bürgerl. Recht VI S. 13), so besteht in Ermangelung besonderer Vereinbarung ein Anspruch auf Provision nicht. Der Umstand, daß der Vertrag mit anderem Inhalt zustande kommt, als ursprünglich in Aussicht genommen war, beraubt den Mäkler der Provision noch nicht ohne weiteres, denn in den meisten Fällen wird ein Abgehen von den anfänglichen Bedingungen zumal mit Bezug auf den Preis auf beiden Seiten stattfinden. Handelt es sich vielmehr um Einzelabänderungeu bei wesentlicher wirtschaftlicher Zweckgleichheit, so bleibt der ursprüngliche Provisionsanspruch intakt (Riesenfeld bei Gruchot XXXVII S. 542, Reichel S. 92 ff., Bolze IX Nr. 324, XIV Nr. 363, XVI Nr. 357). Ja dies kann sogar der Fall sein, wenn an Stelle des in Aussicht genommenen Vertragstypus ein anderer tritt (Kauf-Tausch, Dienst-Werkvertrag vgl. O.L.G. Rostock in Meckl. Z. f. Rpfl. XXVII S. 102, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. VIII S. 76, Reichel S. 107) oder an Stelle des in Aussicht genommenen Kontrahenten ein anderer tritt (R.G. in L.Z. 1911 S. 547). Doch müssen hierfür schon besondere Umstände sprechen (vgl. O.L.G. Hamburg in Seuffert LXI S. 96, K.G. in O.L.G. Rspr. XVIII S. 17, Reichel S. 104). Handelt es sich um eine völlige Umgestaltung des Vertrages, so hat an Stelle der ursprünglich zugesicherten eine andere, den Umständen nach angemessene Provision zu treten (dies folgt schon aus § 354, Beispiele bei Bolze III Nr. 641: $^2/_3$ der Provision statt der vollen, weil unter den drei Käufern der Mäkler Mitkäufer war und er die beiden zugeführt hatte, vgl. Bolze XVIII Nr. 393) vorausgesetzt, daß entweder der wirtschaftliche Zweck, den der Auftraggeber im Auge hatte, eine teilweise Befriedigung auch durch den umgeänderten Vertrag findet oder daß die Partei die weitere Vermittlertätigkeit trotz der veränderten Sachlage geduldet hat (Reichel S. 97 ff., 110 ff.). Doch können möglicherweise die Parteien die Provision auch nur für den

Fall, daß der Vertrag mit bestimmtem Inhalt zustande kommt, z. B. ein bestimmter Preis erzielt wird, zugesichert haben (O.L.G. Braunschweig in Z. XXXVIII S. 233), da sie bei dem erzielten geringeren Preis auch ohne Mäkler zum gleichen Resultat gelangt wären und die Mäklerprovision erspart hätten (Reichel S. 114ff.). Indessen wird auch hier auf ganz unerhebliche Abweichung nicht zu achten und auch bei erheblicheren Abweichungen der Teil der Provision zu entrichten sein, um den nach Maßgabe des Auftrages die Parteien sich sonst bereichern würden (Reichel S. 119). Das Verhalten der Parteien nach eingetretener Veränderung der Sachlage wird in dieser Hinsicht einen Fingerzeig geben (vgl. O.L.G. Hamburg in Seuffert LXI Nr. 54). Nicht erstreckt sich der Provisionsanspruch auf ein an den vermittelten Vertrag sich anschließendes und wirtschaftlich mit ihm in Verbindung stehendes neues Geschäft, z. B. einen Prolongationsvertrag bei Börsengeschäften (K.G. in B.A. V S. 86), doch kann der Mäkler sich auch dies vorher ausbedungen haben.

d) Es muß den Parteien vor dem formellen Abschluß des Vertrages bewußt sein, daß der Vertrag unter Mitwirkung des Mäklers oder dessen Substituten zustande kam, sofern und soweit für ihre Entschließungen die gerade beim Handelsmäkler wegen § 99 in Frage kommende Möglichkeit einer Verpflichtung zur Zahlung der Provision von Bedeutung sein konnte (R.G.Z. XXXI Nr. 65 und die dort Zitierten, XLVII Nr. 62, LXVIII S. 202, O.L.G. Marienwerder in Seuffert LVII Nr. 6, O.L.G. Stettin in O.L.G. Rspr. XII S. 85, O.L.G. Bamberg ebenda S. 85, O.L.G. Colmar ebenda IX S. 7, O.L.G. Colmar bei Kaufmann XII S. 62, O.L.G. Hamburg im Recht 1910 Nr. 3753). Hierzu Reichel S. 193ff. Ein Bewußtsein, daß die Mitwirkung wirklich kausal war, ist dagegen nicht nötig (R.G.Z. LXXXIII Nr. 7). Woher sie die Kenntnis haben, ist gleichgültig. Eine Verpflichtung, sich diese Kenntnis zu verschaffen, haben die Parteien nicht. Hat nur eine Partei die Kenntnis, so kann der Mäkler wenigstens den auf sie entfallenden Teil der Provision einfordern. Den Erben ist die Kenntnis des Erblassers anzurechnen (R.G.Z. XLVII Nr. 62). Gegen die Partei, die der anderen verschwieg, daß in Wahrheit das Geschäft durch den Mäkler zustande gekommen sei, hat der Mäkler aus § 826 B.G.B. Anspruch auf Schadensersatz (O.L.G. Dresden in Seuffert LXII Nr. 159). Nr. 7.

e) Der Mäkler muß den ihm obliegenden Verpflichtungen nachgekommen sein (vgl. bei §§ 94 u. 98). § 654 B.G.B. versagt ihm den Provisionsanspruch, wenn er dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig geworden ist. Die Praxis dehnt dies auf sonstige Pflichtverletzungen aus. Vgl. R.G. in Seuffert LVI Nr. 73, K.G. ebenda Nr. 148, O.L.G. Posen ebenda LVII Nr. 211, R.G. in L.Z. 1910 S. 292, K.G. in O.L.G. Rspr. XX S. 217; jedenfalls würde ein Schadenersatzanspruch bestehen O.L.G. Hamburg in Seuffert LXIX Nr. 128). Reichel S. 133ff. gelangt von seiner „Verdienstlichkeitstheorie" aus folgerecht zu dem Satz, daß trotz Herbeiführung des Vertrages dem Mäkler die Provision dann zu versagen ist, wenn der Mangel der Erreichung des Vertragszweckes durch schuldhafte Verletzung der Mäklerpflichten verursacht ist. Vgl. Reichel S. 229ff. Nr. 7a.

f) Ausführung des Vertrages ist im Zweifel nicht erforderlich, gleichgültig auch, ob eine Partei nachträglich wegen Nichterfüllung des anderen Teiles zurücktritt (Seuffert XXXX Nr. 26) oder Wandlung herbeiführt, oder ob beide Teile nachträglich den Vertrag wieder rückgängig machen (R.G.Z. XXV S. 319, O.L.G. Rostock in O.L.G. Rspr. I S. 402, O.L.G. Hamburg ebenda XX S. 216). Alles dieses unbeschadet des im § 98 aufgestellten Grundsatzes, daß der Mäkler für sein Verschulden beiden Parteien aufzukommen hat (Bolze XVII Nr. 380) und unter der Einschränkung, daß wo die Wandlung oder Aufhebung an die Stelle der Anfechtung wegen Irrtums oder Betruges tritt, das von der Anfechtung Gesagte Platz greift (Reichel S. 68, 86). Doch kann der Mäklervertrag von der gänzlichen oder teilweisen Ausführung („Zahlung bei Lieferung") die Entstehung des Provisionsanspruches abhängig machen (so für Zivilmäkler bei Hypothekenerwerb allgemein vgl. Staub-Bondi Exkurs vor § 93 Anm. 22, vgl. O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. XXII S. 320). Diesenfalls dauert der unter normalen Umständen bis zum Vertragsschluß bestehende Zustand freier Entschließung bis zur Erfüllung an. Die Parteien können somit nachträglich den Vertrag rückgängig machen, ohne auf den Mäkler Rücksicht zu nehmen, vielleicht lediglich um die ihnen lästige Provision zu ersparen. Anders, wenn die Parteien nur die Nr. 8.

Fälligkeit der Provision von der Ausführung abhängig machen, hier wird das beim Agenten in § 88 Nr. 3 Bemerkte entsprechend anzuwenden sein (Apt I S. 371, 299, 235, II S. 215). — Ebensowenig ist im Zweifel erforderlich, daß der von den Parteien erstrebte Zweck des Vertrages erreicht wird (Reichel S. 77ff.).

Nr. 9. g) Haben die Parteien dem Mäkler arglistig gekündigt, um die Provision sich zu ersparen, und schließen sie nachträglich den vom Mäkler ausreichend vorbereiteten Vertrag ab, so hat der Mäkler zwar nicht aus B.G.B. § 324 (Reichel S. 8ff.), wohl aber aus B.G.B. § 162 Abs. 1 Anspruch auf die Provision (Reichel S. 8, Motive z. Entw. I des B.G.B. II S. 513, R.O.H.G. XI Nr. 66, R.G. in L.Z. 1911 S. 217). Ja man wird ihm den Anspruch auf die Provision auch dann geben müssen, wenn ohne dolus der Auftrag widerrufen wurde und das von den Parteien dann geschlossene Geschäft in Wahrheit auf seine Vermittlertätigkeit zurückzuführen ist (Jacusiel S. 51, Reichel S. 161, 204, 218), es sei denn, daß der Mäkler in der Durchführung der Vermittlung säumig war und daraufhin der Widerruf erfolgte (Düringer-Hachenburg I S. 528 Anm. 12).

Hat der Auftraggeber dem Mäkler den Auftrag zur Alleinbesorgung (vgl. oben Nr. 4) erteilt und schließt er diesem Auftrag zuwider direkt mit einem Dritten ab, so hat er dem Mäkler den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, d. h. die Provision zu zahlen, vorausgesetzt, daß nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß der Mäkler zu einem Abschluß gekommen wäre (vgl. R.G. in Gruchot XLIX S. 619ff., O.L.G. Naumburg in Seuffert LXI Nr. 200, R.G.Z. LXXVI Nr. 90).

h) Verjährung: vgl. B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 201; K.O. § 61[1] bezieht sich auf den Mäkler nicht.

Nr. 10. i) Der als Selbstkontrahent auftretende Mäkler hat Anspruch auf die halbe Provision (Düringer-Hachenburg § 95 Anm. 12, Reichel S. 105).

Nr. 11. k) Wie steht es, wenn mehrere Handelsmäkler mit der Vermittlung vom selben Auftraggeber betraut werden? Führt das Zustandekommen des Vertrages nachweislich nur auf die Tätigkeit eines Mäklers zurück, so gehen natürlich die übrigen leer aus. Wie aber, wenn sich ergibt, daß ein jeder an dem Erfolg mitgewirkt hat, ohne daß sich feststellen läßt, wessen Tätigkeit die ausschlaggebende war? War den mehreren Mäkler der Auftrag in dem Sinne erteilt worden, daß die Provision nur einmal gezahlt werden soll, so ist die Lösung einfach. Sollte dagegen jeder den Auftrag unabhängig erteilt erhalten, so wird es darauf ankommen, ob jeder der mehreren Mäkler unabhängig von den anderen die zum Erfolge führende Tätigkeit entfaltete oder ob sie sich miteinander in Verbindung setzten und gemeinsame Sache aus der Vermittlung machten. Ersterenfalls wird jedem die ganze Provision, letzterenfalls ihnen zusammen nur einmal die Provision zu bezahlen sein (hierfür auch Dove-Meyerstein Nr. 148). Doch gehen die Ansichten hierüber sehr auseinander (vgl. Reichel S. 178ff.). Hatte jeder der beiden Kontrahenten selbständig einen Mäkler beauftragt, so wird es, falls beide an dem Erfolge mitwirkten, der Sachlage am ehesten entsprechen, wenn jeder seinem Mäkler die ihm zugesicherte Provision entrichtet. — Nimmt der Mäkler sich einen Untermäkler, so geht die Partei der Untermäkler so lange nichts an, als sie ihm nicht selbständige Zusicherungen macht, der Untermäkler steht lediglich in interner Beziehung zu seinem Hauptmäkler (hierzu O.L.G. München und K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 324, 325, Apt II S. 211, III S. 61—63).

Nr. 12. 5. Das ältere Recht sprach den Satz nur für amtliche Handelsmäkler aus, und es war strittig, ob er für Privatmäkler galt, ob diese vielmehr nicht mangels besonderer Abreden mit der Gegenpartei auf den Anspruch gegen ihren Auftraggeber beschränkt waren.

§ 100.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken; sie haben die im § 94 Abs. 1

bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist von dem Handelsmäkler täglich zu unterzeichnen.

Die Vorschriften der §§ 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auf das Tagebuch des Handelsmäkler Anwendung.

Entw. I § 89, II § 98; Denkschr. I S. 77, II S. 3178; A.D.H.G.B. Art. 71, 72, 75, 76.

1. **Absatz 1.** Als Vollkaufmann ist der Handelsmäkler zur Buchführung nach § 38ff. verpflichtet. Aber die Vorschrift des § 100 betrifft nicht ein Handelsbuch im Sinne des § 38, weil es sich hier nicht um ein Handelsgeschäft des Mäklers, sondern um ein solches der Parteien handelt, und weil mit der Lage des Vermögens des Mäklers das Tagebuch überhaupt nichts zu tun hat. Sie betrifft jeden Handelsmäkler, auch bei kleinem Betriebe. Nur der Krämermäkler ist ausgenommen. Die Pflicht lastet auf dem Handelsmäkler kraft öffentlichen Rechts, die Parteien können ihn nicht davon entbinden. Sie haben aber auch keinen Anspruch auf Eintragung. — Nur zur Führung des Tagebuches hält § 100 den Handelsmäkler an, während das alte Recht (Art. 71) noch eines Handbuches gedachte. — Einzutragen ist nur der Abschluß des Geschäfts, nicht dagegen spätere Abänderungen oder Rückgängigmachungen. Die Eintragung des einzelnen Geschäfts hat am Tage des Abschlusses zu erfolgen, erfährt der Handelsmäkler von dem Abschlusse erst später, z. B. wenn er nicht hinzugezogen, sondern nur benachrichtigt wurde, so hat sie am Tage, wo er die Nachricht erhält, zu geschehen. Von den am selben Tage abgeschlossenen mehreren Geschäften ist das zeitig frühere voran einzutragen. — Die Unterzeichnung braucht nur für sämtliche Intabulata eines Tages gemeinsam zu erfolgen. Sie hat von dem Handelsmäkler persönlich zu erfolgen. Nr. 1.

2. **Absatz 2.** Die besonderen Vorschriften des älteren Rechts, wonach die Zahl der Tagebuchblätter durch die vorgesetzte Behörde zu beglaubigen und bei Tod oder Ausscheiden des Handelsmäklers aus dem Amt sein Tagebuch bei der Behörde niederzulegen war, sind beseitigt (vgl. jedoch für die Kursmäkler Börsengesetz § 33). Hinsichtlich der Sprache ist nicht mehr wie im alten Recht die deutsche Sprache oder die Geschäftssprache des betreffenden Ortes erforderlich, sondern es genügt eine lebende Sprache. Nr. 2.

3. Nach **älterem** Recht lag die Verpflichtung zur Führung eines Tagebuches nur dem amtlichen Handelsmäkler auf. Die Verpflichtungen aus § 100 begannen erst mit dem 1. Jan. 1900 und beziehen sich auch nur auf Geschäfte, die von da abgeschlossen werden. Dies aber auch dann, wenn der Auftrag vor dem 1. Jan. 1900 erteilt war. Nr. 3.

§ 101.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.

Entw. I § 90, II § 99; Denkschr. I S. 77, II S. 3178; A. D. H.G.B. Art. 74.

Nur den Parteien, nicht dritten gegenüber besteht die Verpflichtung. — Die Auszüge haben das gesamte Intabulat, nicht bloß den in § 94 Abs. 1 geforderten Inhalt der Schlußnote wiederzugeben. — Der Auszug muß von ihm unterzeichnet sein, zur Besorgung einer Beglaubigung der Unterschrift (älteres Recht) ist er nicht verpflichtet, die Kosten einer solchen hätte die Partei zu tragen. Den Erben wird man die Unterzeichnungspflicht erlassen müssen (Staub-Bondi Anm. 1, a. A. Ritter).

§ 102.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Entw. I § 92, II § 100; Denkschr. I S. 77, 78, II S. 3178; A. D. H.G.B. Art. 79.

Lediglich zum Zwecke der Vergleichung hat der Richter dieses besondere, über Z.P.O. § 142 hinausgehende Anordnungsrecht, nicht, um „ein neues und selbständiges Beweismittel in den Prozeß einzuführen" (Denkschr. II S. 3178), und nur im Laufe eines Rechtsstreites, sei es zwischen den Parteien, sei es zwischen einer Partei und dem Mäkler.

Erzwungen werden kann die Vorlegung, wenn der Mäkler nicht Partei ist, nur durch Klage (Z.P.O. §§ 429—431), beim Kursmäkler durch Requisition um Mitteilung (Z.P.O. § 432). Ist der Mäkler selbst Partei, so greift Z.P.O. § 427 Platz.

Im übrigen greift hinsichtlich der Editionspflicht B.G.B. §§ 810, 811, Z.P.O. § 422 Platz.

§ 103.

Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

Entw. I § 92, II § 101; Denkschr. I S. 78, II S. 3178.

Die Vorschriften der K.O. §§ 239, 240 sind auf das Tagebuch nicht zu beziehen, ihr Zweck ist, eine Verdunkelung des Vermögensstandes des Kridars fernzuhalten, was hier nicht zutrifft.

Die Durchführung der Strafvorschrift erfolgt, da die Mäkler einer disziplinaren Beaufsichtigung amtlicher Organe nicht unterstehen, nach den Grundsätzen, die gegenüber Privaten bestehen.

§ 104.

Auf Personen, welche die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung.

Entw. I § 93, II § 102; Denkschr. I S. 78, II S. 3178.

Keine Anwendung finden also die §§ 94, 95, 100—103, wohl aber die §§ 96—99. Diese sogenannten Krämermäkler werden gewöhnlich Minderkaufleute und deshalb zur Buchführung nicht gehalten sein; doch ist nicht ausgeschlossen, daß sie selbst Vollkaufleute und dann im übrigen buchungspflichtig sind (vgl. Gareis zu § 104).

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Einleitung.

Denkschr. I S. 80, II S. 3178.

1. Das zweite Buch umfaßt die Regelung der dem Handelsrecht (ausschließlich des Seerechts) angehörenden Gesellschaften, d. h. einerseits der Handelsgesellschaften im technisch-juristischen Sinne, andererseits der stillen Gesellschaft. Letztere ist nicht Handelsgesellschaft, aber Gesellschaft des Handelsrechts. Die sogenannte Gelegenheitsgesellschaft (Syndikat), die noch im alten H.G.B. mitberücksichtigt war, ist aus dem neuen gestrichen, sie regelt sich rein nach bürgerlichem Recht. Vor dem 1. Jan. 1900 eingegangene Gelegenheitsgesellschaften wurden, soweit es sich um die internen Beziehungen der Gesellschafter handelt, vom alten Recht weiter beherrscht (E.B.G.B. Art. 170). Was die Rechte und Pflichten der Teilnehmer aus mit Dritten geschlossenen Geschäften betrifft, so ist, falls das Geschäft vor dem 1. Jan. 1900 geschlossen war, das alte Recht, ist es nachher geschlossen, das neue Recht maßgebend. Dieses entscheidet letzterenfalls insbesondere darüber, welche Wirkungen für die Teilnehmer eintreten, wenn einer von ihnen in Vertretung der anderen mit Dritten kontrahiert hat (B.G.B. § 164 ff., § 427), doch ist wohl zu beachten, daß für die Frage, ob eine Vertretungsmacht bestand, das alte Recht maßgebend sein kann.

2. **Vier Arten von Handelsgesellschaften** kennt das neue H.G.B.: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Als fünfte tritt zu ihnen die durch besonderes Gesetz geregelte Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Jene vier Arten führen zwar nicht der historischen Entwickelung, aber der Systematik des Gesetzbuchs nach auf zwei Grundformen zurück, die offene Handelsgesellschaft einerseits, die Aktiengesellschaft andererseits. Denn wie die Kommanditgesellschaft als modifizierte offene Handelsgesellschaft (§ 161 Abs. 2), so erscheint die Kommanditgesellschaft auf Aktien als modifizierte Aktiengesellschaft (§ 320 Abs. 3). Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft stellen aber wiederum die Extreme dar der Personenhandelsgesellschaft einerseits, der Kapitalhandelsgesellschaft andererseits. Ihr Verhältnis zum bürgerlichen Recht ist ein verschiedenes. Die Personalhandelsgesellschaft ordnet sich der bürgerlichen Gesellschaft unter (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2). Das Gesetzbuch begnügt sich im Ganzen mit der Hervorhebung der Abweichungen von der bürgerlichen Gesellschaft. So enthalten die beiden ersten Abschnitte (§§ 105–177) nur disjecta membra, deren Zusammenfügung das B.G.B. (§§ 705—740) vermittelt. Die Trennung von bürgerlichem und Handelsrecht ist nur eine äußerliche und nicht einmal zweckmäßige. — Die Kapitalgesellschaft dagegen hat eine selbständige und dabei eingehende Regelung erfahren. Das B.G.B. hat hier nur mittelbare Bedeutung. Der dritte und vierte Abschnitt zeichnen sich nicht bloß durch Reichhaltigkeit, sondern auch durch Geschlossenheit aus, weil ein besonderer dem B.G.B. unbekannter und durch dieses nur im Rahmen des Körperschaftsrechts mit erfaßter Typus vorliegt. — Damit ist die Behandlungsweise der beiden Arten von Gesellschaften gegeben. Bei der Personalhandelsgesellschaft (und noch mehr bei der stillen Gesellschaft) hat die Erläuterung stets auf das B.G.B. Bezug zu nehmen, dessen Normen sich das Handelsrecht nur anfügt, bei der Kapitalgesellschaft sind nur die allgemeinen Gesichtspunkte des Körperschaftsrechts im Auge zu behalten.

Erster Abschnitt.

Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung.

Literatur: Behrend § 63 ff., Cosack § 190 ff., Gareis, Lehrbuch, 8 Aufl. § 25 ff., Lehmann, H.R. §§ 55 ff., Renaud, Recht der Commanditgesellschaft 1881, Hergenhahn-Tuchatsch, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 1894.

Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft als die beiden Vertreter der Personalhandelsgesellschaften unterscheiden sich von einander lediglich durch die Haftung ihrer Mitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Demgemäß gehen die Begriffsbestimmungen beider nur in diesem Punkte auseinander (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1). Bei beiden handelt es sich um „eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist". Es wird sich zunächst darum handeln, das Verhältnis der Personalhandelsgesellschaft zur bürgerlichen Gesellschaft zu untersuchen. — Indem das Gesetzbuch auf die offene Handelsgesellschaft (und damit auch die Kommanditgesellschaft) die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung finden läßt, soweit es nicht selbst ein anderes vorschreibt (§ 105 Abs. 2), gibt es den Fingerzeig für deren rechtliche Struktur. Die Personalhandelsgesellschaft ist demnach jedenfalls nicht ein Verein mit Rechtsfähigkeit im Sinne von B.G.B. § 22, denn da das B.G.B. rechtsfähige Vereine und Gesellschaften scharf trennt (B.G.B. § 54), so würde der Hinweis auf die bürgerliche Gesellschaft in § 105 Abs. 2 einen logischen Widerspruch enthalten, wenn die sonstigen Vorschriften des H.G.B. zur Annahme der juristischen Persönlichkeit führen müßten. Zugegeben, daß die Personalhandelsgesellschaft korporative Elemente in sich trägt, so hört sie doch nach der Auffassung des Gesetzes damit nicht auf „Gesellschaft" zu sein. Der früher noch von mancher Seite vertretenen Annahme einer juristischen Persönlichkeit der Personalhandelsgesellschaft (Eccius in Z. XXXII S. 1 ff., Affolter im Archiv f. b. R. V S. 1 ff., ferner die bei Laband in Z. XXX S. 473 und bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 50 Aufgeführten) ist damit in Übereinstimmung mit der Praxis des R.O.H.G. und R.G. vom Gesetzbuch ein Ende bereitet. Nur ganz wenige Dissentienten halten trotz § 105 Abs. 2 an der juristischen Persönlichkeit fest, so Kohler in Z. f. H.R. LXXIV S. 456 ff. (dagegen meine Bemerkungen ebenda 462 ff.) und im Arch. B.R. XL S. 229 ff., Gaupp-Stein Z.P.O. § 50 II (und die dort Zitierten) und Hellwig Anspruch S. 266, der zwar erklärt, daß die offene Handelsgesellschaft ebensowenig eine juristische Person sei, wie die bürgerliche Gesellschaft, daß sie aber in einigen sehr wesentlichen Beziehungen wie eine solche behandelt werde. Noch weitergehend Hellwig, Lehrbuch I S. 303.

Der Umstand, daß der Zweck dieser Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, hebt die Personalhandelsgesellschaft von der bürgerlichen Gesellschaft nicht begrifflich ab. Denn wenn die „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes" im B.G.B. § 705 als die Aufgabe einer Gesellschaft hingestellt wird, so läßt diese weite Formulierung Raum auch für die Handelsgesellschaft, wie denn auch die stille Gesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes bezweckt. Die Ordnung der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann weiter ein begrifflich unterscheidendes Moment nicht bilden; denn obwohl bei der bürgerlichen Gesellschaft die Haftung der Gesellschafter aus Verträgen mit Dritten nur im Zweifel eine Gesamthaftung ist (B.G.B. §§ 427, 714), während bei der Personalhandelsgesellschaft eine entgegenstehende Vereinbarung Dritten gegenüber unwirksam ist (§ 128), so ist doch diese Haftung bei den beiden Arten der Personalhandelsgesellschaft wiederum verschieden geordnet (bei der offenen Handelsgesellschaft persönlich unbeschränkt, bei der Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten persönlich beschränkt). Die Lage der Gläubiger ist nur bei der offenen Handelsgesellschaft eine bessere, bei der Kommanditgesellschaft möglicherweise eine schlechtere, als bei der bürgerlichen Gesellschaft. Jedenfalls aber würde die verstärkte Haftung eine größere Intensität, nicht eine Abschwächung des Gesellschaftsbegriffs darstellen. Das Vorhandensein eines eigenen Gesellschaftsvermögens kann angesichts des B.G.B. §§ 718 ff. einen Unterschied nicht mehr begründen. So

bleibt als begrifflich unterscheidendes Merkmal nur übrig der Betrieb unter gemeinsamer Firma (R.O.H.G. II Nr. 95). Die bürgerliche Gesellschaft tritt nicht unter einem gemeinsamen Namen auf. Die Einheitlichkeit des Auftretens nach außen ist das die Personalhandelsgesellschaft von der bürgerlichen Gesellschaft Scheidende. Hieraus ergeben sich zunächst drei wichtige vom H.G.B. aufgestellte Sätze:

1. Die in betreff der Vollkaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaft Anwendung (§ 6 Abs. 1).
2. Die Handelsgesellschaft hat einen Sitz (§ 106 Abs. 2 Nr. 2).
3. Sie erwirbt unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten (§ 124 Abs. 1), demnach werden Gesellschaftsgrundstücke unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft eingetragen.

Unzweifelhaft zeigen diese drei Sätze eine Hinneigung der Personalhandelsgesellschaft zur juristischen Person. Nennt man sie relative juristische Personen (Dahn, Gareis Kommentar zum H.G.B. zu § 124 Nr. 1 u. A.), so ist gegen diese Terminologie nicht viel einzuwenden. Nur hat sie keine praktische Bedeutung, vielmehr ist daran festzuhalten, daß durch den auf die bürgerliche Gesellschaft verweisenden § 105 Abs. 2 ausdrücklich die Rechtsidee der gesamten Hand als die maßgebende hingestellt ist.

Demnach ist das Gesellschaftsvermögen gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (B.G.B. § 718 Abs. 1). Die Gesellschafter, nicht der Verein, sind also Träger der Rechte und Verbindlichkeiten, die Firma ist nicht ein Vereinsname im Sinne von B.G.B. § 57, sondern der kaufmännische Name, unter dem die verbundenen Gesellschafter auftreten (R.G.Z III S. 57, XXX S. 152, Bayer. Obst. Ld.G. bei Seuffert LVI Nr. 181.), die von der Gesellschaft erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten sind von den Gesellschaftern erworbene Rechte und Verbindlichkeiten (vgl. Überschrift des dritten Titels [1]), der Sitz der Gesellschaft ist der Ort, an dem die Gesellschafter den Mittelpunkt ihrer gesellschaftlichen Tätigkeit haben, nicht der Ort, an dem die Verwaltung des Vereins (B.G.B. § 24) geführt wird.

Andererseits wird das von der Gesellschaft erworbene Vermögen nicht in seinen Einzelbestandteilen ungebundenes Vermögen der einzelnen Gesellschafter. Schon das bürgerliche Recht zieht aus der Gesamthandsidee eine Reihe hiervon abweichender Konsequenzen. Der Gesellschafter kann über seinen Anteil an einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen überhaupt nicht (vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 29), über den Anteil am Gesellschaftsvermögen nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter verfügen. Er kann insbesondere vom Schuldner der Gesellschaft seinen Anteil an der Forderung nicht einseitig eintreiben (R.G. in D.J.Z. 1912, S. 1129, O.L.G. München in L.Z. 1907, S. 146). Der Anspruch auf Teilung ist ausgeschlossen, Aufrechnung der Schuld gegen die Gesellschaft mit einer Forderung gegen die einzelnen Gesellschafter ist unzulässig (B.G.B. § 719.) Ebensowenig kann der einzelne Gesellschafter, der wegen einer von ihm als Nichtgesellschafter kontrahierten Schuld belangt wird, aufrechnen mit einer Forderung der Gesellschaft gegen seinen Gläubiger, er kann höchstens die bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft ihm überwiesene Forderung zur Kompensation bringen. Der Zugriff eines Gläubigers des einzelnen Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen ist ausgeschlossen, der Gläubiger kann nur den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen pfänden und dann die Gesellschaft kündigen (B.G.B. § 725), dagegen kann er nicht die Rechte des Gesellschafters, so lange die Gesellschaft besteht, geltend machen mit Ausnahme gewisser Ansprüche. Kommt es zur Auflösung der Gesellschaft, so besteht bei den quoad dominium inferierten Einlagen nur ein Anspruch auf den Wert, den sie zur Zeit der Einlage hatten (B.G.B. § 733 Abs. 2), ferner ein Anspruch auf die Quote des Überschusses (B.G.B. § 734). Die Eintragung einer Hypothek auf den Anteil des einzelnen Gesellschafters an einem Gesellschafts-

[1]) Daraus hat das O.L.G. Hamburg (Recht 1911 Nr. 1589) den Schluß gezogen, daß, wenn eine ausländische offene Handelsgesellschaft, die die gleiche rechtliche Struktur wie die deutsche offene Handelsgesellschaft hat, Vermögen im deutschen Reiche besitzt, Z.P.O. § 23 auch für Klagen gegen den einzelnen Gesellschafter zur Anwendung gelangt.

grundstück ist ausgeschlossen (K.G. in Entsch. F.G. III S. 43 = Johow-Ring XXIV A 126), dagegen kann der einzelne Gesellschafter eine Hypothek am Gesellschaftsgrundstück erwerben (K.G. in Z.H.R. LV S. 302 = Johow-Ring XXVI A 135). — Noch weiter geht das H.G.B. Die größere Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens äußert sich hier darin, daß Gesellschaftsgläubiger, d. h. Gläubiger aus einer Schuld der Gesellschaft, und Privatgläubiger, d. h. Gläubiger aus einer Privatschuld des einzelnen Gesellschafters, grundsätzlich auseinander gehalten werden. Das Gesellschaftsvermögen unterliegt einem selbständigen Konkurse, an dem nur die Gesellschaftsgläubiger teilnehmen dürfen, nicht die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters (§ 131, Nr. 3, K.O. § 209), Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen setzt einen gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel voraus (§ 124, Abs. 2.) steht also niemals dem Privatgläubiger eines Gesellschafters zu, es genügt auch nicht, daß für die Schuld alle Gesellschafter haften, ja nicht einmal, daß es eine Gesellschaftsschuld ist, sondern der Schuldtitel muß sich auch gegen die Gesellschaft, also gegen die Firma richten. Umgekehrt ist Vollstreckung gegen die Gesellschafter nicht schon aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel gestattet (§ 129 Abs. 4). Es bedarf vielmehr der selbständigen Ausklagung des einzelnen Gesellschafters, ja es kann der wegen einer Gesellschaftsschuld ausgeklagte einzelne Gesellschafter nicht einmal unbeschränkt mit Gesellschaftsforderungen aufrechnen, noch hat er das der Gesellschaft zustehende Anfechtungsrecht, vielmehr erwächst ihm aus solchen Rechten der Gesellschaft nur eine aufschiebende Einrede, als ob er Bürge für die Gesellschaftsschuld wäre (§ 129). Auch nach innen tritt die Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber (vgl. §§ 110, 113.). Endlich ist noch anzuführen, daß die Anteile der Gesellschafter geradezu als Kapitalanteile bezeichnet werden (§§ 120 Abs. 2, 121 Abs. 1 usw.).

Alle diese Sätze rechtfertigen jedoch nicht eine verschiedene Konstruktion für die Personalhandelsgesellschaft und die bürgerliche Gesellschaft. Sie sind auch ihrerseits nur scharfe Anspannungen der Grundidee, daß unter der Firma die Gesellschafter in äußerer Einheit auftreten. Die Rechtsform der gesamten Hand[1]), die auch die bürgerliche Gesellschaft beherrscht, tritt hier in stärkerer Färbung und mit größerer Annäherung an die juristische Persönlichkeit hervor, ohne daß doch eine eigene Rechtspersönlichkeit geschaffen wird. Das Gesellschaftsvermögen bleibt gemäß B.G.B. § 718 „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter", (vgl. R.G.Z. LXV S. 23, 229ff, LXXIX Nr. 32[2]), der Ausdruck ‚Kapitalanteil' in § 120, 121 hat, wie dort auszuführen sein wird, in Wahrheit nichts mit dem Anteil an den einzelnen Aktivis des Gesellschaftsvermögens zu tun. Die juristisch schwierige Frage, wie dieses Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen sachenrechtlich zu konstruieren sei, ob als Miteigentum pro indiviso sei es mit festen Quoten oder mit fortdauernder Änderung der Quoten (Renaud, C.G. S. 234, Laband in Z. XXXI S. 40ff.) sog. Theorie der geteilten Mitberechtigung, oder als Gesamteigentum aller Gesellschafter ohne Quoten (R.G.Z LVI S. 209 Düringer-Hachenburg IV S. 24, sg. Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, oder als wandelbares Wertanteilsrecht (Gierke, Genossenschaftstheorie S. 497ff., D.P.R. I S. 697, R.G.Z. LVI S. 100), oder als Forderung des einzelnen gegen die Gesellschaft (Guthaben, Behrend S. 470, R.G.Z. XVIII S. 43ff., XXV S. 256ff., XXX S. 152, XXXI S. 143, LIV S. 280, Bolze III Nr. 781, V Nr. 752), ist für die bürgerliche Gesellschaft

[1]) Zur Literatur Joerges in Z.H.R. XLIX S. 140ff. (vgl. jedoch dessen Bemerkungen in Z.H.R. LXXII S. 552); Nagler im Sächs. Arch. Bd. X S. 695ff.; Sohm, Der Gegenstand 1905; O. Gierke im Arch. f. b.R. XIX; Peikert, Die Rechtsnatur der offenen H.G. Diss. 1905; Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen unter besonderer Berücksichtigung des Stempelsteuerrechts 1911; Schnell, Die Quotenfrage bei der offenen H.G. 1913.

[2]) In der erstgenannten Entscheidung nahm das R.G. an, daß, wenn eine offene H.G. Aktien zeichnet, das Aktienbezugsrecht nach Auflösung der offenen H.G. den früheren Teilhabern, als den ursprünglichen Zeichnern zustehe, in der letzten, daß der Gewerbebetrieb einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen H.G. einen Teil des gesamten Gewerbebetriebes (im Sinne des preußischen Stempelsteuergesetzes Tarifst. 22) der beiden Gesellschafter bilde, auch wenn der sonstige Gewerbebetrieb dieser in bloßer Gemeinschaft erfolge.

wie für die Personalhandelsgesellschaft grundsätzlich gleich zu beantworten. So viel steht fest, daß mit der vom R.G. in manchen Entscheidungen vertretenen Auffassung, wonach eine bloße Forderung gegen die Gesellschaft vorliegt, B.G.B. § 718, der das Gesellschaftsvermögen als gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter bezeichnet, ferner B.G.B § 719, der von einem Anteil sogar an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen spricht, und B.G.B. § 706, der eingebrachte Fungibilien im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden läßt, in Widerspruch steht, da diese Worte in einem Gesetzbuch das seine Ausdrücke genau abwägt, nicht bloß ökonomisch gemeint sein können. Auch auf bloße Wertanteilsrechte lassen sich diese Wendungen nicht beziehen, vielmehr bleibt nur die Konstruktion des durch das gesellschaftliche Personenrecht (Sohm) eigentümlich gebundenen (Joerges) Miteigentums (bez. sonstigen Rechts) zur gesamten Hand übrig, dessen Gestaltung bei der Personalhandelsgesellschaft durch die in der Firma sich ausprägende Einheit der Gesellschaft nach außen verdeckt wird. Das ohnehin gebundene Miteigentum kann sich infolgedessen nach außen nicht manifestieren, das Gesellschaftsvermögen erscheint als einheitliche Masse, dagegen bleibt nach innen, wie B.G.B. § 706 Abs. 2 lehrt, das Miteigentum bestehen. Dagegen spricht auch nicht, daß bei der Auseinandersetzung der einzelne Gesellschafter nur Anspruch auf einen Wertanteil hat (B.G.B. § 733 Abs. 2), denn das gleiche gilt bei der communio von ihrer Natur nach unteilbaren Sachen (B.G.B. § 753). Auch der Besitz steht den mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (B.G.B. § 866, unrichtig Adler-Clemens Nr. 1420).

Somit kann sich nur fragen, ob dieses Miteigentum (oder sonstige Recht) als Recht nach Quoten oder als Gesamtrecht ohne Quoten aufzufassen sei. Die Frage ist mehr theoretisch als praktisch von Bedeutung[1]). Unserer Auffassung nach läßt sich das Verhältnis, ohne daß man ihm Zwang antut, als Eigentum nach Quoten auffassen. An den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen hat jeder Gesellschafter einen Bruchteil. Die Auffassung, daß ein Eigentum mit veränderlichen Quoten vorliege, indem sich die Größe der Quote nach dem jedesmaligen Verhältnis des Kapitalkontos eines Gesellschafters zum derzeitigen Reinvermögen der Gesellschaft beziffere (Laband), ist freilich nicht haltbar. Denn danach würde das Miteigentum aufhören müssen, sobald das Kapitalkonto eines Gesellschafters auf Null oder gar auf ein Passivum gesunken wäre, das Kapitalkonto des anderen dagegen den derzeitigen Nettowert des Gesellschaftsvermögens überschritte (so richtig Staub[5] zu Art. 91 § 6, Art. 106 § 5). Vielmehr ist Kapitalkonto und Quote am Gesellschaftsvermögen durchaus zu scheiden, das Kapitalkonto stellt ein „Guthaben" oder ein „Soll" gegen die Gesellschaft dar, es hat mit der sachenrechtlichen Seite nichts zu tun, es besitzt nur den Charakter eines Rechnungsfaktors (Bucheltförtsch zu Art. 106 Nr. 3). Auch wenn ein Gesellschafter ein negatives Kapitalkonto hat, bleibt er Miteigentümer am Gesellschaftsvermögen. Lehrreich ist hier der Hinweis auf die eheliche Gütergemeinschaft, wo das Gesamtgut gemeinschaft-

---

[1]) Praktisch wird die Frage z. B. bei Berechnung von Übereignungs- und Stempelgebühren. Vgl. z. B. die Entscheidungen in Z. XLII S. 523, XLVI S. 497, 498, Bolze XIV Nr. 565, R.G. bei Gruchot XXXIX S. 855, R.G.Z. LVI Nr. 53, LXIII Nr. 91, auch R.Stempelgesetz Tarifstelle 1 Ae Ziffer 2. Sie wird ferner praktisch für das Gebiet des Strafrechts, wenn ein Gesellschafter Sachen der Gesellschaft stiehlt oder unterschlägt (R.G. Str. VII S. 20, XVIII S. 123, D.J.Z. 04, S. 817). Vgl. Schnell S. 70. Mit hierher fallenden Erwägungen operiert auch R.G.Z. L Nr. 1, LXVIII Nr. 91. Daß, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören, bei Vorhandensein minderjähriger Gesellschafter es zu Verfügungen über solche Grundstücke nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach B.G.B. § 1821 bedarf, ist mit R.G.Z. LIV Nr. 74 anzunehmen, ohne daß ein Gegenargument daraus entnommen werden darf, B.G.B. § 1821 hat derartige Fälle nicht einbegreifen wollen (anders O.L.G. Colmar im Recht 08 S. 560 Beil. 2 und Schnell S. 72). Zweifelhafter ist schon, ob der Erwerb inländischer Grundstücke durch eine offene H.G., deren eines Mitglied ein Ausländer ist, nicht Erwerb durch Ausländer ist. Hierzu meine Bemerkungen in Z.H.R. LXXIV S. 462ff.

liches Vermögen beider Ehegatten ist (B.G.B. § 1438), während doch das Kapitalkonto sehr verschieden sich gestalten kann (vgl. B.G.B. §§ 1463 ff., 1476).

Wie groß der Bruchteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ist, richtet sich zunächst nach der Vereinbarung. Häufig wird man in der Bestimmung der Höhe des Gewinnanteils auch eine Bestimmung des Bruchteils am Gesellschaftsvermögen erblicken dürfen. Fehlt es an der Vereinbarung, so wird Kopfteilung entscheiden (vgl. auch Rstempelgesetz von 1913 Tarifstelle 1 Ae Ziffer 2).

Der feste Bruchteil bezieht sich nur auf die Aktiva (Sachen und Rechte des Gesellschaftsvermögens[1]) die Schuldenhaftung hat hiermit nichts zu tun.

In allen diesen Beziehungen gelangt die in der Praxis herrschende, von ungeteilter Gesamtberechtigung ausgehende (vgl. z. B. R.G.Z. LVI S. 209, 432, LXI S. 75, LXV S. 229; K.G. in Johow-Ring XXIV A 111, XXVIII A 252, O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. IX S. 193) Ansicht zu anderen Resultaten, ohne daß ihre Vertreter über die Grundfragen einig sind.

Erster Titel.

Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

Eine Gesellschaft deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

Entw. I § 94, II § 103; Denkschr. I S. 80, 81, II S. 3178, 3179; A.D.H.B. Art. 85.

Lit: Möhler, Die Nichtigkeit des Geschäftsvertrags bei der offenen H.H. Diss. 1907.

Nach § 105 erfordert die offene Handelsgesellschaft als Begriffsmomente:

Nr. 1. 1. Eine **Gesellschaft**, d. h. eine vertragsmäßige, gegenseitige Verpflichtung mehrerer Personen, die Erreichung eines bestimmten Zweckes in bestimmter Weise zu fördern (B.G.B. § 705). Das Gesetz stellt somit einen Gesellschaftsvertrag als begriffswesentliches Erfordernis hin (K.G. in Entsch. F.G. II S. 179 = Johow-Ring XXII A 281). Damit ist der Ansicht derjenigen, die hierin nur eine Naturale erblickten und lediglich die Tatsache, daß mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreiben, für genügend erklärten (Laband in Z. XXX S. 509 ff., Staub[5] zu Art. 86 § 6g), entgegentreten. Ohne Gesellschaftsvertrag keine offene Handelsgesellschaft, deshalb nicht offene Handelsgesellschaften einerseits bloßes tatsächliches Zusammengehen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VI S. 30), ebensowenig Gemeinschaften kraft Gesetzes, wie die Erbengemeinschaft, B.G.B. § 2032 ff., die vom Erblasser nach B.G.B. § 2044 angeordnete Gemeinschaft (vgl. Busch VI S. 160 ff., R.G.Z. X Nr. 27), die fortgesetzte eheliche Gütergemeinschaft nach Landesrecht (E.B.G.B. Art. 200), andererseits vertragsmäßige Gemeinschaften, die nicht Sozietäten sind, so die Gütergemeinschaften der Ehegatten nach B.G.B.

---

[1]) Weshalb bei Forderungen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, diese Auffassung versagen soll, wie Joerges im Z.H.R. LXXII S. 552 annimmt, vermag ich nicht einzusehen. Soweit eine unteilbare Leistung vorliegt, wird natürlich eine Modifikation anzunehmen sein.

einschließlich der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft des B.G.B. §§ 1483, 1557, zumal hier die Haftungsgrundsätze anders geartet sind (R.O.H.G. XXIII Nr. 57). Natürlich können Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, zugleich eine offene H.G. bilden, worüber Gildemeister in Z.H.R. LIV S. 99ff. ausführlich handelt, vgl. auch Hachenburg in Seuff. Bl. LXXII S. 51. Auch kann sich eine gesetzliche Gemeinschaft in eine offene Handelsgesellschaft umwandeln. Wenn die Erben das ererbte Geschäft unter gemeinsamer Firma fortzuführen beschließen, so gehen sie damit eine offene Handelsgesellschaft ein. Solch' Beschluß kann schon stillschweigend dadurch erfolgen, daß sie das Geschäft tatsächlich länger, als zur Abwickelung und Auseinandersetzung erforderlich ist, fortsetzen (R.O.H.G. XI Nr. 37, Johow XV S. 8, O.L.G. Stuttgart in Z. XXXX S. 452, K.G. in Entsch. F.G. II S. 180), vorausgesetzt, daß sie sämtlich geschäftsfähig sind (O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. VI S. 351, K.G. in L.Z. 1910, S. 485). Über die Vertretung Nichtgeschäftsfähiger vgl. B.G.B. §§ 1795, 1630, 1909 und dazu K.G. in Johow-Ring XXIII A 91, XXXI A 156. In der Eintragung der Erbengemeinschaft als Firmeninhaber liegt aber nach nicht die Eintragung einer offenen H.G. (K.G. in Entsch. F.G. II S. 178 = Johow-Ring XXII A 281 = O.L.G. Rspr. III S. 408, K.G. in O.L.G. Rspr. IV S. 454 = Seuffert LIX Nr. 59, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 159 = Johow-Ring XXXV A 153), auch nicht in der Bestellung eines der Miterben zum Firmieren oder in dem Firmieren durch den Testamentsvollstrecker, denn dies geschieht zum Zweck der Verwaltung der Erbengemeinschaft (R.G. bei Holdheim 1912 S. 24, O.L.G. Hamburg in Seuffert LXVII Nr. 152). Ebensowenig begründet die rechtsirrtümliche oder auf Grund falscher Angaben erfolgte Eintragung einer Erbengemeinschaft als offener Handelsgesellschaft letztere (R.G.Z. XVI S. 340, 341, XXXV S. 17). Immerhin wird die gemeinsame Anmeldung behufs Eintragung eine Vermutung für einen Gesellschaftsvertrag schaffen (R.G. in J.W. 08 S. 491[28], Holdheim 05 S. 283).

Bestritten ist, ob ein nicht rechtsfähiger Verein eine offene H.G. werden könne. Richtiger Ansicht nach ist die Frage zu bejahen, da auf solchen die Vorschriften über Gesellschaften zur Anwendung kommen (B.G.B. § 54). Vgl. Sachau in Z.H.R. LVI S. 444ff., Lehmann Lehrb. S. 383, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 200 = Johow-Ring XLI A 117 = Recht 1912 Nr. 1668; anders O. Gierke im Arch. f. b. R. XIX S. 136, Düringer-Hachenburg Anm. 3. Realgemeinden, die nach art. 164 der E.B.G.B. ihrem besonderen Recht unterstehen, wären zu solchen Vereinen nicht zu zählen (vgl. den Fall in Braunschweig. Z. LVI S. 17).

Aus der Wesentlichkeit des Gesellschaftsvertrages ergibt sich, daß die allgemeinen Erfordernisse eines Gesellschaftsvertrages, z. B. Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten, gewahrt sein müssen (R. G. in L.Z. 08 S. 157) und daß Vereinbarungen, die in Widerspruch mit der Natur des Gesellschaftsvertrages stehen (societas leonina), auch die Existenz der offenen Handelsgesellschaft in Frage stellen. Es ergibt sich ferner, daß eine nur zum Schein eingegangene offene H.G., etwa, um durch die Firma den Namen des einen Gesellschafters zu verstecken oder um eine einer Weltfirma gleichlautende Firma („Heidsieck u. Co.") hervorzurufen und sie dann zu verwerten (O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. VIII S. 378, 383) oder um durch den Zusatz „et Co." dem in der Firma Genannten mehr Kredit zu verschaffen (praktisch für Ehegatten) — keine wahre offene H.G. ist (R.G.Z. XXXVII S. 61f., R.G. bei Warneyer 1909 Nr. 150). Es ergibt sich weiter, daß durch Anfechtung des Gesellschaftsvertrages z. B. wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften (O.L.G. Dresden im Recht 08 S. 358 Beil. 2 Nr. 2123) oder wegen Betruges die offene HG. mit Wirkung ex tunc nichtig wird (K.G. in Entsch. F.G. X S. 216, Holdheim 08 S. 45), wobei aber bei einer aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden Handelsgesellschaft möglicherweise nach § 139 B.G.B. nur partielle Nichtigkeit eintritt. Solche nichtige Handelsgesellschaft würde keine Rechte nach § 124 erworben haben, für sie im Grundbuch erfolgte Eintragungen wären ohne Wirkung, ein Gesellschaftskonkurs über sie wäre nicht möglich (Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 10). Andererseits wird aber aus § 5 zu folgern sein, daß die Scheingesellschafter, die die Eintragung veranlassen, sich, so lange die Eintragung dauert, als offene Gesellschafter behandeln lassen müssen und demgemäß der Haftung aus § 128 für alle Schulden, die sie unter der Firma auf sich nehmen, unterstehen, woran die nachträgliche Anfechtung wenigstens gutgläubigen Dritten gegenüber nichts

ändern kann. Überhaupt wird jeder Geschäftsfähige, der sich als offener Gesellschafter geriert, auch ohne Eintragung der Gesellschaft, soweit ohne solche die Gesellschaft entstehen könnte, gleichgültig ob er arglistig handelt oder nicht, sich Dritten gegenüber, die nicht von dem Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund Kenntnis hatten, materiell und prozessual als offenen Gesellschafter behandeln lassen müssen (R.O.H.G. XXIV S. 320, Seuffert III Nr. 197, O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 459, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. 342, O.L.G. Dresden ebenda IV S. 202, VIII S. 96, XIV S. 349, O.L.G. Breslau ebenda VI S. 26, O.L.G. Posen ebenda VI S. 351; R.G.Z. LI S. 37, R.G. in L.Z. 09 S. 858, Holdheim 02 S. 126, O.L.G. Hamburg im Recht 08 Nr. 1872). Vgl. oben § 15 Nr. 4. Er erteilt damit den übrigen Scheingesellschaftern die Vollmacht, ihn so zu vertreten, als ob eine offene H.G. vorläge (RG.Z. LXXVI Nr. 103, R.G. in L.Z. 1912 S. 157, O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 265). Manche Entscheidungen von Gerichtshöfen wollen hierauf die §§ 122, 123 B.G.B. anwenden, allein das dadurch erzielte Resultat befriedigt nicht (vgl. auch Staub-Pinner § 123 Anm. 10). Besser ist die Auffassung, daß alle Scheingesellschafter den Gläubigern eine Offerte zur Schuldverpflichtung unter Bedingungen, als ob eine offene H.G. vorläge, machen, die diese annehmen. — Umgekehrt erwerben die Scheingesellschafter nicht die Wohltaten des Gesetzes (vgl. R.G.Z. LV S. 85). Hierzu das oben bei § 1 Nr. 10 Bemerkte, ferner A. Wieland in Z.H.R. LXIV S. 58ff., Moos, Interessenkonflikte bei betrügerischem Abschluß von Gesellschaftsverträgen Diss. 1911 S. 34ff. und die oben zitierte Arbeit von Möhler.

Nr. 2. Die Personen, welche die Gesellschaft eingehen, müssen mindestens zwei sein, können aber auch mehrere sein (vgl. den Fall in R.G.Z. XXXVI Nr. 16:159, ferner L.Z. 1914 S. 1030). Sie müssen fähig sein, Kaufmannseigenschaft zu erwerben. In dieser Hinsicht ist auf das zu § 1 Bemerkte zu verweisen. — Bei Ehefrauen ist das dem Manne (B.G.B. § 1358) zustehende Kündigungsrecht zu beachten und deshalb möglichst dessen Zustimmung einzuholen. Im übrigen gilt für die Ehefrau als Mitglied einer offenen H.G. das zu § 1 Nr. 21ff. Ausgeführte (vgl. auch bei § 109 Nr. 6, § 118 Nr. 2). Keinesfalls läßt sich im gesetzlichen Gütersystem sagen, daß ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen ohne weiteres Vorbehaltsgut wird. Vielmehr wäre dies nur dann der Fall, wenn er auf Erwerb durch Beteiligung beruht oder die Einlagen aus Vorbehaltsgut gemacht waren. Im System der Gütergemeinschaft fällt der Gesellschaftsanteil selbst nicht in das Gesamtgut, wohl aber die Dividenden (Düringer-Hachenburg I S. 80). — Für Minderjährige kann der Vater oder Vormund nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts den Gesellschaftsvertrag eingehen (B.G.B. § 1822 Nr. 3, § 1643 Abs. 1). Kommen minderjährige Miterben in Frage, so würde für jeden ein gesetzlicher Vertreter nötig sein (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 20 = Johow-Ring XXII A 101; K.G. in Entsch. F.G. III S. 20 = Johow-Ring XXIII A 92 = O.L.G. Rspr. IV S. 451; K.G. in O.L.G. Rspr. XII S. 224 = Johow-Ring XXXI A 152). Für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages wäre § 1822 Nr. 3 B.G.B. nicht zu beobachten (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 48, anders Kahn, Der Minderjährige als Mitglied der offenen H.G. Diss. 1912 S. 56). — Gleichgültig ist, ob die Gesellschafter Inländer oder Ausländer sind, selbst in den Konsulargerichtsbezirken können aus Reichsangehörigen und Nichtdeutschen gebildete offene Handelsgesellschaften nach dem Ermessen des deutschen Konsuls in das Handelsregister eingetragen werden (R.G.Z. XXXVI S. 176 und Konsulargerichtsbarkeitsgesetz § 2 Abs. 3).

Nr. 3. Müssen es ferner physische Personen sein? Die Frage ist eine schwierige. Die Fassung des § 106 Abs. 2 Nr. 1, wonach Name, Vorname, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters anzumelden ist, kann nicht entscheiden (anders Johow XI S. 20, O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 457). Denn hier, wie an anderen Stellen (z. B. §§ 131 Nr. 4, 133 Abs. 2), hat das Gesetz nur an den regelmäßigen Fall gedacht, wie denn auch das B.G.B. z. B. in den §§ 716, 727 physische Personen im Auge hat, ohne daß sich bezweifeln läßt, daß auch juristische Personen einen Gesellschaftsvertrag eingehen können. Eher läßt sich darauf Gewicht legen, daß die juristische Person durch ihren Vorstand, bzw. für gewisse Geschäfte durch besondere Vertreter vertreten wird (B.G.B. §§ 26, 30, 86). Diese Vorschrift würde dadurch umgangen, daß ein Mitgesellschafter kraft § 125, ohne Vorstandsmitglied zu sein, die juristische Person vertritt. Zumal dann, wenn die Vorstandsmitglieder in

öffentliche Register (Vereins-, Genossenschaftsregister 2c.) eingetragen werden, würde der Mißstand erzeugt, daß es neben den aus solchen Registern ersichtlichen Vertretern andere gäbe, die an anderer Stelle (im Gesellschaftsregister) eingetragen wären (vgl. Kammergericht bei Holdheim II S. 99). Allein dagegen läßt sich ins Feld führen, daß hier nicht die juristische Person, sondern die offene Handelsgesellschaft vertreten wird und daß der gleiche Einwand sich gegen die Beteiligung eines Minderjährigen an einer offenen Handelsgesellschaft erheben ließe, da neben dem durch die Bestallung legitimierten Vormund der Mitgesellschafter den Minderjährigen durch seine Handlungen vertreten würde.

Da ferner die Bestellung des Vorstandes nach B.G.B. § 27 Abs. 2 nicht notwendig frei widerruflich ist, so ist auch für die gewöhnliche juristische Person eine besondere Schädigung aus der Bindung in der offenen Handelsgesellschaft nicht zu befürchten. Denn die Vertretungsmacht kann dem Mitgesellschafter nach § 127 aus denselben Gründen entzogen werden, wie dem Vorstand nach B.G.B. § 27 Abs. 2, und der Umstand, daß es jenenfalls durch den Richter, diesenfalls durch die juristische Person geschieht, kann nicht entscheidend sein. Demnach wird im allgemeinen auch eine juristische Person, sei es des Privat-, sei es des öffentlichen Rechts (Staat, Gemeinde) fähig sein, Mitglied einer offenen H.G. zu werden. Eine offene H.G. kann deshalb auch lediglich aus juristischen Personen als Mitgliedern bestehen (Preußisch-Hessische Eisenbahngemeinschaft? Zweifelnd R.G.Z. LII S. 148, vgl. auch Düringer-Hachenburg Anm. 21, oben § 36 Nr. 1). Für die Gesellschaft m. b. H. bejaht die Möglichkeit, einer offenen H.G. anzugehören Bayr. Obst.Ld.G. in Entsch. F.G. XII S. 28 ff. Anders, wo der Widerruf des Vorstandes notwendig ein freier ist, wie bei der Aktiengesellschaft (§ 231 Abs. 3) und eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 24 Abs. 3 des R.G. von 1889). Hier würde die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft dazu führen, die freie Widerruflichkeit des Vorstandes aufzuheben. Sie muß deshalb jedenfalls dann für unzulässig erklärt werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dem Mitgesellschafter Vertretungsbefugnisse einräumt. — Nicht entscheidend ist, ob die juristische Person neben ihrem Namen (Firma) einen anderen führen kann. Denn es handelt sich nicht um den Namen der juristischen Person, sondern den der offenen Handelsgesellschaft, ebensowenig, daß die Gesellschafter in solidum haften, denn auch die juristische Person kann Gesamtschuldner sein. — Für die allgemeine Zulässigkeit hinsichtlich der Aktiengesellschaft, Eltzbacher in Z. XLV S. 57 ff., (woselbst Literatur), Hartmann, die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft 1895 S. 71 ff., Moll bei Holdheim 1904 S. 150, Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften 2c. 1905, Spiegelberg, Die offene H.G. als Teilnehmerin einer anderen offenen H.G. Diss. 1906, Staub-Pisko S. 310, Brand Anm. 2a, Makower S. 275, 276, Düringer-Hachenburg Anm. 20, Bayer. Obst.Ld.G. in Entsch. F.G. XII S. 28 ff. = Seuffert LXVII Nr. 263 = Johow-Ring XLIV S. 341, dagegen K.G. in Holdheim I S. 195, O.L.G. Dresden ebenda 1900 S. 21, K.G. in O.L.G. Rspr. XIII S. 25, Kolb, Kann eine Aktiengesellschaft einem anerkannten Verein 2c. als Mitglied angehören? 1896 S. 14 ff.

Eine offene Handelsgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft können nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein. Nr. 4. Der Grund, aus dem das O.L.G. Hamburg (Z. XL S. 457) zu dieser Ansicht gelangt, versagt freilich gegenüber der Definition des neuen Gesetzbuches. Aber der Zweck der offenen Handelsgesellschaft steht in Widerspruch mit der Einschachtelung derselben in eine andere offene Handelsgesellschaft. Wenn sie selbst das Rechtsgewand für ein Handelsgewerbe ohne Beschränkung der Haftung unter gemeinschaftlicher Firma betreibende Gesellschafter darstellt, so kann sie nicht Mitglied einer Gesellschaft sein, deren Zweck wiederum darin besteht, daß die Mitglieder ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma ohne Beschränkung der Haftung betreiben (vgl. Johow XI S. 19 ff., R.G.Z. XXXVI S. 140). Dies giebt Eltzbacher in Z. XLV S. 47 für den Fall zu, daß eine „offene Handelsgesellschaft lediglich zu dem Zweck errichtet wird, Teilnehmer in einer andern zu sein", während er im übrigen für die Zulässigkeit eintritt. Aber jener Fall wäre doch der Normalfall, das Gesetz geht davon aus, daß die Zugehörigkeit zu einer offenen Handelsgesellschaft im Zweifel die Mitglieder ganz mit Beschlag belegt, daraus erklärt sich das Konkurrenzverbot des § 112. Und wie sollte man den Normalfall von dem Ausnahmefall praktisch scheiden?

Die Konsequenzen, zu denen die entgegengesetzte z. B. von Scheuing, Spiegelberg, Brand (Anm. 2a), Düringer-Hachenburg (Anm. 22) vertretene Ansicht führt, sind ganz unhaltbar. So dürfte die umschlossene Gesellschaft zwar nicht einseitig einen neuen Gesellschafter in die umschließende aufnehmen, aber innerhalb ihres eigenen Mitgliederstandes Änderungen vornehmen. Da andererseits jedes Mitglied der umschlossenen Gesellschaft im Zweifel zur Vertretung derselben ermächtigt ist (§ 125 Abs. 1), die umschlossene Gesellschaft aber durch ihren Vertreter wiederum Geschäftsführung und Vertretung der umschließenden besorgte (§§ 125, 114), so wäre die umschlossene Gesellschaft in der Lage, einseitig die Vertretung und Geschäftsführung der umschließenden zu beeinflussen (vgl. O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XXIV S. 170) und dies könnte in infinitum gesteigert werden (A et Co. + B = B et Co.; B. et Co. + C = C et Co. und so fort). Verbindet sich eine offene H.G. mit einem Anderen zu einer Erwerbsgesellschaft, so sind demnach die Mitglieder der offenen H.G. als Einzelne Mitglieder der Erwerbsgesellschaft und als solche in das Handelsregister einzutragen. Erwirbt eine offene Handelsgesellschaft Geschäft und Firma eines Einzelkaufmanns, so sind die einzelnen Gesellschafter als Inhaber der erworbenen Firma einzutragen (K.G. in Entsch. F.G. III S. 14). —

Eine Erbengemeinschaft kann ebensowenig Mitglied einer offenen H.G. sein (K.G. in Entsch. F.G. X S. 43), als eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft.

Nr. 5. 2. **Als Gesellschaftszweck den Betrieb eines Handelsgewerbes**, gleichgültig welcher Art. Somit kann eine Gesellschaft lediglich zum Zweck des Betriebes der Land- und Forstwirtschaft oder zu einem nicht gewerblichen Zwecke niemals eine offene Handelsgesellschaft sein (vgl. Ldg. Verden im Zentralblatt III S. 719). Ebensowenig eine Gesellschaft zum Zwecke der Liquidation eines Handlungsvermögens (R.G. bei Holdheim 1902 S. 137) und regelmäßig nicht ein Kartell (Düringer-Hachenburg Anm. 4) Wohl aber können Vereinigungen zum Zweck des Betriebes von Grundstücksgeschäften offene Handelsgesellschaften darstellen (vgl. im einzelnen bei § 2). Stets muß es sich um Großgewerbe handeln, Vereinigungen zum Betriebe des Kleingewerbes oder Handwerkes sind nie offene Handelsgesellschaften (§ 4 Abs. 2). Stets muß es sich um ein Handelsgewerbe handeln, wobei aber § 5 zu beachten ist. Über den Begriff des Gewerbes oben bei § 1 Nr. 3ff. Nicht ausgeschlossen ist natürlich, daß bei der bürgerlichen Gesellschaft die Gesellschafter im internen Rechtsverhältnis sich den handelsrechtlichen Vorschriften unterstellen. Ohne weiteres wird man dies annehmen müssen, wenn nach außen hin der Anschein einer offenen H.G. erweckt wird (O.L.G. Kolmar im Recht 08 S. 492 Beil. 2 Nr. 2810, L.G. Braunschweig in L.Z. 08 S. 798).

Nach altem Recht konnte eine offene Handelsgesellschaft auch Nichthandelsgeschäfte schließen (vgl. R.G.Z. XXXII S. 32: Immobiliengeschäfte). Nach neuem Recht ist dieser Fall nicht wohl denkbar.

Das Handelsgewerbe muß die Gesellschaft betreiben, d. h. es müssen die Geschäfte des Gewerbes auf den Namen der Gesellschaft geschlossen werden. Keine offene Handelsgesellschaft also, wenn nur auf den Namen eines Gesellschafters das Gewerbe betrieben wird (R.O.H.G. VII S. 432, vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI (1895) S. 14, V (1884) S. 236, Bolze III Nr. 789, R.G. bei Holdheim 1907 S. 143, Recht 1908 S. 388 Beil. 2 Nr. 2282). Prinzipal muß die Gesellschaft (d. h. die Gesellschafter) sein. Wem das ökonomische Resultat des Gewerbes zufließt, ist hier ebenso gleichgültig, wie beim Einzelkaufmann. Es kann einem der Gesellschafter oder einem Dritten zufallen. Die internen Vereinbarungen ändern an dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft so lange nichts, als sie sich innerhalb der erlaubten Grenzen des Gesellschaftsvertrages halten (anders Staub-Pinner Anm. 11, weil dann kein „gemeinsamer Zweck" vorliegt. Aber ein „gemeinsamer Zweck" kann auch darin bestehen, daß das ökonomische Resultat einem Dritten zufallen soll). Das Handelsgewerbe, das die Gesellschaft betreibt, kann eine oder mehrere Arten von Geschäften umfassen, sofern es sich nur um ein Gewerbe handelt. Etwas anderes ist es, wenn zwei getrennte Gewerbe vorliegen. Dies ist nicht nur in der Weise möglich, daß die gleichen Personen neben dem Handelsgewerbe ein bürgerliches Gewerbe gesellschaftlich betreiben, welchenfalls sie zugleich eine Handelsgesellschaft und eine bürgerliche Gesellschaft darstellen, sondern auch in der Weise, daß sie zwei getrennte Handelsgewerbe betreiben, mit anderen Worten, daß dieselben Personen zwei

verschiedene Handelsgesellschaften, sei es von Anfang an, sei es durch im Laufe der Zeit eingetretene Änderungen, bilden. Wenn zwei Personen unzweifelhaft zwei verschiedene bürgerliche Gesellschaften schließen können, so können sie um so eher zwei verschiedene Handelsgesellschaften eingehen, da die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens hier eine gesteigerte ist (R.G.Z. XXXII S. 34, XLIII S. 82, XLVII Nr. 35, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. 81, XIX S. 307 ff., D.J.Z. 09 S. 720, K.G. in Johow-Ring XXVIII A 253, Bolze XIX Nr. 626). Es ist dabei nicht einmal Firmenverschiedenheit nötig, wenngleich dies das regelmäßige Indiz für Getrenntheit des Gewerbes sein wird (man denke an räumlich weit getrennte und gegenständlich scharf unterschiedene Betriebe, a. A. O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 458, vgl. R.O.H.G. XXIV Nr. 47, R.G.Z. XIV S. 16, O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 456, Johow XV S. 14). Entscheidend ist, daß in den Augen des Publikums zwei verschiedene Gesellschaften vorliegen. Bilden dieselben Personen zwei verschiedene Handelsgesellschaften, so sind die Gesellschaftsgläubiger der einen Handelsgesellschaft völlig von denen der anderen zu trennen, sie haben eine unmittelbare Einwirkung auf die andere überhaupt nicht, können höchstens insofern, als sie kraft § 128 Gläubiger der Gesellschafter sind, aus § 135 vorgehen. Aufrechnung der Schulden der einen Handelsgesellschaft mit einer Forderung gegen die andere Handelsgesellschaft ist ausgeschlossen (Ob.H.G. zu Wien in Seuffert LXII Nr. 237), ja die offenen H.G. werden auch Prozesse mit einander führen können (a. A. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. III S. 81, Brand S. 356). Gerät eine der beiden offenen H.G. in Konkurs, die andere in Liquidation, so ist das Vermögen der letzteren nicht in die Konkursmasse der ersteren zu ziehen (O.L.G. Hamburg in D.J.Z. 09 S. 720).

3. **Gemeinschaftliche Firma.** Dieser Umstand hebt die offene Handelsgesellschaft von der bürgerlichen Gesellschaft ab, er ist also begriffswesentlich (vgl. schon R.O.H.G. II S. 424, V S. 388, VII S. 431, 432, VIII S. 248, XII S. 408, 409, R.G.Z. XXXIII S. 127 u. a.). Über das Aussehen der Firma bei §§ 19, 22, 24. Die Annahme einer unzulässigen Firma zerstört den Begriff nicht, sofern sie nur eine gemeinschaftliche sein soll (Behrend § 64 Anm. 3). Bedenklich R.G.Z. LXXXII Nr. 6, wonach eine offene H.G. ausgeschlossen ist, wenn die neue Firma nur aus den Namen eines der Gesellschafter mit einer Sachbezeichnung bestehe. („Hotel Der Königshof für Offiziere und Beamte Fritz Emb"). Meint hiermit das R.G., daß nach außen hin die Gesellschaft nicht hervortreten soll, so ist der Satz richtig. Meint es, daß es lediglich auf das Aussehen der Firma ankommt, so ist er falsch; denn es könnte trotzdem nach außen die Gesellschaft kenntlich sein. In solchen Fällen kann die Gesellschaft gezwungen werden, eine gemeinschaftliche Firma anzunehmen entsprechend dem Grundgedanken von § 2, hierzu Staub-Pinner Anm. 15, 20, 21, Düringer-Hachenburg Anm. 9). — Eine offene H.G. kann nur eine Firma führen, unbeschadet natürlich des § 30 Abs. 3 (oben § 19 Nr. 4). Erwirbt sie ein Geschäft mit einer Firma, so können die Gesellschafter unter dieser Firma eine besondere offene H.G. bilden oder ihre bisherige Firma zugunsten der erworbenen aufgeben. Nr. 6.

4. **Unbeschränktheit der Haftung aller Gesellschafter.** Dies unterscheidet die offene Handelsgesellschaft von der Kommanditgesellschaft. Die Unbeschränktheit muß nach außen bestehen, ob sie unter den Gesellschaftern besteht, ist gleichgültig. Regelmäßig wird der Gesellschaftsvertrag die Beitragspflicht limitieren. Nach außen darf eine Beschränkung nicht zugefügt sein; daß die Unbeschränktheit nach außen zum Ausdruck gebracht wird, ist nicht notwendig. Unter den in § 106 aufgezählten eintragungsbedürftigen Tatsachen figuriert die Unbeschränktheit der Haftung nicht. Umgekehrt ist bei der Kommanditgesellschaft die Beschränkung der Haftung der Kommanditisten offenkundig zu machen (§ 162). Demnach ist jede Personalhandelsgesellschaft kraft Gesetzes eine offene Handelsgesellschaft, sofern nicht die Eigenschaft als Kommanditgesellschaft nachgewiesen wird (vgl. Sachau a. a. O., Lehmann, Lehrb. S. 282, 283, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 200 ff. = Johow-Ring XLI A 118). Wer sich auf die offene Handelsgesellschaft beruft, braucht den Nachweis für die Unbeschränktheit der Haftung nicht zu führen (R.O.H.G. XV S. 21, Busch XII S. 248, sogen. negatives Requisit, vgl. Prot. S. 164, v. Hahn zu Art. 85 § 1). Nr. 7.

5. **Eintragung in das Handelsregister** ist erforderlich, wenn es sich um ein Unternehmen nach § 2 handelt (vgl. darüber bei § 2 Nr. 8), gleichgültig ob die Nr. 8.

Gesellschafter vorher Kaufleute waren oder nicht. Bei natürlichen Handelsgewerben bedarf es der Eintragung dagegen nicht (§ 123 Abs. 2). Hier werden die obligatorischen Verpflichtungen der Gesellschafter schon durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages erzeugt. Aber erst mit dem Beginn des Gewerbes wird die offene H.G. in's Leben gerufen. Dies entspricht den oben § 1 Nr. 7 erörterten Grundsätzen (vgl. auch R.G. in L.Z. 07 S. 218, Staub-Pinner Anm. 11, anders Makower Anm. II S. 6, Brand Anm. 4a, Cosack S. 665f.). Der Schwerpunkt liegt in der äußeren, nicht in der inneren Seite. Niemals hat die Eintragung eine schlechtweg konstitutive Kraft. Eine Gesellschaft, die der wesentlichen Merkmale einer Handelsgesellschaft entbehrt, wird durch die Eintragung nicht offene Handelsgesellschaft, wohl aber hat die Eintragung in allen Fällen die besondere Bedeutung, die ihr § 5 beimißt, und sie stellt stets den spätesten Zeitpunkt dar, mit dem die offene Handelsgesellschaft nach außen in Wirksamkeit tritt (§ 123 Abs. 1). Über die Pflicht zur Anmeldung der Firma bei § 29, § 106.

Nr. 9. 6. **Form des Gesellschaftsvertrages.** Hierüber normiert das bürgerliche Recht; da dieses grundsätzlich von der Formfreiheit ausgeht, so kann, soweit nicht aus § 2 ein anderes hervorgeht, der Gesellschaftsvertrag mündlich, ja schon durch konkludente Handlungen geschlossen werden. Als solche haben zu gelten: gemeinschaftliches Auftreten als Gesellschafter, z. B. durch Firmenzeichnung, Annoncieren in Zeitungen, Vorstellung bei Kunden, auch gemeinschaftliche Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (R.O.H.G. XV S. 21). Dem gemeinschaftlichen Auftreten steht es gleich, wenn der einzelne sich mit dem Willen der anderen als Gesellschafter geriert (Behrend § 64 Anm. 2). Natürlich muß die Eigenschaft als offener Gesellschafter unzweideutig hervorgehen, d. h. es muß unzweideutig hervorgehen, daß der Betreffende Teilhaber einer Personalhandelsgesellschaft sei und daß nichts für eine beschränkte Haftung spreche. Das R.O.H.G. XV S. 429 hat den Ausdruck „Associé" in Verbindung mit dem Satz „wir betreiben gemeinschaftlich ein Handelsgeschäft", nicht für genügend erachtet (!).

Aus dem B.G.B. kommt § 313 auch hier zur Anwendung. Verpflichtet sich demnach z. B. ein Gesellschafter, das Eigentum an einem Grundstück oder ein Erbbaurecht (§ 1017) der Gesellschaft zu inferieren, so muß der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet werden, sonst ist er nichtig, doch heilt die nachfolgende Auflassung und Eintragung den Mangel. Das gleiche würde gelten, wenn die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einen Dritten einem Gesellschafter auferlegt würde (R.G. bei Holdheim 05 S. 112) oder wenn die sämtlichen Gesellschafter Miteigentümer des Grundstücks nach Bruchteilen waren und es nun in das Gesellschaftsvermögen einbringen. Dagegen würde ein Gesellschaftsvertrag, der auf gemeinsamen Erwerb von Grundstücken gerichtet ist (Parzellierungsgesellschaft), ebensowenig dem § 313 B.G.B. unterstehen, als ein Vertrag, durch den ein Anspruch auf Übertragung an die Gesellschaft abgetreten wird (R.G.Z. LXVIII S. 262, R.G. in L.Z. 1911 S. 215). Auch wenn ein neuer Gesellschafter in eine offene H.G., zu deren Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören, eintritt, bedarf der Eintritt nicht der Form des § 313, denn Träger des Eigentums am Grundstücke bleibt die gleiche offene H.G. (R.G.Z. LXXXII Nr. 37). Wie weit eine nach obigem vorhandene Nichtigkeit auf den ganzen Gesellschaftsvertrag einwirkt, entscheidet sich nach B.G.B. § 139 (zur Kasuistik R.G.Z. LXXIX Nr. 73). Auch B.G.B. § 311 kann zur Anwendung gelangen, zumal wenn man der Ansicht ist, daß eine juristische Person Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft werden kann. Über Errichtungsstempel Reichsstempelgesetz von 1913 § 7, Tarif 1 A 1c.

Nr. 10. 7. Über den Fall der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft bei § 162.

Nr. 11. 8. Eine **ausländische** offene Handelsgesellschaft, d. h. eine solche, die im Auslande ihren Sitz hat (O.L.G. Hamburg in D.J.Z. 1900 S. 444), untersteht im allgemeinen dem ausländischen Recht, auch wenn sie eine Zweigniederlassung in Deutschland hat. Das Nähere vergleiche bei § 13 Nr. 16 (R.O.H.G. II S. 38ff., XV S. 426). Hinsichtlich der Form des Gesellschaftsvertrages vgl. Art. 11 des E.B.G.B., zu beachten ist ferner Art. 30 d. E.B.G.B. Die Prozeßfähigkeit ausländischer Gesellschaften ist durch Z.P.O. § 51 anerkannt (vgl. Behrend § 62 Anm. 6). Über offene H.G. in Konsulargerichtsbezirken Konsulargerichtsbarkeitsgesetz vom 7. April 1900 § 2 und R.G.Z. XXXVI Nr. 41.

9. **Älteres Recht.** § 105 ergreift alle bestehenden Gesellschaften, die seinen Erfordernissen entsprechen, auch die vor dem 1. Jan. 1900 entstandenen, nur müssen sie bestehen. Ist eine bis dahin bürgerliche Gesellschaft bereits am 1. Jan. 1900 aufgelöst, so gilt dies nicht (Busch XIII S. 20). Demnach wurde eine vor dem 1. Jan. 1900 gebildete, auf den Betrieb eines Lagerhausunternehmens unter gemeinschaftlichem Namen gerichtete Gesellschaft mit dem 1. Jan. 1900 Handelsgesellschaft und die dem § 105 Abs. 1 entsprechende Vereinigung zweier Wirte, die infolge von Art. 10 des alten H.G.B. der Handelsgesellschaftseigenschaft entbehrte, wurde bei Großbetrieb vom 1. Jan. 1900 ab offene Handelsgesellschaft. Umgekehrt hörte eine nach bisherigem Recht offene Handelsgesellschaft auf, eine solche zu sein, wenn sie es nach neuem Recht nicht mehr ist (vgl. die Fälle im Hamburger Einführungsgesetz § 6 und Bremischen Einführungsgesetz § 5 zum alten H.G.B.). Verwandelte sich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts infolge des veränderten Rechtszustandes am 1. Jan. 1900 ipso jure in eine offene Handelsgesellschaft, so galt sie als mit dem 1. Jan. 1900 gegründete offene Handelsgesellschaft, d. h., es war zwar nicht der Abschluß eines neuen Vertrages nötig, vielmehr blieb der alte Vertrag bestehen, wohl aber waren die Vorschriften über Anmeldung der Gesellschaft (§ 106) zu beobachten und sie trat in ihrem Verhältnisse nach außen hinsichtlich der zukünftigen Rechtsgeschäfte sofort unter das neue Recht. Schwieriger war die Sachlage hinsichtlich der internen Verhältnisse, streng genommen mußten diese nach Art. 170 d. E.B.G.B. dem alten Recht unterfallen, aber der Abschnitt über die internen Verpflichtungen (§§ 109 ff.) enthält doch auch solche Vorschriften, die mit der neuen Qualifikation zusammenhängen, z. B. über Prokuraerteilungen, über Geschäftsführung, auch diese wird man auf sie anwenden müssen, es sei denn, daß der alte Sozietätsvertrag hierüber besondere Bestimmungen enthielt (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 89. Wird eine Vereinigung, die ein gewerbliches Unternehmen des § 2 betreibt, durch eine Eintragung der Firma offene Handelsgesellschaft, so untersteht sie von der Eintragung ab dem H.G.B., während sie bis dahin vom bürgerlichen Recht beherrscht wird. Nr. 12.

Im übrigen vgl. bezüglich der Rückwirkungsfragen bei den einzelnen Paragraphen.

§ 106.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;

2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;

3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.

Entw. I § 95, II § 104; Denkschr. I S. 81, II S. 3179; A.D.H.G.B. Art. 86.

1. **Anmeldung überhaupt.** § 106 stellt eine Anwendung des § 29 auf den Fall der offenen Handelsgesellschaft dar unter näherer Ausführung einzelner Punkte. Die Anmeldung hat nicht bloß bei dem Registergericht des Sitzes der Gesellschaft, sondern auch bei denen der Zweigniederlassungen nach näherer Maßgabe des § 13 zu erfolgen. Doch ist die Eintragung in das Register des Sitzes die maßgebende, so weit sich an die Eintragung rechtliche Folgen für die Entstehung oder Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft knüpfen (§ 123). Nr. 1.

2. **Gericht des Sitzes.** Unter Sitz der Gesellschaft ist der Ort zu verstehen, von dem aus die mehreren Gesellschafter das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben. Dieser Ort kann zugleich der Wohnsitz der Gesellschafter oder eines von ihnen sein, er kann aber auch davon verschieden sein. Ein besonderes Geschäftslokal ist für die offene Handelsgesellschaft nicht erforderlich. Das Geschäft kann in der Wohnung eines Gesellschafters betrieben werden (R.O.H.G. XXV Nr. 14). Dieselbe offene Handelsgesellschaft hat nur einen Sitz, mehrere Sitze kann eine offene Handelsgesellschaft nicht haben (Busch IX S. 453), alle anderen Niederlassungen sind Zweig- Nr. 2.

niederlassungen. Sitz ist der Ort, von dem aus die Leitung des Geschäfts wirklich betrieben wird, nicht der Ort, der bloß als Sitz angegeben ist (Busch XXXI S. 300). Darum hat die Registerbehörde des wirklichen Sitzes das Zwangsrecht nach § 14. Das ergibt sich aus § 107, der bei Verlegung des Sitzes Anmeldung zum Handelsregister verlangt. Unter Verlegung ist sinngemäß hier auch faktische Verlegung zu verstehen (a. A. Puchelt-Förtsch z. Art. 86 Nr. 2, v. Hahn z. Art. 86 § 3). Der Sitz bestimmt prozessual den ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft (Z.P.O. § 17).

Nr. 3. 3. **Zeit der Anmeldung.** Die Anmeldungszeit ist im Gesetzbuch nicht angegeben. Daß die Anmeldung nicht erst nach Entstehen der Gesellschaft erfolgen soll, geht schon daraus hervor, daß im Falle des § 2 erst mit der Eintragung die Gesellschaft entsteht und daß auch sonst nach außen im Zweifel die Wirksamkeit der Gesellschaft erst mit der Eintragung eintritt (§ 123 Abs. 1). Umgekehrt begründet der bloße Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht stets eine sofortige Pflicht zur Anmeldung, zumal wenn der Beginn der Geschäfte noch in weite Ferne gerückt oder von Bedingungen abhängig gemacht ist. Vielmehr muß entweder das Unternehmen bereits ins Werk gesetzt oder doch bereits erkennbar vorbereitet sein. Das Zwangsrecht des Richters aus § 14 ist erst gegeben, wenn durch nach außen erkennbare Handlungen die Realisierungsabsicht der Gesellschafter zu Tage tritt (ähnlich Makower S. 290, Brand Anm. 1a). Versagt einer der Gesellschafter seine Mitwirkung bei der Anmeldung, so ist gegen ihn Klage zu erheben. Vgl. hierüber § 16 Nr. 1—3.

Nr. 4. 4. **Eintragungsbedürftige Tatsachen.** Diese zählt das Gesetz erschöpfend auf. Sie sind stets einzutragen, auch wenn die offene H.G. im Wege der Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine offene H.G. (Fälle der §§ 25, 28) entsteht. Es genügt dann nicht etwa, daß als Inhaber der erworbenen Firma die offene H.G. eingetragen wird (K.G. in Entsch. F.G. III S. 14 = Johow-Ring XXIII A 96). Werden weitere Tatsachen eingetragen und bekannt gemacht, so hat die Eintragung hinsichtlich ihrer keine rechtliche Bedeutung, insbesondere treten die Wirkungen der §§ 15, 123 usw. mit bezug auf solche nicht ein. Dahin gehört z. B. die Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens (vgl. Holdheim bei Holdheim II S. 293), die Dauer der Gesellschaft, die Bestimmung des Vertrages, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll (vgl. v. Hahn zu Art. 86 § 7). Wohl aber kann die Registerbehörde den Nachweis weiterer Tatsachen verlangen, um die Überzeugung von dem Vorhandensein eines Handelsgewerbes, bezw. Großgewerbes zu gewinnen (§§ 2, 4), zumal die genaue Darlegung des Gegenstandes des Unternehmens (vgl. § 12 Nr. 13, 14). Nicht kann die Registerbehörde die Eintragung von der Beobachtung des § 108 abhängig machen. Unterlassen der Zeichnung hat nur die Rechtsfolgen des § 19 H.G.B., 132 F.G.G. (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 245 = O.L.G. Rspr. XIX S. 309; K.G. in Johow-Ring XXXVII A 139).

5. Was die einzelnen Tatsachen betrifft, so ist:

Nr. 5. a) Der bürgerliche Name, der Vorname (d. h. mindestens der Rufname, denn es handelt sich um Feststellung der Identität), der Stand (bei Ehefrauen auch der Stand des Mannes? wohl zu bejahen; bei ledigen Frauen die Tatsache der Ledigkeit [Fräulein] und der bürgerliche Wohnsitz[1]) — anders Goldmann S. 474, Ritter Anm. 2, Brand Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. 5, welche tatsächlichen Wohnort verlangen —) anzugeben. Bei juristischen Personen würde Name und Sitz der juristischen Person an die Stelle treten. Der Angabe der in § 33 enthaltenen Punkte bedürfte es nicht. Sonstige, die Person des Gesellschafters betreffende Tatsachen brauchen nicht angegeben zu werden, auch wenn sie von Interesse für den vorliegenden Fall sind, z. B. nicht, daß der Gesellschafter Teilhaber einer anderen Gesellschaft sei (Z. XV S. 219).

b) Die Firma der Gesellschaft (hierüber bei § 19) und der Ort, wo sie ihren Sitz hat. In letzterer Hinsicht ist bereits bemerkt (oben Nr. 2), daß die offene H.G. nur einen Sitz haben kann. B.G.B. § 7 Abs. 2 ist hier nicht anwendbar (O.L.G. Kolmar in O.L.G. Rspr. XIII S. 73). Sitz ist der Ort, von dem aus die Zentralleitung geführt wird. Willkürlich kann die offene H.G. nicht einen anderen Ort als Sitz bestimmen (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 2).

---

[1]) Der Gesellschafter selbst, nicht der Vertreter R.G.Z. II Nr. 10.

c) Der Zeitpunkt, mit dem die Gesellschaft begonnen hat, d. h. rechtlich zu existieren begonnen hat. Folglich ist diese Nummer nicht anwendbar bei künstlichen Handelsgewerben (§ 2), weil die Gesellschaft hier erst mit der Eintragung rechtlich existent wird. Bei natürlichen Handelsgewerben ist sie eigentlich nur dann anwendbar, wenn die Geschäfte in Wirklichkeit schon begonnen sind (§ 123 Abs. 2). Der bloße Abschluß des Gesellschaftsvertrages würde nicht genügen (anders Makower S. 289, Goldmann S. 472, Brand Anm. 1a, 2c, der zwischen „Entstehung" und „Beginn" der offenen Handelsgesellschaft unterscheidet), doch liegt in der Erklärung, daß die Geschäfte mit einem gewissen Zeitpunkt begonnen haben, die Übernahme der Haftung für alle von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern vorgenommenen Handlungen, auch wenn sie in Wahrheit von denselben einseitig vorgenommen sind (Behrend S. 240 Anm. 60, vgl. R.G.Z. XXXIV Nr. 13). Umgekehrt ist eine Hinausschiebung des Beginnes über den Zeitpunkt der Eintragung nicht eintragungsfähig (§ 123 Abs. 3).

6. Bei den natürlichen Handelsgewerben des § 1 kann es vorkommen, daß die entstandene und nicht registrierte Gesellschaft sich auflöst und daß die Eintragung der Auflösung nach § 143 begehrt wird. Solchenfalls bedarf es, trotzdem die Gesellschaft nicht mehr existent ist, der Nachholung der Eintragung in Gemäßheit von § 106 (vgl. R.O.H.G. XXII S. 204 ff., XXIII S. 227), wobei dann der Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes und alle inzwischen eingetretenen Veränderungen (§ 107) einzutragen sind. Auch von Amts wegen kann hier vorgegangen werden (§ 14), doch wird dies zweckmäßig besser unterlassen werden (Busch II S. 154, Behrend S. 239 Anm. 55). Nr. 6.

7. Über die Vertretungsmacht der Gesellschafter bei § 125 Nr. 1, 6, 9.

8. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 86). Bei Gesellschaften, die schon vor dem 1. Jan. 1900 bestanden und mit dem 1. Jan. 1900 infolge Veränderung der Gesetzgebung ipso jure Handelsgesellschaftseigenschaft erlangten (z. B. Vereinigung zweier Wirte zum Betriebe eines großen Hotels), war als Zeitpunkt, in dem die offene Handelsgesellschaft begonnen hat, der 1. Jan. 1900 anzusehen. Nr. 7.

§ 107.

Wird die Firma einer Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt oder tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Entw. I § 96, II § 105; Denk. I S. 81, II S. 3179; A.D.H.G.B. Art. 87.

§ 107 zählt einige eintragungsbedürftige Tatsachen auf, die sich während des Bestandes der Gesellschaft ereignen. Sein Inhalt ergibt sich ohnehin schon aus §§ 31 Abs. 1, 6 Abs. 1.

Unter Neueintritt eines Gesellschafters ist auch der Fall, daß die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters gemäß der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages fortgesetzt wird (§ 139), einbegriffen. Diesenfalls ist die Anmeldung nach Ablauf der im § 139 Abs. 3 gelassenen Überlegungsfrist vorzunehmen (vgl. bei § 139).

Weitere Fälle, als die in § 107 angegebenen, finden sich in § 125 Abs. 4, § 143, § 157. Auch die Änderung des Namens eines Gesellschafters (§ 21) würde einzutragen sein (anders K.G. in Johow-Ring XXX B 34, welche Entsch. dies nur gestattet, aber nicht für geboten erachtet), ebenso die Verlegung der Handelsniederlassung. Vgl. § 31 Nr. 3. Dagegen ist nicht einzutragen die Verlegung des Wohnsitzes eines Gesellschafters (O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. IX S. 180 = Johow-Ring XXXVI A 263 = O.L.G. Rspr. XIX S. 309).

§ 108.

Die Anmeldungen sind von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Entw. I § 97, II § 106; Denkschr. I S. 81, II S. 3179; A.D.H.G.B. Art. 88.

Sämtliche Gesellschafter, auch die von der Vertretung ausgeschlossenen, haben die Anmeldung persönlich oder durch Bevollmächtigte (§ 12 Abs. 2) zu bewirken. Über die Bedeutung der Anmeldung bei § 12. Jeder Gesellschafter hat gegen den anderen Anspruch darauf, daß dieser seine Mitwirkung nicht versage (über Klage und Urteil bei § 16, Ordnungsstrafen bei § 14). — Die von sämtlichen Gesellschaftern einmal erfolgte Anmeldung ist bis zur Eintragung frei widerruflich, sofern sämtliche Anmeldende den Widerruf vornehmen. Der einzelne kann nun nicht mehr frei widerrufen, er kann höchstens von den Mitgesellschaftern verlangen Mitwirkung zur Rücknahme der Anmeldung und sich im Notfall durch einstweilige Verfügung nach § 16 H.G.B. helfen. Wieweit der Registerrichter durch den Widerruf des einzelnen Gesellschafters veranlaßt wird, weitere Ermittelungen anzustellen, ist eine andere Frage (vgl. K.G. in Entsch. F.G. X S. 214, oben § 12). Solange sich nicht sämtliche Gesellschafter angemeldet haben, kann jeder einzelne seine Erklärung zurücknehmen (vgl. L.G. Hamburg bei Holdheim 04 S. 303; dazu Marcus bei Holdheim 07 S. 151).

Dagegen ist die Zeichnung der Firma und die Namensunterschrift nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern, und nur von diesen persönlich, vorzunehmen, von ihnen aber unterschiedslos, ob sie unbeschränkte oder beschränkte (§ 125) Vertretung haben, und ob der Gesellschafter vorher Prokurist war (K.G. in Johow-Ring XXXVII A 138 = O.L.G. Rspr. XIX S. 311 Anm. 1). Zeichnung und Namensunterschrift können derart erfolgen, daß Firma und Name räumlich zusammen oder derart, daß sie einzeln, räumlich getrennt, geschieden werden (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 244ff. = O.L.G. Rspr. XIX S. 309). Auch im Falle der Gesamtvertretung hat jeder die Firma für sich mit seiner Namensunterschrift zu zeichnen. Es ist keineswegs notwendig, daß gegenüber dem Registerrichter die Zeichnung in der Form der Kollektivzeichnung geschieht. Denn § 108 bezweckt nur, die Prüfung der Echtheit von Firmenzeichnung und Unterschrift durch Einsicht der Originalzeichnung zu ermöglichen und diesem Zweck wird schon durch Einzelzeichnung genügt (Anschütz und von Völderndorff II S. 95, 96). Die entgegengesetzte Ansicht würde, wie Anschütz a. a. O. ausführt, zu den unpraktischsten Resultaten führen. Stets aber muß gegenüber der Registerbehörde die Firma wie Namensunterschrift „gezeichnet", d. h. geschrieben werden. Druck der Firma unter Beischrift des Namens genügt nicht (K.G. in Johow-Ring XXX A 119).

Eine gänzlich andere Frage ist, ob auch im Leben die Zeichnung der Firma, soweit es sich um Formalakte handelt, in der gleichen Weise wie gegenüber der Registerbehörde zu geschehen hat. Diese Frage ist zu verneinen. Wie der Prokurist nach § 53 Abs. 2 der Registerbehörde gegenüber Firma und Namensunterschrift zu zeichnen hat, dagegen im Leben der gestempelten oder gedruckten Firma seinen Namen beifügen kann (vgl. bei § 51), so gilt das gleiche bei den vertretenden Gesellschaftern (R.O.H.G. V S. 266, R.G.Z. XLVII S. 165, vgl. im einzelnen Renaud C.G. § 56, Adler-Clemens Nr. 1445). Der vertretende Gesellschafter kann somit bei schriftlichen Formalakten (z. B. Wechselakzepten) die Firma nebst dem Namen zeichnen, oder er kann nur die Firma zeichnen, oder er kann der gedruckten Firma den Namen beifügen. Handelt es sich um Kollektivvertretung, so wird bei Formalakten entweder die Firma allein, sei es gemeinschaftlich, sei es durch einen mit Ermächtigung der anderen (vgl. bei § 125 Nr. 12) gezeichnet werden müssen, oder es werden die Namen der sämtlichen Gesamtvertreter der geschriebenen oder gedruckten Firma beizufügen sein. Es genügt sogar nach § 125 Abs. 2, wenn nur der eine von den Gesamtvertretern gegebenenfalls mit Ermächtigung der anderen die Firma zeichnet oder der Firma seinen Namen beifügt.

Über die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag für die Art der Firmenzeichnung bei schriftlichen Erklärungen bestimmte Vorschriften mit bindender Kraft für Dritte aufstellen kann, bei § 126 Nr. 2.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

Einleitung.

Das Gesetz scheidet das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander (inneres Verhältnis) und das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten (äußeres Verhältnis). Während das innere Verhältnis von Vorschriften überwiegend dispositiver Natur beherrscht wird, sind die Normen über das äußere Verhältnis zum größten Teil (nicht sämtlich) zwingenden Inhalts. Während jene sich nur als Einzelabweichungen vom B.G.B. darstellen[1]), sind diese eigentümlichen handelsrechtlichen Inhalts. Denn, wie schon bemerkt, hebt sich durch ihr äußeres Verhältnis die Handelsgesellschaft von der bürgerlichen Gesellschaft ab.

§ 109.

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.

Entw. I § 98, II § 107; Denkschr. I S. 82, II S. 3197; A.D. H.G.B. Art. 90, 94, 98.

1. **Gesellschaftsvertrag.** § 109 stellt die ergänzende Natur der das innere Verhältnis regelnden Sätze des H.G.B. fest. Danach richtet sich das innere Verhältnis zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage, soweit dieser nichts bestimmt, nach den §§ 110—122, in letzter Linie nach dem B.G.B. Natürlich ist, daß gegen zwingende Sätze des B.G.B. der Gesellschaftsvertrag nichts ausrichten kann, vorausgesetzt, daß die Kompetenz des bürgerlichen Rechts vorhanden ist. Nr. 1.

Unter Gesellschaftsvertrag ist nicht bloß der Urvertrag zwischen den Gesellschaftern (der sogenannte Gründungsvertrag), sondern auch jede spätere Beredung, die den Gründungsvertrag abändert, zu verstehen. Danach kann auch durch nachträgliche Veränderung des Gesellschaftsvertrages das Recht der §§ 110—122 ausgeschlossen werden. Solche Änderung bedarf der Einstimmigkeit der Gesellschafter, es sei denn, daß sie durch den Gründungsvertrag an andere Voraussetzungen gebunden ist. Sie wirkt im Zweifel nur für die Zukunft. Die vorgenommene Änderung muß der beweisen, der sich auf sie beruft.

Stets muß aber ein Gesellschaftsvertrag vorliegen. Das Gesetz erklärt, wie schon früher (§ 105 Nr. 1) bemerkt, das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages für ein begriffliches Erfordernis der offenen Handelsgesellschaft. Demnach würde die Ausgestaltung in Form eines Dienstvertrages oder eines Darlehnsvertrages unverträglich sein mit dem Begriffe der offenen Handelsgesellschaft. Wie gestaltet dieser Gesellschaftsvertrag nach innen ist, ist gleichgültig. Er kann seiner inneren Regelung nach mit den äußeren Verhältnissen übereinstimmen oder von ihnen abweichen, letzteres, indem z. B. der eine Gesellschafter nach innen wie ein Kommanditist oder Stiller behandelt wird oder indem nach innen bei großer Mitgliederzahl (R.G.Z. XXXVI Nr. 16, L.Z. 1914 S. 1030) eine Organisation nach Art der Aktiengesellschaft oder dergleichen oder einer gewöhnlichen Körperschaft hergestellt wird (vgl. Bolze XIII Nr. 498, XIV Nr. 489, v. Hahn z. Art. 90). Stets muß der Gesellschaftscharakter gewahrt bleiben und darf nicht gegen zwingende Vorschriften verstoßen werden.

Danach muß der Vertrag enthalten eine gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes (Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma) in bestimmter Weise zu fördern, insbesondere die Nr. 2.

---

[1]) Mehrere Sätze des alten H.G.B. sind in das neue nicht aufgenommen, weil sie jetzt in das B.G.B. übergegangen sind. Dahin gehören die Art. 91, 92, 94, 98. Vgl. Denkschr. II S. 3179, 3180.

vereinbarten Beiträge zu leisten (B.G.B. § 705). Der Zweck muß ein erlaubter und, soweit Beiträge vereinbart sind, muß jeder Gesellschafter beitragspflichtig sein. Verstößt der Vertrag hiergegen, so ist keine Gesellschaft entstanden. Insbesondere ist die Beredung, daß einer der Gesellschafter nur am Verluste beteiligt sein soll (societas leonina) ebenso wider die Natur des Gesellschaftsvertrages wie die andere, daß einer der Gesellschafter nicht beitragspflichtig sein solle (Motive z. Entw. I des B.G.B. II S. 594, bestritten). Dagegen darf ausbedungen werden, daß ein Gesellschafter nur am Gewinn beteiligt sein solle. Die Art der Beitragsleistung ist gleichgültig, sie kann in einer Einlage an Geld oder sonstigen Vermögenswerten, oder auch in der Leistung von Diensten bestehen (vgl. bei § 111), nur muß die erforderliche Bestimmtheit über die Beitragsleistung vorhanden sein, d. h. es muß im gesetzlich präsumtiven Falle der gleichen Beitragsleistung die Höhe des Beitrages eines Gesellschafters feststehen, damit B.G.B. § 706 Abs. 1 zur Anwendung gelangen kann (vgl. Busch XVII S. 199). Wollen die Gesellschafter nicht gleiche Beiträge leisten, so muß die Höhe der einzelnen Beiträge bestimmt sein (R.O.H.G. IX S. 39, Busch XXXXVI S. 298). Der Bestimmung der Gewinn- und Verlustanteile bedarf es nicht, in Ermangelung solcher gilt gleicher Anteil am Gewinn und Verluste (B.G.B. § 722 Abs. 1). Wollen die Gesellschafter davon abweichen, so müssen sie mit der erforderlichen Bestimmtheit paktieren. Ist nur der Anteil am Gewinn oder Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust (B.G.B. § 722 Abs. 2). Für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages ist B.G.B. § 157 und, wenn beide Teile Kaufleute sind, H.G.B. § 346 zu beachten. Mit Recht weist hierbei das R.G.Z. (XXX S. 149) darauf hin, daß die Gültigkeit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts möglichst zu retten sei. Dies entspricht der Grundauffassung des Gesetzes, das kein Formerfordernis für die Eingehung des Vertrages aufstellt. Demnach ist das arbitrium boni viri als Ergänzungsmittel des lückenhaften Inhaltes wohl zu verwerten. Enthält der Vertrag zwar die Begriffsmerkmale des Gesellschaftsvertrages, verstößt er aber in Einzelheiten wider das jus cogens z. B. durch eine das Kündigungsrecht der einzelnen Gesellschafter ganz ausschließende oder wider § 133 unzulässig beschränkende Vereinbarung oder durch eine das Kontrollrecht des Gesellschafters gegen § 118 Abs. 2 beschränkende Klausel oder durch die Vereinbarung, daß der Ausschluß eines Mitgliedes in das freie Belieben der anderen gestellt werde (R.O.H.G. XXI Nr. 31, XXIII Nr. 121), so gilt er in seiner Totalität als nichtig, es sei denn, daß anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (B.G.B. § 139). Wer sich auf vom dispositiven Gesetz abweichende oder wider das zwingende Recht verstoßende Abreden beruft, hat diese zu beweisen (anders R.O.H.G. III S. 167ff., R.G.Z. VI S. 79ff.).

Nr. 3. Dem eigentlichen Gesellschaftsvertrag können auch Vorverträge (pacta de ineunda societate) voraufgehen. Praktisch wird dies in den Fällen, wo der Gesellschaftsvertrag einer bestimmten Form bedarf (B.G.B. § 313). Vgl. dazu R.O.H.G. IX S. 38, auch den Fall in R.G.Z. XXXIX Nr. 42; ferner R.G. bei Holdheim VIII S. 155. Auch letztwillig kann, sei es in der Form des Vermächtnisses, sei es in der der Auflage (B.G.B. §§ 1939, 1940) die Verpflichtung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages begründet werden (R.G.Z. XXX Nr. 45).

Nr. 4. 2. Der Gesellschaftsvertrag ist ein **gegenseitiger** Vertrag, untersteht deshalb den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über gegenseitige Verträge (B.G.B. § 320ff., vgl. hierzu Oertmann zu § 705 B.G.B., Düringer-Hachenburg IV S. 40ff., R.G.Z. LXXVIII Nr. 67), soweit nicht das Sonderrecht der Gesellschaften überhaupt und der offenen H.G. insbesondere an Stelle der allgemeinen Vorschriften tritt, (R.G.Z. LXXVIII Nr. 67, LXXXI Nr. 71). Dies wird insbesondere praktisch, wenn die Gesellschaft aus nur zwei Personen besteht. Hier werden die Grundsätze des B.G.B. §§ 320, 321 über die Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung durchaus anwendbar sein. Erhebt die Gesellschaft oder der Mitgesellschafter Anspruch auf die Leistung der Einlage, so wird der Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus vorschieben können (vgl. auch R.G.Z. XXVI S. 257). Aber auch, wo die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, wird dem Anspruche auf Leistung der Einlage an die Gesellschaft der Einwand, daß ein Mitgesellschafter seinerseits nicht erfüllt hat, entgegengesetzt werden können. (Vgl. über die verschiedenen Ansichten Oertmann zu § 705 Nr. 4, Düringer-Hachenburg IV S. 42, aber auch Hoeniger, Die gemischten Verträge S. 268ff.). Wird

einem der Gesellschafter die Leistung des Beitrags unmöglich, oder ist der Gesellschafter in Leistungsverzug, so greifen grundsätzlich B.G.B. § 323ff., § 326 Platz. Sofern jedoch die Gesellschaft bereits in Wirksamkeit getreten ist und so lange sie nicht aufgelöst ist, gehen die Sonderbestimmungen des Handelsrechts, insbes. § 133 H.G.B. vor (vgl. R.G.Z. LXXVIII Nr. 67, R.G. im Recht 07 S. 1064 Nr. 2525, O.L.G. Marienwerder in O.L.G. Rspr. VIII S. 80, Düringer-Hachenburg IV S. 44). Das gleiche gilt bei positiven Vertragsverletzungen (R.G. im Recht 09 Nr. 2785). Anders im Vorstadium der bloß obligatorischen Gebundenheit und im Auseinandersetzungsstadium nach eingetretener Auflösung. Hier würden die allgemeinen Grundsätze gelten. Hinsichtlich der Rechnungslegung bei § 118 Nr. 8. Erfüllungsort für die gesellschaftlichen Verpflichtungen ist der Gesellschaftssitz (R.G.Z. XLVI Nr. 96).

3. **Gesellschaft und Gesellschafter.** Die §§ 110—122 enthalten zerstreute, zum Teil mit dem B.G.B. übereinstimmende, zum größeren Teile von ihm abweichende Sätze über die internen Rechte und Pflichten der Gesellschafter, hinter denen das B.G.B. steht. Insbesondere gehören aus letzterem hierher die §§ 706—708, 713, 717—719 Abs. 1, 722. Die Erörterung der einzelnen §§ des H.G.B. wird deshalb stets unter Erörterung der allgemeinen Rechtsprinzipien des B.G.B. zu erfolgen haben. Wie die Überschrift des zweiten Titels („Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander") ergibt, sind es die Personen der Gesellschafter, die gegen einander aus dem Gesellschaftsvertrage Rechte und Pflichten haben. Während das B.G.B. diese Terminologie streng durchführt, bezeichnet das H.G.B. auch nach innen „die Gesellschaft" als Verpflichtete (§ 110) und Berechtigte (§ 113 Abs. 1). In Wahrheit ist jedoch damit nicht mehr ausgedrückt, als die in der „Gesellschaftskasse" (§§ 111, 122) sich darstellende Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens, das, wie früher ausgeführt ist (Vorbemerkung zum ersten Abschnitt), nicht Vermögen einer juristischen Person, sondern gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter ist. Wenn deshalb die Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter nicht bloß dann, wenn dieser mit ihr als Dritter (z. B. als Verkäufer, Darlehnsgeber) Rechtsgeschäfte abschließt oder gegen sie als Dritter Klage erhebt, sondern auch dann, wenn es sich um die internen Rechtsverhältnisse aus seiner Stellung als Gesellschafter handelt, als solche gegenübertritt, so ist daraus nicht der Schluß zu ziehen, daß die Gesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Vielmehr bleiben es auch hier die einzelnen Gesellschafter, die den Anspruch erheben, die Verpflichtung eingehen usw. Da das Recht dem Gesellschaftsvermögen (der arca communis, Behrend S. 469) zufließen, die Verpflichtung auf dem Gesellschaftsvermögen lasten soll, so wird der gegenüberstehende Gesellschafter so behandelt, als ob er ein Dritter wäre, während auch er Mitträger von Rechten und Pflichten ist (v. Hahn S. 531). Aber diese Behandlung ist nur eine äußerlich formale, nicht eine innerlich materielle. Darum muß der gegen die Gesellschaft klagende Gesellschafter — anders als ein Dritter — alle Einreden aus den internen Verhältnissen der Gesellschafter gegen sich gelten lassen, z. B. die Einrede, daß der mit ihm verhandelnde Gesellschafter in der Geschäftsführung beschränkt war, wie er umgekehrt der klagenden Gesellschaft gegenüber sich auf den Gesellschaftsvertrag stützen kann (vgl. v. Hahn S. 532, von Gorski, die Geschäftsführung und Vertretung der offenen H.G. 1888 S. 55, R.O.H.G. II S. 41). Denn er verklagt im Grunde nur die Mitgesellschafter und wird im Grunde nur von diesen verklagt. Auch die Gesamthaftung der Mitgesellschafter (§ 128) kann er sich nicht zu Nutze machen, indem er sich auf seine Eigenschaft als Gläubiger der Gesellschaft stützt, denn jene würden ihm entgegenstellen können, daß von ihnen nicht mehr als der Betrag der versprochenen Einlage verlangt werden kann (B.G.B. § 707, vgl. auch R.O.H.G. XIII S. 445, Busch XXIV S. 317). Doch gilt alles dies nur, wenn der Gesellschafter als solcher auftritt. Tritt er als Dritter auf, so kann er die Gesellschafter als Gesamtschuldner belangen (R.G.Z. XXXVI S. 63; vgl. § 128 Nr. 12). Nr. 5.

Eine andere Frage ist, ob der gegen die „Gesellschaft"[1]) forderungsberechtigte Gesellschafter, statt als Gläubiger der Gesellschaft aufzutreten, den einzelnen

[1]) Handelt es sich um einen Anspruch nur gegen einen der Gesellschafter z. B. auf Rechnungslegung nach B.G.B. §§ 717, 666 oder auf Auflösung nach § 133 H.G.B. so ist dies ja selbstverständlich (vgl. R.G. bei Holdheim 07 S. 167).

Mitgesellschafter mit der actio pro socio, bezw. ob umgekehrt bei Forderungen der Gesellschaft statt der Gesellschaft ein einzelner Mitgesellschafter in Höhe des eigenen Interesses den schuldnerischen Gesellschafter belangen kann. Diese Frage wird in abstracto, wie nach bürgerlichem Recht, so nach Handelsrecht bejaht werden müssen, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag die innere Ausgestaltung so regelt, daß nur bestimmte Organe dieses Recht geltend machen können (R.G. in J.W. 06 S. 144[21]). Spricht das H.G.B. davon, daß „die Gesellschaft" berechtigt oder verpflichtet sei, so folgt daraus nicht, daß dem anspruchsberechtigten Gesellschafter der andere Weg, aus den internen Beredungen des Gesellschaftsvertrages individualistisch gegen die Mitgesellschafter vorzugehen, verschlossen ist. So ist ihm zweifellos die Feststellungsklage gegen jeden Mitgesellschafter hinsichtlich der Existenz der Gesellschaft oder gesellschaftlicher Rechte zu gewähren (Behrend § 66 Anm. 20, R.O.H.G. IX S. 35, vgl. O.L.G. Dresden bei Kaufmann IX S. 104). Er wird ferner die Leistung der Beiträge und Ersatzsummen an die Gesellschaft verlangen dürfen (R.G.Z. XXXIX S. 169, Recht 08 S. 86 Beil. 2 Nr. 498, Düringer-Hachenburg IV S. 81, 374), wie umgekehrt die Gestattung von Entnahmen von Geldern gemäß § 122 (R.O.H.G. XIX S. 416), und endlich kann, soweit nicht positiv ein anderes bestimmt ist (z. B. § 113) jeder Gesellschafter den die Gesellschaft schädigenden Gesellschafter in Höhe des eigenen Schadens belangen, was insbesondere dann von praktischer Wichtigkeit ist, wenn der zu Belangende die alleinige Geschäftsführung hatte, somit die Erhebung des Prozesses bis zur gerichtlichen Entziehung seiner Geschäftsführung (§ 117) hinausschieben kann (vgl. R.O.H.G. V Nr. 45, Renaud, C.G. S. 256, 257). Belangt umgekehrt der gegen die Gesellschaft anspruchsberechtigte Gesellschafter einen Mitgesellschafter, so wird dieser ihn freilich auf den Gesellschaftsfonds verweisen können (R.O.H.G. XIX S. 416, R.G.Z. XXXI S. 141. Bolze XVII Nr. 518), der Kläger könnte nicht mehr erzielen, als Verurteilung dieses Gesellschafters zur Anerkennung der Zahlung aus der Gesellschaftskasse (vgl. von Hahn zu Art. 112 § 8). Auch der Nachweis, daß der Gesellschaftsfonds nicht ausreichend sei, würde nichts nützen, wenn der Gesellschafter die ihm obliegende Einlage gemacht hat (B.G.B. § 707, R.G.Z. LXXX Nr. 62, Renaud, C.G. a. a. O., a. A. Cosack, H.R. 7. Aufl. S. 674 zu V 2, Düringer-Hachenburg IV S. 85). Ist der Beklagte mit der Leistung der Einlage in Verzug, so gehört die Forderung gegen ihn ja zum Bestande des Gesellschaftsvermögens und der andere Gesellschafter kann durch Ausklagung der Gesellschaft Vollstreckung in die Forderung erzielen (§ 124 Abs. 2).

Nr. 6. 4. **Unübertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Aufnahme eines neuen Gesellschafters. Unterbeteiligung eines Dritten.** Für die Gesamtheit der Ansprüche des einzelnen Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis gilt, daß sie Rechte höchstpersönlicher Art sind, demnach weder im Ganzen noch zu einem Bruchteil (R.G. in L.Z. 09 S. 686) oder in einzelnen Hinsichten (z. B. der Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen den anderen auf Beitragszahlung — K.G. in O.L.G. Rspr. XX S. 231 R.G.Z. XXVI S. 436 — oder auf Auskunft und Rechnungslegung — R.G.Z. LII S. 35, O.L.G. Braunschweig im Recht 1911 Nr. 2323 = O.L.G. Rspr. XXIV S. 131 — oder auf Einsicht in die Bücher — vgl. bei § 118 — oder das Kündigungsrecht oder Recht auf Ausschließung eines Mitgesellschafters — einseitig übertragbar (auch nicht durch letztwillige Verfügung) und nicht verpfändbar oder pfändbar sind (B.G.B. § 717 Satz 1, Z.P.O. § 851[1]). Die in B.G.B. § 717

---

[1]) Unterstehen sie, wenn eine Ehefrau Gesellschafterin ist, im gesetzlichen ehelichen Güterrecht (soweit sie zum eingebrachten Gut gehören) der Verwaltung des Ehemannes? Man wird dies, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind, an sich bejahen müssen. Doch wird die Frage praktisch von geringfügiger Bedeutung sein (B.G.B. § 1367). Nicht zum eingebrachten Gut gehört aller Erwerb der Frau als Gesellschafterin, sei es als Vergütung für Geschäftsführung, sei es als Ersatz für Aufwendungen, sei es kraft Zuwachses aus Gewinnen. Aber auch schon der formelle Umsatz durch Einbringung der Einlagen schafft Vorbehaltsgut. Denn an Stelle der „quoad dominium" inferierten Sachen „erwirbt" die Frau Anspruch auf den Wert. Darnach ist die Folgerung unabweislich, daß der Ehemann, der zuläßt, daß die Ehefrau in eine offene H.G. Sachen des eingebrachten Gutes quoad dominium

Satz 2 gemachten beiden Ausnahmen werden bei den §§ 110, 122 zu besprechen sein. Danach ergibt sich von selbst, daß ein Gesellschafter (auch ein vertretender R.G. in Holdheim 04 S. 50) ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter einen Dritten nicht in die Gesellschaft aufnehmen kann (Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. II S. 613). Der Gesellschaftsvertrag ist nur unter den ursprünglichen Gesellschaftern abgeschlossen, die Aufnahme eines Dritten würde den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem Neuaufzunehmenden darstellen. Tritt demnach ab oder verpfändet ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil, so bedeutet dies höchstens, daß er abtritt oder verpfändet die Rechte, die abtretbar sind (R.G.Z. LXVII Nr. 81); ähnlich bei der Pfändung (R.G. in L.Z. 1907 S. 500). Wohl aber sind abtretbar und pfändbar die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Zahlung der Einlage, Ersatz usw. (R.G.Z. LXXVI Nr. 71, anders R.G.Z. LXXVI S. 436).

In Fällen, wo es sich um Abtretung von jura personalissima oder um Aufnahme eines Dritten in die Gesellschaft handelt, erteilen die übrigen Gesellschafter ihre vorherige oder nachträgliche Zustimmung nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. §§ 182—184), sie können sie sowohl gegenüber dem Gesellschafter wie gegenüber dem Dritten erteilen (B.G.B. § 182 Abs. 1). Auch kann der Gesellschaftsvertrag von vornherein die Zustimmung der übrigen Gesellschafter enthalten (R.G. bei Holdheim 05, S. 163, vgl. Kaufmann 1910 S. 61). Solchen Fall erwähnt § 139 und zweifellos ergibt sich aus diesem § die Gültigkeit eines Vertrages, in dem den Erben gestattet ist, aus ihrer Mitte einen Miterben als Gesellschafter zu präsentieren (R.G.Z. II S. 33), denn die übrigen Gesellschafter haben es ja gar nicht in der Hand, darauf einzuwirken, wer von mehreren Erbanwärtern wirklich Erbe wird. Ja, weitergehend wird eine generelle Konsenserteilung zur Aufnahme jedes beliebigen Dritten (vgl. Busch XIV S. 405—407) für gültig zu erachten sein (ebenso Makower S. 279, Goldmann S. 488, Brand S. 316, Düringer-Hachenburg IV S. 27). Wenn Behrend (§ 67 Anm. 16; vgl. auch Staub-Pinner Anm. 19, Ritter Anm. 5) einwendet, daß eine solche dem Wesen der Personalhandelsgesellschaft widerspreche, so ist zu bemerken, daß auch für die bürgerliche Gesellschaft, die ja noch enger an die Personen der Gesellschafter geknüpft ist, dieser Fall sehr wohl praktisch werden kann. Man denke nur an nicht rechtsfähige Vereine (B.G.B. § 54). Mißstände können aus der Zulassung kaum erwachsen, die §§ 138 140, 141 helfen hier aus. Die Gläubiger haben nur den Vorteil einer größeren Zahl von Gesamtschuldnern.

Das obige gilt auch bei Aufnahme eines Kommanditisten. Dagegen kann der vertretende Gesellschafter einen stillen aufnehmen (vgl. § 335 Nr. 12). Selbstverständlich ist ferner, daß ein Gesellschafter einseitig einem Dritten seinen Anteil in der Weise übertragen oder einen Dritten an seinem Anteil in der Weise beteiligen kann, daß nur zwischen ihm und dem Dritten obligatorische Beziehungen entstehen (Untergesellschafter, socius admissus Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. II S. 613[1])). Diesenfalls tritt aber der Untergesellschafter (croupier) als solcher in kein unmittelbares Verhältnis zur Gesellschaft, er hat lediglich Rechte und Pflichten gegenüber dem betreffenden Gesellschafter (O.L.G. Braunschweig in L.Z. 08, S. 553). Soweit die Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft abtretbar sind, kann der

---

inferiert, seine Rechte an diesen Sachen aufgibt. Da nun ohne solche Zulassung eine Ehefrau, die aus ihrem eingebrachten Gut Einlagen machen soll, nicht gut in eine offene H.G. eintreten kann, ist die Frage praktisch unwichtig. — Anders, wenn die Ehefrau kraft Erbrechts Gesellschafterin wird, ohne daß der Gesellschaftsanteil durch Bestimmung des Erblassers Vorbehaltsgut wird. Für diesen Fall könnte das Verwaltungsrecht des Ehemannes in Frage kommen und können Komplikationen entstehen. Duldet hier der Mann, daß die Frau in der Gesellschaft bleibt, so greift § 1405 B.G.B. Platz. Erhebt er Widerspruch und kündigt er nicht die Gesellschaft aus § 1358, so kann eine schwierige Rechtslage entstehen. Jedenfalls würde mit dem formellen Widerspruch eine Haftung des sonstigen eingebrachten Gutes der Frau für die Gesellschaftsschulden aufhören.

1) Analog ist der Fall der Nießbrauchsbestellung. Darüber Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch, S. 150 ff., Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. III S. 539.

Dritte kraft des zwischen ihm und dem Gesellschafter geschlossenen Vertrages möglicherweise Zessionar dieser Ansprüche werden und dann als solcher in Gemäßheit des bürgerlichen Rechts der Gesellschaft gegenübertreten. Dagegen erwirbt er niemals volle mitgliedschaftliche Stellung, demnach kein Recht der Geschäftsführung, keinen Anspruch auf persönliche Information (§ 118), kein Teilnahmerecht an der Beschlußfassung (§ 119), kein Kündigungsrecht als Gesellschafter und dergl. Auch im Stadium der Liquidation, ja selbst nach deren Beendigung sind ihm die dem Gesellschafter gewährten Rechte (§§ 155, 157) versagt. Gesellschafter bleibt nach wie vor der ihn Beteiligende, dem seine volle Aktionsfreiheit innerhalb der Gesellschaft verbleibt. Deshalb würde der Untergesellschaftsvertrag nicht der Form des § 313 B.G.B. bedürfen, wenn die Unterbeteiligung an dem aus Verkauf von Bauland durch die Gesellschaft erzielten Gewinn besteht (R.G. bei Holdheim 1910 S. 66). Verletzt der Hauptgesellschafter durch Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte, z. B. durch Teilnahme an einem die Dividende verkürzenden Beschluß, die ihm seinem Untergesellschafter gegenüber bestehenden Verpflichtungen, so kann dieser sich nur an ihn halten, der Beschluß bleibt dagegen in Wirkung (vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 32). Die übrigen Hauptgesellschafter könnten höchstens aus § 826 B.G.B. haftbar werden. — Über die weiteren Modalitäten des internen Verhältnisses zum croupier, der gewöhnlich dem Gesellschafter das Einlagekapital vorschießt (v. Hahn zu Art. 98 § 4), entscheidet die Beredung. Aus ihr ergibt sich insbesondere, wie weit der Gesellschafter seinem croupier rechnungspflichtig ist. Dabei kann der croupier niemals verlangen, daß ihm der Gesellschafter Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft verschaffe, denn damit würde er sich eine mitgliedschaftliche Stellung anmaßen (R.O.H.G XXIII Nr. 41), ja, er kann nicht einmal verlangen, daß ihm der Gesellschafter den ganzen Geschäftsbetrieb aufdecke oder über Einzelheiten des Geschäftsbetriebes Mitteilung mache, über die der Gesellschafter Verschwiegenheit zu bewahren hat. Die Rechnungspflicht findet ihre Grenze in der Verschwiegenheitspflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Der Gesellschafter braucht insbesondere ihm nicht die detaillierte Bilanz auszuliefern, sondern er hat nur die Verpflichtung, ihm deren Resultat und denjenigen Inhalt, dessen Offenlegung nicht wider die Verschwiegenheitspflicht verstößt, mitzuteilen (v. Hahn zu Art. 98 § 5). — Die interne Beredung entscheidet weiter, zu welchen Leistungen der Gesellschafter dem croupier verpflichtet ist, z. B. wie weit er gegen oder für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages stimmen, die Auflösung betreiben muß.

Ist eine Ehefrau Gesellschafterin, so kann der Ehemann die gegen die Gesellschaft erwachsenden übertragbaren Rechte der Ehefrau in eigenem Namen geltend machen (B.G.B. § 1380), soweit sie zum eingebrachten Gut gehören (darüber oben S. 350 Anm. 1). Das Recht der Geschäftsführung, persönlichen Information und Teilnahme an der Beschlußfassung würde ihm dagegen nicht zustehen, denn er ist nicht gesetzlicher Vertreter der Ehefrau und sein Nutznießungsrecht besteht an jura personalissima nicht (Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. IV S. 166, 167, Busch II S. 173).

Nr. 7. 5. **Maß der vom Gesellschafter in Angelegenheit der Gesellschaft zu vertretenden Sorgfalt.** Nach B.G.B. §§ 708, 277 haftet der Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen für culpa in concreto d. h. jedenfalls für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, für leichte Fahrlässigkeit dagegen dann nicht, wenn er in eigenen Angelegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347) außer Acht zu lassen pflegte. Dabei trifft ihn der Exkulpationsbeweis (B.G.B. § 282, R.G. im Recht 07 S. 698 Nr. 1432). — Diese Haftung gilt aber nur insoweit, als er als Gesellschafter handelte, nicht, soweit er der Gesellschaft als Dritter, z. B. als Verkäufer gegenübertritt. Letzterenfalls haftet er nach allgemeinen Grundsätzen. Sie trifft ihn als Gesellschafter, gleichgültig, ob er geschäftsführender Gesellschafter ist oder nicht. Nur muß er ihm obliegende Verpflichtungen erfüllen, sei es, daß ihm solche durch das Gesetz oder durch den Gesellschaftsvertrag oder gar durch besonderen Beschluß der Gesellschafter übertragen sind. Mit Recht nehmen Staub-Pinner zu § 114 Anm. 14 gegen v. Hahn (zu Art. 93 § 8) auch für den Fall, daß ein nichtgeschäftsführender Gesellschafter einen einzelnen Auftrag erhält, das gleiche Maß der Haftung an (vgl. auch v. Gorski S. 26). Nur muß der Auftrag dem Gesellschafter als solchem erteilt sein. Anders, wenn der Gesellschafter einen

Dienstvertrag mit der Gesellschaft schließt, hier haftet er für omnis culpa, selbstverständlich auch, wenn er unbeauftragt Geschäfte besorgt oder gar unerlaubte Handlungen begeht (Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. II S. 602).

Das Maß der Haftung kann der Gesellschaftsvertrag erweitern oder einschränken, nur kann die Haftung wegen Vorsatzes nicht erlassen werden (B.G.B. § 276 Abs. 2); wohl aber kann nachträglich auch auf Geltendmachung des aus dolus zu leistenden Ersatzes von der Gesellschaft verzichtet werden. Der Verzicht würde mit Wirkung für die Gesellschaft durch den vertretenden Gesellschafter erfolgen, doch würde, falls ein anderer geschäftsführender Gesellschafter widersprach (§§ 116 Abs. 1, 115), die Berufung auf das interne Verhältnis dem dechargierten Gesellschafter gegenüber wirken (oben Nr. 5).

Der danach schadensersatzpflichtige Gesellschafter kann sich auch nicht darauf berufen, daß er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß besondere Vorteile verschafft hat. Dieser im alten Recht (Art. 94 Abs. 2) besonders hervorgehobene Satz ist als selbstverständlich fortgelassen worden (Denkschr. II S. 3180), wohl aber kann er mit den Ansprüchen aus § 110 aufrechnen. Mehrere aus derselben Handlung ersatzpflichtige Gesellschafter haften als Gesamtschuldner.

6. Über die Verpflichtung der Gesellschafter zur Leistung der Beiträge bei § 111, das Konkurrenzverbot bei den §§ 112, 113, den Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen bei § 110, Recht und Pflicht der Geschäftsführung bei den §§ 114—119, das Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen bei den §§ 111, 120—122. Nr. 8.

7. **Älteres Recht.** § 109 bezieht sich auch auf unter der Herrschaft des älteren Rechts abgeschlossene Gesellschaftsverträge, wenn die Gesellschaft damals bürgerliche Gesellschaft war und erst infolge Änderung der Gesetzgebung zur Handelsgesellschaft wurde (siehe oben bei § 105 Nr. 12). Doch ist zu beachten, daß ein Gesellschaftsvertrag, der abgeschlossen wurde, als die Gesellschaft noch nicht Handelsgesellschaft war, über Punkte, die aus der neuen Eigenschaft als Handelsgesellschaft resultieren, entweder schweigen wird (z. B. über das Konkurrenzverbot der §§ 112, 113, die Bestellung von Prokuristen, die Einsicht in die Handelsbücher) oder mit Vorsicht aufzunehmende, weil von anderen Voraussetzungen geleitete Bestimmungen treffen wird. War z. B. früher bestimmt, daß an der Geschäftsführung alle Gesellschafter teilnehmen, so wäre zwar im Gebiete des preußischen und gemeinen Rechts die Folge gewesen, daß für die Führung der Geschäfte Einstimmigkeit aller Gesellschafter notwendig war. Aber darin läge doch nur die besondere Anerkennung der gesetzlichen Regel, daß keiner von der Geschäftsführung ausgeschlossen sei, nicht die besondere Stipulierung ausnahmsweiser Kollektivgeschäftsführung. Verwandelt sich nun die Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft, so läßt sich nicht annehmen, daß die Gesellschafter einen nur abnormen Zustand kollektiver Geschäftsführung beibehalten wollen, vielmehr wird man die Sache so zu betrachten haben, als ob der Gesellschaftsvertrag sich jeglicher Bestimmung enthielte, und § 115 zur Anwendung bringen können. Nr. 9.

War die Gesellschaft bereits vor dem 1. Jan. 1900 offene Handelsgesellschaft, so beherrschte, so lange der alte Gesellschaftsvertrag fortdauerte, die internen Verhältnisse das alte Recht (E.B.G.B. Art. 170; K.G. in Johow-Ring XXXII A 129) Tritt dagegen ein neuer Gesellschafter ein oder scheidet ein Gesellschafter aus, oder wird die Gesellschaft nach Ablauf ihrer Dauer fortgesetzt, so tritt sie unter das neue Recht. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 19, 20, 87, 88.

§ 110.

Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.

Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.

Entw. I § 99, II § 108; Denkschr. I S. 83, 84, II S. 3180; A.D.H.G.B. Art. 93.

Der Inhalt des § 110 entspricht zu einem Teile dem bürgerlichen Recht, zu einem anderen geht er darüber hinaus.

Nr. 1. 1. **Ersatz für Aufwendungen.** Der Anspruch des Gesellschafters auf Ersatz für Aufwendungen, den § 110 Satz 1 gewährt, ergibt sich schon aus B.G.B. §§ 713, 670, 683. Unter Aufwendungen sind alle Kapitalsaufopferungen mit Ausnahme der geschuldeten Einlagen zu verstehen, ob sie in baren Vorschüssen, baren Auslagen oder sonstigen Leistungen bestehen, dagegen fallen nicht darunter der Gesellschaft geleistete Dienste und für die Gesellschaft eingegangene Verbindlichkeiten.

Die Aufwendungen müssen in Gesellschaftsangelegenheiten gemacht sein. Praktisch wird es sich meist um den geschäftsführenden Gesellschafter handeln, doch kann auch der Nichtgeschäftsführende kraft besonderen Auftrages oder als negotiorum gestor (vgl. B.G.B. §§ 683, 679) in Frage kommen. Liegen beide Voraussetzungen nicht vor, so kann Ersatz nicht verlangt werden. Als Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten (Auslagen) sind Bezahlungen von Gesellschaftsschulden auf Grund des § 128 aufzufassen (R.G.Z. XXXI S. 141), es sei denn, daß der Gesellschafter nach den internen Vereinbarungen zu solchen verpflichtet ist. Dabei ist gleichgültig, ob die Bezahlung freiwillig oder zwangsweise (aus § 128) erfolgte. — Nicht Aufwendungen in diesem Sinne sind Vorschüsse, die der Gesellschafter einem Mitgesellschafter macht, indem er z. B. für diesen die Einlage in die Gesellschaftskasse zahlt. Bezüglich dieser kann er sich nur an den Mitgesellschafter halten. Ebensowenig gehören dahin kontraktliche Leistungen, die der Gesellschafter als Dritter an die Gesellschaft macht (Zahlung des Kaufpreises).

Die Aufwendungen muß der Gesellschafter den Umständen nach für erforderlich halten dürfen. Ob sie wirklich erforderlich waren, ist gleichgültig. Andererseits genügt es nicht, wenn er sie selbst für erforderlich hielt, auch der Maßstab der culpa in concreto kann hier nicht angelegt werden (so Goldmann, Düringer-Hachenburg u. A.), denn dieser soll nur für die Erfüllung der Sozietätspflichten Platz greifen. Vielmehr kommt es auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns an. Deshalb wird bei Bezahlungen von Gesellschaftsschulden der Gesellschafter sorgfältig zu prüfen haben, ob der vermeintliche Anspruch begründet ist; im Prozeß als Beklagter wird er der Gesellschaft den Streit verkünden (Düringer-Hachenburg Anm. 10). — Als erforderliche Aufwendungen wird man auch Aufwendungen für Versicherungen anzusehen haben, die der Gesellschafter nimmt, um Verluste aus Gefahren, die mit der Geschäftsführung verbunden sind, zu decken (Düringer-Hachenburg § 110 Anm. 19).

Über die Frage, ob sich der Gesellschafter wegen des Anspruches auch an die Mitgesellschafter halten kann, oben bei § 109 Nr. 5.

Nr. 2. 2. **Verzinsung aufgewendeten Geldes.** Der Satz entspricht dem B.G.B. § 256. Die Zinsen betragen 5 % (§ 352 Abs. 2). Sind andere Gegenstände als Geld aufgewendet, so tritt der Wert an deren Stelle.

Nr. 3. 3. **Eingehen von Verbindlichkeiten für die Gesellschaft.** Geht der Gesellschafter für die Gesellschaft Verbindlichkeiten ein, so kann er nach allgemeinen Grundsätzen Liberation von der Gesellschaft verlangen (B.G.B. § 738 Satz 2). Verbürgte er sich für die Gesellschaft, so greift B.G.B. § 775 Platz. Bezüglich des Anspruches auf Vorschuß wegen der zur Ausführung des Geschäfts erforderlichen Aufwendungen B.G.B. §§ 713, 669.

Nr. 4. 4. **Vergütung für Dienstleistungen.** Leistet der Gesellschafter der Gesellschaft Dienste, so kann er in Ermangelung besonderer Vereinbarung, die auch stillschweigend erfolgen kann (R.G in J.W. 01, S. 406[25]), insoweit keine Vergütung verlangen, als die Dienstleistung Ausfluß seiner Geschäftsführungspflicht ist (§ 114 Abs. 1). Als solche gilt für den geschäftsführenden Gesellschafter jedenfalls die

Leistung der gewöhnlichen (eine besondere Fertigkeit nicht voraussetzenden) Dienste, die die Geschäftsführung mit sich bringt, insbesondere der rein kaufmännischen Tätigkeit. Dagegen ist es Tatfrage, ob Dienste, die eine besondere technische, künstlerische oder wissenschaftliche Vorbildung oder Fähigkeit voraussetzen, unter die Geschäftsführungspflicht fallen sollen. Eine Vermutung läßt sich hier weder im einen noch im anderen Sinne aufstellen, vielmehr ist der Sinn des Gesellschaftsvertrages zu erforschen. Ist nach diesem der Zweck der Gesellschaft ein derartiger, daß solche Dienste als in die Geschäftsführungspflicht fallend von vornherein bestimmt waren, so kann Vergütung nicht verlangt werden; anders wenn die Geschäfsführungspflicht sich darauf nicht erstrecken sollte. Möglicherweise wird auch aus der Art der Gewinnbeteiligung der Schluß gezogen werden können, ob ein besonderes Äquivalent geleistet werden soll oder nicht (R.O.H.G. III S. 174). Dagegen wird man bei Diensten, die ganz außergewöhnlicher Art für das betreffende Handelsgewerbe sind, wenn also der Gesellschafter infolge besonderer Umstände einmal in die Lage kommt, besondere Fähigkeiten für die Gesellschaft zu verwerten, regelmäßig stillschweigende Zusicherung einer Vergütung annehmen dürfen (v. Hahn zu Art. 93 § 5, Motive z. Entw. I d. B.G.B Bd. II S. 607). Ist dem Gesellschafter für seine Dienstleistung besondere Vergütung durch Vereinbarung zugesprochen, so finden die Vorschriften über den Dienstvertrag grundsätzlich keine Anwendung, so wäre z. B. K.O. § 61 Nr. 1 überhaupt nicht, B.G.B. § 616 nur hinsichtlich des ersten Satzes anwendbar (Düringer-Hachenburg IV S. 71.) — Was den nichtgeschäftsführenden Gesellschafter betrifft, so würde, falls dieser Kaufmann ist, an sich § 354 anzuwenden sein. Doch wird man hier häufig eine entgegengesetzte Willensmeinung annehmen dürfen (vgl. bei § 354), besonders dann, wenn es sich um Aushilfetätigkeiten, die eine besondere Belastung nicht darstellen, handelt, wenn der Gesellschafter sich freiwillig dazu erboten hat u. dgl. Denkbar ist auch, daß der Gesellschafter einen besonderen Dienstvertrag oder Werkvertrag mit der Gesellschaft abschließt (vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 73, 75).

5. **Ersatz von Verlusten aus der Geschäftsführung.** Hier geht das H.G.B. über das bürgerliche Recht hinaus. Nach letzterem würde die Gesellschaft nur haften, wenn sie, d. h. die übrigen Gesellschafter, schuldhaft dem nichtwissenden Gesellschafter die Gefahren verschweigt, die mit der Geschäftsführung verbunden waren (vgl. Motive z. Entw. I d. B.G.B. Bd. II S. 609, R.G.Z. LXXV S. 212). Nach Handelsrecht haftet die Gesellschaft schlechthin für Verluste, die der Gesellschafter aus mit der Geschäftsführung untrennbar verbundenen Gefahren erleidet. Der Verlust braucht sogar nicht direkt durch die Geschäftsführung, sondern kann auch bei Gelegenheit der Geschäftsführung erfolgt sein, sofern sich beides nicht trennen läßt. Der Verlust kann durch eine Gefahr für das Vermögen oder die Person erzeugt sein (Prot. S. 986, Puchelt-Förtsch zu Art. 93 Nr. 5). Ersatzberechtigt ist nicht bloß der eigentlich geschäftsführende Gesellschafter innerhalb der Grenzen seiner Geschäftsführung, sondern auch der nichtgeschäftsführende, wenn er kraft besonderen Auftrages handelt, dagegen nicht der negotiorum gestor (von Krämel in Busch IV S. 6, anders Düringer-Hachenburg), ebensowenig der vertretungsberechtigte, der über die Grenzen der Geschäftsführung hinaus handelt. Einwand eigener Schuld aus B.G.B. § 254. „Verlust" liegt auch dann vor, wenn Ersatz von der dritten, primär haftpflichtigen Seite nicht zu erlangen ist (Düringer-Hachenburg Anm. 9). Nr. 5.

6. In allen diesen Fällen haftet die Gesellschaft, die Schuld ist eine Gesellschaftsschuld. Der Gesellschafter hat Anspruch auf den ganzen Betrag und braucht sich den auf ihn entfallenden Teil nicht abrechnen zu lassen, er kann den Anspruch schon während des Bestandes der Gesellschaft geltend machen (R.G.Z. XXXI S. 141, vgl. Staub-Pinner § 110 Anm. 2). Demgemäß kann er seinen Anspruch nach B.G.B. § 717 übertragen, ist dieser Anspruch verpfändbar und pfändbar (Düringer-Hachenburg IV S. 31, 381). Wieweit der Anspruch gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden kann, darüber bei § 109 Nr. 5. Nr. 6.

7. **Älteres Recht.** § 140 Abs. 1 bezieht sich nicht auf Gesellschaften, die aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 herstammen, wohl aber ist Abs. 2 auch auf solche anzuwenden (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 98 Anm. 158). Nr. 7.

§ 111.

Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Entw. I § 100, II § 109; Denkschr. I S. 82, 84, II S. 3180; A.D.H.G.B. Art. 95 (91, 02).

M. Eschelbacher, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen, Diss.

§ 111 stellt gewisse Folgen fest, die sich bei pflichtwidriger Verkürzung der Geschäftskasse um Geldsummen durch einen Gesellschafter ergeben. Drei Fälle werden unterschieden:

Nr. 1. 1. **Nichtrechtzeitige Einzahlung der Geldeinlage.** Einlage und Beitrag werden gewöhnlich geschieden nach der Art des Leistungsobjektes. Es wird bei Einlage gewöhnlich an Vermögenswerte gedacht, die des Überganges aus dem Vermögen des Gesellschafters in das der Gesellschaft fähig sind (Behrend § 68 Anm. 2), in welchem Sinne man Geld, Rechte, Beziehungen von Vermögenswert, dagegen nicht Dienste, zur Einlage rechnet, während der „Beitrag" auch solche umfaßt. Aber, wie das B.G.B. beide „Beitrag" nennt, so hebt es in § 733 Abs. 2 Einlagen hervor, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, so daß ihm auch Arbeitseinlagen Einlagen sind. Einlage und Beitrag scheiden sich aber auch nicht durch den Umstand, daß die Einlage stets geleistet ist, der Beitrag geschuldet sein kann. Zwar scheint das B.G.B hiervon auszugehen (Mot. z. Entw. I d. B.G.B. Bd. II S. 597), vgl. insbesondere B.G.B. § 707, wo der „vereinbarte Beitrag" der „durch Verlust verminderten Einlage" gegenübergestellt wird, ferner B.G.B. §§ 733, 734, 739, H.G.B. § 121 Abs. 2. Aber in B.G.B. § 718 ist doch davon die Rede, daß die „Beiträge" der Gesellschafter deren gemeinschaftliches Vermögen werden und hier kann nur an wirklich geleistete Beiträge gedacht sein. Umgekehrt wird in unserem § 111 von einer geschuldeten Geldeinlage gesprochen. Demgemäß sind die in der bisherigen Rechtssprache gemachten Unterschiede als rechtlich belanglos zu betrachten. — Der Beitrag oder die Einlage (von denen wohl zu scheiden sind der Gesellschaft gemachte Darlehen, vgl. über den Unterschied beider Bolze XIX Nr. 621) kann bestehen in Sachen, Rechten, insbesondere Forderungen (auch Forderungen gegen einen Mitgesellschafter — a. A. nicht zutreffend Düringer-Hachenburg IV S. 56), faktischen Verhältnissen (Kundschaft), aber auch in Diensten (B.G.B. § 706 Abs. 3, R.G. bei Holdheim 09, S. 321; Rehm, Bilanzen [1] S. 180) oder in Herstellung eines Werkes (über diese Fälle Düringer-Hachenburg IV S. 68 ff.) Er kann bestehen in einzelnen Sachen oder Rechten oder in einem Vermögensinbegriff (Geschäft). Besteht er in einzelnen Sachen, so können diese vertretbare oder nicht vertretbare, verbrauchbare oder nicht verbrauchbare sein (B.G.B. § 706 Abs. 2). — Die Einlage kann gemacht werden entweder quoad dominium, d. h. so, daß der Gegenstand ganz aus dem Vermögen des Gesellschafters in das der Gesellschaft übergeht, demnach, wenn es sich um eine dem Gesellschafter gehörige Sache handelt, daß die Gesellschaft das Eigentum daran erwirbt, wenn es sich um eine ihm zustehende Forderung handelt, daß die Gesellschaft Gläubigerin wird, wobei natürliche Voraussetzung ist, daß der Gegenstand überhaupt selbständig übertragbar ist (R.G. bei Holdheim 1911, S. 147). Oder quoad sortem, d. h. so, daß Gebrauch und Gefahr auf die O.H.G. übergehen sollen (R.G.Z. LIV S. 280). Oder endlich quoad usum, d. h. so, daß der Gesellschaft nur die Benutzung überlassen wird (B.G.B § 738). Letzterenfalls werden die Grundsätze über Miete und Pacht mit Vorsicht anzuwenden sein (darüber Düringer-Hachenburg IV S. 62 ff.). So wird es des schriftlichen Vertrages hier nicht bedürfen, § 536 Schlußsatz B.G.B. wird gewöhnlich nicht, § 537 B.G.B wird nur selten in

Frage kommen, im letzteren Falle kann, wenn die Gesellschaft in Wirksamkeit getreten ist, § 133 H.G.B. maßgebend sein, ähnlich im Falle von § 542, 543, B.G.B. § 548 B.G.B. ist nur mit großer Vorsicht anwendbar, §§ 558 Abs. 1, 559, 567, zessieren u. a. m. Wann Einlage quoad dominum oder sortem, wann quoad usum gemeint ist, entscheidet der Vertrag. Doch stellt das B.G.B in § 706 Abs. 2 im Anschlusse an Art. 91 Abs. 1 des alten H.G.B. gewisse Interpretationsgrundsätze auf. Bei vertretbaren oder verbrauchbaren Sachen soll im Zweifel angenommen werden, daß sie quoad dominium inferiert werden sollen, das gleiche soll bei nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen gelten, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist. Den weiteren Interpretationssatz des alten Art. 91 Abs. 2, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämtlicher Gesellschafter aufgenommenen Sachen im Zweifel ebenfalls als quoad dominium inferiert gelten sollen, hat weder das B.G.B. noch das H.G.B. aufgenommen. Doch wird bei der freien Beweiswürdigung des Richters auch hier meist möglich sein, Absicht der Illation quoad dominium anzunehmen. In allen Fällen bezieht sich die Präsumtion aber nur auf das Illationsversprechen, nicht auf die wirkliche Illation (anders im älteren Recht, R.G.Z. XXXI S. 29).

Bei der Einlage ist nämlich zu unterscheiden das Illationsversprechen Nr. 2.
und die wirkliche Illation. Jenes erfolgt in dem Gesellschaftsvertrage, sei es von Anfang an, sei es nachträglich durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Die wirkliche Illation ist die Erfüllung des Illationsversprechens, sie ist bei Einlagen quoad dominium derjenige rechtsgeschäftliche Akt, durch den die Übertragung in das Eigentum der Gesellschaft, bei Einlagen quoad usum derjenige Akt, durch den die Gebrauchsüberlassung effektuiert wird. Über diesen Akt normiert das bürgerliche Recht, möglicherweise auch das Handelsrecht. Demgemäß geschieht die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nach B.G.B. §§ 929 bis 936, H.G.B. §§ 366, 367, an Grundstücken nach B.G.B. §§ 925, 926, die Übertragung einer Forderung nach B.G.B. §§ 398 ff.[1]) (vgl. auch B.G.B. § 720), die Bestellung eines Nießbrauchs nach B.G.B. § 1032 bzw. § 873 usw. (über Einbringung von Patenten O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. XVI S. 89). Dabei ist, wenn es sich um die Übertragung beweglicher Sachen handelt, die Anwendung des Grundsatzes: „Hand wahre Hand" (B.G.B. §§ 933 bis 936, H.G.B. §§ 366, 367), schon dann ausgeschlossen, wenn der Einbringende zur Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben ist (R.G.Z. IX Nr. 32, O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 458), denn die mala fides auch nur eines bei dem Erwerb tätigen Gesellschafters infiziert die Gesellschaft (vgl. auch die Zitate von Riesenfeld bei Gruchot XXXIX S. 797, Reichel in J.W. 1910 S. 742). Ebenso greift die in § 3 Ziffer 2 des Anfechtungsgesetzes liegende Vermutung der Fraudulosität einer offenen H.G. schon dann Platz, wenn nur einer der Gesellschafter in dem Verwandtschaftsverhältnis mit dem anderen Vertragsteil steht (R.G.Z. XLIII Nr. 27). Weitere Anwendungsfälle: R.G. bei Holdheim 1900 S. 287, Recht 07 S. 988 Nr. 2408. — Handelt es sich um die Übertragung von Grundstücken, so ist Auflassung und Eintragung auch dann nötig, wenn das Grundstück den Gesellschaftern bisher zum Miteigentum nach Bruchteilen gehört hatte (Z. XXII S. 280, Johow XVII S. 262 ff., S. 44 ff., im Gegensatz zu Johow VI S. 67, R.G.Z. LIV S. 105, LVI Nr. 24, LXI S. 75, LXV S. 233, Bayer. Obst. Lb.G. in O.L.G. Rspr. X S. 239, K.G. in O.L.G. Rspr. XIII S. 23, Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen 1911 S. 70 ff.), denn der Erwerb des Eigentums an Grundstücken seitens der Gesellschaft (§ 124) vollzieht sich nach allgemeinen Grundsätzen (Denkschr. II S. 3179) und bei Auflösung besteht nur ein Anspruch auf den Wert. Ja nicht einmal nach innen würde das Grundstück in das Gesellschaftsvermögen ohne gerichtlichen oder notariellen Akt wandern (B.G.B. § 313, anders R.G. bei Gruchot XXXVII S. 1155, XXXVIII S. 1061), selbst im Liquidationsstadium würde Auflassung auf die Firma der Gesellschaft vom Liquidator verlangt werden können (R.O.H.G. XII Nr. 12), sofern die Vertragsberedung nicht auf ein anderes hindeutet (R.O.H.G. XXII Nr. 45). Anders Bolze XVI Nr. 493. Umgekehrt ist, falls das bis dahin auf die Gesellschaftsfirma eingetragene Grundstück wieder in das Bruchteileigentum

[1]) Dabei ist im Auge zu behalten, daß im Einlagevertrag schon die Zession liegen kann (R.G.Z. XXXI S. 29).

der Gesellschafter verwandelt werden soll, Auflassung und Eintragung an die Gesellschafter notwendig (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 124 = Johow-Ring XXVII A 276 = O.L.G. Rspr. IX S. 306, vgl. K.G. in Johow-Ring XXXIII A 189 = O.L.G. Rspr. XIV S. 132). Hierzu O. Cohen, Über die Notwendigkeit der Auflassung bei der Einbringung von Grundstücken in offene H.G. usw. 1903.

Schwankend ist die Judikatur, wenn die Gesellschafter schon bisher Miteigentum zur gesamten Hand am Grundstück hatten, z. B. kraft Gütergemeinschaft oder kraft bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft oder kraft Erbengemeinschaft oder weil sie eine andere offene H.G. bildeten, die das Grundstück überträgt. Manche nehmen an, daß dann nur das Grundbuch zu berichtigen sei (vgl. Güthe G.B.O. § 20 Anm. 19, Kaufmann S. 75, Düringer-Hachenburg IV S. 136), schwerlich mit Recht.

Für Forderungen und andere Rechte gilt entsprechendes. Eine Forderung, die die Gesellschafter gemeinsam besitzen, wird erst durch Abtretung an die Gesellschaft Forderung der Gesellschaft. Ja es ist nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter die Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft gemeinschaftlich zu ihrem Privatvermögen erwerben, z. B. zwei Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben und eine offene H.G. bilden. Solchenfalls würde die Forderung nicht erlöschen, solange sie nicht der Gesellschaft überwiesen ist (Pr.O.V.G. in D.J.Z. 06 S. 1099).

Über Einbringungsstempel R.Stempelgesetz § 7 und Tarifstelle 11a, dazu Allg. Verf. des Preuß. Justizministeriums vom 11. August 1910 und 5. August 1912, über Auflassungsstempel insbesondere R.Stempelgesetz § 96 und Tarifstelle 11b, ferner Preuß. Stempelgesetz Tarifstelle 8.

Nr. 2a. Nach bürgerlichem Recht entscheidet sich weiter der Gefahrsübergang, die Haftung für Mängel und Entwehrung, bei Einbringung von Forderungen die Haftung für Verität und Bonität, doch wird letztere als stillschweigend gewollt meist anzusehen sein (Düringer-Hachenburg IV S. 58). Hinsichtlich des Gefahrsüberganges normiert bei Geldeinlagen B.G.B. § 270, sonst B.G.B. § 323 (B.G.B. § 446 kommt nicht zur Anwendung, da hier kein Kauf vorliegt, Kammergericht bei Holdheim VI S. 348). Hinsichtlich der Haftung für Mängel und Evikitionen normiert B.G.B. §§ 493, 445, da eine entgeltliche Veräußerung auch hier vorliegt. Dabei wird zu beachten sein, daß der Rücktritt, beziehungsweise die Wandlungsklage, sobald die Gesellschaft in Wirksamkeit getreten ist, durch den § 133 H.G.B. ersetzt wird (Düringer-Hachenburg IV S. 59) und daß die Minderung hier in eine Pflicht zum Ersatz der Differenz an die Gesellschaft sich umwandeln wird (ebenda S. 60). Hinsichtlich der Haftung für Verität einer Forderung sind B.G.B. §§ 445, 437 anzuwenden. Dagegen gehören die lediglich auf den Kauf berechneten Vorschriften des H.G.B. § 373 ff. nicht hierher (vgl. R.O.H.G. IV S. 338). — Nach bürgerlichem Recht entscheiden sich weiter im allgemeinen Voraussetzungen und Folgen des Verzuges (vgl. B.G.B. §§ 284 ff.; daß § 326 H.G.B. nicht anwendbar ist vgl. bei § 109 Nr. 4). Nur wenn es sich um Geldeinlagen (ob das Geld inländisches oder ausländisches ist, ist gleichgültig Makower Anm. Ia) handelt, gilt nach § 111 die Abweichung, daß der Gesellschafter Zinsen von dem Tage an zu entrichten hat, an dem die Zahlung hätte geschehen sollen, daß es also einer Mahnung nicht bedarf. — Nach bürgerlichem Recht entscheidet sich endlich, wie weit Gläubiger, die durch Illation eine Schädigung erfahren, den Illationsakt anfechten können. In dieser Beziehung sind die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 anwendbar. — Die vereinbarte Einlage zu erhöhen ist kein Gesellschafter verpflichtet (B.G.B. § 707), ja er darf solche Erhöhung wider den Willen der Mitgesellschafter nicht vornehmen (über Stempel bei Einlageerhöhung R.Stempelgesetz Tarifstelle 1 A c Anm. 3).

Nr. 3. 2. **Nichtrechtzeitige Ablieferung von eingenommenem Gesellschaftsgeld an die Gesellschaftskasse.** Hier handelt es sich nicht um Beiträge, sondern um Empfangnahme von Geldsummen für die Gesellschaft, sei es, daß der Gesellschafter Einkassierungsvollmacht hat, sei es, daß er als Geschäftsführer ohne Auftrag auftritt. Unter Ablieferung ist hier die tatsächliche Einwerfung in die Gesellschaftskasse zu verstehen, also genügt nicht die Erklärung des Gesellschafters, daß er das Geld für die Gesellschaftskasse verrechne (etwa durch Buchung Makower S. 295). Der Gesellschafter hat (abweichend vom B.G.B. §§ 713, 668) 5% Zinsen von dem Tage, an dem die Ablieferung hätte geschehen sollen, zu entrichten, ohne daß es einer Mahnung bedarf. Eigennützige Absicht ist bei ihm nicht vorausgesetzt. Unter Ge-

sellschaftsgeld ist nicht bloß Kurantgeld zu verstehen, sondern auch Banknoten, Briefmarken, Kupons, kurz alle im Leben als Geld gegebene und genommene Wertpapiere und Wertzeichen, nicht dagegen Wechsel. Soweit es sich um Ablieferung von anderen Gegenständen handelt, greift das bürgerliche Recht (B.G.B. §§ 713, 667, 681, 284) Platz, desgl., so weit es sich um Verzögerung in der Einkassierung handelt. Darnach würde er auch heimliche Provisionen auszuliefern haben (Ritter § 114 Anm. 2b). Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach B.G.B. §§ 708, 287 (vgl. oben § 109 Nr. 7).

3. **Unbefugte Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse.** Befugte Entnahme im Sinne dieses Paragraphen liegt stets dann vor, wenn die anderen Gesellschafter einverstanden sind. Wie weit auch wider ihren Willen der Gesellschafter zur Entnahme befugt ist, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, so wenn er für Aufwendungen, die er nach §§ 110 gemacht hat, Geld entnimmt, desgl. nach § 122 (R.G.Z. III S. 59). Keine unbefugte Entnahme im Sinne des § 111 ist, wenn der geschäftsführende Gesellschafter selbst wider den Vertrag Geld entnimmt, um es für die Gesellschaft anzulegen oder Schulden der Gesellschaft damit zu bezahlen (vgl. v. Hahn zu Art. 95 § 3), denn er entnimmt es zwar unbefugt, aber nicht für sich. Wie weit er an sich selbst zahlen kann, entscheidet sich nach B.G.B. § 181 vgl. oben § 50 Nr. 3. — Die Zinsen, die von dem Tage der unbefugten Entnahme zu entrichten sind, betragen 5%. Nr. 4.

4. In allen drei Fällen kann die Gesellschaft Erstattung der schuldigen, bez. entnommenen Geldsumme nebst Zinsen verlangen und sie braucht im dritten Fall auch den Erwerb durch die verbotswidrig entnommenen Mittel der Gesellschaft nicht für sich gelten zu lassen. Hat deshalb der vertretende Gesellschafter wider die Abmachungen mit Mitteln der Gesellschaft Grundstücke für die Gesellschaft erworben und auf deren Namen eintragen lassen, so kann die Gesellschaft Rückerstattung der Summen verlangen und ist erst nach erfolgter Rückzahlung verpflichtet, auf Kosten des Gesellschafters die Eigentumsübertragungserklärung abzugeben. Der Gesellschafter kann nicht auf Grund von § 273 B.G.B. bis zur Abgabe dieser Erklärung seine Leistung zurückbehalten (R.G.Z. LIV Nr. 65). Nr. 4a.

5. **Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen,** d. h. es entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, ob und inwieweit der Gesellschafter außer zur Zahlung der schuldigen Summe zum Ersatz des der Gesellschaft darüber hinaus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Weitere Folgen, die kraft Gesetzes eintreten können: Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117), der Vertretungsmacht (§ 127), Herbeiführung der Auflösung der Gesellschaft (§ 133), Ausschluß des Gesellschafters (§ 140). Kraft Vertrages kann auch Zahlung einer Vertragsstrafe oder Verfall des Gesellschaftsanteils (R.G. in L.Z. 1907 S. 739) als Folge eintreten. Auch ein strafrechtliches Delikt (Unterschlagung, Diebstahl) kann vorliegen (R.G. in Straff. VII S. 18, XVIII S. 123). Nr. 5.

6. **Älteres Recht.** Die besonderen Interpretationsgrundsätze des alten Art. 91 Abs. 2 über die Illation finden nicht Anwendungen auf Illationsversprechen bezw. auf Illationen, die nach dem 31. Dez. 1899 erfolgen, denn es handelt sich bei neuen Illationsversprechen um eine Änderung des alten Gesellschaftsvertrages, die dem neuen Recht untersteht, die Illation selbst aber ist ein selbständiger rechtsgeschäftlicher Akt, der von dem Recht zur Zeit seiner Vornahme beherrscht wird. Dagegen richten sich die Folgen des vor dem 1. Jan. 1900 erteilten Illationsversprechens nach altem Recht, insbesondere auch die Voraussetzungen und Folgen des Verzuges, selbst wenn dieser erst nach dem 1. Jan. 1900 eintritt. — Entnimmt der Gesellschafter unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse nach dem 31. Dez. 1899, so beträgt der Zinsfuß von da ab 5%. Nr. 6.

§ 112.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen.

Die Einwilligung zur Teilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als erteilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Beteiligung nicht ausdrücklich bedungen wird.

Entw. I § 101, II § 110; Denkschr. I S. 84, 85, II S. 3180, 3181; Komm. Ber. S. 3895; A.D.H.G.B. Art. 96.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Der § 112 stellt für den Gesellschafter ein Konkurrenzverbot auf, das parallel läuft dem für den Handlungsgehilfen in § 60 aufgestellten. Die diesem Verbote zugrunde liegende ratio ist lediglich die, daß der Gesellschafter nicht die Gesellschaft, deren Verhältnisse er kennt, schädigen solle (anders beim Handlungsgehilfen, vgl. Renaud, C.G. S. 334, v. Hahn zu Art. 96 § 1). Er greift deshalb auch für den nichtgeschäftsführenden Gesellschafter Platz, weil auch dieser in der Lage ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten (§ 118). Der Gesellschaftsvertrag kann es erweitern, z. B. jede Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XII S. 254) untersagen, oder einengen, und bei dem rein privaten Charakter des Verbots ergibt sich, daß eine Berücksichtigung desselben von Amts wegen ausgeschlossen ist (Renaud, C.G. S. 339).

Nr. 2. 2. **Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft.** Untersagt ist dem Gesellschafter einmal, Geschäfte zu machen in dem Handelszweige der Gesellschaft, gleichgültig, ob es sich um Betrieb eines Handelsgewerbes oder um vereinzelte Geschäfte handelt, ob sie für eigene oder fremde Rechnung, in eigenem oder fremden Namen gemacht werden. Danach würde auch die Annahme einer Stellung als Handlungsagent, Vorstand einer Aktiengesellschaft, Prokurist, die kommissionsweise Besorgung darunter fallen. Es ist auch nicht notwendig, daß die Geschäfte für den Gesellschafter Handelsgeschäfte sind. Denn da der Gesellschafter nur als solcher Kaufmann ist (oben § 1 Nr. 32), kann das vereinzelte Geschäft möglicherweise von ihm als Nichtkaufmann abgeschlossen werden. Sie müssen nur Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft sein, d. h. nicht bloß solche, die zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören (§ 343), sondern solche, die den Gegenstand des Handelsgewerbes bilden. Doch wird § 112 auf solche Geschäfte nicht anzuwenden sein, bei denen Absicht und Gefahr der Schädigung ausgeschlossen sind, z. B. wenn der Gesellschafter behufs Konsumtion oder behufs Erfüllung einer Anstandspflicht oder als Vormund für einen Mündel die Waren anderswo einkauft, wenn er gelegentlich für einen Freund aus Gefälligkeit ein Geschäft besorgt, wenn er bei Gesellschaften, deren Zweck alle möglichen Geschäfte umfaßt, ein Geschäft abschließt, das tatsächlich nur selten im Betriebe vorkam (Renaud, C.G. S. 335).

Sind die Geschäfte nicht Konkurrenzgeschäfte, so darf er sie einzeln und gewerbsmäßig betreiben (anders beim Handlungsgehilfen § 60 Nr. 3).

Nr. 3. 3. **Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft.** Untersagt ist ihm weiter die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Das Wort „gleichartig" bezieht sich nicht auf die Rechtsform der Handelsgesellschaft noch auf den Umfang des Betriebes, sondern auf deren Handelszweig. Demnach kann er sich an einer Handelsgesellschaft, deren Zweck der Betrieb andersartiger Geschäfte ist, frei beteiligen. Doch ist er verpflichtet, jeder Änderung des Vertrages, durch die ein „gleichartiger" Zweck hergestellt wird, sich zu widersetzen. Stimmt er umgekehrt einer Erweiterung des Zweckes in seiner Gesellschaft zu, durch die eine Konkurrenz nachträglich geschaffen wird, so muß er sich aus der anderen Gesellschaft zurückziehen, soweit nicht Absatz 2 des § 112 Platz greift. — Untersagt ist ihm auch nur die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter bei einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien, nicht die Teilnahme als Kommanditist, Aktionär, Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Die Beteiligung als Kommanditist darunter zu ziehen, geht nach dem offenbaren Wortlaut des Gesetzes nicht an, nur als geschäftsführender

Kommanditist wird er nicht fungieren dürfen (v. Gorski S. 28 Anm. 1). Demgemäß wird auch die Beteiligung als Stiller nicht darunter fallen (Renaud, C.G. S. 336). Doch können diese Tatsachen u. U. einen Auflösungsgrund abgeben.

4. **Einwilligung der Mitgesellschafter.** Ohne vorherige Zustimmung der Mitgesellschafter darf der Gesellschafter die obigen Konkurrenztätigkeiten nicht vornehmen. Nr. 4. Doch liegt in der nachträglichen Genehmigung ein Verzicht auf die Ansprüche des § 113 (B.G.B. § 184) und möglicherweise eine Einwilligung für die Zukunft. Die Einwilligung muß von den Gesellschaftern einzeln erteilt sein; es genügt nicht, daß der geschäftsführende Gesellschafter für die Gesellschaft die Einwilligung erteilt. Dies ergibt sich klar aus § 113 Abs. 2. Noch weniger genügt es, daß ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einwilligt, es sei denn, daß solcher auf Grund spezieller Vollmacht aller anderen Gesellschafter einwilligt.

Die Einwilligung kann generell oder speziell, ausdrücklich oder stillschweigend erteilt sein, indem die Mitgesellschafter, denen die verbotene Handlung bekannt ist (kennen müssen genügt nicht), sie dulden. Ein besonderes Präjudiz stellt Abs. 2 in Analogie von § 60 Abs. 2 auf. In dieser Beziehung gilt das dort (§ 60 Nr. 6) Erörterte hier entsprechend. Das Präjudiz ist nur auf den Fall, daß der Gesellschafter an einer Konkurrenzgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt war, zu beschränken. Betrieb er bei Eingehung der Gesellschaft ein Einzelgeschäft oder machte er vereinzelte Konkurrenzgeschäfte, so ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, ob die Einwilligung erteilt war. Eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter für die Zukunft die Aufgabe des Betriebes auszubedingen, ist nicht anzuerkennen, solche Aufgabe folgt vielmehr als gesetzliche Pflicht aus § 112. Doch kann u. U. in dem Schweigen der übrigen Gesellschafter eine Einwilligung erblickt werden, insbesondere, wenn der Gesellschafter durch Äußerungen seine Absicht des Fortbetriebes kund gab.

5. Das Verbot gilt nur **während des Bestandes der Gesellschaft**, nicht im Nr. 5. Liquidationsstadium (R.O.H.G. XXI S. 145), doch kann der Vertrag es auch auf dieses Stadium ausdehnen (O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 61). Es gilt auch mit bezug auf Geschäfte, die der demnächst austretende Gesellschafter zur Vorbereitung für sein neues Handelsgewerbe schließt, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt (Düringer-Hachenburg Anm. 5, anders erste Auflage dieses Kommentars).

6. Über die Konkurrenzklausel bei Austritt eines Gesellschafters vgl. Nr. 6. Anhang zum fünften Titel.

7. Das **ältere Recht** (Art. 96) stimmte überein. Nr. 7.

Tritt für Gesellschaften, die bürgerliche Gesellschaften waren und kraft Änderung der Gesetzgebung mit dem 1. Jan. 1900 Handelsgesellschaften wurden, § 112 in Wirkung? Oder kann der Gesellschafter, der Konkurrenzgeschäfte betreibt, sich auf Art. 170 des E.B.G.B. berufen? Das Letztere dürfte anzunehmen sein.

§ 113.

Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach § 112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Über die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts

oder von der Teilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntnis erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt.

Entw. I § 102, II § 111; Denkschr. I S. 85, II S. 3181; Komm.Ber. S. 3895; A. D.H.G.B. Art. 97.

Die Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes werden in § 113 in fast gänzlicher Übereinstimmung mit § 61 geregelt. Indem deshalb im allgemeinen auf das dort erörterte verwiesen wird, sind hier nur folgende Punkte hervorzuheben:

Nr. 1. 1. **Geltendmachung der Ansprüche.** Die in § 113 genannten Ansprüche stehen nur der Gesellschaft zu, nicht den anderen Gesellschaftern. Sie werden deshalb geltend gemacht auf Grund der Beschlußfassung (Form § 119) der übrigen Gesellschafter, wobei auch die nichtgeschäftsführenden am Beschlusse teilnehmen. Die Beschlußfassung umfaßt sowohl die Geltendmachung überhaupt als die Ausübung des Wahlrechts. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so beschließt der andere Gesellschafter über die Geltendmachung (Komm.Ber. S. 3895). Dieser kann sogar möglicherweise nichtgeschäftsführender sein. Die Erhebung des Anspruches geschieht entweder von sämtlichen übrigen Gesellschaftern im Namen der Gesellschaft oder von einem von ihnen, der geschäftsführender Gesellschafter ist, oder von einem durch die übrigen bevollmächtigten Gesellschafter. Die Bestimmungen über die Vertretung nach außen finden auf dieses Recht keine Anwendung (so jetzt auch Staub-Pinner Anm. 2). Im Liquidationsstadium erheben den Anspruch die Liquidatoren (anders Staub-Pinner a. a. O.), während die Beschlußfassung auch hier den Gesellschaftern verbleiben muß.

Nr. 2. 2. **Wahlrecht.** Das Wahlrecht greift nur Platz, wenn der Gesellschafter im Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte macht, nicht wenn er als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft teilnimmt. In diesem Falle bleibt nur der Anspruch auf Schadensersatz.

Nr. 3. 3. Die **dreimonatliche** Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt der Kenntnis aller übrigen Gesellschafter. Es genügt nicht, daß der geschäftsführende Gesellschafter die Kenntnis erlangt, auch muß wirkliche Kenntnis vorliegen, kennen müssen genügt nicht.

Nr. 4. 4. Die **fünfjährige** Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches auf Schadensersatz.

Nr. 5. 5. Die **einzelnen Ansprüche** auf Schadensersatz verjähren besonders. Dies gilt nicht bloß dann, wenn es sich um einzelne Konkurrenzgeschäfte handelt, sondern auch dann, wenn die Teilnahme des Gesellschafters an einer anderen Konkurrenzgesellschaft in Frage kommt. Auch hier laufen die einzelnen Ersatzansprüche immer von neuem (Denkschr. II S. 3181).

Nr. 6. 6. Macht die Gesellschaft den Schadensersatzanspruch geltend, so muß der Gesellschafter die volle Ersatzsumme in die Gesellschaftskasse zahlen und darf nicht abziehen, was auf seinen Teil fallen würde (Renaud, C.G. S. 343).

Nr. 7. 7. Absatz 4 hebt besonders hervor, daß der Verstoß gegen das Konkurrenzverbot einen Auflösungs- (bezw. Ausschließungs-) grund bilden kann (§§ 133, 140). Über die Feststellungsklage und Klage auf zukünftige Unterlassung bei § 61 Nr. 6.

Nr. 8. 8. Das **alte Recht** (Art. 97 Abs. 2) wich darin ab, daß es die Ansprüche der Gesellschaft einer dreimonatlichen Präklusivfrist unterwarf, die von dem Tage, wo die Gesellschaft Kenntnis erhielt, lief. Diese Präklusivfrist wird jedenfalls für Ansprüche, die vor dem 1. Jan. 1900 entstanden sind, weiter zu laufen haben. Eine Umsetzung gemäß Art. 169 des E.B.G.B. findet nicht statt; andererseits ist zu erwägen, daß ja auch nach altem Recht der Anspruch nicht unverjährbar war und insofern Art. 169 E.B.G.B. zur Anwendung zu bringen ist, demgemäß verjährten Ansprüche aus Art. 97 Abs. 2 des alten H.G.B. spätestens in fünf Jahren nach dem Inkrafttreten des B.G.B. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 62, 63.

§ 114.

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Entw. I § 103, II § 112; Denkschr. I S. 85, II S. 3181; A.D.H.G.B. Art. 102, Abs. 1, 99.

1. Vorbemerkung. § 114 enthält nicht vom bürgerlichen Recht abweichende Sätze. Auch nach B.G.B. § 709 steht die Führung der Geschäfte allen Gesellschaftern zu und sind nach § 710, wenn die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, die übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Nur weist die Fassung des § 114 Abs. 1 bereits auf den in § 115 ausgesprochenen Gegensatz zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht hin (darüber bei § 115). Nr. 1.

2. **Geschäftsführung und Vertretung.** Daß Geschäftsführung und Vertretungsmacht scharf zu scheiden sind, ergibt sich bereits aus dem B.G.B. Noch schärfer ist die Trennung im H.G.B. durchgeführt. Sie verhalten sich zueinander wie Auftrag und Vollmacht (vgl. B.G.B. §§ 713, 714). Demnach ist die Geschäftsführung die Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten nach innen, Vertretung die Verwaltung nach außen. Regelmäßig wird, wo die eine zusteht, die andere nicht fehlen. Es ist aber möglich, daß ein Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt ist, dagegen der Vertretungsmacht ermangelt, (vgl. Entsch. des pr. O.V.G. LI S. 138), ein Fall, der zwar nicht bei voller, aber beschränkter Geschäftsführung vorkommen wird. Umgekehrt kann ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein, dagegen Vertretungsmacht haben (vgl. die Fälle bei Busch II S. 173, XV S. 107, Holdheim 1905 S. 47, z. B. um im Notfalle eintreten zu können oder um nach außen die Ehre der Firmierung zu besitzen, v. Gorski S. 8). Nicht minder unterscheiden sich beide durch ihren Umfang. Während die Geschäftsführung elastisch ist, ist die gesetzliche Vertretungsmacht absolut. Demnach ist B.G.B § 714 von vornherein unanwendbar. Die Vertretungsmacht hat ihrem Umfange nach keinen Zusammenhang mit der Geschäftsführung. Sie steht ganz oder gar nicht zu. Ist demnach ein Gesellschafter in der Geschäftsführung beschränkt oder von ihr ausgeschlossen, so folgt daraus nichts für die Vertretungsmacht; falls er von letzterer nicht ausgeschlossen ist, hat er sie in vollem Umfange, und auch die zulässigen Einschränkungen (§§ 125, 126) müssen aus dem Gesellschaftsvertrage erhellen, eine Vermutung im Sinne von B.G.B. § 714 existiert nicht. Umgekehrt folgt aus der Beschränkung in der Vertretung noch nicht mit Notwendigkeit Beschränkung in der Geschäftsführung. Ist z. B. Gesamtvertretung angeordnet (§ 125), so liegt darin notwendig noch nicht Anordnung der Gesamtgeschäftsführung (§ 115 Abs. 2). Dies ergibt sich ja schon klar daraus, daß Gesamtvertretung auch in einer Form angeordnet werden kann, die ein Analogon nach innen gar nicht hat, nämlich bei Anordnung der gemeinschaftlichen Zeichnung von Gesellschafter und Prokurist (§ 125 Abs. 3). Es ist sehr wohl möglich, daß nach außen Gesamtvertretung, nach innen volle Geschäftsführung der einzelnen besteht. Doch wird man nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in der Ausschließung von der Vertretung meist eine Ausschließung von der Geschäftsführung, in der Anordnung der Kollektivvertretung häufig eine Anordnung der Kollektivgeschäftsführung erblicken dürfen, zumal wenn Ausdrücke gebraucht werden, die beides umfassen können. Denn die Parteien denken sich im Leben regelmäßig beides als zusammengehörig. Nr. 2.

3. **Interner Charakter der Geschäftsführung.** Der Satz, daß die Geschäftsführung die Verwaltung der Geschäftsangelegenheiten der Gesellschaft nach innen ist, besagt, daß im Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten nur die Vertretungsmacht, nicht die Geschäftsführungsbefugnis entscheidet. Denn da die Gesellschaft unter ihrer Firma kontrahiert (§ 124) und die Firmenzeichnung allein den vertretenden Gesellschaftern zusteht (§ 108 Abs. 2), so können nur letztere die Gesellschaft ver- Nr. 3.

treten. Als Dritte gelten zunächst alle Nichtgesellschafter, auch die Angestellten. Ihre Anstellung und Entlassung, die Ausübung der Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag ist kein Geschäftsführungs- sondern ein Vertretungsakt (hierzu Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 4). Aber der Satz hat im allgemeinen auch dann zu gelten, wenn ein Gesellschafter als Dritter mit der Gesellschaft in Beziehung tritt, ihr z. B. ein Darlehen gewährt oder von ihr Waren kauft. Hier darf nur mit dem vertretungsberechtigten Gesellschafter kontrahiert werden.[1]) Dagegen fragt es sich, ob auch insoweit, als die Gesellschaft mit dem Gesellschafter als solchem in rechtliche Beziehungen tritt, sie durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter handeln muß. Dies ist richtiger Ansicht nach zu verneinen. Das Gesetzbuch verweist derartige Beziehungen in diesen, nicht in den folgenden Titel, es stellt das „Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander" dem „Rechtsverhältnis zu Dritten" entgegen. Wenn die Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Grund der §§ 111, 112 Ansprüche erhebt, so genügt, daß sie durch einen geschäftsführenden Gesellschafter handelt (vgl. v. Gorski S. 56, Behrend S. 538, R.O.H.G. II S. 41, 42). Es würde auf einen nutzlosen Formalismus hinauslaufen, auch hier ein Handeln durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter zu verlangen (so Düringer-Hachenburg IV S. 375, § 126 Anm. 14) und andererseits gegen diese den Einwand aus der mangelnden Geschäftsführung zu geben. Unter Umständen wäre dies auch ganz undurchführbar, so im Falle des § 113. Folgerichtig wird man auch im umgekehrten Falle, daß der Gesellschafter gegen die Gesellschaft auftritt, die Abgabe der Willenserklärung gegenüber einem der geschäftsführenden Gesellschafter für genügend erachten müssen (vgl. auch v. Gorski S. 70). Was von Rechtsgeschäften gilt, muß auch von Prozessen gelten, die Unterscheidung Behrend's S. 538, 539 Anm. 12 ist nicht zutreffend (vgl. v. Gorski S. 69). Nicht ausgeschlossen ist natürlich, daß in allen diesen Fällen auch der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die Gesellschaft auftritt (R.O.H.G. XIX S. 416, XXV S. 161). Ja bei Formalakten, wie Wechselakten, wo die Firmenzeichnung in Frage kommt, wird dies stets der Fall sein.

Nr. 4. **4. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung.** Die Geschäftsführung ist Recht und Pflicht eines jeden Gesellschafters, gleichgültig ob dieser einen Geldbeitrag leistet oder nicht. Sie steht ihm zu kraft Gesetzes. So weit der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes bestimmt, kann jeder Gesellschafter verlangen, daß er voll zur Geschäftsführung zugelassen werde, d. h., daß ihm die Möglichkeit gewährt wird, alle Handlungen vorzunehmen, die zur Geschäftsführung zu rechnen sind (R.O.H.G. XXV S. 52). Und umgekehrt kann die Gesellschaft und kann jeder Gesellschafter von ihm verlangen, daß er seiner Geschäftsführungspflicht in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages nachkomme (§ 133). Dies Verlangen kann klageweise geltend gemacht werden. Über Vollstreckung Z.P.O. § 887. Die zur vollen Geschäftsführung gehörenden Tätigkeiten sind stets faktische und meist auch juristische, gewöhnlich wird er auch Recht und Pflicht haben, Rechtsgeschäfte abzuschließen.

Der Gesellschaftsvertrag, sowohl der ursprüngliche als der später abgeänderte, kann aber auch hinsichtlich der Geschäftsführung besondere Grundsätze aufstellen, sei es, daß er die Geschäftsführung nach den Tätigkeiten (Busch I S. 281) oder Gegenden unter die Gesellschafter teilt, sei es, daß er für gewisse oder alle Geschäfte ein Zusammenwirken der Gesellschafter oder eines der Gesellschafter mit einem Dritten (v. Hahn § 2 zu Art. 100) verlangt oder daß er einen der Gesellschafter nur auf bestimmte Verrichtungen beschränkt oder ihn ganz von der Geschäftsführung ausschließt oder ihn wenigstens von der Verpflichtung zur Geschäftsführung entbindet (R.G. bei Holdheim 1905 S. 47) oder daß er das Geschäftsführungsrecht hinsichtlich des Stimmrechts Beschränkungen unterwirft (vgl. O.L.G. Braunschweig in L.Z. 08 S. 553). Ja, es ist nicht ausgeschlossen, daß alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden und ein Dritter mit der Geschäftsführung betraut wird (v. Hahn § 2 zu Art. 100). Umgekehrt kann der Umkreis der Geschäftsführung über das gesetzliche Maß der §§ 115, 116 ausgedehnt werden. Einer besonderen Form bedarf die Ausschließung nicht, sie kann auch durch kon-

[1]) Ausnahmslos freilich gilt auch dies nicht, der geschäftsführende Gesellschafter, der z. B. aus der Gesellschaftskasse für sich befugt Gelder entnimmt, geht ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft ein.

kludentes Verhalten erfolgen. Kraft positiver Bestimmung liegt (in Übereinstimmung mit B.G.B. § 710) in der ursprünglichen oder nachträglichen Übertragung der Geschäftsführung an einen oder mehrere Gesellschafter der Ausschluß der übrigen, d. h. es genügt die Vereinbarung, daß einer oder mehrere die Geschäftsführung haben sollen, um die übrigen auszuschließen. — Die Ausschließung erstreckt sich so weit, wie der Umkreis der zugewiesenen Geschäftsführung (Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. II S. 603). Ist letzterer also erweitert, so sind entsprechend die anderen Gesellschafter von der Mitwirkung ausgeschlossen.

5. **Besorgung der Geschäftsführung.** Die Geschäftsführung im ganzen hat der geschäftsführende Gesellschafter selbst zu besorgen (B.G.B. §§ 712, 664, vgl. R.G.Z. II S. 32), doch wird er nach der Natur der Dinge die Vornahme einzelner Geschäfte einem andern, sei es einem Mitgesellschafter, sei es einem Nichtgesellschafter übertragen können (hierzu im einzelnen Düringer-Hachenburg § 114 Anm. 3). Unter diesen Gesichtspunkt kann auch die Anstellung von Handlungsgehilfen fallen. Bei der Auswahl solcher haftet er dann für culpa in concreto (B.G.B. § 708). Für die Gehilfen, deren er sich bei eigener Ausführung eines Geschäftes bedient, haftet er nach B.G.B. §§ 664, 278. Dies gilt auch mit Bezug auf die Angestellten der offenen H.G. (anders Ritter Anm. 2b). Im übrigen bestimmen sich, soweit nicht das Sonderrecht der Gesellschaft Platz greift, Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter nach den Bestimmungen über den Auftrag (B.G.B. § 713). Nr. 5.

6. **Vereinbarung über die Geschäftsführung.** Treffen die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter selbst untereinander eine Vereinbarung über die Geschäftsteilung, so wirkt diese nur unter ihnen, es bleibt der Gesellschaft gegenüber doch jeder ganz und voll verantwortlich, sie haften somit bei pflichtwidrigen Handlungen oder Unterlassungen als Gesamtschuldner. Stimmen die von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen solcher Vereinbarung zu, so liegt darin eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages (Renaud, C.G. S. 270). Nr. 6.

7. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ist zum selbständigen Betriebe von Geschäften unter keinen Umständen verpflichtet, auch dann nicht, wenn Gefahr im Verzuge ist. Umgekehrt ist er dazu nicht berechtigt. Handelt er selbständig, so handelt er als Geschäftsführer ohne Auftrag. Wohl aber liegt ihm die Verpflichtung ob, Verschwiegenheit über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu beobachten. Nicht ausgeschlossen ist, daß der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter einen besonderen Auftrag erhält (Düringer-Hachenburg IV S. 103). Nr. 7.

8. Das ältere Recht stimmte überein.

§ 115.

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt: widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist.

Entw. I § 104, II § 113; Denkschr. I S. 85, 86, II S. 3181; A.D.H.G.B. Art. 102 Abs. 2, 99, 100 Abs. 2.

§ 115 Abs. 1 stellt als gesetzliche Regel hin, was nach bürgerlichem Recht (B.G.B. § 711) vertragsmäßiger Beredung bedarf, während § 115 Abs. 2 den gesetzlichen Zustand des bürgerlichen Rechts (B.G.B. §§ 709 Abs. 1, 710 Satz 2) von vertragsmäßiger Beredung abhängig macht. Was also dort akzidentell ist, ist hier natural, was dort natural ist, ist hier akzidentell.

Nr. 1. 1. **Ganzgeschäftsführung.** Jeder der mehreren geschäftsführenden Gesellschafter ist kraft Gesetzes berechtigt, allein zu handeln, soweit seine Geschäftsführungsbefugnis reicht (darüber bei § 116). Unter „handeln" ist jede Tätigkeit für die Gesellschaft zu verstehen, die die Geschäftsführungsbefugnis mit sich bringt (nicht dagegen solche, die der Gesellschafter zur Wahrung seines eigenen Interesses vornimmt.) Er braucht demnach keinen der anderen geschäftsführenden Gesellschafter vorher zu fragen, ja er braucht keinem vorher Mitteilung zu machen von seinem Vorhaben. Wie weit er nachher Mitteilung zu machen hat, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. §§ 712, 666). Über Rechnungslegung bei § 118 Nr. 8.

Widerspricht ein anderer geschäftsführender Gesellschafter, sei es auf Grund der an ihn gerichteten Mitteilung, sei es, weil er zufällig von dem Vorhaben Kenntnis erhielt, der Vorname einer Handlung, so ist der Gesellschafter verpflichtet, die Handlung zu unterlassen. Gleichgültig ist, ob der Widerspruch sachlich gerechtfertigt ist oder nicht (a. A. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. VI (1885) S. 60 und Düringer-Hachenburg Anm. 5,) dieser Umstand kann nur für die Frage, ob der Gesellschaft Schaden entstanden ist, bedeutungsvoll sein (O.L.G. Hamburg in Z.H.R. XXXV S. 230, Ritter Anm. 4). Jedoch wird § 226 B.G.B. zu beachten, aber es wird auch der Einwand aus § 744 Abs. 2 B.G.B. zuzulassen sein (Düringer-Hachenburg). Nimmt der Gesellschafter die Handlung trotz des Widerspruches vor, so macht er sich schadensersatzpflichtig und riskiert, daß es zur Auflösung der Gesellschaft oder zu seiner Ausschließung kommt (§§ 133, 140), auch kann ein richterliches Urteil oder eine einstweilige Verfügung extrahiert werden, die dem Gesellschafter derartige Akte verbieten (Bolze XVII Nr. 526). Über die Geltendmachung des Schadenersatzes Düringer-Hachenburg, Anm. 6. Die Aufwendungen, die dem Gesellschafter aus solcher Handlung erwachsen, kann er nur unter den Voraussetzungen des B.G.B § 679 ersetzt verlangen, da er in Widerspruch mit dem Geschäftsherrn gehandelt hat. — Für die Wirksamkeit der Handlung nach außen hat der Widerspruch dann keine Bedeutung, wenn der Gesellschafter kraft seiner Vertretungsmacht nach den §§ 125, 126 handelte. Der absolute Charakter dieser Vertretungsmacht hindert die Wirkung des Widerspruchs nach außen. Anders wenn er ohne allgemeine Vertretungsmacht auf Grund einschränkbarer Vollmacht handelte, hier muß der Dritte sich die im Widerspruch liegende Einschränkung der Vollmacht entgegenhalten lassen, soweit sie nach außen hervortrat (v. Gorski S. 84). Ebenso werden, wenn die Handlung nur die Verhältnisse der Gesellschaft zu einem einzelnen Gesellschafter betraf, dem Widerspruch die Wirkungen gegenüber dem Gesellschafter beizumessen sein (oben bei § 109 Nr. 5). — Der Widerspruch kann nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen, doch wird das Letztere selten praktisch vorkommen. Ist einmal Widerspruch erhoben, so wirkt er, wenn nicht die Sinneslage des Widersprechenden sich geändert hat, auch für die Zukunft. Es bedarf für die gleiche Handlung nicht erneuten Widerspruches (R.G.Z. LXXXI Nr. 22). Stets muß der Widerspruch sich gegen die Vornahme einzelner zukünftiger Handlungen richten. Ein genereller Widerspruch hat ebenso wenig Bedeutung (Busch XVIII S. 151, R.G. in L.Z. 1914 S. 1117), als ein Widerspruch nach Vornahme der Handlung (hierzu Düringer-Hachenburg Anm. 4). Der Widerspruch ist ferner unzulässig, wenn der Gesellschafter, gegen den er sich richtet, die ihm vom Gesetz eingeräumten Sonderrechte ausübt, so wenn er im Fall des § 116 Abs. 3 die Prokura widerruft, natürlich kommt er ferner nicht in Betracht, wenn die Handlung darin besteht, daß der Gesellschafter ein gesellschaftliches Interesse gegen den Widersprechenden selbst wahrnimmt (z. B. im Falle des § 117: Antrag auf Entziehung der Geschäftsführung, R.O.H.G. XXV S. 163) oder wenn der Widersprechende Schuldner der Gesellschaft ist und es sich darum handelt, einen Anspruch der Gesellschaft gegen ihn zu verfolgen (R.G.Z. LXXXI S. 94), während bloße Verknüpfung des Eigeninteresses des Widersprechenden mit der Maßnahme noch nicht des Widerspruches beraubt (hierzu Düringer-Hachenburg Anm. 5), endlich wenn die Handlung durch einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter für zulässig erklärt ist. — Zum Widerspruch berechtigt ist jeder geschäftsführende Gesellschafter, d. h. nur ein Gesellschafter, der Geschäftsführung, wenn auch beschränkte (z. B. Kollektivgeschäftsführung), hat (also nicht ein solcher, der nur einen einzelnen Auftrag erhält), und nur derjenige geschäftsführende Gesellschafter, in dessen Ressort nach dem Gesell-

schaftsvertrage die Handlung selbst gefallen wäre (v. Gorski S. 87). Grundloser Widerspruch kann zur Schadensersatzpflicht führen, sofern den Widersprechenden culpa in concreto trifft (Renaud C.G. S. 252), ferner zur Auflösungs- bezw. Ausschließungsklage (§§ 133, 140). Dagegen würde es einen Anspruch auf Zustimmung nur aus dem Gesichtspunkt des § 226 oder § 744 Abs. 2 B.G.B. geben, da ja ein Recht des Widerspruches besteht (Staub-Pinner Anm. 9). — Umgekehrt kann durch Unterlassung des Widerspruches der Gesellschafter gegen seine Pflichten verstoßen (Düringer-Hachenburg Anm. 5).

2. **Kollektivgeschäftsführung.** Der ursprüngliche oder abgeänderte Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß die geschäftsführenden Gesellschafter nur zusammen (samt und sonders) handeln sollen, sei es in der Weise, daß sie sämtlich nur zusammen handeln, oder in der Weise, daß je zwei von ihnen zusammen handeln sollen. Möglicherweise hat ein Gesellschafter volle, andere nur kollektive Geschäftsführung, diesenfalls gelten letztere ihm gegenüber wie ein geschäftsführender Gesellschafter, üben sie also das Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 zusammen aus. Die Kollektivgeschäftsführung kann sich möglicherweise auch nur auf gewisse Geschäfte erstrecken. Soweit sie angeordnet ist, ist jeder der betreffenden Gesellschafter verpflichtet, zu jedem Geschäft die vorherige Zustimmung der ihm beigeordneten Gesellschafter einzuholen. Doch wirkt die nachträgliche Zustimmung zurück (B.G.B. § 184). Eine direkte Mitwirkung der anderen Gesellschafter ist nicht erfordert. Einer bestimmten Form für die Zustimmung bedarf es nicht (R.O.H.G. XVI S. 35), sie kann auch vorher generell erteilt sein. Insbesondere wird im Schweigen, wo nach Lage des Falls eine Pflicht zur Geltendmachung des Widerspruchs bestand, eine Zustimmung zu erblicken sein. Über Widerruflichkeit B.G.B. § 183, der hier entsprechend anzuwenden sein wird (anders Düringer-Hachenburg Anm. 11, die nur Widerruf wegen justa causa zulassen wollen). Nur wenn Gefahr im Verzuge ist, d. h. wenn bei Verzug der Gesellschaft ein Schaden erwachsen wird, sei es damnum emergens, sei es lucrum cessans (Staub-Pinner, Anm. 7, Brand Anm. 3b), darf, d. h. muß unter Umständen der betreffende Gesellschafter allein das Geschäft abschließen. Doch muß er, soweit dies nach Lage des Falls angängig ist, wenigstens versucht haben, die Zustimmung der anderen einzuholen (Renaud C.G. S. 275). War es wenigstens möglich, einen Teil der übrigen anzugehen, so hätte er sich vorher an diese zu wenden (v. Hahn § 3 zu Art. 100.) Doch darf er auch bei Gefahr im Verzuge die in § 116 Abs. 2 gezogene Schranke nicht überschreiten. — Auch bei der Kollektivgeschäftsführung ist Recht und Pflicht eines jeden Gesellschafters, gesondert für die Gesellschaft nach Kräften tätig zu sein, insbesondere die Mitgesellschafter und das Personal zu kontrollieren, Geschäfte vorzubereiten, sich über den Stand der Dinge zu informieren, die Mitgesellschafter zu warnen usw. (v. Gorski S. 72, 73, Busch XXXVI S. 179), denn das Gesetz verlangt nicht für das Handeln überhaupt, sondern nur für jedes Geschäft die Zustimmung der Kollektivgesellschafter. Nr. 2.

3. Umgekehrt kann der Gesellschaftsvertrag das Widerspruchsrecht einengen, z. B. es nur einem bestimmten Ausschuß der Gesellschafter geben oder die Entscheidung eines Dritten den Ausschlag geben lassen. Dagegen wird er es nicht ganz beseitigen können (anders Düringer-Hachenburg Anm. 8 und Allg. Einl. Anm. 111). Nr. 3.

4. Das ältere Recht (Art. 100) stimmte überein.

§ 116.

Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen.

Entw. I § 105, II § 114; Denkschr. I S. 86, II S. 3181; A.D.H.G.B. Art. 103, 104.

Nr. 1. 1. **Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.** Über den Umfang der Befugnis zur Geschäftsführung entscheidet zunächst der Gesellschaftsvertrag (§ 109). Falls dieser nichts bestimmt, sollen alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, darunter fallen, eine Bestimmung, die dem bürgerlichen Recht unbekannt ist (Motive zu Entw. I des B.G.B. Bd. II S. 604). Die Wendung entspricht der im § 54 für den Handlungsbevollmächtigten gebrauchten und ist im selben Sinne wie jene auszulegen. Es entscheidet demnach der Maßstab des konkreten Handelsgewerbes, sowohl hinsichtlich der Art als hinsichtlich des Umfanges des Geschäftes (R.O.H.G. XX S. 247). Insbesondere ist dies von Wichtigkeit, wenn ein neuer geschäftsführender Gesellschafter eintritt, der auf den früher betriebenen Geschäftsgang sich beruft. Fehlt es an solchem, so hat auch hier die allgemeine Üblichkeit zu entscheiden. Jedenfalls fallen unter die außergewöhnlichen Handlungen insbesondere Geschäfte und Rechtshandlungen, die dem Zweck dieser Gesellschaft fremd sind, sodann solche, die zwar zum Betriebe gehören, die aber höchst selten vorkommen, z. B. bauliche Veränderungen des Geschäftsgebäudes, durch welche letzteres auf das Doppelte vergrößert wird (O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. III S. 276) oder die Schaffung stiller Reserven durch zu hohe Abschreibungen, es sei denn daß der Gesellschaftsvertrag solche vorgesehen hatte (Düringer-Hachenburg § 120 Anm. 4), endlich auch solche, die den unmittelbaren Gegenstand bilden, die aber ihren Bedingungen nach von den gewöhnlichen abweichen, sei es mit bezug auf die Größe des Objekts oder die Art der Kreditierung oder die Persönlichkeit des Gegenkontrahenten (z. B. Ausländers). Doch folgt daraus, daß die Handlung eine ungewöhnliche ist, nicht, daß die Vorbereitung der Handlung außerhalb der Geschäftsführung liegt, vielmehr hat der Gesellschafter Recht und Pflicht auch derartigen Handlungen, wenn sie ihm nützlich oder notwendig erscheinen, seine Aufmerksamkeit zuzuwenden und den nach Abs. 2 erforderlichen Beschluß zu veranlassen (v. Gorski S. 42, 43). Insbesondere gilt dies, wenn es sich um Abwehr einer die Gesellschaft bedrohenden Gefahr handelt. — Soweit die Handlung in den gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes fällt, kann, falls nicht Kollektivgeschäftsführung angeordnet ist, jeder geschäftsführende Gesellschafter allein handeln, muß aber bei Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters die Handlung unterlassen (oben § 115).

Nr. 2. 2. **Außergewöhnliche Handlungen.** Zu außergewöhnlichen Handlungen ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich, also auch der nichtgeschäftsführenden. Als außergewöhnliche Handlung erscheint nie die Erteilung der Prokura (darüber bei Nr. 3). Über die Art der Beschlußfassung § 119. Sämtliche Gesellschafter müssen also vor Vornahme der Handlung benachrichtigt und zur Mitwirkung an der Beschlußfassung veranlaßt werden, auch wenn Gefahr im Verzuge ist (Renaud C.G. S. 249). Doch kann der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmen, z. B. für gewisse Geschäfte die Hinzuziehung der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter ausschließen. Selbstverständlich ist, daß im Falle des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter oder der Erhebung eines Prozesses gegen einen Gesellschafter der betreffende Gesellschafter von der Votierung (nicht Beratung) ausgeschlossen ist (vgl. B.G.B. § 34). Nimmt ein Gesellschafter die außerordentliche Handlung einseitig vor, so treten die in § 115 Nr. 1 erörterten Wirkungen ein. Verweigert ein Gesellschafter die Zustimmung grundlos, so kann er sich schadensersatzpflichtig machen, es wird auch jeder der anderen Gesellschafter auf Zustimmungserteilung Klage erheben können. Auch eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschließung des Gesellschafters kann gegeben sein (Düringer-Hachenburg IV S. 98).

3. **Bestellung eines Prokuristen.** An sich würde (zumal bei großem Geschäftsbetriebe) die Bestellung eines Prokuristen unter die ganz gewöhnlichen Handlungen fallen können. Das Gesetz hat aber bei der großen Tragweite dieses Aktes die Zustimmung aller geschäftsführenden (auch der in der Geschäftsführung beschränkten vgl. v. Gorski S. 80) Gesellschafter verlangt, während die nichtgeschäftsführenden davon ausgeschlossen sind. Gleichgültig ist, ob es sich um Besetzung vorhandener Prokuristenstellungen oder um Schaffung neuer handelt (Busch IV S. 17ff.). Der Gesellschaftsvertrag kann natürlich von der Hinzuziehung der übrigen Gesellschafter überhaupt absehen, wie umgekehrt die Hinzuziehung auch der nichtgeschäftsführenden anordnen (R.G.Z. II S. 34). Die Zustimmung soll vorher eingeholt werden, kann aber auch nachträglich erfolgen (vgl. § 115 Nr. 2). Im Auge zu behalten ist, daß es sich auch hier lediglich um die interne Seite des Verhältnisses handelt. Die Erteilung der in der Prokura liegenden Vollmacht erfolgt mit Wirkung nach außen durch den vertretenden Gesellschafter auch dann, wenn er nicht Geschäfsführung hat und auch dann, wenn er sich an diese Vorschrift nicht hält. Er würde sich diesenfalls nur ersatzpflichtig machen und wäre verpflichtet, die Prokura zu widerrufen. Dagegen wären die vom Prokuristen mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte gültig, ja es könnte der Registerrichter nicht einmal die Eintragung der Prokura ablehnen (Behrend § 69 Anm. 20), so lange nicht gemäß § 16 Abs. 2 eine die Vornahme der Eintragung für unzulässig erklärende Entscheidung des Prozeßrichters vorliegt. Unter der Bestellung der Prokuristen ist aber nur die Erteilung der Vollmacht zu verstehen, nicht die dienstliche Anstellung. Nr. 3.

Die Vorschrift zessiert, wenn Gefahr im Verzuge ist. Diesenfalls darf jeder geschäftsführende Gesellschafter Prokura erteilen, natürlich kann der Vertrag auch hier ein anderes bestimmen, insbesondere wird es Auslegungsfrage sein, ob ein Vertrag, der einem Gesellschafter nur beschränkte Geschäftsführung zugesteht, nicht damit das Recht nehmen wollte (zu weit gehend v. Gorski S. 80, 81). In der Anordnung der Kollektivgeschäftsführung liegt solche Beschränkung nicht, vielmehr würde entsprechend § 115 Abs. 2 hier jeder der Kollektivgeschäftsführer die Bestellung vornehmen können. — Die Erteilung der Prokura bei Gefahr im Verzuge hat natürlich nur einen provisorischen Charakter (O.L.G. Dresden in Z. XXXV S. 230).

4. **Widerruf der Prokura.** Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen. Unter „Erteilung" ist dasselbe gemeint, wie unter „Bestellung eines Prokuristen", d. h. es handelt sich nicht um die Wirkung nach außen, sondern um das interne Verhältnis. Die Entziehung der Prokura mit Wirkung nach außen erfolgt durch den vertretenden Gesellschafter auch dann, wenn dieser nach innen zum Widerruf nicht berechtigt war, insbesondere wenn der Gesellschaftsvertrag ihm dies Recht ganz nahm oder den Widerruf an die Mitwirkung anderer Gesellschafter band. Solchenfalls würde er sich schadensersatzpflichtig machen, aber der Widerruf würde nach außen, insbesondere gegenüber dem Prokuristen selbst wirken. Und umgekehrt ist nur einer von mehreren Kollektivvertretern nicht imstande, mit Wirkung nach außen die Prokura zu widerrufen (Staub-Pinner § 126 Anm. 10). — Nach innen ist dagegen jeder geschäftsführende Gesellschafter, auch derjenige, dem nur Kollektivgeschäftsführung eingeräumt ist, zum Widerruf berechtigt (O.L.G. Dresden in Z. XXXV S. 230), ferner ein nichtgeschäftsführender Gesellschafter, sofern er bei Bestellung der Prokura nach dem Gesellschaftsvertrage Mitwirkung hat. Umgekehrt ist der geschäftsführende Gesellschafter, dem der Gesellschaftsvertrag jede Mitwirkung bei Erteilung der Prokura genommen hat, zum Widerruf nicht befugt. Auch hier ist bei Prokura nur an die Vollmacht, nicht an das Dienstverhältnis, das gekündigt wird, gedacht. Nr. 4.

Da das Gesetz nur vom Widerruf der Prokura spricht, so gilt für eine Beschränkung der Prokura das Gesagte nicht (Bolze III Nr. 792). Soweit solche Beschränkung nach außen zulässig ist (Verwandlung von zwei vollen Prokuren in eine Gesamtprokura § 48 Abs. 2, nachträgliche Beschränkung der Prokura auf eine Zweigniederlassung § 50 Abs. 3), geschieht sie durch den vertretenden Gesellschafter stets mit Wirkung nach außen. Was das Verhältnis nach innen betrifft, so greifen hier, wie Staub-Pinner (§ 116 A. 9) mit Recht bemerken, die allgemeinen Grundsätze Platz. Beschränkt demnach für einen einzelnen Fall ein geschäftsführender Nr. 5.

Gesellschafter die Prokura, so liegt darin ein Doppeltes: negativ ein Einspruch gegen die Vornahme der Handlung, diese muß deshalb unterbleiben, der Prokurist kann nicht besser gestellt sein, als ein Gesellschafter; positiv eine Anordnung, zu der er befugt ist, wenn nicht ein anderer geschäftsführender Gesellschafter Einspruch erhebt (§ 115). Was generelle Beschränkungen betrifft, z. B. Verwandlungen der vollen Prokura in eine Gesamtprokura, so kommt es darauf an, ob sie sich als gewöhnliche Geschäftsführungshandlungen darstellen oder nicht. Ersterenfalls kann sie jeder geschäftsführende Gesellschafter (bezw. bei Kollektivgeschäftsführung alle zusammen) vornehmen, letzterenfalls nur die sämtlichen geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Die nicht geschäftsführenden haben auch hier nicht mitzureden.

Haben alle Gesellschafter auf die Geschäftsführung verzichtet, so haben sie damit das Recht zur Bestellung von Prokuristen nicht aufgegeben. Denn die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgewerbes erteilt werden (§ 48). Demnach ist anzunehmen, daß, wie die Bestellung ihnen gemeinsam obliegt, so der Widerruf von jedem von ihnen erfolgen kann (Johow X S. 28, Puchelt-Förtsch zu Art. 104 Nr. 1).

Nr. 6. 5. **Erteilung von sonstigen Vollmachten.** Solche wird stets als gewöhnlicher Akt der Geschäftsführung anzusehen sein. Für sie kann unmöglich mehr verlangt werden, als für die Erteilung der Prokura; das gleiche für sie zu verlangen, rechtfertigt der Wortlaut des Gesetzes nicht (anders Düringer-Hachenburg Anm. 6). Nur, wenn es sich um eine Vollmacht handelt, die in der Prokura noch nicht liegt, z. B. zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, kann ein ungewöhnlicher Akt der Geschäftsführung vorliegen (§ 49 Abs. 2).

Nr. 7. 6. **Anstellung von Handlungsgehilfen.** Eine ganz andere Frage ist, ob die Anstellung eines Handlungsgehilfen eine gewöhnliche Handlung für den Betrieb ist. Diese Frage ist nicht unbedingt zu bejahen. Vielmehr kann hier sehr wohl eine ungewöhnliche Handlung in Frage stehen. Solchenfalls wäre dann ein Beschluß aller Gesellschafter notwendig, so daß mittelbar auch auf die Bestellung von Generalhandlungsbevollmächtigten und Prokuristen letztere Einfluß hätten. Dies ist aber auch ganz rationell (man denke an Tantièmeeinräumungen). Die Kündigung eines Dienstverhältnisses und die Annahme eines Lehrlings wird stets zu den gewöhnlichen Handlungen zu zählen sein.

Nr. 8. 7. Die Pflicht zur Beaufsichtigung des Geschäftspersonals liegt jedem der geschäftsführenden Gesellschafter ob.

8. Das ältere Recht (Art. 99, 103, Abs. 1, 2, 104) stimmte überein.

§ 117.

Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Entw. I § 106, II § 115; Denkschr. I S. 86, 87, II S. 3181, 3182; A.D. H.G.B. Art. 101.

Der § 117 regelt die **Entziehung** der Geschäftsführungs- (nicht der Vertretungs-) befugnis und zwar abweichend vom bürgerlichen Recht (B.G.B. § 712 Abs. 1).

Nr. 1. 1. Entzogen werden kann **jede** Befugnis zur Geschäftsführung, nicht bloß die durch den Gesellschaftsvertrag übertragene (so nach B.G.B.), sondern auch die kraft Gesetzes zustehende, nicht bloß die selbständige, sondern auch die Kollektivgeschäftsführung, nicht bloß die unbeschränkte, sondern auch die beschränkte. Hat ein Gesellschafter überhaupt nicht als solcher, sondern kraft besonderen Auftrages oder Dienstverhältnisses Geschäftsführung, so richtet sich die Entziehung nach dem betr. Schuldverhältnis. — Auf die Entziehungsbefugnis kann im Gesellschaftsver-

trag — soweit nicht ein Verstoß contra bonos mores darin liegt — verzichtet werden (§§ 117, 109), umgekehrt kann der Gesellschaftsvertrag die Entziehung durch Beschluß (auch Mehrheitsbeschluß) der Gesellschafter, sei es wegen justa causa, sei es nach freiem Belieben, zulassen, so daß das Urteil des Richters höchstens deklarative Kraft hätte (vgl. Düringer-Hachenburg § 119 Anm. 3). In dubio wird man anzunehmen haben, daß die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages sich nur auf Entziehung wegen justa causa beschränkt. (Z. T. anders Staub-Pinner Anm. 5). Ganz den Rechtsweg verschließen kann der Gesellschaftsvertrag nicht. Die Entziehung kann auf immer oder auf Zeit (vorläufig) erfolgen. Vgl. R.G. im Recht 09 Nr. 741.

2. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Die Entziehung setzt einen Willensakt der übrigen Gesellschafter voraus, d. h. der sämtlichen Gesellschafter, auch der nichtgeschäftsführenden. Dieser Willensakt erfolgt durch Beschluß nach § 119. Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag einzelne von ihnen von der Mitwirkung ausschließen oder den Willensakt eines bestimmten Gesellschafters verlangen. Ist nur ein Mitgesellschafter da, so genügt dessen Willensentschluß (vgl. Kommissionsber. S. 3895). Nr. 2.

3. **Wichtiger Grund.** Die Entziehung darf nur wegen wichtigen Grundes geschehen. Ob ein solcher vorliegt, hat der Richter zu entscheiden. Das Gesetz führt mit dem B.G.B. § 712 Abs. 1 zwei Fälle an: grobe Pflichtverletzung (z. B. Unredlichkeit R.O.H.G. XIII S. 179, 184, Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens für Privatzwecke, schwere Nachlässigkeit) und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. In diesen Fällen ist der Richter gezwungen, das Vorhandensein einer justa causa anzunehmen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 606, anders Ritter Anm. 1, der den Gegenbeweis, daß kein wichtiger Grund vorliegt, auch in diesen Fällen zuläßt). Wie weit sonst eine justa causa vorhanden ist, ist nach Lage des Falles zu beurteilen, möglicherweise kann der Vertrag etwas als justa causa hinstellen, was es an sich nicht ist und umgekehrt (Staub-Pinner Anm. 5, Brand Anm. 3). Fehlt es aber an vertragsmäßiger Bestimmung, so wird der bei § 70 Nr. 2 hervorgehobene Gesichtspunkt auch hier maßgebend sein; nicht notwendig ist auch hier, daß ein Verschulden des betr. Gesellschafters vorliegt (R.G.Z. XXIV S. 137) oder daß ein Schade entstanden ist oder daß ein einzelnes Moment durchschlagend ist. Eine justa causa kann sich aus einer Reihe an sich geringfügiger Momente zusammensetzen, die in ihrer Gesamtheit die Entziehung rechtfertigen. Auch wird, je nachdem dauernde Maßnahme oder eine bloß vorläufige Regelung erstrebt wird, der Maßstab verschieden sein (vgl. R.G. im Recht 1909 Nr. 741). Nr. 3.

4. **Richterliche Entscheidung.** Die Entziehung geschieht durch den Prozeßrichter. Das rechtskräftige richterliche Urteil hat konstitutive Kraft (anders B.G.B. § 712 Abs. 1). Demgemäß ist eine Klage auf Entziehung anzustrengen. Diese Klage erheben die übrigen Gesellschafter, nicht die Gesellschaft noch ein einzelner Gesellschafter. Die Klage richtet sich gegen den Gesellschafter, dem die Befugnis entzogen werden soll, also weder gegen die Gesellschaft noch gegen einen widersprechenden Gesellschafter, der etwa in der Minderheit geblieben ist (falls Majoritätsbeschluß zulässig war; anders Düringer-Hachenburg Anm. 6). Würde letzterenfalls der in der Minderheit Gebliebene sich weigern, den Antrag mitzustellen, so würde die Klageerhebung der Majorität genügen. Doch kann der widerstrebende Gesellschafter auf Anerkennung der Entziehung besonders verklagt werden. — Der Kläger könnte auch eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die dem Gesellschafter vorläufig die Geschäftsführung genommen wird (R.G.Z. XXII S. 170, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XII, 1891 S. 185) oder durch die ihm gewisse Handlungen verboten werden (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIII S. 167). Das Verbot wird mit der Zustellung an den Gegner ohne weiteres wirksam. — Löst sich die Gesellschaft vor dem Urteil auf, so ist die Klage abzuweisen, da nunmehr die Geschäftsführung ohnehin ihr Ende erreicht (O.L.G. Celle im Recht 1905, S. 22 Nr. 117). Nr. 4.

5. **Wirkung der Entziehung.** Die Wirkung der Entziehung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um eine übertragene oder gesetzliche Geschäftsführung handelt. Ersterenfalls würde, falls nur ein Gesellschafter mit der Geschäftsführung betraut war, niemand das Recht der Geschäftsführung haben, denn da in der Übertragung an einen Geschäftsführer der Ausschluß der übrigen von der Geschäftsführung lag, Nr. 5.

steht keinem das Recht der Geschäftsführung zu. Da nun niemandem die Geschäftsführung übertragen ist, so haben alle Gesellschafter mit Ausnahme der der Geschäftsführung entkleideten gemeinsam Recht und Pflicht, für die Geschäftsführung Sorge zu tragen. Waren mehrere Gesellschafter mit der Geschäftsführung betraut, so wirkt die Entziehung nur hinsichtlich des einzelnen, die Geschäftsführungsbefugnis der übrigen dauert fort. War die der übrigen von jener abhängig (Kollektivgeschäftsführung), so zessiert auch sie, wenn nicht sofort Ersatz geschafft wird. Handelt es sich um gesetzliche Geschäftsführung, so zessiert nur die des Verurteilten. Doch gilt das oben Gesagte nur als Regel. Es wird im Einzelfalle zu prüfen sein, was nach dem Sinn des Vertrages die geeigneteste Regelung ist (hierzu Düringer-Hachenburg Anm. 10).

Nr. 6. 6. Der Richter hat nach § 117 nur das Recht der Entziehung der Geschäftsführung, nicht dagegen das weitergehende Recht der Bestellung anderer Geschäftsführer, ebensowenig das Recht, den Inhalt der Geschäftsführung zu ändern, z. B. eine volle Geschäftsführung in eine kollektive zu verwandeln (Renaud C.G. S. 287).

Dagegen kann der Richter von der ihm durch Z.P.O. § 938 zugestandenen Freiheit mit Bezug auf Erlaß einstweiliger Verfügungen Gebrauch machen, auch auf Antrag nur eines Gesellschafters, der auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschließung eines Gesellschafters klagt, die Geschäftsführung einem geschäftsführenden Gesellschafter oder allen geschäftsführenden Gesellschaftern entziehen oder umgekehrt sie einem Gesellschafter zuteilen oder gar einen Dritten mit der Geschäftsführung beauftragen (R.G.Z. XXII S. 170, Staub-Pinner § 117 A. 6, Düringer-Hachenburg Anm. 7).

Nr. 7. 7. **Sonstige Endigungsgründe.** Die Geschäftsführungsbefugnis endet außer dem Falle der Entziehung noch durch Auflösung der Gesellschaft, indem hier an die Stelle der geschäftsführenden Gesellschafter die Liquidatoren treten (§ 146), endet ferner durch Kündigung des betreffenden Gesellschafters in Gemäßheit von B.G.B. § 712 Abs. 2, welcher § hier generell anzuwenden sein wird, soweit nicht alle Gesellschafter kollektiv handeln (Goldmann Anm. 13, Düringer-Hachenburg Anm. 14; anders Staub-Pinner Anm. 7, Makower II, Knoke S. 66 u. a. die § 712 Abs. 2 auf die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis nicht anwenden wollen). Diesenfalls kann auch der Ehemann der weiblichen Gesellschafterin in Gemäßheit vom B.G.B. § 1358 kündigen (§ 1 Nr. 21). Weitere Endigungsgründe sind: Ablauf der Zeit, für die die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage erteilt war, andersartige Regelung durch den Gesellschaftsvertrag, Tod des Betreffenden usw.

Nr. 8 8. Die Entziehung der Geschäftsführung ist nicht notwendig zugleich eine Entziehung der Vertretungsmacht (§ 127). Doch wird praktisch mit der Entziehung der letzteren meist eine Entziehung der ersteren verbunden sein, nicht dagegen umgekehrt (s. bei § 127).

Nr. 9. 9. Der entsetzte Gesellschafter kann die Entziehung zum Grund nehmen, seinerseits auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen (darüber bei § 133).

Nr. 10. 10. **Älteres Recht.** Nach älterem Recht (Art. 101) konnte die Geschäftsführung nur dann entzogen werden, wenn sie nicht kraft Gesetzes zustand, sondern übertragen war (so wenigstens die überwiegende Ansicht) und das Urteil des Richters hatte solchenfalls nur deklarative Kraft. Das ältere Recht wird gemäß des Art. 170 des E.B.G.B. für alle Geschäftsführungsbefugnisse, die vor dem 1. Jan. 1900 entstanden sind, fort zu gelten haben, so lange das Schuldverhältnis das alte bleibt. Verwandelt sich kraft Gesetzes eine bürgerliche Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft, so greift § 117 durch, es sei denn, daß die Parteien in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich entgegenstehende Abreden getroffen hatten.

§ 118.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unter-

richten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

Entw. I —, II § 116: Denkschr. I S. 87, II S. 3182; A. D. H.G.B. Art. 105.

§ 118 stimmt mit B.G.B. § 716 sachlich überein, nur ist das Wort „Geschäftsbücher" durch „Handelsbücher" (§ 38), die Worte „Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens" durch „Bilanz" (§ 39 Abs. 1) ersetzt. Es ist demnach auf B.G.B. § 716 zu verweisen. Zu bemerken ist nur Folgendes:

1. Der Gesellschafter hat nur ein Recht auf Einsicht solcher Papiere und Bücher, die der Gesellschaft gehören. Hat deshalb ein geschäftsführender Gesellschafter in seinem Privatbuch Aufzeichnungen gemacht, die sich auf die Gesellschaft beziehen, so kann nur auf Grund allgemeiner Vorschriften (H.G.B. § 45, B.G.B. § 809, 810) Einsicht dieser Aufzeichnungen begehrt werden. Sind die Bücher und Papiere der Gesellschaft unvollständig, unklar oder widerspruchsvoll, so kann der Gesellschafter auch mündliche Auskunft begehren (R.G. in L.Z. 07 S. 587 = J.W. 07 S. 523[32]). Nr. 1.

2. **Jus personalissimum.** Der Anspruch auf Einsicht ist ein jus personalissimum und wird im allgemeinen nur petitorisch geltend gemacht werden können (B.G.B. § 866). Er kann nicht abgetreten noch im allgemeinen von Vertretern, außer den gesetzlichen, ausgeübt werden, nur wenn die Beschränkung auf persönliche Einsichtnahme zu unbilligen Härten führen würde, kann der Richter einen Vertreter ernennen (Bolze XXII Nr. 508, R.G. bei Holdheim 1902, S. 202). Der Krupier eines Gesellschafters hat den Anspruch nicht (oben § 109 Nr. 6), ebenso wenig der Gläubiger eines Gesellschafters (Renaud C.G. S. 443, Z. XXII S. 285, 302, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XIV S. 185, Düringer-Hachenburg IV S. 32; anders Adler-Clemens Nr. 102, 926; das K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 386 will ihm wenigstens den Anspruch auf Vorlegung der Gesellschaftsbilanz gewähren). Auch der Ehemann kann es kraft seines Verwaltungsrechtes am eingebrachten Gut seiner Frau nicht ausüben, denn Gesellschafterin ist die Ehefrau und er ist nicht ihr gesetzlicher Vertreter (oben § 109 Nr. 6. Anders Staub-Pinner Anm. 3 und Düringer-Hachenburg IV S. 109). Ebensowenig hat es der Erbe des Gesellschafters, für diesen greift § 810 B.G.B. Platz (O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XVI S. 91). Wohl aber kann der Gesellschafter Sachverständige hinzuziehen, sofern nicht die Gefahr des Mißbrauchs besteht (R.O.H.G. VII S. 75, R.G.Z. XXV S. 88, 89; Bolze III Nr. 785; Busch XXXX S. 224, K.G. in Entsch. F.G. VI S. 126, O.L.G. Rspr. XIX S. 390, R.G. in J.W. 1907, S. 525[32]). Bei Streit hätte das Gericht einen Sachverständigen zu ernennen (vgl. Renaud C.G. S. 327 ff., Goldschmidt in Z. XXIX S. 376). Nr. 2.

3. Über den Ort der Vorlegung behufs Einsicht normiert B.G.B. § 811 (dazu O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 316, aber auch XX S. 229). Nr. 3.

4. Das Recht des § 118 gilt nur während des **Bestandes der Gesellschaft**, nicht im Zustande der Liquidation (R.O.H.G. VII S. 71), weil hier der Unterschied zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern fortfällt, doch sind auch hier die Bücher den Gesellschaftern zugänglich zu machen (R.O.H.G. V S. 394). Nicht steht das Recht dem ausgeschiedenen Gesellschafter zu. Nr. 4.

5. Das Recht besteht nur auf Einsicht und Benutzung zum Zwecke der Information, insbesondere der Bilanzanfertigung für die Zeit, die zu der vorgenommenen Prüfung erforderlich ist (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 90). Ein Recht auf Herausgabe der Bücher hat der nichtgeschäftsführende Gesellschafter nicht. Insbesondere wird er sie nicht nach Hause nehmen dürfen. Wieweit er Notizen sich anfertigen und mitnehmen darf, entscheidet sich nach der Verkehrssitte (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XX S. 229). Die ihm zugesandten Bilanzabschriften werden sein Privateigentum (R.G. im Recht 1911 Nr. 3237). Nr. 5.

6. Hinsichtlich der Unterschrift der Bilanz vgl. § 41. Aus § 41 wird mit Rehm, Bilanzen [1] S. 62 zu folgern sein, daß jeder Gesellschafter Anspruch auf Nr. 6.

ordnungsmäßige Bilanz hat und seine Unterschrift einer ordnungswidrigen Bilanz verweigern kann, ein Recht, auf das er nicht für die Zukunft verzichten kann.

Nr. 7. 7. Nach Abs. 2 bedarf es nicht des Nachweises einer Unredlichkeit, um die Wirksamkeit einer beschränkten Vereinbarung zu beseitigen, sondern es genügt, daß sie glaubhaft gemacht wird.

Nr. 8. 8. **Über die Rechnungslegungspflicht** des geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber den Mitgesellschaftern normiert B.G.B. §§ 713, 666. Meist wird die ordentliche Führung der Bücher und der Bilanz die zweckentsprechende Rechnungslegung bilden (Renaud C.G. S. 328 und die dort zit. Entscheidungen, insbes. Busch IV S. 360, XI S. 241, XX S. 76, XXXX S. 257), doch kann nach Lage des Falles eine besondere Rechnungslegung erforderlich sein (R.G.Z. XXX S. 21). Darüber hat das richterliche Ermessen zu entscheiden (Prot. S. 196, R.O.H.G. XIX S. 346), solchenfalls greift dann B.G.B. § 259 Platz. Den Anspruch auf Rechnungslegung hat jeder einzelne Gesellschafter, auch der nichtgeschäftsführende (R.O.H.G. V S. 203), gegen den geschäftsführenden Gesellschafter (anders Makower S. 303, der ihn nur der Gesellschaft selbst zugestehen will, ebenso Ritter § 114 A. 2b). Dieser kann nicht entgegen halten, daß Kläger seiner Rechnungslegungspflicht nicht nachgekommen sei oder den schuldigen Beitrag nicht geleistet habe (B.G.B. § 320 findet hierauf keine Anwendung). Der Anspruch auf Rechnungslegung und die Verpflichtung, selbst Rechnung zu legen oder den Beitrag zu leisten, stehen nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Seuffert XXV Nr. 105, 237, XXIX Nr. 235, XXXXVIII Nr. 26, R.G.Z. XXVI S. 257, B.G.B. §§ 666, 259 legen den Verpflichteten die Rechnungslegung schlechthin auf). Der Anspruch auf Rechnungslegung ist nicht übertragbar (R.G.Z. LII Nr. 10, Holdheim 1912 S. 188 — oben § 109 Nr. 6).

Nr. 9. 9. Das **ältere** Recht ging hinsichtlich des Abs. 2 nicht ganz soweit, es verlangte Nachweis der Unredlichkeit, um die Wirkung der abweichenden Vereinbarung auszuschließen (Art. 105 Abs. 2). Dies hat für vor dem 1. Jan. 1900 getroffene Vereinbarungen weiter zu gelten.

§ 119.

Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

Entw. I § 107, II § 117; Denkschr. I S. 87, II S. 3182; A.D.H.G.B. Art. 103 Abs. 3.

Nr. 1. 1. **Absatz 1.** Der § 119 Abs. 1 spricht etwas Selbstverständliches aus. Aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages ergibt sich, daß, soweit ein Recht der Mitwirkung zu Beschlüssen zusteht, die Beschlüsse einstimmig zu fassen sind. Wie weit solch' Mitwirkungsrecht besteht, geht aus dem Gesellschaftsvertrag sowie den Erörterungen zu den §§ 114—116 hervor. Der Mitwirkung aller Gesellschafter bedarf es stets bei Abänderungen des Gesellschaftsvertrages. Ist ein Gesellschafter minderjährig, so hat der gesetzliche Vertreter mitzuwirken. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für solche Geschäfte der offenen H.G., die, vom Mündel allein vorgenommen, genehmigungsbedürftig sein werden, ist nicht erforderlich (Obst. Bayer. Ldg. in D.J.Z. 02 S. 179).

Nr. 2. 2. **Form der Beschlußfassung.** Hierüber bestimmt § 119 nichts. Sie kann mündlich und schriftlich, durch Zusammenwirken aller oder durch getrennte Erklärungen (im Wege des Rundschreibens) erfolgen. Der bei Fehlen einer Zustimmungserklärung ungültige Beschluß wird durch nachträgliche Genehmigung gültig (B.G.B. § 184). — Auch kann der Gesellschaftsvertrag über die Form der Beschlußfassung

bestimmte Vorschriften aufstellen, insbesondere Abhalten einer Versammlung gebieten (vgl. R.G. in J.W. 06 S. 144[21]).

3. **Majorität.** Der Gesellschaftsvertrag kann an Stelle des Einstimmigkeitsprinzips das Majoritätsprinzip setzen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 603), sei es für alle, sei es für gewisse Beschlüsse, z. B. über die Gewinnverteilung, auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrages, sofern darin nicht ein Verstoß gegen das zwingende Recht liegt (abweichend Makower I und Cosack S. 666). So wäre nicht gültig eine den Ausschluß eines Mitgliedes unter Versagung des Rechtsweges dem Belieben der Majorität überlassende Bestimmung (R.O.H.G. XXI S. 84, R.G.Z. XXXVIII S. 121). Auch stillschweigend durch fortgesetzte Übung kann das Majoritätsprinzip eingeführt werden (Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 08 Nr. 1273). Doch wird für Änderungen des Gesellschaftsvertrages eine ausdrückliche, klare Festsetzung des Mehrheitsprinzips erfordert werden müssen. Nr. 3.

Die Majorität kann eine einfache und qualifizierte sein, nach Köpfen und nach der Größe des Kapitalanteiles bemessen sein. Doch soll sie im Zweifel nach Köpfen berechnet werden (übereinstimmend B.G.B. § 709 Abs. 2), und zwar als absolute Mehrheit (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 603). Daß bei Mehrheitsbeschlüssen im Zweifel der Gesellschafter nicht in eigener Sache mitzustimmen habe, wie R.G. in L.Z. 07 S. 738 annimmt, ist nicht zutreffend (vgl. Staub-Pinner Anm. 1).

Über die Frage, ob die Minderheit den Anspruch auf Gehör hat, entscheidet der Vertrag, im Zweifel ist ihr vorheriges Gehör nicht zu versagen (Düringer-Hachenburg IV S. 99).

4. **Nichtigkeit und Anfechtung von Beschlüssen.** Die Nichtigkeit und die Anfechtung eines Beschlusses oder der Stimmabgabe wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung regelt sich nach bürgerlichem Recht. Hierzu Heck in der Festschrift für Gierke 1911 S. 319 ff., Düringer-Hachenburg IV S. 110, § 119 Anm. 5; vgl. auch unten bei § 250 Nr. 7. — Eigentümliche Anfechtungsvorschriften wie bei der Aktiengesellschaft bestehen hier nicht. Es wird, wie Düringer-Hachenburg aber mit Recht betonen, zu beachten sein, daß die Gesellschafter jederzeit eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages durch einstimmige, auch in ihrem Verhalten sich ausprägende Willensentschließung außer Kraft setzen können, so daß Nichtgeltendmachung eines Widerspruches Anerkennung des Beschlusses — soweit er nicht jus cogens verletzt — mit heilender Kraft darstellt. Nr. 4.

§ 120.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet.

Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalanteile des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalanteil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.

Entw. I § 108, II § 118; Denkschr. I S. 87, II S. 3182; A.D.H.G.B. Art. 107.

1. **Jährlicher Rechnungsabschluß.** Der bei Gesellschaften von längerer Dauer nach dem B.G.B. § 721 Abs. 2 vorgeschriebene jährliche Rechnungsabschluß gilt im Zweifel bei jeder offenen Handelsgesellschaft. Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag längere oder kürzere Zeiträume anordnen, doch würde in der Anordnung von Zwischenbilanzen eine Abweichung von § 120 noch nicht liegen. — Während im B.G.B. auch die Gewinnverteilung am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres erfolgen soll, gelten im H.G.B. in letzterer Beziehung besondere Grundsätze, darüber bei § 122. Nr. 1.

Die Berechnung soll am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres (über den Begriff des Geschäftsjahres § 39 Nr. 5) auf Grund der von allen Gesellschaftern unterzeichneten Bilanz geschehen. Da nun aber nach § 39 Abs. 2 die Bilanz erst nach Schluß des

Geschäftsjahres innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit aufzustellen ist, drückt sich das Gesetz nicht korrekt aus. Gemeint ist, daß nach Ablauf jedes Geschäftsjahres und in unmittelbarem Anschluß an die Bilanzierung die Berechnung erfolgen solle. — Ermittelt wird der Gewinn und Verlust nur des betreffenden Jahres, während die Bilanz selbst mehr enthält, nämlich das Verhältnis der Aktiva zu den Passivis der Gesellschaft ergibt. Demnach kann (anders als bei der Aktiengesellschaft) Gewinn dieses Jahres trotz überwiegender Passiva und Verlust dieses Jahres trotz überwiegender Aktiva vorliegen. Ob Gewinn oder Verlust dieses Jahres vorliegt, ergibt die Vergleichung der gegenwärtigen und der letzten Bilanz (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XVI S. 91). Über die Frage, was als Gewinn anzusehen ist, oben § 59 Nr. 11. Schließt die gegenwärtige Bilanz besser als die letzte ab, so liegt Gewinn (Renaud C.G. S. 310, 311), umgekehrt Verlust des Jahres vor. Der Anteil jedes Gesellschafters am Gewinn und Verlust (soweit letzterer überhaupt zu tragen ist) wird berechnet. Gleichgültig ist dabei, ob das Kapitalkonto eines Gesellschafters ein Aktiv- oder Passivsaldo aufweist; auch im letzterem Falle erfolgt die Berechnung des Gewinnanteiles für den Betreffenden. Über die Größe des Gewinnanteiles bei § 121. Die Ermittelung und Feststellung erfolgt auf Grund der Bilanz, die alle Gesellschafter zu unterschreiben haben (§ 41). In der Unterzeichnung liegt das Anerkenntnis der Bilanz, das aber wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs anfechtbar oder wegen mangelnden rechtlichen Grundes zurücknehmbar ist (hierzu Düringer-Hachenburg Anm. 3). Vgl. bei § 260 Nr. 5.

Nr. 2. 2. **Kapitalanteil.** Abs. 2 handelt nur von der buchmäßigen Gewinn- und Verlustverteilung. Wie weit ein Gesellschafter den auf ihn entfallenden Gewinn abheben kann, bestimmt § 122, wie weit er Nachschüsse machen muß, der Gesellschaftsvertrag, bezw. B.G.B. §§ 707, 735. Die buchmäßige Verteilung geschieht durch Zuschreibung zum, bezw. Abschreibung vom Kapitalanteil.

Der Kapitalanteil eines Gesellschafters ist nicht die Quote dieses Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (darüber S. 335 ff.), sondern er stellt lediglich eine Ziffer dessen dar, was der Gesellschafter als solcher kraft seiner ökonomischen Beteiligung an der Gesellschaft zu erhalten hätte, bezw. dieser zu zahlen hätte, wenn die Auseinandersetzung momentan erfolgen mußte (so trefflich Staub[5] § 5 zu Art. 106, vgl. Staub-Pinner § 120 A. 7, auch Puchelt-Förtsch zu Art. 106 Nr. 3), wobei jedoch zu beachten ist, daß der wirkliche Kapitalanteil höher sein kann, als der gebuchte, z. B., weil der Wert des „Geschäfts" gar nicht bilanziert wird und erst in der Liquidation zur Berechnung gelangt oder weil der Wert der gemachten Einlagen zu niedrig geschätzt wird. Der Kapitalanteil kann Aktiv- oder Passivsaldo oder gleich Null sein. Er ist Aktivsaldo, d. h. er weist buchmäßig ein Guthaben auf; solch Guthaben wird gebildet aus Einlage oder Gewinnanteil oder beiden, dagegen nicht aus sonstigen Forderungen, die der Gesellschafter hat (vgl. Bolze XVII Nr. 518)[1]). Er ist Passivsaldo, d. h. er weist ein Soll auf. Solch Soll wird gebildet aus Verlustbelastungen, dagegen nicht aus sonstigen Schulden, die der Gesellschafter gegen die Gesellschaft hat. Er ist gleich Null, wenn weder die Momente für ein Aktiv- noch ein Passivsaldo vorliegen oder wenn beide sich paralysieren; z. B. bei dem keine Einlage machenden Gesellschafter ist bei Beginn der Gesellschaft der Kapitalanteil gleich Null, ferner gleich Null, wenn die Verlustbelastung gerade Einlage und Gewinnanteil absorbiert. Möglicherweise ist nach dem Gesellschaftsvertrag bei dem einen Gesellschafter nur ein Aktivsaldo denkbar, wenn er nämlich eine Einlage macht und am Verlust nicht beteiligt ist. Diesenfalls behielte er das Aktivsaldo, auch wenn das ganze Gesellschaftsvermögen durch Verluste aufgezehrt ist. Umgekehrt hat möglicherweise ein Gesellschafter stets ein Passivsaldo, nämlich, wenn er keine Einlage macht und die Gesellschaft mit Verlust arbeitet. Möglicherweise hat der eine ein Aktivsaldo, während der Kapitalanteil der anderen gleich Null ist. In allen Fällen bleiben sie beide gemeinschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens

---

[1]) Sind etwaige Reservefonds gebildet, z. B. zur Tragung von außerordentlichen Verlusten, so fällt der Anteil des einzelnen Gesellschafters an ihnen im Grunde auch unter den Kapitalanteil, bei der Auseinandersetzung muß er mit veranschlagt werden. Andererseits werden solche Fonds in den Fällen der §§ 121, 122 nicht mit veranschlagt. Hierzu Düringer-Hachenburg § 120 Anm. 4.

(darüber S. 335ff.). Der Kapitalanteil ist steten Schwankungen unterworfen, er kann im Laufe einiger Tage aus einem hohen Aktivbetrag zu einem tiefen Passivbetrag sich umwandeln. Die in § 120 Abs. 2 vorgeschriebene Zuschreibung und Abschreibung hat nur deklarative Bedeutung, sie stellt nur fest die Höhe des momentanen Kapitalanteiles (§ 122 Abs. 1). Keineswegs bewahrt der Kapitalanteil für das folgende Jahr bis zur nächsten Feststellung die saldierte Höhe, er schwankt auch während desselben unzählige Male je nach der Geschäftslage. Juristisch enthält das Aktivsaldo keine Forderung und das Passivsaldo keine Schuld des betreffenden Gesellschafters. Das Aktivsaldo enthält keine Forderung, denn wie Staub mit Recht hervorhebt, kann der Gesellschafter während des Bestandes der Gesellschaft den Betrag von letzterer nicht einfordern und ob er solchen Betrag bei der Auflösung fordern kann, hängt davon ab, ob das Saldo sich inzwischen die gleiche Höhe bewahrt hat. Das Passivsaldo enthält keine Schuld, denn der Gesellschafter kann nicht von der Gesellschaft belangt werden, ja er kann ohne Zustimmung der Mitgesellschafter den Betrag vor der Auflösung nicht einmal freiwillig einzahlen, weil darin eine Erhöhung seiner Einlage liegen würde, die er nicht einseitig vornehmen kann (Lastig bei Endemann, Hdb. I S. 369). Der Kapitalanteil ist also ein reiner Rechnungsfaktor (vgl. R.G.Z. III Nr. 18).

3. **Älteres** Recht. Das ältere Recht stimmt sachlich überein (Art. 107). Für Gesellschaften, die nach altem Recht bürgerliche Gesellschaften waren, aber infolge des neuen Rechts Handelsgesellschaften wurden, greift § 120 Platz. Sie hatten zunächst gemäß § 39 eine Eingangsbilanz und dann für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres eine weitere Bilanz aufzustellen. Von dieser öffentlichrechtlichen Pflicht befreite sie auch eine vorherige Beredung nicht. Nr. 3.

§ 121.

Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Anteil in Höhe von vier vom Hundert seines Kapitalanteils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Anteile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnanteils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs Geld auf seinen Kapitalanteil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Teil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnanteile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahrs wird unter die Gesellschafter nach Köpfen verteilt.

Entw. I § 109, II § 119; Denkschr. I S. 88, 89, II S. 3182, 3183; Komm.Ber. S. 3896, Sten.Ber. S. 4571, 4585; A.D.H.G.B. Art. 106, 109.

1. **Verzinsung der Kapitalanteile.** § 121 enthält eine bedeutsame Abweichung vom älteren Recht. Nach letzterem wurden jedem Gesellschafter von seinem Aktivkonto 4% Zinsen gutgeschrieben, gleichgültig, ob in dem betreffenden Geschäftsjahr die Gesellschaft mit Gewinn oder Verlust gearbeitet hatte. Vor Deckung dieser Zinsen war kein Gewinn der Gesellschaft vorhanden und der Verlust der Gesellschaft wurde durch die Zinsen vermehrt oder gebildet. Damit ergab sich eine unbillige Bevorzugung des mit Kapital beteiligten Gesellschafters vor dem Arbeit leistenden Gesellschafter. Letzterer ging bei schlechter Geschäftslage nicht nur leer aus, sondern mußte unter Umständen auch die dem Mitgesellschafter gutgeschriebenen Zinsen aus Nr. 1.

seinem Privatvermögen decken. Denn wenn infolge der Gutschrift von 4% Zinsen sich ein Verlust für die Gesellschaft herausstellte, so war dieser von dem am Verluste gleichmäßig beteiligten, Arbeit leistenden Gesellschafter bei der Auflösung der Gesellschaft mit zu decken. Das neue Gesetzbuch hat mit diesem System aufgeräumt. Es kennt keine feste Verzinsung der Kapitalanteile mehr. Wollen die Gesellschafter eine gegenseitige Garantie der Verzinsung ihrer Kapitalanteile übernehmen, so müssen sie es im Gesellschaftsvertrage ausbedingen (vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 128). Der Zinsanspruch ist dann nicht zessibel (R.G.Z. LXVII Nr. 6). Das Gesetz vermutet jedoch solche Absicht nicht. Da die Gesellschaft auf Gemeinsamkeit von Gewinn und Verlust gerichtet ist, so soll nicht bloß der Arbeit leistende, sondern auch der Kapital einlegende Gesellschafter auf den Anteil am Gewinn als Entgelt beschränkt sein. Nur insofern soll der Gesellschafter, der ein Aktivkonto besitzt, bevorzugt sein, als ihm eine Prioritätsdividende gebührt. Hierauf beruhen die einzelnen Vorschriften des § 121. Abs. 3 enthält die Regel, Abs. 1 und 2 die Ausnahme.

Nr. 2. 2. **Gewinn- und Verlustbeteiligung.** Grundsätzlich gilt, wie im B.G.B. (§ 722 Abs. 1), daß am Gewinn und Verlust eines Geschäftsjahres die Gesellschafter nach Köpfen beteiligt sind. Natürlich gilt diese Vorschrift nur im Zweifel. Der Gesellschaftsvertrag kann eine andere Beteiligung am Gewinn oder Verlust oder beiden anordnen. Er kann auch die Beteiligung am Gewinn und Verlust verschieden abstufen, ja die Beteiligung eines Gesellschafters am Verlust ganz ausschließen, nur die Beteiligung am Gewinn kann er nie ausschließen. Trifft der Vertrag nur Bestimmungen über Anteil am Gewinn oder nur solche über den Anteil am Verlust, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust (B.G.B. § 722 Abs. 2). Wer sich auf eine andersartige als die gesetzliche Verteilung beruft, hat diese zu beweisen (R.G.Z. VI S. 80 ff., VII S. 45 ff.). Sind bei mehr als zwei Gesellschaftern verschiedenartige Gewinnbeteiligungen und scheidet einer aus, so ist aus dem Sinn des Vertrages zu eruieren, ob dessen Gewinnanteil den zurückbleibenden nach Kopfteilen oder nach Verhältnis ihrer Gewinnanteile zuwächst. In dubio wird das erstere anzunehmen sein. (Düringer-Hachenburg Anm. 3).

Nr. 3. 3. **Prioritätsdividende.** Von der Regel des Abs. 3 machen Abs. 1 und 2 zwar nicht hinsichtlich des Verlustes, wohl aber hinsichtlich des Gewinnes eine Ausnahme für den Fall, daß Aktivkonten bestehen. Bestehen keine Aktivkonten, haben also alle Gesellschafter ein Kapitalkonto von Null, oder sinkt das Kapitalkonto geradezu auf einen Passivbetrag, so wird der Gewinn nach der Regel verteilt, d. h. im Zweifel auf jeden Gesellschafter nach Köpfen und wird deren Konten zugeschrieben. Eine Gutschrift von 4% ist hier der Natur der Sache nach ausgeschlossen. Ebenso wenn die Aktivkonten aller Gesellschafter gleich hoch sind und für die Beteiligung am Gewinn keine besondere Vereinbarung getroffen ist, denn es würde auf einen überflüssigen Formalismus hinauslaufen, 4% als Präzipuum und dann den Rest des Gewinnes nach Köpfen zu verteilen, da man ja mit den Regeln des Abs. 3 zu dem gleichen Ergebnis gelangt. Anders, wenn im letzteren Falle die Beteiligung am Gewinn verschieden abgestuft war. Hatte z. B. nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschafter A $^2/_3$, der Gesellschafter B $^1/_3$ vom Gewinn zu beanspruchen, so würde bei Gleichheit der Aktivkonten jedem erst 4% zugeschrieben werden und dann der Rest nach dem Verhältnis von 2 zu 1 zu verteilen sein. Betrugen die beiden Aktivkonten also je 50000 und zwar der Gewinn 10000, so würde danach dem Aktivkonto $4 \times 500 = 2000$ als Prioritätsdividende zugeschrieben werden, vom Rest von 6000 hätte A 4000, B 2000 zu erhalten. — Weitere Voraussetzung ist, daß ein Jahresgewinn erzielt ist (über diesen Begriff bei § 120 Nr. 1). Ist kein Jahresgewinn erzielt, so hat der mit einem noch so hohen Aktivkonto im Buche stehende Gesellschafter nichts besonderes zu beanspruchen, er hat auch kein Nachbezugsrecht in späteren Jahren, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ihm ein solches zuspricht (vgl. unten § 185 Nr. 2). Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß das Anfangskapital integer ist. Demnach greift die Regel auch dann Platz, wenn nach mehreren Verlustjahren ein Gewinnjahr eintritt, das die eingetretenen Verluste früherer Jahre halbwegs deckt.

Unter diesen beiden Voraussetzungen soll das Präzipuum des Aktivkontos vom Gewinn 4%, und wenn der Jahresgewinn hierzu nicht ausreicht, weniger be-

tragen, d. h. bis 4 % des Aktivkontos haben die Inhaber einen unentziehbaren Anspruch darauf, den Gewinn vorweg zu erhalten. Dieser Anspruch steht allen Inhabern gleichmäßig zu, doch kann der Gesellschaftsvertrag ein anderes anordnen (das Präzipuum einschränken, beseitigen, erhöhen, den einen vor dem andern bevorzugen). Die Anordnung einer Bevorzugung des einen vor dem andern liegt aber noch nicht darin, daß der Gesellschaftsvertrag das Maß der Gewinnbeteiligung für die einzelnen Gesellschafter im Ganzen verschieden bemißt, denn das Präzipuum des Abs. 1 beruht auf dem besonderen Gesichtspunkt, den mit Kapital Beteiligten eine gewisse Vergütung für die Entbehrung des Kapitals zu gewähren. Wollen die Beteiligten hiervon absehen, so müssen sie dies ausdrücklich sagen. Die bloße Festsetzung verschieden hoher Gewinnbeteiligung betrifft nur den übersteigenden Jahresgewinn des Abs. 3.

Das Präzipuum wird nach einem prozentualen Betrage des „Kapitalanteiles", d. h. des Aktivkontos, wie es sich am Schlusse des Geschäftsjahres darstellt, beziffert (wobei „etwaige Reservefonds" nicht mit anzurechnen sind, Düringer-Hachenburg § 120 Anm. 4). Hatte der Gesellschafter im Laufe des verflossenen Geschäftsjahres nichts in die Gesellschaftskasse geleistet und nichts aus der Gesellschaftskasse entnommen, so ist das Aktivkonto identisch mit der Summe, die sich buchmäßig auf Grund der Berechnung des § 120 für das vorhergehende Geschäftsjahr ergab. Demnach würde, wenn die Gesellschaft 1900 begann und die Ureinlage des Gesellschafters A 10,000, des Gesellschafters B 5000, des Gesellschafters C nichts betrug, bei der ersten Berechnung des Jahres 1901 das Aktivkonto A 10,000, des B 5000, des C 0 sein. Ergab sich für das Geschäftsjahr 1900—1901 ein Gewinn von 1200, so erhielte A als Voraus 400, B 200, C nichts; der Rest von 600 fiele nach Abs. 3 an jeden zu gleichen Teilen. Es würden sich also die Aktivkonten nach der Gutschrift in Gemäßheit von § 120 am Anfang des Jahres 1901 derart darstellen, daß A 10,600, B 5400, C 200 Aktivkonto hätte. Zahlte für das Geschäftsjahr 1901—1902 keiner eine Einlage und entnahm keiner etwas aus der Gesellschaftskasse, so würden bei der Berechnung des Präzipuums von 4 % im Jahre 1902 für A 10,600, für B 5400, für C 200 als Aktivkonto zugrunde zu legen sein. A erhielte von dem Gewinne des Geschäftsjahres 1901—1902 also 424, B 216, C 8 als Präzipuum.

Anders, wenn der Gesellschafter im Laufe des verflossenen Geschäftsjahres eine Einlage gemacht hat, d. h. einen Beitrag, der fähig ist, das Aktivkonto zu bereichern, also eine Einlage an Vermögenswerten (nicht an Arbeit). In diesem Falle muß natürlich das für das Aktivkonto geschaffene Plus bei der Berechnung des Voraus berücksichtigt werden. Betrug beispielsweise das Aktivkonto des X anfangs 1900 die Summe 10,000 und leistete X im Laufe des Jahres 1900 als Einlage weitere 5000, so war die Summe von 15,000 für das Präzipuum in der nächsten Berechnung in Ansatz zu bringen. Hierbei tritt aber der Gesichtspunkt, daß die 4 % nur eine Vergütung für die Entbehrung des Kapitals sind, in der Bestimmung klar zutage, daß die im Laufe des Geschäftsjahres gemachte Leistung nur nach dem Verhältnis der seit der Leistung abgelaufenen Zeit zu berücksichtigen ist. Erfolgte demnach die Leistung von 5000 am 1. Juli und läuft das Geschäftsjahr am 31. Dez. ab, so betrug das Präzipuum des X außer den 4 % von 10,000, nämlich 400, noch 4 % von 5000, diese aber nur für den Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dez., d. h. $^4/_{100} \cdot \frac{5000 \cdot 184}{365} = 100\,^{60}/_{73}$, im Ganzen also $500\,^{60}/_{73}$ Mark.

Das Entsprechende gilt, wenn der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahres Geld auf sein Konto befugt entnommen hat. Entnahm X, um beim vorigen Beispiel zu bleiben, von seinen 10,000 am 1. Juli 5000, so würde er 4 % von 5000 = 200 und weitere 4 % von 5000 für den Zeitraum vom 1. Jan. bis zum 30. Juni, also in gewöhnlichen Jahren für 181 Tage beziehen. Danach kann sich die Berechnung unter Umständen recht verwickelt gestalten. — Über den Fall der unbefugten Entnahme bei § 111.

Ist der Jahresgewinn zur Auskehrung des vollen Präzipuums nicht ausreichend, so müssen die einzelnen Aktivkonten sich eine entsprechende Reduktion gefallen lassen. Wären z. B. 1000 Jahresgewinn nötig, um den Aktivkonten der 3 Gesellschafter A, B, C das vierprozentige Präzipuum von 500, 300, 200 zu-

zuführen, während in Wahrheit nur 800 erzielt sind, so würde A sich mit 400, B mit 240, C mit 160 begnügen müssen.

Nr. 4. 4. Das Recht auf den Gewinnanteil ist zessibel (B.G.B. § 717 vgl. R.Z.G. LXVII Nr. 6).

Nr. 5. 5. Von dem Recht auf den Gewinnanteil ist eine besondere Vergütung für geleistete Dienste oder Werke zu scheiden, sei es als festes Aquivalent, sei es als Extratantieme. Letzterenfalls ist sie vom Gewinn vorweg abzuziehen, bevor die Verteilung nach § 121 erfolgt (hierzu § 110 Nr. 4, Düringer-Hachenburg § 110 Anm. 15, § 121 Anm. 3).

Nr. 6. 6. Die Bestimmungen des **älteren** Rechts (Art. 104, siehe oben Nr. 1) fanden auf offene Handelsgesellschaften, die vor dem 1. Jan. 1900 eingegangen sind, so lange das Schuldverhältnis das alte blieb, Anwendung (Art. 170 des E.B.G.B.). Dagegen trat § 121 für Gesellschaften, die bis dahin bürgerliche Gesellschaften waren und kraft Veränderung der Gesetzgebung mit dem 1. Jan. 1900 Handelsgesellschaften wurden, in Anwendung, es sei denn, daß besondere Vereinbarungen über die Gewinnbeteiligung, bezw. deren Verzinsung getroffen waren.

§ 122.

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Anteils am Gewinne des letzten Jahres zu verlangen.

Im übrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalanteil zu vermindern.

Entw. I § 110, II § 120; Denkschr. I S. 89, II S. 3183; A.D.H.G.B. Art. 108.

Nr. 1. 1. **Erhebung von 4% des Aktivkontos.** Das Gesetz gewährt — falls der Vertrag nicht ein anderes bestimmt (§ 109) — jedem Gesellschafter, der ein Aktivkonto besitzt, das unbedingte Recht, Geld bis zum Betrage von 4% des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteiles (über Reservefonds oben § 120 Nr. 2) zu erheben. Voraussetzung ist einmal das Vorhandensein eines buchmäßigen Aktivkontos, das Recht existiert also nicht, wenn das Konto indifferent (0) oder gar Passivkonto ist. Das Aktivkonto muß ferner für das letzte Geschäftsjahr festgestellt sein; folglich kann im ersten Geschäftsjahr von der Einlage nichts abgehoben werden (anders Makower IIb), es sei denn, daß der Vertrag dies gestattet oder die übrigen Gesellschafter es erlauben. — Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß ein Jahresgewinn erzielt ist. Das Gesetz sagt nicht, daß der Gesellschafter die Prioritätsdividenden des § 121, sondern daß er schlechthin Geld bis zum Betrage von 4% erheben darf. Auch wenn der Jahresgewinn hinter jenen 4% zurückblieb oder ganz ausblieb oder wenn gar Verlust eintrat, kann der Gesellschafter den vollen Betrag von 4% abheben, so lange sein Konto ein aktives ist. Er vermindert dadurch natürlich seinen Kapitalanteil. Ja, wenn selbst feststeht, daß die Gesellschaft im Laufe dieses Geschäftsjahres (etwa des Monats Januar) Verluste erlitten hat, die das Konto des betreffenden Gesellschafters auf Null oder ein Minus herabdrücken, darf er jenen Betrag erheben, sofern nur nach der Feststellung für das letzte Geschäftsjahr das Aktivkonto vorhanden war. Der Umstand, daß zur Zeit der Erhebung die Geschäftslage eine schlechte ist, kann schon deshalb nicht entscheiden, weil sie sich bis zum Schlusse des Geschäftsjahres wieder ändern kann. Ist der zur Erhebung notwendige Betrag in der Gesellschaftskasse nicht vorhanden, so findet darin das Recht des Gesellschafters seine Grenze, von den Mitgesellschaftern kann er diesen Betrag nicht verlangen (oben bei § 111 Nr. 2a). — Umgekehrt darf der Gesellschafter, dessen festgestelltes Passivkonto infolge überraschend guter Geschäfte während des

neuen Geschäftsjahres sich in ein Aktivkonto verwandelt hat, daraufhin nichts einseitig erheben; denn auch diese Umwandlung braucht bis zum Schlusse des neuen Geschäftsjahres nicht anzuhalten.

2. **Erhebung weiterer Gewinnanteile.** Über den Betrag von 4% des Aktivkontos hinaus darf (abweichend vom bürgerlichen Recht) ein Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen den Anteil am Gewinne des letzten Jahres (nicht der der voraufgegangenen Jahre) ausgezahlt verlangen. Voraussetzung ist zunächst auch hier das Bestehen eines Aktivkontos. Der Inhaber eines festgestellten Passivkontos kann sich auf § 122 auch dann nicht berufen, wenn der Gewinn des letzten Jahres außergewöhnlich hoch war. Der Gewinn ist vielmehr seinem Passivkonto solange zuzuschreiben, bis ein Aktivkonto wieder erzielt ist (a. A. Cosack S. 678, Staub-Pinner Anm. 9, Düringer-Hachenburg Anm. 7). Folgerichtig kann der Inhaber eines Aktivkontos auch nie mehr als dessen Betrag herausnehmen. — War der Gewinn des letzten Jahres nicht höher als 4%, so muß sich der Inhaber des Aktivkontos mit den 4% begnügen. Nr. 2.

Nur, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, sind die weiteren Erhebungen gestattet. Wann dieser Fall gegeben ist, hat der Richter im Streitfalle zu befinden. Solch Fall wird dann vorliegen, wenn infolge glücklicher Spekulation das Passivkonto eines Gesellschafters in ein Aktivkonto umgeschlagen ist. Bezifferte sich z. B. das Konto des A Anfang 1913 auf — 10,000 und schnellt es bei der bilanzmäßigen Feststellung im Jahre 1914 auf + 10,000 empor, so würde es wider das Interesse der Gesellschaft sein, wenn A aus der Gesellschaftskasse im Laufe des Jahres 1914 die ganzen 10,000 seines Aktivkontos sollte erheben dürfen. Ferner können beschlossene Unternehmungen, die gute Konjunkturen ausnutzen wollen, die Verwendung des Gewinnes erheischen (v. Hahn zu Art. 108 § 5) u. a. m. Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß der Nachweis, die Erhebung gereiche zum Schaden der Gesellschaft, der Gesellschaft, bezw. den Mitgesellschaftern obliegt (anders Staub-Pinner Anm. 12, Goldmann S. 536). — Daß der Gesellschafter des Geldes bedarf, ist nicht Voraussetzung, wie umgekehrt die bloße Bedürftigkeit des Gesellschafters die Erhebung nicht rechtfertigt (Puchelt-Förtsch zu Art. 108 Nr. 5). War die Auszahlung gerechtfertigt erfolgt, so kann nicht nachträglich das Gezahlte deshalb zurückgefordert werden, weil sich jetzt ein Bedürfnis der Gesellschaft eingestellt habe, auch nicht deshalb, weil andere Gesellschafter, die nunmehr nicht erheben können, unbillig verkürzt werden (in letzter Hinsicht anders Düringer-Hachenburg Anm. 10).

3. **Geltendmachung des Rechts.** In beiden Fällen besteht nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Gesellschafters zur Erhebung. Will der Gesellschafter den Gewinn bei der Gesellschaft lassen, so ist das seine Sache. Kein Mitgesellschafter kann verlangen, daß er den Gewinn abhebe, weil durch dessen Stehenlassen die Einlage und damit die Prioritätsdividende des § 121 ungebührlich wachse. Doch kann der Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Erhebung statuieren. Nr. 3.

Das Recht muß der Gesellschafter noch im Laufe des Geschäftsjahres geltend machen. Läßt er das Jahr verstreichen, ohne etwas zu erheben, so wachsen die Beträge endgültig dem Kapitalanteil zu. Im nächsten Geschäftsjahr darf er nur die 4% des neu festgestellten Kontos und den etwa übersteigenden Gewinn aus dem voraufgegangenen Jahr verlangen. Die Geltendmachung des Rechts geschieht entweder durch Entnahme des Geldes (nicht anderer Vermögenswerte) aus der Gesellschaftskasse (wenn der Gesellschafter die Geschäftsführung hat) oder durch Erhebung des Anspruches gegen die Gesellschaft. Auch gegen die Mitgesellschafter kann er auf Gestattung der Entnahme klagen (Behrend § 70 Anm. 11). Ist der Gesellschafter mit der Zahlung einer Geldeinlage selbst in Verzug, so kann die Gesellschaft aufrechnen. Der Gesellschafter kann seinen Anspruch auch abtreten (B.G.B. § 717), jedoch nur insoweit, als es sich um einen Anspruch auf einen Gewinnanteil handelt. Handelt es sich um Bezug fester Zinsen, die nicht aus Gewinnen gedeckt werden, so ist das Recht nicht abtretbar (A.G.Z. LXVII Nr. 6). Ist eine Ehefrau Gesellschafterin mit Einwilligung des Ehemannes, so kann sie das Recht selbständig geltend machen. Das gleiche gilt aber, auch wenn der Ehemann nicht eingewilligt hat, soweit es sich um Erwerb aus dem selbständigen Erwerbsgeschäft handelt (dazu oben § 109 Nr. 6 A. 1).

Nr. 4. 4. **Absatz 2.** Die Vorschrift will besagen, daß jede andere Erhebung von Summen aus der Gesellschaftskasse sowie jede sonstige Entnahme von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen der Einwilligung sämtlicher übrigen Gesellschafter, auch der nichtgeschäftsführenden, bedarf. Über die Folgen der unbefugten Entnahme bei § 111. Zu bemerken ist, daß die unbefugte Entnahme eine wirkliche, verzinsliche Schuld, nicht eine bloße Minderung des Kapitalanteiles begründet. — Umgekehrt kann aber auch kein Gesellschafter, soweit das Gesetz dies nicht ausdrücklich zuläßt — seinen Kapitalanteil durch Einzahlungen über den Betrag der vereinbarten Einlage einseitig erhöhen (vgl. § 111 Nr. 2a). Wendet er der Gesellschaft einseitig Gelder zu, so erhöhen sie sein Aktivkonto nicht, so sind vielmehr Debetposten der Gesellschaft, die er als Gläubiger zurückfordert, und die ihn zur Prioritätsdividende nicht berechtigen.

5. Das ältere Recht (Art. 108) gestattete dem Gesellschafter, die 4% Zinsen des Kapitalkontos für das verflossene Jahr abzuheben, was auf dasselbe hinauskam.

Dritter Titel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Einleitung.

Mit § 123 beginnen die das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu dritten ordnenden Sätze. Ihnen unterstehen alle Fälle, in denen die Gesellschafter unter der Gesellschaftsfirma mit anderen in rechtliche Beziehungen treten, auch mit einem der Gesellschafter, sofern dieser nicht als solcher, sondern als Dritter auftritt, z. B. als Verkäufer, Darlehnsgeber usw., während die Ordnung der zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter als solchem bestehenden Rechte und Pflichten dem vorigen Titel untersteht. — Vorwiegend beschäftigt sich dieser Titel mit den Rechtsgeschäften der Gesellschaft; doch greifen seine Bestimmungen auch für gesetzliche Verbindlichkeiten und Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen Platz. Ihr Inhalt ist überwiegend zwingender Natur, es sei denn, daß ein Gesellschafter als Dritter auftritt.

§ 123.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus dem § 2 sich ein anderes ergibt.

Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

Entw. I § 111, II § 121; Denkschr. I S. 89, 90, II S. 3183; A.D.H.G.B. Art. 110.

Nr. 1. 1. **Wirkung der Eintragung.** § 123 stellt als Zeitpunkt der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach außen grundsätzlich den Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister hin. Jedenfalls ist dies der späteste Zeitpunkt. Mit der Eintragung tritt die offene Handelsgesellschaft unter allen Umständen in rechtliche Wirksamkeit nach außen, von da ab beginnt jedenfalls die Vertretungsbefugnis der §§ 125, 126, die Gesamthaft des § 128 usw. ihre Wirkung zu äußern. Vereinbaren die Gesellschafter, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt anfangen solle, so wirkt diese Vereinbarung zwar unter ihnen, jeder hat die

Verpflichtung, sich der Vornahme von Geschäften bis zu jenem Zeitpunkt zu enthalten, und macht sich bei Verletzung dieser Verpflichtung schadensersatzpflichtig, aber nach außen ist die Vereinbarung ohne Wirksamkeit. Die Registerbehörde kann die Eintragung einer derartigen Vereinbarung ablehnen. Trägt sie eine solche ein, so gilt der diesbezügliche Eintrag pro non scripto (v. Hahn zu Art. 110 § 2). Jedermann aus dem Publikum kann ihn ignorieren, die Berufung auf ihn würde demjenigen nicht entgegengestellt werden können, der in Kenntnis dieser Vereinbarung mit der Gesellschaft kontrahiert, es sei denn, daß es sich um betrügliche Kollusion desselben mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter auf Kosten der Gesellschaft handelt.

Dagegen ist der Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister nicht stets der früheste für den Eintritt der Wirksamkeit nach außen. Er ist der früheste nur dann, wenn es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, die auf Grund des § 2 entsteht, weil solchenfalls die Eintragung erst die Handelsgesellschaft entstehen läßt (§§ 6, 2), so daß hier Zeitpunkt der Entstehung und der rechtlichen Wirksamkeit nach außen zusammenfallen[1]). Anders bei Handelsgesellschaften, deren Gewerbebetrieb dem § 1 unterfällt. Hier kann die Wirksamkeit schon früher eintreten (darüber bei Nr. 2).

Unter Eintragung ist die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft zu verstehen (§ 106). Die Eintragung in das Register einer Zweigniederlassung hat für die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen keine Bedeutung, sie kann aber für die Führung der Firma (§ 30 Abs. 3 und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters (§ 126 Abs. 3) von rechtlicher Bedeutung sein.

Schon mit der Eintragung beginnt die rechtliche Wirksamkeit nach außen, einer Bekanntmachung bedarf es nicht (R.O.H.G. XXIII S. 283). Der einzelne Gesellschafter kann sich demnach seiner Haftung aus § 128 nicht durch Berufung auf die nicht erfolgte Bekanntmachung entziehen. Und ebensowenig kann bei Handelsgewerben des § 1 der Dritte, der von der Gesellschaft verklagt wird, einwenden, daß die Eintragung nicht publiziert worden sei, ja er kann sogar nicht einmal einwenden, er habe sie weder gekannt noch kennen müssen (§ 15 Abs. 2). Wohl aber würde ein anderes gelten hinsichtlich der Handelsgewerbe nach §§ 2, 3 und würde hinsichtlich der Ausschließung oder Beschränkung der Vertretungsbefugnis § 15 Platz greifen.

Die Eintragung erzeugt nicht die Handelsgesellschaft, ihre Wirkung ist vielmehr abhängig von dem Vorhandensein der für die offene Handelsgesellschaft begriffswesentlichen Erfordernisse. Ist der Gesellschaftsvertrag ungültig, so kann ihn die Eintragung nicht zu einem gültigen machen. Darüber, daß ein Scheingesellschafter sich als Gesellschafter behandeln lassen muß, bei § 105 Nr. 1. Wohl aber schließt die Eintragung den Einwand aus, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe oder ein Kleingewerbe sei (§ 5).

Nr. 2. 2. **Wirkung des Geschäftsbeginnes.** Bei den Gesellschaften, deren Gegenstand ein natürliches Handelsgewerbe bildet, beginnt die rechtliche Wirksamkeit nach außen schon mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes. Hat die offene Handelsgesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so ist sie nach außen damit in rechtliche Wirksamkeit getreten, (R.G. im Recht 07, S. 777 Nr. 1737). Unter „Geschäften" im Sinne von § 123 Abs. 2 sind nicht bloß zu verstehen die den Gegenstand des konkreten Handelsgewerbes bildenden, sondern auch die das Handelsgewerbe vorbereitenden Geschäfte (z. B. Mieten eines Lokales, Abschluß eines Werkvertrages mit einem Bauunternehmer, Anschaffung von Maschinen, Engagieren von Personal, Akzeptation von Wechseln (R.O.H.G. I Nr. 36, 74 XII Nr. 115, Seuffert LII Nr. 30, Z. XV S. 227, 228), ferner nicht bloß Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, z. B. Offerten zu Verträgen, ja sogar

[1]) Doch gilt auch dies nicht, wenn es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, die durch Hinzutritt eines Gesellschafters zu dem bisherigen Unternehmen entstanden ist (§ 28) oder die das Geschäft und die Firma des bisherigen Unternehmers erwarb. Hier ist die Handelsgesellschaft schon vor der Eintragung entstanden (vgl. Makower S. 318f.). Oben bei § 2 Nr. 8.

nichtrechtsgeschäftliche Handlungen, wie Einladungen zu Offerten (Bolze III Nr. 795), Versenden von Mustern, Aufmachen eines Lokales, denn auch darunter versteht das Leben eine geschäftliche Tätigkeit. — Notwendig ist aber, daß das Geschäft von der Gesellschaft eingegangen ist, d. h. entweder von allen Gesellschaftern oder von einem der vertretungsberechtigten Gesellschafter mit Wissen und Willen der übrigen Gesellschafter. Würde einer der Gesellschafter eigenmächtig das Geschäft Namens der Gesellschaft abschließen, so würde ein Geschäftsbeginn nicht vorliegen (R.O.H.G. XII S. 410, Seuffert LI Nr. 42) und der Gesellschafter sich nach den Grundsätzen vom falsus procurator (B.G.B. §§ 179, 180) haftbar machen. Würden die übrigen Gesellschafter nachträglich die Abschließung genehmigen, so würde darin die Erklärung liegen, daß die Gesellschaft eben mit jenem Zeitpunkt begonnen habe (B.G.B. § 184). Denn da das Gesetz an den Beginn der Geschäfte, d. h. die Vornahme auch nur eines Geschäftes die Wirkung der Gesellschaft nach außen knüpft, so hat die nachträgliche mit Rückwirkung versehene Erklärung, das eine Geschäft solle als von der Gesellschaft abgeschlossen gelten, die Bedeutung, daß die Gesellschaft als damals in Wirksamkeit getreten anzusehen ist. Gleichgültig ist auch, ob das Geschäft mit einem Dritten oder einem der Gesellschafter abgeschlossen ist, sofern letzterer als Dritter auftritt. Auch im letzteren Falle sind die Geschäfte begonnen. — Wie die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zum Abschlusse erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen erfolgen (R.O.H.G. XII S. 410, Seuffert LI Nr. 42). Notwendig ist stets, daß das Geschäft namens der Gesellschaft, also unter deren Firma, eingegangen ist. Hat es der Gesellschafter unter eigenen Namen eingegangen, so liegt ein Geschäftsbeginn auch dann nicht vor, wenn es für Rechnung der Gesellschaft eingegangen war (R.O.H.G. VII S. 431, Bolze III Nr. 789), selbst wenn dem Dritten dies bekannt war. — Eine Abrede, daß die Gesellschaft mit einem späteren Zeitpunkte, als dem des Geschäftsbeginnes, in rechtliche Wirksamkeit nach außen treten solle, ist Dritten gegenüber ebenfalls unwirksam.

Nr. 3. 3. **Erklärung der Gesellschafter über den Bestand der Gesellschaft.** Liegt ein Geschäftsbeginn auch dann vor, wenn die Gesellschafter vor der Eintragung nach außen erklären, die Gesellschaft bestehe? Streng genommen ist dies nicht der Fall. Das Gesetz selbst unterscheidet in § 123 die Eintragung und den Geschäftsbeginn, ebenso in § 106 Abs. 2 die Anmeldung und den Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes, obwohl doch in der Anmeldung eine feierliche Kundgebung der Gesellschaft liegt. Aber wie sich diejenigen, die sich als offene Gesellschafter gerieren, ohne es zu sein, sich als solche behandeln lassen müssen (vgl. bei § 105 Nr. 1), so werden auch hier trotz mangelnden Geschäftsbeginnes die Gesellschafter an ihrer Erklärung festgehalten (R.O.H.G. XIII S. 376, XXIV S. 320). Lassen deshalb die Gesellschafter den Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes in der Eintragung zurückdatieren, was zulässig ist (106 Abs. 2 Nr. 3; a. A. Ritter Anm. 3), so gilt die Gesellschaft als mit dem in der Eintragung angegebenen Zeitpunkt nach außen entstanden, auch wenn nachweislich die Geschäfte später in Wirklichkeit begonnen sind (R.G.Z. XXXIV Nr. 13). Erklären sie dem Publikum durch Inserate oder Zirkulare, die Gesellschaft bestehe bereits, so müssen sie sich so behandeln lassen, als ob die Gesellschaft nach außen in rechtliche Wirksamkeit getreten sei. Anders, wenn sie ankündigen, die Gesellschaft werde mit einem bestimmten Tage ihre Geschäfte beginnen. Hier würden sie für die von einem der Gesellschafter vorher Namens der Gesellschaft eingegangen Geschäfte nur dann haften, wenn ihnen nachgewiesen wird, daß sie mit dem früheren Geschäftsbeginn einverstanden waren. Sie sind auch, so lange die Geschäfte nicht begonnen sind, in der Lage, bis zu jenem Tage die Erklärung wieder rückgängig zu machen, nur muß dies in derselben öffentlichen Form geschehen, in der die Ankündigung erfolgte. Andernfalls wird der Dritte, mit dem ein Gesellschafter kontrahierte, sich auf sein Nichtwissen berufen können. B.G.B. §§ 169, 170 wären hier entsprechend anzuwenden (vgl. v. Hahn zu Art. 110 § 6, Behrend § 71).

Nr. 4. 4. Der **Beweis**, daß die Gesellschaft in rechtliche Wirksamkeit getreten sei, liegt dem ob, der sich darauf beruft (vgl. Bolze III Nr. 1210).

Nr. 5. 5. So lange die Gesellschaft nach außen nicht in rechtliche Wirksamkeit getreten ist, erzeugt der Gesellschaftsvertrag lediglich obligatorische Verpflichtungen unter den Gesellschaftern. (R.G. bei Holdheim 07, S. 143). Kraft des Gesellschafts-

vertrages ist natürlich jeder Gesellschafter verpflichtet, dahin mitzuwirken, daß an dem verabredeten Zeitpunkt die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen eintrete. Doch hört diese Verpflichtung auf, falls ein Grund eintritt, der für den Gesellschafter den Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen würde (Busch XV S. 428). Vergl. B.G.B. § 323 und oben § 109 Nr. 4.

6. Das ältere Recht (Art. 110) stimmt grundsätzlich überein, sieht man von den durch § 2 begründeten Modifikationen ab. Verwandelte sich eine bürgerliche Gesellschaft infolge Änderung der Gesetzgebung in eine offene Handelsgesellschaft, so war als Zeitpunkt des Geschäftsbeginns der 1. Jan. 1900 anzusehen. Nr. 6.

§ 124.

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.

Entw. I § 112, II § 122; Denkschr. I S. 89, 90, II S. 3183; A.D.H.G.B. Art. 111, 121.

1. Vorbemerkung. Daß aus diesem § nichts für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft folgt, ist früher ausgeführt worden[1]). § 124 enthält nicht den materiellrechtlichen Satz, daß die offene Handelsgesellschaft als juristische Person Rechte aller Art erwerben und Verbindlichkeiten aller Art eingehen kann, sondern nur die formalrechtliche Bestimmung, daß, was unter der Firma die mehreren Gesellschafter erwerben und wozu sie sich unter ihrer Firma verpflichten, Erwerb bezw. Verbindlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ist. Dies gilt von privaten und öffentlichen Rechten und Pflichten gleichmäßig (Entsch. des pr. O.V.G. XLVIII S. 364, LVII S. 168, LXII S. 394). Nr. 1.

2. **Erwerbsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft.** Wie weit offene Handelsgesellschaften materiell in der Erwerbsfähigkeit beschränkt sind, regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Derartige Erwerbsbeschränkungen können z. B. in Bezug auf lehnrechtliche, bergrechtliche, bäuerliche Materien durch das Landesrecht aufgestellt werden[2]) (E.B.G.B. Art. 59, 63, 67), dagegen sind Erwerbsbeschränkungen, die das Landesrecht für offene Handelsgesellschaften mit Bezug auf Materien, die dem B.G.B. unterstehen, aufstellte, beseitigt, da ein diesbezüglicher Vorbehalt weder durch das E.B.G.B. noch durch das E.H.G.B. gemacht ist. Auch Art. 86 des E.B.G.B. bezieht sich nicht auf die offene Handelsgesellschaft, da diese keine juristische Person ist. Nach Reichsrecht ist die offene Handelsgesellschaft voll erwerbsfähig, sowohl durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wie von Todes wegen (letzteres bestreitet Dernburg B.R. V S. 25), zwar nicht weil sie „rechtsfähig" im Sinne des Körperschaftsrechts ist, wie Marcus bei Holdheim 06 S. 271 f. annimmt, sondern weil eine Einsetzung auch zu gesamthänderischer Mitberechtigung möglich ist, und sie bei nicht rechtsfähigen Vereinen täglich vorkommt. Dazu Schneidewin, Die offene H.G. als Erbin, Diss. 1910. — Die offene H.G. kann dabei nicht bloß Vermögensrechte (Eigentum, Nießbrauch[3]), Pfandrechte, Forderungsrechte, Besitz (Kaufmann, Eigentum S. 87 ff.), sondern auch Namens- und Zeichenrechte, Autorrechte und Patentrechte erwerben. Im Grundbuche und Schiffsregister werden Rechte auf die Firma der offenen H.G. eingetragen (K.G. in O.L.G. Rpr. VI S. 260). — Die offene H.G. kann auch eine Vollmacht erhalten, selbst wenn Mitglieder geschäftsunfähig sind, sie Nr. 2.

---

[1]) Anders natürlich Kohler im Arch. f. b. R. XL S. 229 ff.

[2]) Vgl. z. B. für Mecklenburg-Schwerin A.V.O. zum H.G.B. § 6.

[3]) R.G.Z. XVI S. 1. Der Nießbrauch steht dann den Gesellschaftern zu für die Dauer des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft, falls er nicht auf Zeit eingeräumt ist — vgl. B.G.B. § 1061 —, er gehört zum Gesellschaftsvermögen. Aehnlich bei Vorkaufsrechten (Kohler a. a. O. S. 244).

würde diese durch ihre vertretenden Gesellschafter ausüben (K.G. in O.L.G. Rpr. IV S. 466 = Johow-Ring XXIII A 122, vgl. Hellwig, Anspruch S. 267). — Erwerbsfähig ist dabei jede offene Handelsgesellschaft, nicht bloß die eingetragene. Demgemäß darf die Eintragung in das Grundbuch nicht davon abhängig gemacht werden, daß die Firma der offenen Handelsgesellschaft eingetragen ist. Die §§ 33 Abs. 2, 35 der G.B.O. haben nur den regelmäßigen Fall im Auge. Selbstverständlich gilt ein anderes für den Fall des § 2.

Nr. 3. 3. **Verpflichtungsfähigkeit.** Die offene Handelsgesellschaft kann ferner Verbindlichkeiten aller Art eingehen, soweit dies nicht nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist. So könnte sie z. B. eine Verbindlichkeit zur Führung der Gesellschaftsfirma eingehen, für deren Erfüllung dann alle Gesellschafter als Gesamtschuldner haften (R.G.Z. LXVI S. 322). Die Verpflichtungsfähigkeit der offenen H.G. hängt auch nicht von dem Grade der Geschäftsfähigkeit der einzelnen Gesellschafter ab. So würde sie Wechselverbindlichkeiten eingehen können ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, auch wenn ein Gesellschafter minderjährig ist (Bayer. Obst.L.G. im Recht 02, S. 103). — Sie kann kraft Gesetzes unmittelbar haften, z. B. aus dem Haftpflichtgesetz, dem Tierhalterparagraphen; sie kann auch aus unerlaubten Handlungen haftbar sein. Für unerlaubte Handlungen, die die sämtlichen Gesellschafter oder auch nur ihr Vertreter in Ausführung, nicht bloß bei Gelegenheit, der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat, ist sie nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich. Sie ist in dieser Beziehung nicht minder deliktsfähig als eine juristische Person nach B.G.B. § 31 (vgl. R.G.Z. XV S. 127 ff., XVII S. 95, XX S. 193 ff., XXXII S. 35, XLVI S. 20 = Seuffert LVI Nr. 31, O.L.G. Frankfurt in Seuffert LXVII Nr. 130, R.G. in L.Z. 1913 S. 378, 1911 S. 771, O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. XIV S. 744, R.G. im Recht 07, S. 710 Nr. 1547, 09 Nr. 3349, 1911 Nr. 1548, Bolze II Nr. 1104, IV Nr. 799, V Nr. 741—743, VII Nr. 631, X Nr. 535, 541, XIII Nr. 495, XVII Nr. 523, XXI Nr. 553, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 560 Anm. 1). Spezielle Vorschriften in Reichsversicherungsordnung § 904. Ebenso können gegenüber der offenen Handelsgesellschaft Delikte begangen werden. Dagegen kann die offene Handelsgesellschaft nicht strafrechtlich delinquieren (R.G.Z. XV S. 129, Johow XII S. 203, XV S. 195). Ob sie wegen an ihr begangener strafbarer Handlungen Anträge stellen oder Privatklage auf Bestrafung erheben kann, ist bestritten. Die Praxis verhält sich ablehnend (R.G. in Straff. I S. 178, XLI S. 103, Seuffert XXXIV Nr. 213, dagegen mit Recht Gierke, Genossenschaftstheorie S. 493 Anm. 1.) — Die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft lasten als Gesamtschulden auf den einzelnen Gesellschaftern. Dies folgt aus § 124, denn wenn für diese das Gesellschaftsvermögen haftet, so bedeutet dies nur, daß die mehreren Gesellschafter bis zum vollen Betrag der Forderung mit den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Objekten haften. Es folgt auch aus § 128, worüber das dort Vorzutragende. Umgekehrt sind Verbindlichkeiten eines einzelnen Gesellschafters nicht Verbindlichkeiten der offenen H.G. Hat z. B. ein einzelner Gesellschafter die Verpflichtung übernommen, sich der Konkurrenz zu enthalten, so ist eine damit im Widerspruch stehende Handlung der offenen H.G. noch nicht Vertragsbruch. Hier könnte allerdings § 826 B.G.B. aushelfen (anders O.L.G. Celle im Recht 08 Nr. 3693).

Nr. 4. 4. **Parteifähigkeit.** Literatur: Wach, Hdb. S. 522 ff., Arend, Die Parteiqualität der o.H.G. Diss. 1904, Wachsmann in Gruchot LI S. 313 ff., Schlesinger in D.J.Z. 1906, S. 258, Strucksberg in L.Z. 1911, S. 130, Förster-Kann Z.P.O. § 50 A. 3. — Die offene Handelsgesellschaft[1]) hat Parteifähigkeit, d. h. die Fähigkeit, aktiv und passiv Subjekt des Prozesses zu sein. Dagegen kann sie naturgemäß den Prozeß nicht selbst führen. Sie selbst ist formell nicht selbst

---

[1]) Über die ausländische entscheidet das Recht des Sitzes (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rpr. IX S. 253, R.G. im Recht 05 S. 530 Nr. 2130). E.B.G.B. Art. 10 ist auf sie nicht anwendbar. (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rpr. X S. 129). Mit Bezug auf die prozessuale Sicherheitsleistungspflicht hat das R.G. auf die Gesellschafter die Entscheidung abgestellt. (R.G.Z XXXVI S. 396 vgl. O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. V S. 707, dagegen Kohler a. a. O. S. 239).

prozeßfähig (R.G.Z. XII Nr. 118, XLV S. 342, L.Z. 1912, S. 539; anders Hellwig Anspruch S. 275 Anm. 28. Ihre Mitglieder können natürlich prozeßfähig sein und insofern kann man sagen, daß materiell auch sie prozeßfähig ist). Vielmehr wird sie durch Vertreter tätig, d. h. durch die zur Vertretung in diesem Falle berechtigten Gesellschafter in Gemäßheit der §§ 125, 126, während die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter — so lange vertretende Gesellschafter da sind — sie nur kraft besonderer Vollmacht vertreten können (anders Wachenfeld, Notwendige Streitgenossenschaft 1894 S. 133 ff). Ist nur ein Gesellschafter vertretungsberechtigt und verklagt dieser als Gläubiger die offene H.G., so wird Z.P.O. § 57 anzuwenden sein (anders Hellwig Anspruch S. 277 Anm. 6). Sie führt den Prozeß als Klägerin oder Beklagte „unter ihrer Firma" (vgl. schon § 17 Abs. 2, § 6 Abs. 1). Wie deshalb gegen die Firma Klage erhoben werden kann, ohne daß die einzelnen Gesellschafter, ja ohne daß auch nur die vertretenden Gesellschafter in der Klageschrift genannt werden, so ist andererseits eine Klageerhebung wirksam, wenn die klagende offene H.G. mit ihrer Firma bezeichnet wird (O.L.G. Köln bei Holdheim VI S. 348). Es ist auch nicht inkorrekt, wenn der Zusatz „offene Handelsgesellschaft" fortbleibt (Staub-Bondi § 17 Anm. 26), ja es genügt schon, daß sie sich als Kaufmann bezeichnet, selbst wenn dadurch die Gefahr entsteht, daß sie mit einem der Gesellschafter (bei Übereinstimmung der Firma) verwechselt wird (O.L.G. Hamburg i. H.G.Z. XV 1894 S. 71). Wohl aber sind die gesetzlichen Vertreter in den vorbereitenden Schriftsätzen jedenfalls bis zum Erlasse des Urteils namhaft zu machen (Z.P.O. §§ 56 Abs. 1, 130 Nr. 1, 313 Nr. 1, Seuffert LII S. 279, O.L.G. Hamburg ebenda LVI Nr. 167, R.G. im Recht 06 Nr. 2256, 09 Nr. 330, O.L.G. Karlsruhe im Recht 06 Nr. 1974 = Bad. Rpr. VIII S. 67, a. A. Staub-Bondi § 17 Anm. 29 vgl. oben § 17 Nr. 10.) und das Gericht ist jederzeit in der Lage, Aufklärung zu verlangen, welches Gebilde sich hinter der angegebenen Firma verbirgt, ob ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft und welche Art der letzteren (K.G. in O.L.G. Rpr. XIII S. 111). Sollte sich herausstellen, daß der Kläger nicht Alleininhaber der Firma ist, so wäre er u. U. wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rpr. III S. 274). Selbstverständlich kann die offene Handelsgesellschaft auch durch Prokuristen oder durch besondere Prozeßbevollmächtigte vertreten werden. Die Erteilung der Prokura und Prozeßvollmacht erfolgt in Gemäßheit der §§ 125, 126. — Den Mangel der Legitimation der gesetzlichen Vertreter hat das Gericht nach Z.P.O. § 56 Abs. 1 von Amts wegen zu berücksichtigen, d. h. der Richter ist nicht verpflichtet, von Amts wegen zu untersuchen, ob der gesetzliche Vertreter genügend legitimiert ist, aber falls die Umstände auf solchen Mangel hindeuten, kann und soll er, auch ohne Antrag, der Sache nachgehen und, falls für Remedur nicht Sorge getragen wird, im Urteil ihn berücksichtigen. Der Nachweis der Vertreterschaft wird bei eingetragenen Handelsgesellschaften durch das Attest der Registerbehörde erbracht, welches nicht bloß die positiven Eintragungen, sondern auch das Nichtbestehen weiterer Eintragungen, demnach auch das Nichtbestehen von Eintragungen überhaupt, wenn der gesetzliche Zustand des § 125 Abs. 1 vorliegt, bezeugen kann (vergl. § 9 Nr. 3). Bei nichtregistrierten Gesellschaften ist der Beweis nach allgemeinen Grundsätzen zu erbringen. — Wird die offene Handelsgesellschaft durch besondere Prozeßbevollmächtigte vertreten, so hat das Gericht den Mangel der Vollmacht nach Z.P.O. § 88 Abs. 2 nur dann von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Dabei wird sich die Prüfungspflicht nur darauf zu erstrecken haben, ob die Vollmacht mit der Firma unterschrieben ist, der Gegner hat seinerseits zu rügen, daß die Unterschrift von dem zur Vollmachtserteilung berechtigten Vertreter nicht herrührt (Behrend § 74 Anm. 2, Puchelt-Förtsch zu Art. 111 Nr. 6, Seuffert XXXXVII Nr. 59). — Hört die Vertretungsbefugnis der sämtlichen gesetzlichen Vertreter auf (z. B. durch Eintritt der Liquidation), so tritt Unterbrechung des Verfahrens gemäß Z.P.O. § 241 ein. Wechsel der Gesellschafter ist im übrigen bedeutungslos, da die Identität der Partei damit nicht erschüttert wird. So könnte der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil von Gesellschaftern eingelegt werden, die zur Zeit der Klageerhebung noch gar nicht Gesellschafter waren (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XV S. 133). Über den Fall der während des Verfahrens eintretenden Liquidation bei § 156 Nr. 3. — Die offene H.G. kann natürlich auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelnd auftreten. Ist gegen sämtliche Gesellschafter eine Ordnungsstrafe vom Register-

richter verhängt, so kann sie dagegen Einspruch erheben (K.G. in Johow-Ring XXXI A 212), der den Einspruch unterzeichnende Gesellschafter handelt für die übrigen Gesellschafter mit. Auch öffentlichrechtliche Verhandlungen können mit ihr gepflogen werden, z. B. gewerbe- und baupolizeiliche (pr. O.V.G. im Recht 08, S. 96), die Polizei kann auch gegen sie zwangsweise vorgehen.

Nr. 5. 5. **Eidesleistung.** Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft bedeutet nicht, daß sie als Prozeßpartei juristische Persönlichkeit besitzt. So wenig die ihr zugesprochene Fähigkeit, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, eine besondere Rechtspersönlichkeit begründet, so wenig gilt dies von der ihr erteilten Parteifähigkeit. Stets sind es hier die mehreren zur Gesellschaft gehörigen Gesellschafter, die unter der Firmeneinheit auftreten.[1]) Handelt es sich somit um Leistung von Eiden, welche der Gesellschaft zugeschoben oder vom Richter auferlegt sind, so können die für juristische Personen aufgestellten Grundsätze nicht Platz greifen. Vielmehr gelten die mehreren Gesellschafter als Streitgenossen. Streitig ist, ob nur die vertretungsberechtigten oder auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter den Eid zu schwören haben. Die herrschende Ansicht erklärt sich für das erstere. Denn es soll, wie das R.O.H.G. XXI S. 344 bemerkt, in der Leistung oder Verweigerung des Eides ein dispositiver Akt zu erblicken sein, der nur von denjenigen vorgenommen werden kann, denen das Recht zusteht, die Gesellschaft zu verpflichten (vgl. auch R.O.H.G. VI Nr. 21, X Nr. 75). Demgemäß soll der Eid geleistet werden können nur von den zur Vertretung befugten Gesellschaftern. Andererseits genüge es nicht, daß von mehreren vertretungsberechtigten Gesellschaftern ein einzelner schwöre, vielmehr hätten alle von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter den Eid zu leisten. Z.P.O. §§ 474, 472 fänden Anwendung, für richterliche Eide Z.P.O. § 476. Zur Eidesleistung berechtigt und verpflichtet seien alle zur Zeit der Eidesleistung oder richtiger zur Zeit der Verkündung des bedingten Endurteils (R.G. in L.Z. 08 S. 856[20]) vertretungsberechtigten Gesellschafter (R.O.H.G. VI Nr. 21, IX Nr. 5, X Nr. 75, XX S. 181, XXI S. 344, R.G.Z. XIV Nr. 5, XLV S. 341, 428, Seuffert XXXX Nr. 221, LIII S. 473, LVI S. 232 (O.L.G. Braunschweig), R.G. bei Gruchot XLII S. 1199, L.Z. 1912 S. 539), gleichgültig, ob von ihnen das Rechtsgeschäft abgeschlossen sei oder ob die abschließenden Gesellschafter vorher ausgetreten oder gestorben seien, gleichgültig auch, ob sie an der Geschäftsführung beteiligt oder davon ausgeschlossen seien (O.L.G. Breslau im Recht 03 S. 404). Denn da die offene Handelsgesellschaft trotz Wechsels ihrer Mitglieder dieselbe Partei bleibe, so hätten die zur Zeit der Eidesleistung als gesetzliche Vertreter fungierenden Gesell-

---

[1]) Folglich können sie das Armenrecht im Prozeß bewilligt erhalten (R.G. in Seuffert LIV Nr. 53, anders LVII Nr. 164 und O.L.G. Dresden ebenda L Nr. 278) und darf kein Gesellschafter in Prozessen der Gesellschaft als Zeuge vernommen werden (R.G.Z. XVII Nr. 91, XXXII Nr. 110, O.L.G. Braunschweig in Seuffert LVI S. 232), was aber nur so lange gilt, als er zur Gesellschaft gehört (R.G.Z. XLIX Nr. 111, Recht 02 S. 375, Gruchot LIV S. 673). Der ausgeschiedene Gesellschafter kann Zeuge sein, nur wird es sich häufig empfehlen, ihn unbeeidigt zu vernehmen (R.G. bei Holdheim 02 S. 74). Hellwig, Lehrbuch II S. 373 Anm. 24 und Anspruch S. 276 Anm. 4 nimmt an, daß die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter als Zeugen vernommen werden können, ebenso Jaeger in L.Z. 1910 S. 152. Vgl. auch Förster-Kann S. 958. Kohlen a. a. O. S. 245, 246 läßt jeden Gesellschafter fähig sein, Zeuge zu werden. — Ferner ist, wenn die Gesellschaft klagt, der Richter, der Mitgesellschafter ist, nach Z.P.O. § 41[1] ausgeschlossen. — Dagegen kann ein Gesellschafter als Nebenintervenient dem Prozesse der Gesellschaft beitreten (R.G.Z. V S. 71, XXXIV Nr. 93, J.W. 02 S. 213[3]), weil er insofern Dritter ist, als es sich einerseits um die Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen, andrerseits um die Haftung mit dem Privatvermögen handelt (Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 8, Staub-Pinner Anm. 15, die mit Recht auf die Analogie der Widerspruchsklage aus § 771 Z.P.O. verweisen, wenn das gegen die Gesellschaft erlassene Urteil in das Privatvermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden soll (unten § 129 Nr. 6)).

schafter zu schwören. Gegen diese Auffassung wendet sich aber mit Recht Gierke (Genossenschaftstheorie S. 598ff.). Er betont mit gutem Grund, daß die Eidesleistung selbst nur eine feierliche Bekundung der Wahrheit sei, der Dispositivakt läge in der Annahme oder Zurückschiebung des Eides. Demgemäß haben richtiger Ansicht nach auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter den Eid mit zu leisten, denn sie sind Mitträger der Parteirolle. So jetzt auch Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 10. Die herrschende Ansicht führt zu dem unerfreulichen Resultat, daß der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter weder den Parteieid noch den Zeugeneid (S. 388 Anm. 1) leisten kann. Vgl. Jaeger in L.Z. 1910 S. 150ff. Ein Gesellschafter, der gegen die Gesellschaft klagt, ist natürlich von der Eidesleistung ausgeschlossen (Seuffert XXXXVIII S. 73). Was vom Parteieid gilt, gilt auch vom Offenbarungseid.

6. **Gerichtsstand.** Der allgemeine Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft bestimmt sich nach Z.P.O. § 17. Da bei eingetragenen Gesellschaften aus dem Eintrag der Sitz erhellt, würde § 17 Abs. 1 Satz 2 nur für nicht eingetragene Gesellschaften von praktischer Bedeutung sein, für Zweigniederlassungen Z.P.O. § 21, die besonderen Gerichtsstände von Z.P.O. § 24ff. sind auch hier maßgebend (R.O.H.G. XII S. 216). Das Gericht des Sitzes ist auch zuständig für Klagen, die von der offenen Handelsgesellschaft gegen die Gesellschafter oder von diesen als solchen gegen einander erhoben werden (Z.P.O. § 22). Nr. 6.

7. **Vollstreckung.** Während bei der bürgerlichen Gesellschaft die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auf Grund eines gegen sämtliche Gesellschafter gerichteten vollstreckbaren Schuldtitels stattfindet, gleichgültig, ob der Schuldtitel auf einer Gesellschaftsschuld oder einer sonstigen Gesamtschuld sämtlicher Gesellschafter beruht (Z.P.O. § 736), findet eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen hier nur dann statt, wenn es sich um eine **Gesellschaftsschuld**, d. h. eine Schuld dieser Gesellschaft als solcher handelt. Demnach genügt es nicht, daß die sämtlichen Gesellschafter in solidum haften, sofern die Haftung auf einer Privatschuld beruht — es würde die Gesellschaft, wenn Gegenstände ihres Vermögens gepfändet werden, aus § 771 Z.P.O. Widerspruchsklage erheben (OLG. Stuttgart im Recht 1913 Nr. 99) — ebenso wenig, daß sie aus einer Gesellschaftsschuld haften, sofern es sich um die Schuld einer anderen Gesellschaft handelt, z. B. dieselben Gesellschafter zwei verschiedene Gesellschaften bilden. Die Gesellschaftsschuld kann eine von der Gesellschaft selbst kontrahierte oder eine von der Gesellschaft übernommene sein. Das letztere ist insbesondere dann der Fall, wenn sich das Geschäft eines Einzelkaufmanns in eine offene Handelsgesellschaft verwandelt (vgl. bei § 28 Nr. 3). Hat demnach ein Gesellschafter bei der Auflösung das Geschäft übernommen und assoziiert er sich nachher mit einem andern, so würde die neue Gesellschaft Schuldnerin der von der alten Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten werden, soweit nicht aus § 28 Abs. 2 das Gegenteil folgt. Nr. 7.

Es muß aber auch, was sehr auffällig ist (Hellwig Anspruch S. 270) und von den Anhängern der juristischen Persönlichkeit, vor allem Kohler verwertet wird, der **Schuldtitel sich gegen die Gesellschaft** richten. Sind aus der Gesellschaftsschuld die einzelnen Gesellschafter, wenngleich sämtlich, belangt worden, so kann das Urteil nur gegen sie als Einzelne, nicht gegen die Gesellschaft ergehen und ist Vollstreckung nur in das Privatvermögen der Gesellschafter zulässig, gegen das Gesellschaftsvermögen können die Gläubiger nur mittelbar aus § 135 vorgehen. Demgemäß hat das Urteil oder der sonstige vollstreckbare Schuldtitel (Z.P.O. § 794) die Gesellschaftsfirma anzugeben. Nichts steht im Wege, daß außerdem die Namen der einzelnen Gesellschafter genannt werden (R.G.Z. XIII S. 97, vgl. auch Bolze I Nr. 1170). Gleichgültig ist im letzteren Falle, daß die einzelnen Gesellschafter zwischen Urteil und Vollstreckung andere geworden sind, denn die Gesellschaft ist dieselbe geblieben (Eccius in Z. XXVII S. 13), ja selbst Änderung der Firma würde keine neue vollstreckbare Ausfertigung notwendig machen, da die Gesellschaft dieselbe bliebe. — Das gegen einen einzelnen Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld ergangene Urteil ist auch nicht präjudiziell für die Gesellschaft (R.O.H.G. II S. 170), so wenig wie dadurch das Vorhandensein der Verbindlichkeit gegenüber einem Mitgesellschafter festgestellt wird.

Über den entgegengesetzten Fall der Vollstreckung gegen einen Gesellschafter aus einem Schuldtitel gegen die Gesellschaft bei § 129 Nr. 6.

Nr. 8. 8. **Aufrechnung.** Daß das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff der Privatgläubiger eines Gesellschafters während des Bestandes der Gesellschaft entzogen ist, ergibt sich aus B.G.B. §§ 719, 720, 725, auf welche zu verweisen ist (vgl. übrigens unten bei § 135). Die dadurch für die Privatgläubiger bei Illation von Sachen oder Rechten in das Gesellschaftsvermögen entstehende Gefährdung kann zu Anfechtungen nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 berechtigen (vgl. R.G.Z. XXIV Nr. 3). Gleichfalls ergibt sich aus dem bürgerlichen Recht, daß eine Aufrechnung zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter ausgeschlossen ist (B.G.B. § 719 Abs. 2)[1]. In letzterer Beziehung ist Folgendes hervorzuheben:

a) Klagt die Gesellschaft eine Gesellschaftsforderung ein, so darf der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen (B.G.B. § 719 Abs. 2), ja nicht einmal eine gegen alle einzelnen Gesellschafter als Privatpersonen zustehende Forderung (O.L.G. Darmstadt im Recht 06 S. 801 Nr. 1915) oder eine gegen eine andere, aus denselben Gesellschaftern bestehende offene H.G. (Oberstes H.G. zu Wien in Seuffert LXII Nr. 237, R.O.H.G. XXIV Nr. 47, Bolze XIX Nr. 626). Gesellschaftsforderungen sind nicht bloß solche Forderungen, die der Gesellschaft als ursprünglichem Gläubiger zustehen, sondern auch solche, die kraft Zession oder kraft Gesetzes auf sie übergegangen sind. Hinsichtlich der Zession greifen die Grundsätze des B.G.B. §§ 406—408 Platz. Dies gilt auch für den Fall der Einbringung einer Forderung in das Gesellschaftsvermögen (B.G.B. § 720,[2]) vgl. jedoch H.G.B. §§ 25, 28). Ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Prozesse der Gesellschaft mit der Aufrechnung der Gesellschaftsforderung gegen eine Privatschuld (auch seine eigene) einverstanden, so gilt freilich ein anderes, denn der vertretungsberechtigte Gesellschafter kann über Gesellschaftsvermögen mit Wirkung nach außen sogar zu eigenen Zwecken verfügen und dem Dritten würde BGB. § 826 nur dann entgegengestellt werden können, wenn er betrügerisch kolludiert (R.O.H.G. IX S. 429). Die Gesellschaftsforderung kann übrigens auch gegen einen Gesellschafter bestehen, letzterenfalls darf dieser mit Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen.

b) Wird die Gesellschaft verklagt, so darf sie nicht mit der Privatforderung eines einzelnen Gesellschafters aufrechnen (R.O.H.G. IV S. 419, R.G.Z. XI S. 116, Bolze IX Nr. 484, a. A. Römer, Abhandlungen aus dem gem. Recht S. 165). Dieser Satz ergibt sich aus B.G.B. § 387 und § 422 Abs. 2, denn Gesellschaft und einzelner Gesellschafter sind Gesamtschuldner. Es genügt an sich auch nicht, daß der betreffende Gesellschafter mit der Aufrechnung einverstanden ist (so R.G.Z. XXXI S. 81ff.). Denn B.G.B. § 387 verlangt schlechthin, daß es sich bei der Aufrechnung um eigene Forderungen handelt. Vielmehr bedürfte es entweder einer Abtretung der Forderung an die Gesellschaft, die natürlich auch durch den nicht vertretenden Gesellschafter, dem die Forderung zusteht, erfolgen kann, oder es muß der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft die Vollmacht erteilen, für ihn aufzurechnen und die diesbezügliche Erklärung dem Gläubiger abzugeben (B.G.B. §§ 387, 388). Doch würde diesenfalls die Abgabe an den Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers im Zweifel nicht genügen, da dessen Vollmacht die Entgegennahme solcher Erklärungen im Zweifel nicht umfaßt (vgl. Conrades in Z. XXXXIII S. 76). Mittelbar würde durch die Vollmacht derselbe Effekt erzeugt werden, wie durch die Zession, denn mit der Abgabe der Erklärung wäre die Forderung des Klägers erloschen (B.G.B. § 389). Bei der Zession ist aber B.G.B. § 181 zu beachten, nach dem der vertretende Gesellschafter seine Forderung nicht ohne besondere Gestattung an sich als Vertreter der Gesellschaft

---

[1]) „Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen."

[2]) „Die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 (Einbringung) erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406—408 finden entsprechende Anwendung."

zedieren kann. — Noch einfacher als diese beiden Wege ist der dritte, daß der einzelne Gesellschafter seine Privatforderung aus B.G.B. § 422 Abs. 1 direkt mit dem Gläubiger der Gesellschaft aufrechnet. — Als fremde Forderungen gelten auch die denselben Gesellschaftern zustehenden Forderungen, wenn sie Forderungen einer von ihnen gebildeten besonderen Handelsgesellschaft sind.

c) Über die Aufrechnungsfälle, falls der einzelne Gesellschafter klagt oder verklagt wird, bei § 129 Nr. 2. 4, 5.

9. Das ältere Recht (Art. 111), wie es in der Praxis gehandhabt wurde, stimmte überein. Verwandelte sich eine bürgerliche Gesellschaft infolge Änderung der Gesetzgebung in eine offene Handelsgesellschaft, so waren die vorher von den Gesellschaftern als solchen eingegangenen Verbindlichkeiten nicht Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft, vielmehr Privatschulden der einzelnen Gesellschafter, folglich war die Klage aus ihnen nicht gegen die Gesellschaftsfirma, sondern nur gegen die einzelnen Gesellschafter zulässig und eine Vollstreckung in das neu gebildete Gesellschaftsvermögen war ausgeschlossen, die früheren Gläubiger konnten sich nur in Gemäßheit des § 135 oder auf Grund des Reichsanfechtungsgesetzes von 1879 helfen. Nr. 9.

§ 125.

Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesamtvertretung). Die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesamtvertretung oder eine gemäß Abs. 3 Satz 1 getroffene Bestimmung sowie jede Änderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Entw. I § 113, II § 123; Denkschr. I S. 91, 92, II S. 3184; A. D. H.G.B. Art. 115, 86, Z. 4, 87, 117.

1. **Vertretungsbefugnis jedes Gesellschafters.** Während nach B.G.B. § 714 die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters mit der Geschäftsführungsbefugnis in inneren Zusammenhang gebracht wird, wird vom H.G.B. beides geschieden. Die Vertretungsbefugnis steht jedem Gesellschafter kraft Gesetzes zu (vgl. R.G.Z. XV S. 131). Soll ein anderes gelten, so muß der Gesellschaftsvertrag von der Ver- Nr. 1.

tretung ausschließen.[1]) Auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene oder in ihr beschränkte Gesellschafter behält die Vertretungsbefugnis (O.L.G. Breslau im Recht 03 S. 404 Nr. 2209), wie denn auch der Umfang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis grundsätzlich auseinander zu halten ist (vgl. bei § 114 Nr. 2). Alle Gesellschafter sind also „geborene" Vertreter der Handelsgesellschaft (Behrend § 72) und zwar im Zweifel jeder im vollen Maße. Ausschließungen und zulässige Einschränkungen der Vertretungsmacht bedürfen, sollen sie gegen nichtwissende Dritte wirken, der Eintragung und Bekanntmachung (§§ 125 Abs. 4, 15). Der normale Zustand bedarf dagegen keiner Kundgebung, ja, der Registerrichter hat, dessen Eintragung abzulehnen (Anschütz in Busch X S. 89, K.G. in Johow-Ring XXXVII A 138), anders bei Änderungen der Vertretungsbefugnisse (s. unten Nr. 9).

Nr. 2. 2. **Gesetzliche Vertretung.** Die Vertretungsmacht, die dem Gesellschafter zusteht, ist insofern eine gesetzliche Vertretung, als sie in Ermangelung besonderer Beredung jedem Gesellschafter zusteht. Im letzten Grunde führt sie freilich auf den Gesellschaftsvertrag, also, soweit es sich um die anderen Gesellschafter handelt, auf eine Privatdisposition zurück. Auch ist sie keine Vertretung kraft zwingenden Rechts. Wie die Parteien sie ausschließen und in gewissen Beziehungen modeln können, so kann sie auch dem Vertretungsberechtigten wider dessen Willen genommen werden (§ 127). Andererseits kann der Ausschluß der Vertretungsbefugnis wieder beseitigt werden. Letzterenfalls heben die Parteien durch gegenseitige Vereinbarung den akzidentellen Zustand auf, der Gesellschafter erlangt das Maß der ihm nach dem Gesetz zustehenden Vertretungsmacht wieder. Er vertritt dann nicht kraft neu erteilter Vollmacht, sondern kraft Gesetzes die Gesellschaft. — Dagegen liegt der Fall anders, wenn ein Gesellschafter (was zulässig ist) eine gewillkürte Vollmacht als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter erhält (Busch VI S. 164, Marcus in Holdheim 1910 S. 115).

Nr. 3. 3. Vertretung der **Gesellschaft.** Die gesetzliche Vertretung ist nur eine solche der Gesellschaft. Der einzelne Gesellschafter wird weder als Privatperson noch soweit, als er selbst nach dem Gesetz tätig sein muß, z. B. hinsichtlich der Unterzeichnung der Bilanz, der Anmeldungen zum Handelsregister usw., durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten. Vertreten wird nicht eine juristische Person (so Kohler), sondern die unter der Firma vereinigten Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, diese im übrigen nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts, so daß z. B. B.G.B. § 166 Abs. 1 anwendbar ist (vgl. R.G. in Holdheim 1900 S. 287). Hierzu Kormann in Gruchot LVII S. 526ff.

Nr. 4. 4. **Fähigkeit** zur gesetzlichen Vertretung. Diese ist die allgemeine zur Vertretung überhaupt, auch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Gesellschafter kann die Gesellschaft vertreten, nicht dagegen der geschäftsunfähige (B.G.B. § 165). Freilich wenden Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 12 (vgl. auch Kohler S. 251) ein, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Gesellschafter nicht bloß andere vertrete, sondern zugleich sich selbst haftbar mache und daß die nach B.G.B. § 1822 Nr. 3 erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Gesellschaftsvertrage nicht weiter wirken könne, als die nach § 112 B.G.B. erteilte Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts. Rechtsgeschäfte also, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, könne auch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Gesellschafter nicht in Vertretung der Gesellschaft vornehmen. Allein von diesem Standpunkt aus müßte das gleiche für die von anderen geschäftsfähigen Gesellschaftern, die Vertretung haben, vorgenommenen, den minderjährigen Gesellschafter mit nach § 128 verhaftenden Akte gelten. Denn so wenig der Minderjährige selbst, so wenig

---

[1]) Der Gesellschaftsvertrag kann auch alle Gesellschafter von der Vertretung ausschließen, sodaß die Gesellschaft nur durch Prokuristen vertreten wird (Renaud, C.G. S. 358, Behrend S. 509 Anm. 11, Johow X S. 27, 28, Hoenger im Recht 03 S. 234, a. A. Kohler a. a. O. S. 251 (inkonsequent von seinem Standpunkt aus); ferner Bacmeister in Z.H.R. LV S. 417ff., Staub-Pinner Anm. 3, Ritter Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. 4, die sie aber als Anordnung der Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter aufrecht erhalten wollen). Selbstverständlich kann dies nachträglich geändert werden, auch können sämtliche Gesellschafter nach außen zusammen auftreten (R.G.Z. LXXIV Nr. 82).

könnte ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter solche Rechtsakte für ihn vornehmen. Und dennoch lassen hier Düringer-Hachenburg das Handelsrecht dem bürgerlichen Recht vorgehen. Dann wird man aber das gleiche auf den Fall anzuwenden haben, daß der Minderjährige selbst die Vertretung erhält. Das Vormundschaftsgericht wird, wie bei der Prokurenbestellung (oben § 50 Nr. 5) sorgfältig die weitreichenden Folgen eines solchen Gesellschaftsvertrages zu erwägen haben. — Nicht minder finden die für die Vertretung geltenden Grundsätze über den Einfluß von Willensmängeln oder der Kenntnis von Umständen bei dem Vertreter auf die rechtlichen Folgen der Willenserklärung (B.G.B. § 166) auch hier volle Anwendung. — Die Vertretungsmacht steht nur dem Gesellschafter in Person zu, er kann nicht einen anderen dazu bestellen, daß dieser an seiner Stelle die Vertretungsbefugnis in toto ausübt (R.G.Z. II S. 32).

5. **Beginn** der gesetzlichen Vertretung. Die gesetzliche Vertretung beginnt mit dem Augenblick, in dem die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft dritten gegenüber eintritt (darüber bei § 123, vgl. R.O.H.G. XII S. 412, XV S. 21). War somit ein Gesellschafter in diesem Moment nicht von der Vertretung ausgeschlossen, so hat er die volle Vertretungsmacht, auch wenn beabsichtigt war, ihn auszuschließen und seinen Ausschluß behufs Eintragung anzumelden. Aber auch wenn er von der Vertretung von vornherein ausgeschlossen war, würde die Ausschließung dritten Nichtwissenden erst dann entgegengehalten werden können, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht war (§§ 125 Abs. 4, 15). Nr. 5.

6. **Dauer** der gesetzlichen Vertretung. Die gesetzliche Vertretung dauert, von dem Falle der Beseitigung durch Tod des Gesellschafters, Vereinbarung oder gerichtliche Entziehung abgesehen[1]), so lange die Gesellschaft als solche werbend fortbesteht. Sie wird demnach durch die Auflösung der Gesellschaft beendet (R.O.H.G. V S. 390, XXI S 47, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. IV, 1883, S. 79). Selbstverständlich hört sie ferner mit dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters auf. Doch greift in allen diesen Beziehungen die Publizität des Handelsregisters durch (vgl. §§ 125 Abs. 4, 143, 15). Daß die rechtliche Wirkung einer vom Vertreter einmal abgegebenen Erklärung durch das nachherige Aufhören der Vertretungsbefugnis nicht beeinflußt wird, ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. R.O.H.G. XXI S. 325). Nr. 6.

7. **Ganzvertretung und Gesamtvertretung.** Die gesetzliche Vertretung kann sein Ganzvertretung oder Gesamtvertretung, d. h. ein Gesellschafter kann die Vertretungsmacht für sich voll haben oder es kann ihm die Befugnis nur in Gemeinschaft mit einem anderen Gesellschafter, bzw. einem Prokuristen zustehen. Auch die Gesamtvertretung ist eine gesetzliche Vertretung, nicht eine gewillkürte Vertretung. Die gesetzliche Vertretung ist hier in zulässiger Weise eingeschränkt, sie steht dem Betreffenden nicht voll zu. Die Gesamtvertretung ist somit nicht aufzufassen als Ausschluß von der Vertretung und Substituierung einer besonderen Vollmacht. Vielmehr hält das Gesetzbuch den Ausschluß von der Vertretung und Gesamtvertretung bewußt auseinander (§ 125 Abs. 4), deshalb untersteht die Gesamtvertretung, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, den Grundsätzen von der gesetzlichen Vertretung. Sowohl die Ganzvertretung wie die Gesamtvertretung können ferner für alle Niederlassungen oder nur für eine von mehreren Niederlassungen zustehen, können also dem Umfange nach unbeschränkt oder beschränkt sein (darüber bei § 126 Nr. 3). Nr. 7.

8. Von mehreren Gesellschaftern können alle von vornherein volle gesetzliche Vertretung haben. Diesenfalls bedarf es keiner besonderen vertragsmäßigen Beredung. Dies ist der gesetzliche Zustand. Es kann aber auch nur der eine volle gesetzliche Vertretung der andere nur Gesamtvertretung, der dritte gar keine Vertretungsbefugnis haben,[2]) oder es können alle Gesamtvertretung haben, oder es kann der Nr. 8.

---

[1]) Bei der Gesamtvertretung kann eine Endigung auch durch den Fortfall der Vertretungsbefugnis des Mitvertreters eintreten (vgl. unten Nr. 14). — Hinsichtlich der Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Niederlegung der Vertretung wird das Kausalgeschäft zu bestimmen haben (Staub-Pinner § 127 A. 8).

[2]) Wird ausdrücklich nur einem die Vertretungsbefugnis zugestanden, so liegt darin die Entziehung der Befugnis gegenüber den übrigen. In das Handelsregister wäre dann das letztere, nicht das erstere einzutragen.

eine dem Umfang nach unbeschränkte, der andere dem Umfang nach beschränkte Vertretungsbefugnis haben, der eine für die eine Niederlassung, der andere für die andere Niederlassung. Ja es können alle von vornherein von der Vertretung ausgeschlossen sein (O.L.G. Stuttgart in Z. XXXXII S. 527, Johow X S. 27, R.G.Z. LXXIV Nr. 82, oben Nr. 1 Anm. 1). Auch der letztere Fall ist durchaus denkbar. Dann können sämtliche Vertreter zusammen oder durch einen Prokuristen oder sonstigen Bevollmächtigten handeln (Renaud C.G. S. 358ff., Behrend § 72 Anm. 11, Johow X S. 28, anders Staub-Pinner § 125 A. 3 und wie es scheint H. O. Lehmann in Z. XXXX S. 460). In allen Fällen außer dem ersten bedarf es besonderer Beredung. Der Gesellschaftsvertrag muß eine diesbezügliche Bestimmung enthalten. Eine solche Bestimmung ist ferner eintragungsbedürftig, sie ist von sämtlichen Gesellschaftern zum Handelsregister anzumelden, gleichgültig, ob die Gesellschaft eingetragen ist oder nicht. So lange sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie nur dem dritten Wissenden entgegengesetzt werden, während von da ab der Dritte sie gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Der nichtwissende Dritte darf volle Vertretungsbefugnis aller einzelnen Gesellschafter annehmen.

Nr. 9. 9. **Änderung der Vertretungsmacht.** Die Vertretungsmacht eines Gesellschafters kann auch eine Änderung erfahren, sei es in ihm vorteilhafter, sei es in ihm nachteiliger Richtung. Ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter erhält die Vertretungsbefugnis wieder oder ein nur mit Gesamtvertretung versehener Gesellschafter erhält Ganzvertretung oder der nur für eine Niederlassung Vertretungsberechtigte erhält Vertretungsmacht für alle Niederlassungen. Umgekehrt in nachteiliger Richtung. Die Vertretungsmacht wird einem Gesellschafter ganz entzogen oder die Ganzvertretung wird zur Gesamtvertretung oder sie wird auf eine Niederlassung beschränkt. Es kann der Inhalt der Gesamtvertretung eine Änderung erfahren, insofern die Persönlichkeiten der mitwirkenden Gesellschafter andere werden oder die Zahl der mitwirkenden Personen erhöht wird oder dergl. mehr. Jede Änderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ist nach Abs. 4 eintragungsbedürftig, gleichgültig, ob die Gesellschaft eingetragen ist oder nicht. Demgemäß kann jede Änderung dritten Nichtwissenden vor der Eintragung und Bekanntmachung nur dann entgegengehalten werden, wenn sie diesen bekannt war (§ 15 Abs. 1), wie umgekehrt mit der Bekanntmachung der Eintragung der Dritte sie gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte (§ 15). Die Eintragung hat sich, streng genommen, nur auf die Abweichung von der gesetzlichen Vertretung zu erstrecken. Wird somit nachträglich die Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretung zurückgenommen, so daß der gesetzliche Zustand wieder eintritt, so ist nicht einzutragen, daß der betreffende Gesellschafter vertretungsberechtigt sei, sondern daß der Ausschluß von der Vertretungsbefugnis wieder beseitigt ist. Es handelt sich nicht um ein Intabulat, sondern um eine Löschung. — Doch beziehen sich diese Sätze nicht auf den Fall, daß der Dritte sich selbst auf die Änderung beruft. Dies ist ihm auch dann gestattet, wenn eine Eintragung nicht erfolgt war. Insbesondere wird der Dritte geltend machen dürfen, daß der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht durch konkludentes Verhalten der sämtlichen Gesellschafter (nicht bloß der vertretungsberechtigten) wieder beseitigt ist, indem diese zulassen, daß der Betreffende fortgesetzt die Gesellschaft vertritt (R.G.Z. V S. 17 vgl. K.G. in L.Z. 07 S. 358).

Nr. 10. 10. Insbesondere **Gesamt**vertretung. Die Gesamtvertretung, die als Abweichung von der Regel im Gesellschaftsvertrage, sei es dem ursprünglichen, sei es einem späteren, letzterenfalls aber nur unter Mitwirkung aller Gesellschafter (§§ 119, 116) angeordnet sein muß,[1]) und die behufs Eintragung von allen Gesellschaftern anzumelden ist (Abs. 4), kann eine verschiedene Gestalt annehmen.

a) Es können alle Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung ermächtigt sein. Diesenfalls darf keiner ohne die anderen die Gesellschaft vertreten, sie treten communi manu auf.

---

[1]) Die Anordnung kann mit den ausdrücklichen Worten „daß eine Kollektivvertretung stattfinden soll" erfolgen. Als Anordnung der Kollektivvertretung ist zweifellos ferner die Bestimmung anzusehen, daß die Zeichnung der Firma kollektiv erfolgen solle (R.G.Z. XXIV S. 27f.).

b) Es können alle Gesellschafter Kollektivvertretung haben, doch so, daß es genügt, wenn für den einzelnen Fall immer nur ein Teil von ihnen zusammen auftritt, z. B. von fünf Gesellschaftern je zwei.

c) Es kann ein Teil der Gesellschafter Ganzvertretung, ein anderer Gesamtvertretung haben, und zwar so, daß die Ganzvertretenden auf der einen Seite, die mit Gesamtvertretung ausgestatteten auf der anderen Seite stehen, daß z. B. A Ganzvertretung, B und C Gesamtvertretung haben. Dagegen nicht so, daß der eine für sich namens der Gesellschaft handeln, der andere dagegen nur mit ihm zusammen handeln darf, daß also A Ganzvertretung, B dagegen nur mit A zusammen handeln darf. Diese sogenannte halbseitige Gesamtvertretung ist unzulässig (Adler-Clemens Nr. 1162, Bie, Kollektivprokura S. 36, Staub-Pinner § 125 Anm. 2, K.G. in Z.H.R. LX S. 479, L.G. Hamburg in L.Z. 1910, S. 95) — nicht zwar, weil sie ohne jeden Wert wäre, denn sie hätte die Folge, daß zur Entgegennahme von Willenserklärungen der A wie der B ermächtigt wären (Abs. 2 Satz 3), daß ferner das Wissen oder Wissenmüssen des B von Bedeutung sein kann (B.G.B. § 166, vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 6), aber sie widerspricht der gesetzlichen Formulierung, daß mehrere Gesellschafter „nur in Gemeinschaft zur Vertretung ermächtigt sein sollen" (anders Düringer-Hachenburg a. a. O.) Auch nicht so, daß unter gewissen Bedingungen oder für gewisse Fälle der eine Ganzvertretung, im übrigen aber nur mit anderen zusammen Vertretung habe (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 112, XII S. 32).

d) Es kann endlich für genügend erklärt werden, daß, soweit nicht mehrere handeln, der eine von den Gesamtvertretern (oder jeder einzelne der Gesamtvertreter) in Gemeinschaft mit einem Prokuristen handele (Abs. 3), worin implicite liegen würde, daß auch der Prokurist nur Gesamtvertretung haben soll (Düringer-Hachenburg § 50 Anm. 3). Nicht notwendig wäre dann, daß ein Prokurist zur Zeit des Erlasses der Bestimmung bereits bestellt ist (Marcus in Holdheim 1911, S. 324). Solchenfalls würde bei der Zeichnung der Firma der Gesamtvertreter einfach seinen Namen der Firma beifügen, der Prokurist dagegen mit dem Zusatz „pp.". Die Formulierung des Abs. 3 läßt es zweifelhaft erscheinen, ob diese bis dahin in ihrer Gültigkeit bestrittene Form der Kollektivvertretung nur als Aushilfsmittel bei wirklich angeordneter Kollektivvertretung angewendet werden darf oder ob überhaupt die Anordnung einer Vertretung durch einen Gesellschafter lediglich in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zulässig sei. Doch dürfte die erstere Auffassung die richtige sein. Hätte demnach nur ein Gesellschafter Vertretungsbefugnis erhalten, so wäre solche Anordnung unzulässig (vgl. Bie S. 26, 27 K.G. in Entsch. F.G. XII S. 215 = Johow-Ring XLIV S. 126, a. A. Makower Anm. IV). Unzulässig ist auch die Anordnung einer Gesamtvertretung durch einen Gesellschafter und einen Handlungsbevollmächtigten (anders Makower Anm. IVb und Staub-Pinner Anm. 14, vgl. indessen unten Nr. 11, 12).

In allen vier Fällen ist notwendig, damit die Gesellschaft vertreten werde, daß die namens der Gesellschaft auftretenden Gesellschafter **zusammen rechtsgeschäftlich tätig werden.** Und zwar erstreckt sich die Kollektivvertretung stets auf die Vertretung im Ganzen (anders bei der Kollektivgeschäftsführung). Eine Kollektivvertretung nur für eine einzelne Art von Geschäften ist ebenso unzulässig, wie jede sonstige, dem Prinzip der absoluten Vertretungsbefugnis widersprechende Beschränkung (z. B. Erteilung der Kollektivvertretung nur für eine bestimmte Zeit). Hinsichtlich der Art des Zusammenhandelns kommen hier dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie bei der Gesamtprokura (oben § 55 Nr. 2, § 51 Nr. 2, § 48 Nr. 10). Es ist demnach entweder nötig, daß die mehreren Gesamtvertreter dem Gegenkontrahenten gegenüber zusammen auftreten, sei es, daß jeder die Erklärung mit abgibt, sei es, daß die Abgabe nur von einem geschieht, daß aber die anderen dem Dritten gegenüber ihre Zustimmung ausdrücken, sei es sofort, sei es nachträglich (R.G. in L.Z. 1910, S. 847, Seuffert LXV S. 133) oder aber es genügt, daß ein Teil der Gesamtvertreter nach außen auftritt, die übrigen nachträglich nach innen ihre Genehmigung, wenn auch formlos, erteilen, vorausgesetzt, daß im Moment der Erteilung der Genehmigung diejenigen, die den Rechtsakt vornahmen, auch daran festhalten. Die letztere Möglichkeit wurde früher für unzulässig erklärt (vgl. R.G.Z. XL S. 19), ist aber jetzt durch das Reichsgericht in bewußter Abweichung von der älteren Praxis anerkannt werden (R.G.Z. LXXXI Nr. 76, oben § 48 Nr. 10). Über die Art der

Firmenzeichnung bei § 108. Im Prozesse müssen sie die prozessualen Handlungen gemeinsam vornehmen. Auch wenn Gefahr im Verzuge ist, kann nicht einer der Kollektivvertreter einzeln auftreten (anders bei der Kollektivgeschäftsführung; a. A. Renaud C.G. S. 372). Ebensowenig kann die Erteilung oder der Widerruf der Prokura von einem der Kollektivvertreter allein mit Wirkung nach außen erfolgen (§ 126 Abs. 1, wieder anders bei der Kollektivgeschäftsführung, § 116 Abs. 3). Soweit nach B.G.B. § 166 Abs. 1 Willensmängel, Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände die rechtlichen Folgen der Willenserklärungen beeinflussen, genügt es, daß bei einem der Kollektivvertreter jener Tatbestand vorliegt (Bolze I Nr. 1186, IV Nr. 807, R.G. in JW. 04 S. 167[5]).

Soweit die Kollektivvertreter zusammen rechtsgeschäftlich tätig werden, vertreten sie die Gesellschaft innerhalb des Rahmens der ihnen zustehenden Vertretungsmacht. Haben sie Vertretung für die sämtlichen Niederlassungen der Gesellschaft, so vertreten sie die Gesellschaft schlechthin. Ist die Vertretung nur auf eine von mehreren Niederlassungen beschränkt (§ 126 Abs. 3), so können sie nur für diese auftreten. Hat ein Gesellschafter die Vertretung mit dem Prokuristen gemeinsam, so umgrenzt nicht § 49 die Vertretungsbefugnis, vielmehr liegt darin zugleich die Erteilung einer darüber hinausgehenden Vollmacht (vgl. Johow XV S. 100, so auch Staub-Pinner § 125 A. 16, anders Bie S. 36, 37, Düringer-Hachenburg § 50 Anm. 3, § 125 Anm. 14). Soweit nach dem Obigen ein Gesamthandeln erforderlich ist, würde das alleinige Auftreten eines von mehreren Kollektivvertretern als Vertreten ohne Vertretungsmacht erscheinen und den Grundsätzen des B.G.B. §§ 177—180 unterliegen, demgemäß nach B.G.B. § 177 Satz 1, S. 182 Abs. 2 durch die Genehmigung seitens der Gesellschaft mit rückwirkender Kraft eine Heilung eintreten (vgl. R.G.Z. LXIII Nr. 25), soweit solche Genehmigung möglich ist (z. B. nicht in Fällen von § 180 B.G.B.). Wieweit in dem Schweigen der offenen H.G. eine Genehmigung liegt, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen (R.G.Z. LXXV Nr. 101). Besteht die Gesellschaft nur aus den mehreren Kollektivvertretern, die gegebenenfalls in Frage kamen, so könnte danach in dem Schweigen des nicht handelnden Kollektivvertreters eine Genehmigung der Gesellschaft liegen (vgl. R.G. bei Holdheim 1910, S. 277).

Nr. 12. 11. **Ausnahmen von dem Erfordernis des Zusammenhandelns der Gesamtvertreter.** Das Gesetz macht von dem Grundsatz, daß die Gesamtvertreter zusammen rechtsgeschäftlich tätig sein müssen, mehrere Ausnahmen, die sich bei der Gesamtprokura nicht finden:

a) Es gestattet den Gesamtvertretern, einen einzelnen oder einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften zu ermächtigen, d. h. ihnen eine bürgerliche Spezialvollmacht oder eine Spezialhandlungsvollmacht (§ 54) zu erteilen. Nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (B.G.B. § 181) würde in Ermangelung besonderer Ermächtigung durch den Gesellschaftsvertrag solcher Erteilung das Bedenken entgegenstehen, daß ein Vertreter nicht in eigenem Namen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornehmen kann. Denn da unter den die Vollmacht Erteilenden der Bevollmächtigte selbst ist, würde er bei dem Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung mitzuwirken haben. Das Gesetz weicht hiervon, um den Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen, ab. Stets handelt es sich dabei um Erteilung von Spezialvollmachten, eine generelle, bürgerliche oder Handelsvollmacht, können die Kollektivvertreter nur einem Dritten erteilen. Stets erfolgt die Erteilung (und damit der Widerruf) durch die Kollektivvertreter, nicht bloß den einen von ihnen (anders Düringer-Hachenburg Anm. 10). Ebenso wenig kann ein einzelner der Kollektivvertreter eine Vollmacht an einen Genossen oder einen Dritten erteilen, auch nicht einen Dritten bevollmächtigen, statt seiner an der Kollektivvertretung teilzunehmen (anders Düringer-Hachenburg Anm. 10). Wohl aber kann derjenige Kollektivvertreter, der nach dieser Bestimmung Spezialvollmacht erhalten hat, möglicherweise kraft dieser einen Dritten oder einen Mitkollektivvertreter wiederum ermächtigen. Hatten z. B. die drei Kollektivvertreter A, B, C den C zur Vornahme bestimmter Verkäufe ermächtigt, so kann C kraft dieser Ermächtigung möglicherweise den B zur Quittierung über eine geleistete Zahlung ermächtigen. Wie weit dies zulässig ist, ergibt sich aus den bei § 54 erörterten Grundsätzen. Die Erteilung der Ermächtigung vollzieht sich nach allgemeinen Vorschriften, sie kann auch durch

konkludentes Verhalten erfolgen. (Hierzu R.G.Z. LXXX Nr. 42, LXXXI Nr. 76). Eine Anmeldung zum Handelsregister erfolgt hier nicht. Der Dritte hat die Erteilung und das Erlöschen in Gemäßheit der Grundsätze des bürgerlichen Rechts gegen sich gelten zu lassen. Die Ermächtigung kann übrigens wieder die Gestalt einer Ganz- oder Kollektivermächtigung an sich tragen. Ja es kann der eine zusammen mit einem Dritten, z.B. einem Handlungsbevollmächtigten, ermächtigt werden.

b) Handelt es sich um Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft, also um an die Gesellschaft gerichtete Willenserklärungen, sei es einseitige empfangsbedürftige (z. B. Mahnungen, Kündigungen, Zustellungen, Wechselproteste vgl. R.G.Z. LIII Nr. 57), sei es vertragsmäßige, so genügt die Abgabe an einen der Kollektivvertreter (für Zustellungen vgl. auch Z.P.O. § 171 Abs. 3). Natürlich kann durch entgegenstehende Vereinbarung mit dem Dritten dieser Satz ausgeschlossen werden, nicht aber genügt einseitige Ausschließung seitens der offenen Handelsgesellschaft. Es genügt die Abgabe der an die Gesellschaft gerichteten Erklärung, es genügt also nicht die Erklärung an einen der Gesellschafter, die Erklärung muß sich formell an die Gesellschaft richten, z. B. die Ladung zur Eidesleistung muß sich richten an alle, die den Eid zu leisten haben (R.O.H.G. XIII Nr. 18). Nr. 13.

c) Wie steht es bei der Vertretung der Gesellschaft gegenüber einem der Kollektivvertreter, z. B. Führung eines Prozesses gegen ihn? Hier wird es für genügend erachtet werden müssen, daß die übrigen handeln (vgl. R.O.H.G. V S. 390, IX S. 31, a. A. R.G. in Holdheim 1901, S. 46).

12. **Erlöschen** der Kollektivvertretung. Die Kollektivvertretung erlischt nach allgemeinen Grundsätzen. Als Erlöschungsgrund kann hier auch schon das Aufhören der Vertretungsbefugnis bei nur einem der Kollektivvertreter (z. B. durch dessen Tod) in Frage kommen, wenn die Kollektivvertretung an das Zusammenwirken bestimmter Personen gebunden ist. Anders, wo allgemein nur das gemeinsame Auftreten zweier Gesellschafter oder eines Gesellschafters und eines Prokuristen verlangt wird, hier würde Austritt eines einzelnen oder Widerruf der Prokura bei einem von mehreren Prokuristen die Vertretung der übrigen unberührt lassen. Auch kann der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Erlöschens der Kollektivvertretung Fürsorge treffen, indem er eine andere Art der Vertretung anordnet (v. Gorski S. 153). Auch hier kann durch das Verhalten der Gesellschaft die Kollektivvertretung in Einzelvertretung umgewandelt werden. Es gilt das oben Nr. 9 Gesagte entsprechend. Vgl. R.G. in L.Z. 1910, S. 618. Nr. 14.

13. Das ältere Recht (Art. 115, 117 Abs. 2, 86 Abs. 2 Nr. 4) stimmte im Ganzen überein. Soweit Abweichungen bestanden, griff das neue Recht hinsichtlich des Inhalts der Vertretungsbefugnisse vom 1. Jan. 1900 ab rückhaltlos durch (vgl. K. Lehmann in Z. XXXVIII S. 59). Nr. 15.

§ 126.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura.

Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

In betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Entw. I § 114, II § 124; Denkschr. I S. 92, 93, II S. 3185; A.D.H.G.B. Art. 114, 116, 118.

Nr. 1. 1. **Umfang der Vertretungsmacht.** Der von § 126 geregelte Umfang der Vertretungsmacht des vertretenden Gesellschafters entspricht dem der Prokura (§§ 49, 50), nur daß gewisse Schranken, die für letztere gezogen sind, hier fortfallen. In der Wortfassung weicht freilich § 126 Abs. 1 von § 49 ab. Die Vollmacht des vertretenden Gesellschafters, heißt es, soll nicht bloß alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, „die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt" (§ 49 Abs. 1), sondern überhaupt „alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken" umfassen. Demnach umfaßt, scheint es, die Vertretungsmacht hier grundsätzlich einen größeren Kreis, als beim Prokuristen. Indessen, sieht man näher zu, so wird man auch hier annehmen müssen, daß alle Rechtshandlungen und Geschäfte, die in die Vertretungsmacht fallen, solche sein müssen, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann. Geschäfte, die unter keinen Umständen einen kommerziellen Charakter an sich tragen können, wie familienrechtliche, kann auch der vertretende Gesellschafter für die Gesellschaft nicht eingehen. Schenkungen (R.G.Z. XXVI S. 18), Wohltätigkeitsakte, die Auflösung des Geschäftes u. dgl. sind in abstracto betrachtet solche, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann. Die Fassung des § 126 ist somit mehr scheinbar, als in Wirklichkeit von der des § 49 verschieden. Daß der Prokurist das Handelsgewerbe nicht auflösen, die Firma nicht ändern, diejenigen Handlungen, deren Vornahme dem Prinzipal persönlich vom Gesetze auferlegt wird, nicht vornehmen kann, dies alles liegt im Wesen der Prokura, weil der Prokurist eben für den Betrieb des Geschäftes Vollmacht erhalten hat; daß er Grundstücke nicht veräußern und belasten kann, ist eine positivrechtliche Beschränkung. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist dagegen der Mitinhaber des Handelsgewerbes, er stellt nach außen den Chef dar (vgl. R.O.H.G. XV S. 7), ihm ist somit eine schrankenlose Freiheit gewährt, vorausgesetzt aber auch hier, daß die Rechtshandlung überhaupt in dasjenige Gebiet fallen kann, auf dem ein Kaufmann als solcher sich betätigen kann, d. h. vornehmlich in das Gebiet des Vermögensrechtes. Eine andere Auffassung ist vom Standpunkte des neuen H.G.B. aus überflüssig (da ja auch Grundstücksgeschäfte nun Handelsgeschäfte sein können) und führt zu dem logischen Widerspruch, daß, was kein Kaufmann als solcher tun kann, dessen gesetzlicher Vertreter für ihn tun könnte. Der Prokurist hat somit eine — mit einzelnen Schranken versehene — absolute Vollmacht für den Betrieb des Handelsgewerbes, der vertretende Gesellschafter die schrankenlose Vertretung des Handelsgewerbes. Daß er danach (im Gegensatz zum Prokuristen) Prokuren erteilen und widerrufen kann, ist nichts besonderes. Die Analogie mit dem Prokuristen tritt vielmehr darin hervor, daß er seine eigene Vertretungsmacht nicht einem anderen übertragen kann. Vgl. außerdem bei § 109 Nr. 6.

Nr. 2. 2. **Absoluter** Charakter der Vertretungsmacht. Auch hierin gleicht die Vertretungsmacht der Prokura. Ihr beigefügte Beschränkungen sind Dritten gegenüber unwirksam, selbst wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind (R.O.H.G. VI S. 140).[1]) Der Dritte braucht sie nicht zu berücksichtigen, auch wenn er sie

[1]) Unwirksam sind insbesondere der Vertretungsmacht auferlegte Beschränkungen des Inhaltes, daß der Gesellschafter die Firma nur in der Weise zeichnen dürfe, daß er ihr seinen Namen beifüge. Denn, wenngleich es gestattet ist, daß die Zeichnung der Firma in dieser Weise stattfindet, ja dies bei Gesamtvertretungen sogar erwünscht ist, so existiert nicht einmal eine Ordnungsvorschrift dieses Inhaltes, wie beim Prokuristen (§ 51), für den vertretungsberechtigten Gesellschafter. Demnach hat der Dritte kein Recht darauf, daß der Gesellschafter mehr tue, als die Firma zu zeichnen, und es können die Gesellschafter nicht durch Vereinbarung die Wirksamkeit des Geschäfts von der Art der Zeichnung abhängig machen. Dies gilt selbst für den Fall der Gesamtvertretung (v. Gorski S. 125, Z. XV S. 229, XXII S. 301). Selbstverständlich ist unzulässig eine Beschränkung des Vertreters dahin, daß ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter mit unterzeichnen müsse (Jahrb. für die Entsch. der preuß. Appellationsger. III S. 8).

kennt. Denn da das Gesetz sie für wirkungslos erklärt, so kann der Dritte sie als nicht vorhanden betrachten (R.O.H.G. V S. 295), ebenso wie einen Widerspruch gegen die Geschäftsführung. Doch gilt dies nicht, wenn der mit der Gesellschaft als Dritter in rechtliche Beziehungen Tretende selbst ein Gesellschafter ist. Solchenfalls würde er vielmehr sich Einreden aus der Geschäftsführung gefallen lassen müssen (R.O.H.G. II S. 41; a. A. R.O.H.G. VI S. 140, R.G.Z. VII S. 120, Ritter Anm. 3, Makower Anm. IIa, Düringer-Hachenburg Anm. 14). Ferner zessiert natürlich der Satz bei betrügerischer Kollusion des Dritten, d. h. wenn der Dritte sich zum Teilnehmer an einer die Gesellschaft widerrechtlich schädigenden, arglistigen Handlung macht. Denn, wie schon bei § 50 Nr. 3 ausgeführt ist, es würde der Einwand aus § 826 B.G.B. diesenfalls auch dann Platz greifen, wenn der Vertreter sich innerhalb seiner Vertretungsmacht halten würde (R.O.H.G. VI S. 134ff., VII S. 403, IX S. 432, XV S. 22, XIX S. 336, R.G.Z. IX S. 149, LVII S. 391, LXXI S. 222, JW. 04 S. 482[3], Recht 03 S. 398, 09 Nr. 2360, Bolze I Nr. 1167, XIII Nr. 496, XXI Nr. 552, O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 407). Notwendig ist in letzterem Falle, daß die Gesellschaft rechtswidrig und arglistig geschädigt wird und daß der Dritte dabei wissentlich mitwirkt. Die bloße Kenntnis der Tatsache, daß der vertretende Gesellschafter in seinem Privatinteresse handle, ist noch keine participatio doli. Denn der Gesellschafter kann möglicherweise auch ohne Verletzung seiner Pflichten das Vermögen seiner Gesellschaft zu Privatzwecken gebrauchen, z. B. indem er für Aufwendungen, die er zugunsten der Gesellschaft gemacht hatte, sich bezahlt macht (§ 110) oder indem er im Einverständnis mit den Mitgesellschaftern oder als negotiorum gestor handelt. Vielmehr muß ein Mißbrauch des Vermögens der Gesellschaft zu Privatzwecken vorliegen (R.O.H.G. IX S. 432, 433). Ist der Dritte nicht betrügerisch kolludierend, so kann er nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus B.G.B. § 812ff. belangt werden (Bolze VI Nr. 634, 635). Ist umgekehrt nur der Dritte, nicht der Gesellschafter arglistig, so greifen gegen ihn die allgemeinen Rechtsbehelfe durch. — Wie weit der vertretende Gesellschafter mit sich selbst namens der Gesellschaft kontrahieren kann, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht (B.G.B. § 181, vgl. O.L.G. Köln in O.L.G. Rspr. V S. 50, R.G. in L.Z. 09 S. 850, oben § 50 Nr. 3). Widersprechen sich die Handlungen vertretender Gesellschafter, so gilt das oben § 52 vom Prokuristen Gesagte. Über die Haftung für Delikte der vertretenden Gesellschafter oben § 124 Nr. 3.

3. **Beschränkungen.** Nur zwei Arten von Beschränkungen sind zulässig, einmal die Anordnung der Gesamtvertretung (darüber oben bei § 125 Nr. 7ff.), sodann die Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Handelsgesellschaft, vorausgesetzt, daß diese unter einer besonderen Firma betrieben wird (§§ 126 Abs. 3, 50 Abs. 3). Die letztere Beschränkung kann nur dann in Betracht kommen, wenn es sich um die mit einem Zusatz versehene Firma einer Zweigniederlassung handelt. Denn, betreiben dieselben Gesellschafter ein Geschäft unter einer gänzlich anderen Firma, so liegt eine andere Handelsgesellschaft vor Im übrigen vgl. hierüber bei § 50 Nr. 4. Die Beschränkung ist beim Register der Hauptniederlassung und bei den Registern aller Zweigniederlassungen einzutragen (§§ 125 Abs. 4, 13); denn es handelt sich um einen Ausschluß der Vertretung des Gesellschafters für die anderen Niederlassungen; Wirkung der Unterlassung § 15 Abs. 3. Übrigens kann auch diesenfalls Gesamtvertretung angeordnet werden. Nr. 3.

Da nur die obigen beiden Beschränkungen zulässig und alle übrigen wirkungslos sind, da ferner die Erteilung der Vertretungsbefugnis auch durch konkludente Handlungen der Gesellschafter erfolgen kann, so würde jede Einräumung einer Machtbefugnis an einen von der Vertretung bisher ausgeschlossenen Gesellschafter, die sich als Charakteristikum der Vertretungsbefugnis darstellt, auch dann als Einräumung der Vertretungsbefugnis erscheinen, wenn sie unter Beschränkungen erfolgt. Dahin gehört vor allem die Einräumung des Rechtes, die Firma zu zeichnen und zwar nicht bloß als Prokurist. Erfolgt diese, so ist jede zugefügte Beschränkung mit Ausnahme der beiden obigen nach außen unwirksam.

4. **Ausübung der Vertretung.** Kraft seiner Vertretungsmacht berechtigt und verpflichtet der Gesellschafter die Gesellschaft aus den im Namen der Gesellschaft innerhalb der Vertretungsmacht abgebenen Willenserklärungen (BGB. § 164), sofern Nr. 4.

sein Wille, im Namen der Gesellschaft zu handeln, erkennbar hervortritt. Das Entsprechende gilt für die an ihn als Vertreter der Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen (B.G.B. § 164 Abs. 3). Ist an ihn z. B. erkennbar als Vertreter der Gesellschaft eine Zustellung erfolgt, so gilt sie als Zustellung an die Gesellschaft, ist umgekehrt ein auf seinen Namen lautender Wechsel ihm übergeben, um die Gesellschaft zu befriedigen, so ist letztere nicht bezahlt (R.O.H.G. XIII S. 296 ff.). In allen diesen Beziehungen greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Eine Vermutung dafür, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der Gesellschaft auftritt, existiert nicht, insbesondere ist aus § 344 eine solche Vermutung nicht zu entnehmen (vgl. bei § 344 u. Bolze II Nr. 1103, XVI Nr. 494, O.L.G. München in Z. XXXV S. 232). Es muß somit aus der Sachlage hervorgehen, daß er im Namen der Gesellschaft handeln will. Falls er ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) erklärte, er trete Namens der Gesellschaft auf, so kann ein Zweifel nicht weiter bestehen, auch dann nicht, wenn er die Firma der Gesellschaft mit gewissen Abweichungen gebraucht, sofern nur klar ist, daß die gebrauchte Firma die Gesellschaftsfirma ist (R.O.H.G. XII S. 243, R.G.Z. XXVIII S. 120). Dies hat sogar bei formellen Erklärungen, wie Wechselunterschriften, zu gelten. Selbst wenn die auf dem Wechsel gezeichnete Firma nicht völlig mit der Gesellschaftsfirma übereinstimmt, wird die Gesellschaft darauf verpflichtet, falls nach der Sachlage die gezeichnete Firma erkennbar die der Gesellschaft war (vgl. bei § 17 Nr. 9). Auch steht nicht im Wege, daß Gesellschaftsfirma und Name des Gesellschafters übereinstimmen, er hätte dann die Zweideutigkeit beseitigen müssen (Behrend § 72 Anm. 19). Anders, wo seine ausdrückliche Erklärung Zweifel bestehen läßt, ob er in eigenem Namen oder im Namen der Gesellschaft handele. Bei formalen Erklärungen wird hier zu verneinen sein, daß der Stellvertretungswille erkennbar hervortritt (vgl. B.G.B. § 164 Abs. 2). Hat er z. B. den Wechsel mit seinem eigenen Namen unter dem Zusatz der Gesellschaftsfirma akzeptiert, so geht, wie das R.O.H.G. mit Recht bemerkt, daraus nicht notwendig hervor, daß die Gesellschaft verpflichtet werden sollte (XIV S. 203); haben die beiden Gesellschafter der Gesellschaft Meier & Müller jeder ihren Namen auf den Wechsel gesetzt, ohne das sie verbindende & zu gebrauchen, so wird anzunehmen sein, daß jeder von ihnen sich selbständig, nicht dagegen, daß die Gesellschaft sich verpflichtete. — Bei nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften kann dem Umstande, daß die ausdrückliche Erklärung Zweifel übrig läßt, nicht die gleiche entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Der geweckte Zweifel kann durch die Gesamtheit des Tatbestandes gehoben werden, z. B. durch die Art des Rechtsgeschäftes (O.L.G. Hamburg in Z. XXXX S. 461), durch das frühere Verhalten des Gesellschafters (R.O.H.G. I S. 56, XVIII S. 296), durch den Umstand, daß sein Name mit der Firma der Gesellschaft übereinstimmt (R.G.Z. XVII S. 75), durch den sonstigen Inhalt der Urkunde (O.L.G. Marienwerder in Seuffert LVII Nr. 223 = O.L.G. Rpr. IV S. 465, K.G. in L.Z. 08, S. 318, 553), durch die Erklärungen des Gegenkontrahenten, gegen die der Gesellschafter nicht Widerspruch erhoben hat (R.G. in L.Z. 1911, S. 454) u. a. m. Dasselbe gilt bei Willenserklärungen, die sich in konkludenten Handlungen äußern. Es kann sogar trotz des alleinigen Gebrauches des eigenen, von der Gesellschaftsfirma abweichenden Namens nach dem Willen der Kontrahenten der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft kontrahiert haben (R.O.H.G. XXII S. 60, R.G.Z. XXVIII S. 120), wofür dann freilich besondere Umstände sprechen müßten (etwas weitgehend R.O.H.G. XXII S. 60). Wo Zweifel übrig bleiben, ist nach B.G.B. § 164 Abs. 2 allerdings anzunehmen, daß der Gesellschafter in eigenem Namen handelte und sein innerer Wille, für die Gesellschaft handeln zu wollen, kann dann nicht entscheiden. Tritt der Gesellschafter nicht Namens der Gesellschaft auf, so wird nur er berechtigt und verpflichtet. Mag er auch verpflichtet sein, den einzelnen Gegenstand an die Gesellschaft zu übertragen, so bleibt, solange die Übertragung nicht erfolgt ist, der Gegenstand doch dem Angriff eines persönlichen Gläubigers unterworfen (R.G. im Recht 03, S. 339). Deshalb könnte, solange die Übertragung nicht stattgefunden hat, die Gesellschaft auch nicht gerichtlich Rechte des einzelnen Gesellschafters geltend machen, die von ihr erhobene Klage wäre mangels Sachlegitimation abzuweisen (R.G. in L.Z. 1912, S. 924). Auch eine Bereicherungsklage gegen die Gesellschaft ist nicht gegeben (R.O.H.G. VII Nr. 111, Mot. z. Entw. I des B.G.B. II S. 872). — Wer sich darauf beruft, daß der Gesellschafter Namens der Gesellschaft handele, hat die Beweislast zu tragen.

5. **Die Vertretung im einzelnen.** Die einzelnen Klassen von Geschäften, die § 126 aufführt, sind: Nr. 5.

a) Alle **gerichtlichen** Geschäfte und Rechtshandlungen. Der vertretende Gesellschafter kann somit im Namen der Gesellschaft klagen und verklagt werden, Eide zuschieben, zurückschieben, annehmen, Geständnisse ablegen, Klageansprüche anerkennen, Vergleiche abschließen, Prozeßvollmachten erteilen usw. Über die Ableistung von Eiden oben bei § 124 Nr. 5. Er kann bei Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Grundbuchamt, Registerbehörde usw.) Anträge stellen und Anmeldungen vornehmen. Nur insoweit, als das Gesetzbuch selbst die Mitwirkung aller Gesellschafter verlangt, gilt ein anderes (§§ 108, 125 Abs. 4, 144 Abs. 2, 148). Insbesondere würde die Anmeldung der Prokura zum Handelsregister schon durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter erfolgen können (Behrend § 72 Anm. 24). Über den Antrag auf Konkurseröffnung K.O. § 210. Zustellungen an die Gesellschaft oder sonstige der Gesellschaft gegenüber abzugebende Erklärungen können einem vertretenden Gesellschafter gegenüber abgegeben werden (§ 125 Abs. 2). Über den Fall der Gesamtvertretung bei § 125 Nr. 10, über die Legitimationsprüfung bei § 124 Nr. 4. — Doch gilt alles dies nur, wenn es sich um ein Auftreten Namens der Gesellschaft handelt. Anders, wo ein Gesellschafter gegen die Mitgesellschafter, z. B. auf Auflösung der Gesellschaft (§ 133), oder wenn die Mitgesellschafter auf Ausschluß eines Gesellschafters klagen (§ 140). Ersterenfalls ist es gleichgültig, ob der klagende Gesellschafter vertretender ist, letzterenfalls müssen alle Gesellschafter, nicht bloß die vertretungsberechtigten, klagen. Auch kann der an sich vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht die Gesellschaft in Prozessen, die er als Dritter gegen die Gesellschaft führt, vertreten (O.L.G. Celle in Z. XXXXII S. 520, vgl. R.G.Z. VII S. 404).

b) Alle **außergerichtlichen** Geschäfte und Rechtshandlungen, soweit sie von einem Kaufmann als solchem vorgenommen werden können, gleichgültig, ob es einseitige oder zweiseitige, empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind. Indessen hat auch dieser Satz gewisse Schranken im Gesetzbuch selbst. So kann der Gesellschafter nicht die Auflösung der Gesellschaft durch einseitige Erklärung herbeiführen, hierzu bedarf es nach § 131 Nr. 2 eines Beschlusses der Gesellschaft, nicht minder ist ihm die Aufnahme eines Dritten als offenen Gesellschafters oder Kommanditisten untersagt (s. o. bei § 109 Nr. 6). Auch Firma und Sitz der Gesellschaft kann er nicht einseitig ändern (§§ 108 Abs. 1, 126 Abs. 3), überhaupt den Gesellschaftsvertrag nicht einseitig abändern (R.G.Z. LII Nr. 43). Demgemäß würden, wenn er auf den einseitig abgeänderten Vertrag hin die Eintragung beim Registergericht beantragt hat, die übrigen Mitglieder der Eintragung widersprechen können (vgl. O.L.G. Frankfurt in Z.f.Z.P. XXX S. 145). Daß er die Gesellschaft über die Zeit der Auflösung hinaus nicht einseitig fortsetzen kann, ergibt sich schon daraus, daß mit der Auflösung seine Vertretungsmacht ein Ende nimmt (R.O.H.G. V S. 393, vgl. Renaud C.G. S. 369, 370, 449). Nr. 6.

c) **Veräußerung und Belastung von Grundstücken.** Dies bezieht sich nur auf der Gesellschaft gehörige Grundstücke, nicht auf solche, die von einem Mitgesellschafter quoad usum inferiert sind. Auch zur Veräußerung des Geschäfts, insbesondere einer von mehreren Niederlassungen ist der Gesellschafter legitimiert (vgl. L.G. Düsseldorf bei Holdheim VIII S. 154, Düringer-Hachenburg, Anm. 3). Soll die Firma mit übergehen, so müssen alle Gesellschafter einwilligen (§ 22 Abs. 2, anders Ritter § 22 Anm. 5, der den vertretungsberechtigten Gesellschafter auch hierzu für legitimiert erachtet). Nr. 7.

d) **Erteilung und Widerruf der Prokura.** Dies bezieht sich auf das Verhältnis nach außen. Über das interne Verhältnis bei § 116 Nr. 3 ff. Würde er die Prokura ohne die Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter erteilen, so könnte zwar nicht einem Dritten, wohl aber einem Mitgesellschafter dieser Umstand entgegengehalten werden (S. oben Nr. 2). Würde umgekehrt ein zwar vertretungsberechtigter, aber von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter (s. § 114 Nr. 2) die Prokura widerrufen, so würde der mit der Gesellschaft kontrahierende Gesellschafter sich darauf berufen können, daß der Auftrag des Prokuristen Nr. 7a.

fortdauerte (v. Gorski S. 130, 131.[1]) Dagegen kann der vertretende Gesellschafter nicht seine Vertretungsbefugnis im Ganzen übertragen, auch nicht allein Kollektivvertretung oder Vertretung für eine Niederlassung erteilen. Dies ergibt sich aus § 125 Abs. 4.

Nr. 8. 6. **Gesellschafter als Prokurist und Handlungsbevollmächtigter.** Ein Gesellschafter kann für dieselbe Firma nicht zugleich vertretender Gesellschafter und Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter sein, auch der mit Kollektivvertretung ausgestattete Gesellschafter kann nicht zugleich Prokurist und Generalhandlungsbevollmächtigter sein, wohl aber kann er zugleich Spezialhandlungsvollmacht erhalten (§ 125 Abs. 2, R.G.Z. XXIV S. 28). Dagegen kann ein von der Vertretung ganz ausgeschlossener Gesellschafter Prokura (anders Staub-Pinner § 125 Anm. 4) oder Handlungsvollmacht, desgl. ein mit Vertretung nur für eine Niederlassung ausgestatteter Gesellschafter Prokura oder Handlungsvollmacht für eine andere Niederlassung der Gesellschaft erhalten (Behrend § 72 Anm. 27). So wird man die von der Vertretung ausgeschlossenen, aber zur Geschäftsführung zugelassenen Gesellschafter gegenüber den Angestellten als mit der Vollmacht versehen betrachten müssen, diesen gegenüber Anweisungen, die sich auf die interne Geschäftsführung beziehen, zu erteilen (Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 4). Ist solchenfalls die erteilte Prokura eingetragen und publiziert, so kann der Dritte sich nicht darauf berufen, daß er den für die Gesellschaft auftretenden Gesellschafter als vertretenden angesehen habe (§ 15 Abs. 2). Schwieriger ist die Sachlage, wenn die Prokura nicht eingetragen ist, bezw. wenn es sich um die Handlungsvollmacht handelt. Tritt der Gesellschafter solchenfalls für die Gesellschaft auf, so kann der Anschein erweckt werden, daß sein Ausschluß von der Vertretung nachträglich wieder rückgängig gemacht ist (vgl. oben bei § 125 Nr. 9). Indessen wäre es zu weitgehend, wenn man in der Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht die Wiederherstellung der gesetzlichen Vertretung erblicken würde (so Staub-Pinner § 125 A. 4). So lange der Eintrag im Handelsregister über den Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung fortbesteht, wird ein Dritter nur dann eine Wiederherstellung der Vertretungsmacht annehmen dürfen, wenn klar und unzweideutig mit Willen der Gesellschaft Handlungen von diesem Gesellschafter vorgenommen werden, die auf solche Wiederherstellung schließen lassen (z. B. Erteilung der Prokura, Veräußerung von Grundstücken). Immerhin wird es für die Gesellschaft ratsam sein, die Art der erteilten Vollmacht nach außen kundzugeben, um gegen Angriffe von dritter Seite geschützt zu sein.

Nr. 9. 7. Wie weit der vertretende Gesellschafter die Gesellschaft auch gegenüber dem einzelnen Gesellschafter vertritt, siehe § 114 Nr. 3.

Nr. 10. 8. Nichts mit der Vertretung zu tun hat das Recht, solche öffentlichrechtlichen Befugnisse oder Pflichten für die Gesellschaft wahrzunehmen, die ihren Wurzelgrund in der nahen Beziehung zur Gesellschaft haben, so das Recht, einen Strafantrag zu stellen. Dieses hat auch der nichtvertretende Gesellschafter (R.G.St. XLI S. 103).

Nr. 11. 9. Im übrigen gilt für die von oder gegenüber dem vertretenden Gesellschafter vorgenommenen Willenserklärungen B.G.B. § 166. Willensmängel in seiner Person, Kennen oder Kennenmüssen in seiner Person, z. B. beim Erwerb beweglicher Sachen, entscheiden. Auf Willensmängel, Kennen oder Kennenmüssen der übrigen Gesellschafter (vertretender und nichtvertretender), kommt es nicht an. Nur, wenn es sich um Kollektivvertretung handelt, schadet mala fides des einen den übrigen. Ebenso teilt sich, wenn es sich um Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters als solchen mit der Gesellschaft handelt, die mala fides des Gesellschafters der Gesellschaft mit (oben § 111 Nr. 2, § 125 Nr. 11; diese gegen die juristische Persönlichkeit der offenen H.G. sprechende Tatsache sucht Kohler S. 241 sehr gekünstelt zu erklären (alle Gesellschafter seien Organe der Gesellschaft!). Die Beantwortung der Frage, ob wenn ein Gesellschafter als Dritter mit der Gesellschaft einen Vertrag abschloß, falls er Weisungen an den Vertretenden erteilte, B.G.B. § 166 Abs. 2 Platz greift, hängt

[1]) Sind alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen, so können sie nur zusammen die Prokura widerrufen (anders Johow X S. 28 und von Hahn zu Art. 115 § 7).

davon ab, ob man in der Vertretung eine rechtsgeschäftliche oder gesetzliche erblickt. Nimmt man das letztere an, so würde es lediglich auf die Person des Vertreters ankommen, die sich dann ergebenden Resultate wären bedenklich (vgl. Staudinger zu § 166 Nr. 6 B.G.B.).

10. **Älteres Recht.** § 126 greift für alle Rechtsgeschäfte, die vom 1. Jan. 1900 ab geschlossen werden, Platz. Nr. 12.

§ 127.

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft.

Entw. I § 115, II § 125; Denkschr. I S. 93, 94, II S. 3185; Komm.Ber. S. 3895.

1. Vorbemerkung. Nach § 127 kann einem Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen auch wider dessen Willen die Vertretungsmacht entzogen werden. Das ältere Recht kannte nach der herrschenden Ansicht solche Entziehung nicht, nur im Wege der Auflösung der Gesellschaft oder der Ausschließung des betreffenden Gesellschafters konnte sich die Gesellschaft gegen mißbräuchliche Ausübung der Vertretungsmacht schützen. Im Gegensatz hierzu und in grundsätzlicher Anlehnung an das bürgerliche Recht (B.G.B. § 715) gibt das neue Gesetzbuch den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit, ohne Gefährdung des gesellschaftlichen Bandes, die Vertretungsmacht einem Gesellschafter zu entziehen. In der Fassung stimmt § 127 mit § 117 überein, auf den deshalb, soweit nicht die folgenden Erörterungen das Verhältnis erschöpfen, zu verweisen ist. Nr. 1.

2. **Entziehbarkeit jeder Vertretungsmacht.** § 127 bezieht sich auf jede Vertretungsmacht eines Gesellschafters als solchen, nicht bloß die ohne weiteres kraft Gesetzes zustehende (§ 125 Abs. 1), sondern die auch nachträglich eingeräumte, nicht bloß die Ganzvertretung, sondern auch die Gesamtvertretung. Wird bei Gesamtvertretung nur einem von mehreren Gesamtvertretern die Vertretungsmacht entzogen, so kann dadurch auch die Vertretungsmacht der übrigen beeinflußt werden. Hatten z. B. von den drei Gesellschaftern A, B und C A und B Gesamtvertretung, während C von der Vertretung ausgeschlossen war, und wird dem A die Vertretungsmacht entzogen, so verliert auch für B die Gesamtvertretung ihre Grundlage. Es würde somit weder A noch B, aber auch nicht C Vertretung haben, da dieser davon ausgeschlossen war. Anders, wenn von den 5 Gesellschaftern A, B, C, D, E je zwei Gesamtvertretung hätten, dann würde, wenn etwa dem B und E die Vertretungsbefugnis entzogen wird, die Gesamtvertretung der übrigen bestehen bleiben. Hatten alle Gesellschafter zusammen aufzutreten, so würde die Entziehung der Vertretung bei einem die Vertretung der übrigen ebenfalls tangieren, also, wenn nur zwei Gesellschafter da waren, würde auch der übrig bleibende nicht Alleinvertretung behalten (anders Marcus in Holdheim 07 S. 20 und Goldmann Anm. 10, die dann annehmen, daß der übrig bleibende vertretungsberechtigt sei — dagegen mit Recht Staub-Pinner Anm. 5). — Gleichgültig ist, ob die Vertretung nur dem Gesellschafter, dem sie entzogen werden soll, zustand (R.G.Z. LXXIV S. 301, anders Düringer-Hachenburg Anm. 9). — Nicht bezieht sich § 127 auf Prokuren oder Handlungsvollmachten, die einem Gesellschafter erteilt sind. Ihr Widerruf erfolgt nach gewöhnlichen Grundsätzen. Nr. 2.

3. Nur die Vertretungsmacht im **Ganzen** kann entzogen werden (anders Düringer-Hachenburg Anm. 7). Es kann somit nicht wider den Willen des vertretenden Gesellschafters die Einzelvertretung in Gesamtvertretung, oder die Vertretung für das ganze Geschäft in eine Vertretung nur für eine einzelne Niederlassung (§ 126 Abs. 3) verwandelt werden. Nr. 3.

4. **Entziehung der Geschäftsführung.** Die Entziehung der Vertretung ist nicht notwendig zugleich eine Entziehung der Geschäftsführung (anders im B.G.B. § 712). Vielmehr kann die Geschäftsführung dem Gesellschafter durchaus verbleiben. Nr. 4.

Denn der Zweck der Entziehung der Vertretungsmacht ist lediglich der, die Gesellschaft vor mißbräuchlicher oder unkluger Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zu schützen. Sehr wohl denkbar ist, daß ein Gesellschafter (z. B. eine Frau, ein Minderjähriger) der Gesellschaft gute Dienste als Geschäftsführer leisten kann, während er nicht geeignet erscheint, als Vertreter zu fungieren. Wird nur die Vertretungsmacht, nicht die Geschäftsführung entzogen, so ist der Fortbestand von Bedeutung, wenn die Gesellschaft mit einem Gesellschafter kontrahiert (vgl. § 126 Nr. 7).

Nr. 5. 5. **Wirkung der Entziehung.** Mit der Entziehung hört die Vertretungsmacht dieses Gesellschafters auf. Waren die übrigen Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen, so hat nun kein Gesellschafter Vertretungsmacht. Besaßen die übrigen Gesellschafter oder ein Teil von ihnen Vertretungsmacht, so bleibt diese fortbestehen, soweit sie nicht mit der entzogenen Vertretungsmacht zusammenhängt (oben Nr. 2). Treten infolge der Entziehung Verhältnisse ein, nach denen eine ordnungsmäßige Besorgung der Geschäfte nicht mehr zu erwarten ist, so bleibt nur die Auflösung der Gesellschaft übrig (Düringer-Hachenburg Anm. 9). Selbstverständlich kann die Vertretungsmacht dem ihrer beraubten Gesellschafter wieder erteilt werden.

Nr. 6. 6. **Urteil des Prozeßrichters.** Die Vertretungsmacht wird entzogen durch das vollstreckbare Urteil des Prozeßrichters, doch würde erst mit der Eintragung und Bekanntmachung der Ausschluß nach außen wirken, § 15 Abs. 1, 2 findet auch auf diesen Fall Anwendung. Hinsichtlich der Anmeldung zum Handelsregister normiert § 16 Abs. 1. Sie würde also durch die übrigen Gesellschafter erfolgen. Übrigens kann auch durch einstweilige Verfügung vorläufige Entziehung, ja auch positiv vorläufige Übertragung der Vertretung an einen Dritten erfolgen (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 247 = Johow-Ring XXXVII A 142, O.L.G. Dresden bei Kaufmann V S. 78). Vgl. § 117 Nr. 6. Es gilt hier das Entsprechende wie bei der Geschäftsführung. Die Eintragung der Entziehung ist nicht konstitutiv, darum keine Vollzugshandlung im Sinne des § 929 Abs. 2 Z.P.O. (K.G. in Entsch. F.G. IX S. 247), daher an die dort normierte Frist nicht gebunden.

Nr. 7. 7. **Älteres Recht.** Vertretungsbefugnisse, die vor dem 1. Jan. 1900 bestanden, können nicht nach § 127 entzogen werden (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 58), so lange nicht der Gesellschaftsvertrag unter das neue Recht getreten ist.

§ 128.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Entw. I § 116, II § 126; Denkschr. I S. 94, II S. 3185; A.D.H.G.B. Art. 112.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Nach bürgerlichem Recht ist eine Scheidung zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschaft und persönlicher Haftung der Gesellschafter überhaupt ausgeschlossen. Der vertretende Gesellschafter vertritt die einzelnen Gesellschafter dritten gegenüber (B.G.B. § 714). Durch ihn verpflichten sich die mehreren Gesellschafter und sie haften in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze im Zweifel als Gesamtschuldner (B.G.B. § 427), es gibt nach außen nur Verbindlichkeiten der Gesellschafter, sei es mit unbeschränkter Haftung, sei es mit Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Die der Handelsgesellschaft eigentümliche Einheitlichkeit des Auftretens nach außen hat die vom Gesetz angenommene Scheidung zur Folge. Die „Verbindlichkeiten der Gesellschaft" werden denen der einzelnen Gesellschafter gegenüber gestellt und es wird eine Gesamthaftung der Gesellschafter für jene ausgesprochen, die nach außen kraft zwingenden Rechts besteht. Dabei ist es für die Gewerbe nach § 1 gleichgültig, ob die Firma eingetragen ist oder nicht.

Nr. 2. 2. **Juristische Natur der Haftung für die Verbindlichkeit der Gesellschaft.** Daß Verbindlichkeiten der Gesellschaft sich nicht logisch decken mit Verbindlichkeiten der Gesellschafter als Einzelpersonen, oder anders ausgedrückt, daß Verbindlichkeiten, die auf allen Gesellschaftern lasten, nicht stets Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind,

liegt auf der Hand. Die zwei Gesellschafter einer Handelsgesellschaft können außerhalb ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieser Handelsgesellschaft aus Rechtsgeschäften, unerlaubten Handlungen oder unmittelbar kraft Gesetzes als Gesamtschuldner verpflichtet sein, ja solche Gesamtschuld kann ebenfalls kraft zwingenden Rechtssatzes bestehen (z. B. wenn sie Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder persönlich haftende Mitglieder einer anderen Handelsgesellschaft sind). Hier tritt der Gegensatz zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen, Gesellschafts- und Privatsphäre scharf hervor.

Schwieriger ist die Konstruktion der im § 128 festgesetzten persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Ist die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person, ist die Einheitlichkeit der Firma nur eine äußere Zusammenfassung der mehreren Gesellschafter, so sind die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur Verbindlichkeiten der Gesellschafter. Nach § 128 haften die einzelnen Gesellschafter somit nicht als Bürgen oder kraft kumulativer Schuldübernahme für die Verbindlichkeiten eines Dritten (vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 386, R.G. in L.Z. 1912 S. 222), denn wofür sie haften, sind eben ihre Verbindlichkeiten, die sie unter der Gesellschaftsfirma gemeinsam eingegangen sind. Vielmehr haften sie danach nicht bloß mit ihrem Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit ihrem sonstigen Vermögen, die Gesellschaftsgläubiger sind nicht bloß auf die Exekution in das Gesellschaftsvermögen beschränkt, könnten vielmehr auch das ganze Privatvermögen jedes Gesellschafters zur Befriedigung ihrer Forderung heranziehen. Die Bedeutung des Satzes ist also eine zwiefache. Einmal zerstört er die Vorstellung, daß der rechtliche Vorzug, den die Gesellschaftsgläubiger mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen genießen, von einem rechtlichen Nachteil in Bezug auf das Privatvermögen der Gesellschafter begleitet ist. Trotz ihrer privilegierten Stellung als Gesellschaftsgläubiger bleiben die Gläubiger der Gesellschaft Gläubiger der einzelnen Gesellschafter, und da der Schuldner ja ohnehin im Zweifel mit seinem ganzen Vermögen haftet, sagt der Satz somit im Grunde nur, daß ein Gesellschaftsgläubiger Gläubiger der Gesellschafter ist. Andererseits gibt § 128 den Gläubigern das unentziehbare Recht, das ganze Vermögen der Gesellschafter zum Exekutionsobjekt zu nehmen. Diese letztere Seite ist die wichtigere. Eine Gesellschaft ohne jene zwangsweise eintretende Haftung aller Gesellschafter wäre keine offene Handelsgesellschaft (R.G.Z. V S. 93).

Ist dies richtig, so statuiert § 128, wie Römer (Abhandlungen S. 149ff.) und Staub-Pinner (§ 128 Anm. 2) mit Recht bemerken, nicht eine gesetzliche Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeit eines Dritten (der Gesellschaft — so die von Kohler a. a. O. vertretene Auffassung, vgl. auch Ritter Anm. 1 — noch ist es ganz richtig zu sagen, daß die Gesellschaft einerseits und ihre Mitglieder andererseits im Verhältnis von Gesamtschuldnern zu einander stehen (so Behrend). Vielmehr sind Gesamtschuldner nur stets die Gesellschafter und es kommt lediglich hinsichtlich der Vollstreckung darauf an, ob gegen sie in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft (gegen die Firma der Gesellschaft) oder gegen jeden von ihnen als Individuum geklagt ist, vgl. R.G. bei Holdheim 08 S. 46 = J.W. 07 S. 712; L.Z. 1912 S. 222. Es liegt eine Mehrheit von Ansprüchen gegen die einzelnen Gesellschafter vor. Nur daß diese im ersteren Fall durch eine Klage, im letzteren Fall durch mehrere Klagen geltend gemacht werden, daß die Gesellschafter im ersteren Falle stets, im zweiten möglicherweise notwendige Streitgenossen sind. Ist gegen die Gesellschaftsfirma ein Urteil erstritten, so ist Vollstreckung nur in das Gesellschaftsvermögen, ist gegen sie als Individuen geklagt, Vollstreckung nur in das Privatvermögen zulässig (§§ 124 Abs. 2, 129 Abs. 4). Hieraus ergeben sich folgende bereits von Staub gezogenen Folgerungen:

a) Die Verbindlichkeit der Gesellschaft ist ihrem Grunde nach eine Verbindlichkeit der Gesellschafter. Haftet die Gesellschaft aus Vertrag, so haften die Gesellschafter aus Vertrag, denn sie haben unter der Firma den Vertrag geschlossen. Lastet auf der Gesellschaft eine gesetzliche Verbindlichkeit, so lastet sie auf den Gesellschaftern, denn es sind diese, die als Gesellschaft auftreten. Demgemäß haften die einzelnen Gesellschafter auch völlig in materiellrechtlicher und prozessualer Beziehung in Gemäßheit der von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeit und bewirken diejenigen Tatsachen, die bei der Gesellschaft nach- Nr. 3.

träglich die Gesellschaftsverbindlichkeit modifizieren, auch eine Modifikation der Verbindlichkeiten der Gesellschafter (z. B. Verzug, Kündigung, Verschulden der Gesellschaft). Insbesondere ist die Verjährungsfrist für die Forderung die gleiche gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern (Ausnahme § 159), greift der Gerichtsstand des Erfüllungsortes der Gesellschaft nach Z.P.O. § 29 auch für die als Individuen verklagten Gesellschafter Platz (R.G.Z. XXXII S. 44, O.L.G. Cassel im Recht 06, S. 191 Nr. 1367), können die Gesellschafter überhaupt vor jedem Gericht, vor dem die Gesellschaft belangt werden könnte, belangt werden (O.L.G. Hamburg im Recht 1911 Nr. 1589, K.G. in O.L.G. Rspr. XXII 2) und kann im Wechselprozeß gegen den einzelnen Gesellschafter auch dann vorgegangen werden, wenn der Wechselakt durch die Gesellschaft erfolgt. (R.G. bei Gruchot XXXIV S. 1216, 1222). Denn daß die Gesellschaft unter ihrer Firma akzeptiert hat, besagt nichts anderes, als daß die einzelnen Gesellschafter, und zwar nicht bloß diejenigen, die zur Zeit der Abgabe des Akzeptes, sondern auch diejenigen, die zur Zeit der Geltendmachung der Wechselforderung Gesellschafter sind, daraus wechselmäßig verpflichtet sein sollen. Die Personen der Wechselschuldner sind eben nicht ganz bestimmt, sondern kollektiv angegeben, demnach der Vermehrung fähig bis zur Durchführung und Geltendmachung der Wechselforderung. Dagegen kann die gegen den Gesellschafter persönlich gerichtete Klage nachträglich nicht gegen die offene Handelsgesellschaft umgewandelt werden (Seuffert LII Nr. 32, R.G. bei Holdheim VI S. 215). Ob auch das Umgekehrte gilt, also ob die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage nachträglich ohne Einwilligung der Gesellschafter in eine Klage gegen die Gesellschafter umgewandelt werden kann, ist bestritten. Dagegen R.G.Z. XXXVI S. 141, O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XVII S. 145 = Recht 08 Nr. 2881 = Seuffert LXIV Nr. 52, O.L.G. Bamberg in L.Z. 1910 S. 947[3], zweifelnd R.G.Z. XLIX S. 344, dafür R.G. im Recht 06 Nr. 2890, Staub-Pinner § 129 Anm. 2. § 129 Abs. 4 spricht gegen die Zulässigkeit (im Resultat ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 7[1]).

Nr. 4. b) Die Klage gegen die Gesellschaft ist im Grunde eine Klage gegen die Gesellschafter als notwendige Streitgenossen, folglich unterbricht sie die Verjährung des Anspruches gegen den einzelnen Gesellschafter (anders mit Unrecht R.O.H.G. XX S. 183, vgl. Bolze XX Nr. 575). Das gleiche gilt von den der Klage nach B.G.B. § 209 gleichstehenden Akten, ferner von der Anerkennung seitens der Gesellschaft. Dies gilt aber nur mit Bezug auf diejenigen Gesellschafter, die zur Zeit der Vornahme dieser Akte der Gesellschaft noch angehören. Was die ausgeschiedenen Gesellschafter betrifft, so werden sie von der Klage gegen die Gesellschaft nicht tangiert, denn nicht sie werden verklagt, sondern nur die derzeitigen Mitglieder, nicht sie erkennen an, sondern nur die derzeitigen Mitglieder, sie stehen zu letzteren im Verhältnis zu Gesamtschuldnern und es greift hinsichtlich ihrer B.G.B. § 425 Abs. 2 Platz. Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft bei § 160.

Umgekehrt ist die Klage gegen einen Gesellschafter aus § 128 nicht eine Klage gegen die Gesellschaft. Hier ist nur gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern, nicht gegen alle geklagt, folglich unterbricht die Klage gegen einen Gesellschafter nicht die Verjährung des Anspruches gegenüber der Gesellschaft, ebensowenig die Anerkennung des Anspruches seitens eines Gesellschafters, sofern sie nicht in Vertretung der Gesellschaft erfolgt. Wohl aber würde die Klage gegen alle einzelnen Gesellschafter aus § 128 die Verjährung des Anspruches gegen die

---

[1]) Weil nach § 129 Abs. 4 aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht stattfindet, ist eine Ausdehnung der gegen die Gesellschaft erhobenen Klage auf die Gesellschafter eine Klageänderung (Seuffert XXXXIV Nr. 56, O.L.G. Colmar in D.J.Z. III S. 332 (wiederum anders Staub-Pinner § 129 Anm. 2, die hier nur von Erläuterung der Bezeichnung der Parteien reden). In der Umwandlung der Klage gegen die Gesellschaft in eine Klage gegen einzelne Gesellschafter liegt eine Zurücknahme der Klage gegen die Gesellschaft (Z.P.O. § 271) und eine Erhebung der Klage gegen die Gesellschafter. Das Entsprechende ist auf aktiver Seite anzunehmen (O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rpr. X S. 28).

Gesellschaft unterbrechen, auch wenn die Firma nicht verklagt ist. Denn hier besteht Einheit des Klagegrundes, wie Identität der Parteien, nur das Exekutionsobjekt ist nicht das gleiche. Dies ist aber für die Verjährung bedeutungslos. Die vollendete Verjährung des Anspruches gegen die Gesellschaft würde auch dem einzelnen Gesellschafter, selbst dem ausgeschiedenen, zugute kommen. Denn da jeder Gesellschafter für eine „Verbindlichkeit der Gesellschaft" haften soll, so muß, falls diese erloschen ist, auch er frei werden. Kann der Gläubiger nicht Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen beanspruchen, so kann er auch das Privatvermögen nicht angreifen (vgl. O.L.G. Jena in Z. XXXV S. 231).

c) Die Erfüllung durch einen Gesellschafter, desgleichen die der Erfüllung gleichstehenden Akte (datio in solutum, Hinterlegung, Aufrechnung) wirken nach B.G.B. § 422 Abs. 1[1]) auch zugunsten der „Gesellschaft"; denn da alle Gesellschafter Gesamtschuldner sind, so befreit die Leistung seitens des einen die anderen, folglich auch alle in ihrer Verbundenheit. Das gilt gleichmäßig hinsichtlich der derzeitigen, wie hinsichtlich der ausgeschiedenen Gesellschafter. Ebenso wirkt der das ganze Schuldverhältnis aufhebende Erlaß, den der Gesellschaftsgläubiger mit einem Gesellschafter vereinbart, zugunsten der Gesellschaft (B.G.B. § 423),[2]) ebenso zugunsten der ausgeschiedenen Gesellschafter (O.L.G. Königsberg in O.L.G. Rspr. XIV S. 350), nicht minder Annahmeverzug des Gläubigers (B.G.B. § 424).[3]) Dagegen kann nicht die einem Gesellschafter zustehende Forderung von der Gesellschaft aufgerechnet werden (B.G.B. § 422 Abs. 2,[4]) siehe oben bei § 124 Nr. 8) und Verzug, Verschulden eines Gesellschafters wäre noch nicht Verzug, Verschulden der Gesellschaft. Nr. 5.

d) Darüber, daß ein gegen den einzelnen Gesellschafter gerichteter Schuldtitel nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar ist, oben bei § 124 Nr. 7, daß umgekehrt ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel nicht gegen den Gesellschafter vollstreckbar ist, bei § 129 Nr. 6. Nr. 6.

e) Im Konkurse der Gesellschaft sind Gemeinschuldner die sämtlichen derzeitigen (nicht die früheren R.G.St. XLI S. 427) Gesellschafter (vgl. zum folgenden Jaeger, Der Konkurs der offenen H.G., 1897 S. 66 ff.). Demgemäß hat jeder Gesellschafter das Recht, den Antrag auf Eröffnung des Konkurses zu stellen (K.O. §§ 210, 103 Abs. 2). Die von der K.O. dem Gemeinschuldner auferlegten Pflichten (z. B. nach §§ 100, 101, 125) und Rechte (z. B. nach § 105 Abs. 2, 3, vgl. § 210 Abs. 2, nach den §§ 123 Abs. 1, 135, 180, 86) sind Pflichten und Rechte jedes Gesellschafters. Insbesondere hat sich im Prüfungstermin (K.O. § 141) jeder Gesellschafter über die angemeldeten Forderungen zu erklären. Bestreitung einer Forderung auch nur seitens eines Gesellschafters hat die Folgen, die die Bestreitung durch den Gemeinschuldner hat (Jaeger, K.O. § 164 Anm. 9). Rechtsmittel, wie die Beschwerde, die dem Gemeinschuldner gewährt sind, kann jeder Gesellschafter geltend machen (z. B. nach K.O. § 109, 189). Ein Zwangsvergleich kann nur mit Zustimmung aller Gesellschafter geschlossen werden (K.O. § 211) und die in der Person des Kridars liegenden Gründe der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleiches (K.O. § 175) sind vorhanden, wenn sie nur bei einem Gesellschafter vorliegen (auch K.O. § 183 wird entsprechend anzuwenden sein, vgl. Graetzer in L.Z. 1912 S. 650, Jaeger K.O. § 183 Anm. 9). Auf Grund der K.O. §§ 239—241 können die Gesellschafter unmittelbar bestraft werden, wie sich klar aus K.O. § 244 ergibt. Dagegen erscheint es bedenklich mit Jaeger, K.O. § 1 Anm. 68 und dem K.G. in Entsch. F.G. XII S. 179 (vgl. auch R.G.St. XLVI Nr. 21) die einem Nr. 7.

---

[1]) „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung."

[2]) „Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten."

[3]) „Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner."

[4]) „Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden."

Kridar auferlegten privaten und öffentlichen Rechtsbeschränkungen (z. B. nach B.G.G. § 1781 Z. 3, § 1647) den Gesellschaftern dann aufzuerlegen, wenn der Konkurs nur über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist.

Nr. 8. f) Der von der Gesellschaft als Klägerin oder Beklagten geführte Prozeß kann nach beendeter Liquidation der Gesellschaft oder im Falle des § 158 nach vollzogener Aufteilung des Gesellschaftsvermögens von den Gesellschaftern, bezw. gegen die Gesellschafter (oder deren Erben) vor dem gleichen Gericht (R.G.Z. XLIX Nr. 108) fortgesetzt werden (R.G.Z. XXXV S. 389, XLVI S. 40, vgl. bei § 157 Nr. 1). Dies kann von Wert sein, wenn es sich um den Streit über eine Sache handelt, die während des Prozesses veräußert wird. Das Urteil wirkt dann gegenüber dem Erwerber (vgl. bei § 157 Nr. 1). Die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen würde dann freilich ohne Wert sein, weil kein Gesellschaftsvermögen mehr da ist. Zur Vollstreckung in das Privatvermögen bedürfte es besonderer Klage gegen die einzelnen Gesellschafter.

Nr. 8a. g) Ein Rechtsstreit, der gegen eine offene H.G. wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemacht ist, begründet für den in einem zweiten Prozeß wegen derselben Schuld belangten Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit (R.G.Z. XLIX Nr. 83, eine freilich sehr bestrittene Frage, dagegen Hellwig Anspruch S. 277 ff., Düringer-Hachenburg Anm. 8).

Nr. 9. h) Der gegen die Gesellschaft rechtskräftig festgestellte Anspruch ist zugleich als solcher gegen die Gesellschafter festgestellt, verjährt also auch gegen diese in 30 Jahren (B.G.B. § 218). Doch gilt auch dies nur mit Bezug auf diejenigen Gesellschafter, die der Gesellschaft zur Zeit der rechtskräftigen Feststellung angehörten, nicht hinsichtlich der bereits ausgeschiedenen. Für letztere bleibt die alte Verjährungsfrist bestehen. Ebenso ist die Feststellung im Gesellschaftskonkurse präjudizieil (R.G. bei Gruchot XXXVII S. 1157 ff., vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. I Nr. 133). Dagegen würde der gegen einen Gesellschafter rechtskräftig festgestellte Anspruch noch nicht gegen den anderen festgestellt sein (R.G. in L.Z. 09 S. 936, 1910 S. 72). — Umgekehrt würde ein Urteil, welches der Gesellschaft ein Recht abspricht, nicht die einzelnen Gesellschafter hindern, aus ihrer Person dies Recht geltend zu machen (Hellwig, Anspruch S. 271).

Nr. 10. 3. **Art der Haftung.** Jeder Gesellschafter haftet primär und persönlich für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Keiner kann vorherige Ausklagung der Gesellschaft oder nur vorheriges Angehen der Gesellschaft verlangen (R.O.H.G. VII S. 385, XVII S. 288. R.G.Z. V S. 53). Der Gläubiger hat es völlig in seiner Wahl, zuerst die Firma und dann die einzelnen Gesellschafter, oder gleichzeitig Firma und Gesellschafter, oder gar nur die Gesellschafter oder einen derselben zu belangen. Er kann auch mit einer Klage Gesellschaft und Gesellschafter belangen, was aber noch nicht darin liegt, daß er in der Klage gegen die Gesellschaftsfirma in Klammern die Namen der Gesellschafter angibt, denn dies kann auch lediglich zur genaueren Bezeichnung der Beklagten geschehen und wird es, wenn er nur der Gesellschaft die Klage zustellt (O.L.G. Braunschweig in Seuffert LXIV Nr. 52). Vielmehr muß er die Klage gegen die einzelnen Gesellschafter erheben, d. h. jedem zustellen, und zwar zustellen als einzelnem, nicht als Vertreter der Gesellschaft.

Die mehreren Gesellschafter, die verklagt sind, sind, wenn sie sich einheitlich verteidigen, notwendige Streitgenossen und die Berufung des einen hemmt die Rechtskraft des Urteils auch gegen die anderen (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 148, R.G. im Recht 03 S. 130, L.Z. 08 S. 61). Der einzelne Gesellschafter bleibt deshalb, auch wenn er auf Berufung verzichtet hat, Partei. Anders, wenn jeder sich verschieden gegen den Klageanspruch verteidigt, dann liegt notwendige Streitgenossenschaft nur nach Maßgabe von § 129, im übrigen nicht vor und es kann dann gegen jeden ein Teilurteil nach Z.P.O. § 301 ergehen (R.G. in L.Z. 1912 S. 222, O.L.G. München in Seuffert LXVII Nr. 19).

Jeder Gesellschafter haftet persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen, soweit dieses dem Zugriff von Gläubigern überhaupt offen steht, also z. B. bei der Ehefrau nach Maßgabe des ehelichen Güterrechts, und mit seiner Person, soweit Vollstreckung gegen die Person zulässig ist, also z. B. nicht mit seinem Anteil an einer anderen offenen Handelsgesellschaft. Hinsichtlich dieses nimmt der Gläubiger die Stellung eines Privatgläubigers ein.

Die Haftung besteht für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ob diese auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft, Delikt (O.L.G. Hamm im Recht 06, S. 757 Nr. 1843) oder Gesetz beruhen, ob ihr Inhalt Leistung von Geld, anderen Sachen, ein Tun oder ein Unterlassen ist. Soweit die Leistung nicht von dem Gesellschafter selbst geschehen kann, hat er wenigstens dafür Sorge zu tragen, daß sie durch die Gesellschaft geschieht, und hat er den dem Gläubiger erwachsenden Schaden dann selbst zu ersetzen (Busch VIII S. 177). Dagegen sind gesetzliche Pfandrechte an Sachen des Schuldners aus Forderungen gegen die Gesellschaft nur auf dem Gesellschaftsvermögen, nicht auf dem Privatvermögen lastend (R.O.H.G. XXI Nr. 42, anders Düringer-Hachenburg Anm. 5). Ebenso würde eine Hypothek am Grundstück der Gesellschaft noch nicht Zubehörstücke, die den einzelnen Gesellschaftern gehören, und eine Hypothek am Grundstück der Gesellschafter noch nicht Zubehörstücke, die der offenen H.G. gehören, ergreifen (z. T. anders O.L.G. Stuttgart in D.J.Z. 09, S. 1447). Ebenso wird der Pfandrechtstitel aus § 648 B.G.B. sich, falls die Gesellschaft Besteller war, nur auf Gesellschaftsgrundstücke beziehen (anders O.L.G. Dresden in Seuffert LXIII Nr. 257). Überhaupt sind Belastungen des Gesellschaftsvermögens noch nicht Belastungen des Vermögens der Gesellschafter. Ist die Gesellschaft Mieterin, so erstreckt sich das Pfandrecht des Vermieters nicht auf Illaten des Gesellschafters (Jaeger K.O. § 49 Anm. 26, anders Düringer-Hachenburg a. a. O.). Ein Gläubiger der offenen H.G. wird auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an Sachen des einzelnen Gesellschafters nicht ausüben können (Hartmann in D.J.Z. 1912, 160, anders Harney bei Holdheim 1912 S. 88 und Düringer-Hachenburg a. a. O.). — Zu beachten ist stets, daß es sich um eine Verbindlichkeit der Gesellschafter als solche, nicht um eine eigene besondere Verbindlichkeit des einzelnen Gesellschafters handelt. Hat z. B. die Gesellschaft sich verpflichtet, Lieferungsgeschäfte nur gemeinschaftlich mit einem dritten abzuschließen, so stehen zwar die Gesellschafter für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit ein, aber an sich ist damit noch nicht dem einzelnen Gesellschafter untersagt, für sich eine solche Union mit einem dritten einzugehen (R.G. in J.W. 1900 S. 253[8], 1902 S. 78[10], vgl. L.Z. 08 S. 60). Konkurrenzklauseln, die die Gesellschaft einging, beziehen sich nicht notwendig auf Konkurrenz durch den isolierten Gesellschafter (R.G. bei Holdheim 05 S. 51) und umgekehrt (im letzteren Falle entgegengesetzt O.L.G. Celle im Recht 08 Nr. 3693). Man wird hier jeden Fall zu prüfen haben. Kontokorrentverkehr der offenen H.G. ist noch nicht Kontokorrentverkehr des einzelnen Gesellschafters (R.G. bei Warneyer 1913 Nr. 436).

4. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besteht kraft **zwingenden** Rechts. Sie kann durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden. Entgegenstehende Vereinbarungen der Gesellschafter braucht der Gläubiger nicht anzuerkennen. Durch besonderen Vertrag mit dem Gläubiger kann sie natürlich modifiziert werden (R.O.H.G. XV S. 18, 19). Auch bleiben unberührt die gesetzlichen Vorschriften über beschränkte Haftung (z. B. im Schiffahrtsrecht). Nr. 11.

5. Die Haftung der mehreren Gesellschafter ist gesamtschuldnerische Haftung, die von den §§ 421—425 B.G.B. beherrscht wird (vgl. z. B. R.G.Z. LXXII S. 406). Nr. 11a.

6. Ist Gläubiger der Gesellschaft ein einzelner Gesellschafter in seiner Eigenschaft **als solcher**, sei es, daß er unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag, sei es, daß er anläßlich desselben, z. B. nach § 110, einen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft hat, so gilt das oben gesagte nicht. Ein solcher kann sich nicht auf § 128 stützen, sondern er kann nur mit der actio pro socio gegen die Mitgesellschafter vorgehen und diese können sich hinwiederum auf B.G.B. § 707 berufen (vgl. R.G.Z. XXXI S. 141, LIX Nr. 42, Düringer-Hachenburg § 110 Anm. 12). Sie erscheinen dann nicht als „dritte" im Sinne dieses Titels (vgl. oben § 109 Nr. 5, anders für den zweiten Fall Makower II 4b). Nr. 12.

Anders, wenn Gläubiger ein einzelner Gesellschafter in seiner Eigenschaft **als Dritter**, z. B. als Darlehnsgeber, Verkäufer, Zessionar eines Dritten (vgl. Bolze XXI Nr. 558) ist. Hier würde er sowohl gegen die Handelsgesellschaft als aus § 128 auch gegen die Mitgesellschafter vorgehen können (ebenso Kohler S. 243). Geht er gegen die Handelsgesellschaft vor, so könnte sie aufrechnen mit einer Forderung auf die Einlage, dagegen könnte sie sich nicht darauf berufen, daß die Beitreibung der Forderung sie zur vorzeitigen Auflösung bringen würde und deshalb

wider Treu und Glauben verstoße. Denn der Gesellschafter braucht daraufhin nicht von seinem Recht Abstand zu nehmen (R.G. in L.Z. 1912, S. 911). Geht er gegen einen Mitgesellschafter vor, so könnte der Beklagte aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis Einwendungen herleiten, die die solidarische Haltung ausschließen (R.G.Z. XXXVI S. 63, anders R.O.H.G. XIII S. 144, Bolze VII Nr. 633, R.G.Z. LXXVII Nr. 32, L.Z. 1912 S. 912, welche die Klage aus § 128 verneinen, ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 15, Förtsch bei Holdheim VII S. 277ff.). Verlangt der Kläger von ihnen mehr, als nach den internen Vereinbarungen ihnen obliegt, so können sie insoweit Abweisung der Klage verlangen (a. A. Renaud, C.G. S. 402, Behrend § 77 A. 7).

Ein **ausgeschiedener** Gesellschafter ist stets gewöhnlicher Gläubiger der Gesellschaft auch hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem alten Gesellschaftsverhältnis, er kann somit stets nach § 128 vorgehen (R.O.H.G. X S. 61, 62, Bolze V Nr. 743, R.G.Z. VII S. 95, R.G. bei Holdheim 07 S. 146). Umgekehrt ist er für die bis vor seinem Ausscheiden erwachsenen Gesellschaftsverbindlichkeiten Schuldner, wie die übrigen Gesellschafter, haftet deshalb aus § 128, es sei denn, daß der Gläubiger ihn entläßt, was aber noch nicht darin zu erblicken ist, daß der Gläubiger die ihm obliegende Gegenleistung an die offene H.G. oder die übrigen Gesellschafter entrichtet (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 385 vgl. bei § 26 Nr. 1). So haftet er z. B. auf Abnahme der von der Gesellschaft vor seinem Ausscheiden gekauften Ware (R.G.Z LXXXIII Nr. 23), während er in Annahmeverzug mit bezug auf diese Ware nicht gelangen kann.

Nr. 13. 7. Der **Rückgriff** der einzelnen Gesellschafter gegen einander regelt sich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages. B.G.B. § 426[1]) kann hier nicht zur Anwendung gelangen (a. A. Makower II 4b und Cosack B.R. II § 277, Düringer-Hachenburg IV S. 85, § 128 Anm. 14). Der Gesellschafter, der den Gläubiger befriedigt, hat eine Aufwendung im Sinne des § 110 gemacht und kann diese von der Gesellschaft ersetzt verlangen, (oben § 110 Nr. 1). In die Rechte des Gläubigers gegen die offene Handelsgesellschaft, etwa wie der den Gläubiger befriedigende Bürge, tritt er nicht ein, denn er ist nicht Bürge. Wohl aber wird § 1164 B.G.B. mit Bezug auf Hypotheken an Gesellschaftsgrundstücken ihm zu gute kommen (Düringer-Hachenburg Anm. 12); wie weit er gegen die Mitgesellschafter vorgehen kann, ist oben § 109 Nr. 5 auseinandergesetzt worden. — Wird ein ausgeschiedener Gesellschafter aus § 128 belangt, so hat er seinerseits Regreß sowohl gegen die Gesellschaft als (aus § 128) gegen die einzelnen Gesellschafter, da er stets als gewöhnlicher Gläubiger der Gesellschaft erscheint. Die cessio legis des B.G.B. § 426 Abs. 2 findet hier Anwendung, nicht dagegen B.G.B. § 426 Abs. 1.

Nr. 14. 8. Über den Fall der Geltendmachung von Forderungen gegen die Gesellschaft im **Konkurse** der Gesellschaft bei § 144 Nr. 4.

Nr. 15. 9. Das ältere Recht (Art. 112) stimmte überein. Verwandelte sich eine bürgerliche Gesellschaft kraft Rechtssatzes in eine offene Handelsgesellschaft, so trat die Haftung aus § 128 nur für die von da ab kontrahierten Verbindlichkeiten ein.

§ 129.

Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner

---

[1]) „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen." Dieser Satz wollte sich nur an das Preuß. Allg. Landr. anschließen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 169), dessen Bestimmungen die herrschende Ansicht auch für das ältere H.G.B. für nicht anwendbar erklärte (vgl. v. Hahn zu Art. 112 § 8).

Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugnis hat der Gesellschafter, so lange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt.

Entw. I § 117, II § 127; Denkschr. I S. 95, 96, II S. 3185, 3186.

§ 129 führt das rechtliche Verhältnis von Haftung des Gesellschafters und Haftung der Gesellschaft näher mit Bezug auf zwei Fragen durch. Einmal: welche Einwendungen stehen dem wegen einer Schuld in Anspruch genommenen Gesellschafter zu? Sodann: welcher Voraussetzungen bedarf es für die Vollstreckung in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter?

1. **Einwendungen.** Wird der Gesellschafter aus § 128 belangt, so ist zu unterscheiden, ob die Gesellschaftsschuld durch rechtskräftige Verurteilung der Gesellschaft festgestellt war oder nicht. Nr. 1.

a) Hat ein gegen die Gesellschaft gerichtetes rechtskräftiges (nicht bloß vollstreckbares R.G.Z. III S. 339) Urteil die Gesellschaftsschuld festgestellt, so kann der aus § 128 belangte Gesellschafter keinerlei Einwendungen mehr vorbringen, die sich gegen die Rechtsbeständigkeit der Forderung richten, das Bestehen der Gesellschaftsschuld ist endgültig und zweifellos dargetan (R.G.Z. III S. 58, V S. 71, XIII S. 97, XXXIV S. 365). Dagegen kann er Einwendungen, die in seiner Person begründet sind, vorbringen, z. B. den Einwand der Aufrechnung (R.G.Z. XI S. 118, B.G.B. § 422 Abs. 1), Stundung, der ausgeschiedene Gesellschafter den Einwand der Verjährung aus § 159 (R.O.H.G. XX S. 182), ferner, falls Kläger ein Gesellschafter ist, Einwendungen aus internen Verhältnissen. Dem rechtskräftigen Urteil steht rechtsverbindliches Anerkenntnis der Gesellschaft, Vergleich der Gesellschaft, Feststellung einer Gesellschaftsschuld im Konkurse (K.G. in O.L.G. Rspr. I Nr. 133) und rechtskräftig bestätigter Zwangsvergleich im Konkurse der Gesellschaft gleich (R.G.Z. XIII S. 96). Wird umgekehrt die Klage durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen, so hat jeder aus § 128 belangte Gesellschafter die exceptio rei judicatae (R.G.Z. V S. 70). Die obigen Rechtsfolgen gelten gleichmäßig für die zur Zeit des Urteils der Gesellschaft angehörigen, wie für die zu jener Zeit bereits ausgeschiedenen, wie endlich für die nach Erlaß des Urteils der Gesellschaft beitretenden Gesellschafter. Denn das Gesetz bestimmt im § 129 Abs. 1 allgemein, daß der aus § 128 belangte Gesellschafter Einwendungen, die in seiner Person nicht begründet sind, nur insoweit geltend machen kann, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Wie weit der Gesellschafter Einwendungen aus der Person eines Mitgesellschafters vorbringen kann, entscheidet sich nach bürgerlichem Recht (B.G.B §§ 421 bis 425), so würde er sich auf Zahlung, erfolgte Aufrechnung usw. seitens eines Mitgesellschafters nach B.G.B. § 422 Abs. 1 berufen können. Dagegen darf er nicht mit der Forderung eines anderen Gesellschafters gegen die Gesellschaftsgläubiger aufrechnen (B.G.B. § 422 Abs. 2).

b) Liegt ein gegen die Gesellschaft gerichtetes rechtskräftiges Urteil nicht vor, so kann der Gesellschafter, aus § 128 belangt, außer den in seiner Person begründeten Einwendungen, der Gesellschaft zustehende Einwendungen — seien es negative Litiskontestationen, seien es Exzeptionen — auch seinerseits vorbringen. Die Einwendungen müssen der Gesellschaft noch zustehen. Hat sie sie aufgegeben, z. B. machte sie bei Verzug des Klägers von ihrem Rücktrittsrecht aus § 326 B.G.B. keinen Gebrauch, verlangte sie vielmehr Erfüllung, so kann auch der Gesellschafter Nr. 2.

die Einrede nicht mehr vorbringen (R.G. in L.Z. 1912 S. 549). Dagegen kann er weder mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen[1]), weil er keine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen hat, noch selbst ein der Gesellschaft zustehendes Anfechtungsrecht, z. B. wegen Irrtums oder Betrugs, ausüben. Vielmehr kann er lediglich gleich dem Bürgen (B.G.B. § 770) unter Berufung auf beide Rechte der Gesellschaft die Befriedigung des Gläubigers exzipierend verweigern. Mit der Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes durch die Gesellschaft verliert er die aufschiebende Einrede. Das Gesagte gilt auch dann, wenn ein gegen einen Mitgesellschafter gerichtetes rechtskräftiges Judikat ergangen ist. — Ist der beklagte Gesellschafter freilich vertretender Gesellschafter, so kann er in dieser seiner Eigenschaft unabhängig von dem gegen ihn gerichteten Prozeß namens der Gesellschaft eine Gesellschaftsforderung durch Erklärung nach B.G.B. § 388 aufrechnen und damit sich als Einzelgesellschafter zugleich liberieren, ebenso kann er dann namens der Gesellschaft die Anfechtung vornehmen und so sich die günstigere Rechtslage der negativen Litiskontestation verschaffen. Hinsichtlich der Einwendungen aus der Person eines Mitgesellschafters gilt das zu a Gesagte. Auch hier ist es gleichgültig, ob der Beklagte aktueller oder ausgeschiedener Gesellschafter ist.

Nr. 3. c) Das bisher Ausgeführte gilt nicht, wenn der Gesellschafter nicht aus § 128, sondern aus einer Privatschuld belangt wird. Hier ist selbstverständlich die Gesellschaft ein Dritter. Es greifen die allgemeinen Grundsätze Platz, insbesondere mit Bezug darauf, wieweit der Gesellschafter Forderungen der Gesellschaft zur Aufrechnung mit seiner Privatschuld bringen darf[2]). Hierzu bedarf es einer Uebertragung der Forderung an ihn, denn eine compensatio de jure tertii ist wider Willen des Klägers ausgeschlossen (B.G.B. § 387, vgl. R.G.Z. X S. 47 ff., XXXI S. 84), demnach würde die bloße Zustimmung der Mitgesellschafter zur Aufrechnung nicht genügen (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. VI S. 25, Rg. in L.Z. 07, S. 427). Wäre der Gesellschafter vertretungsberechtigt, so hätte er zwar nicht das Recht, an sich die Zession der Gesellschaftsforderung vorzunehmen, weil B.G.B. § 181 entgegensteht, wohl aber könnte er namens der Gesellschaft den Dritten mit der Gesellschaftsforderung befriedigen, wenn dieser damit einverstanden ist. Die Gesellschaft wäre dann an die Vereinbarung gebunden, falls nicht betrügerische Kollusion vorliegt.

Nr. 4. d) Klagt umgekehrt ein Gesellschafter gegen einen Dritten aus einer Privatforderung, so kann der Beklagte mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen, denn diese ist zugleich eine Forderung gegen den Kläger (R.G.Z. XXXI S. 86, XXXXI S. 27). Dagegen kann Kläger replicando Einwendungen aus § 129 Abs. 1, 2 vorbringen und dadurch nach B.G.B § 390 die Aufrechnung verhindern. Für den Fall des Gesellschaftskonkurses vgl. bei § 144 Nr. 5.

Nr. 5. e) Klagt ein Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter mit der actio pro socio, so ist selbstverständlich von Aufrechnung mit Forderungen der Gesellschaft keine Rede. Über andere Fälle der Aufrechnung bei § 124 Nr. 8.

Nr. 6. 2. **Vollstreckung in das Privatvermögen.** Abs. 4 legt die in der Praxis und Wissenschaft zur Herrschaft gelangte Ansicht, daß es besonderer Ausklagung des einzelnen Gesellschafters bedarf, um Vollstreckung in dessen Privatvermögen zu nehmen, endgültig fest. Dies gilt auch dann, wenn zur Zeit des gegen die Gesellschaft erlassenen Urteils die Gesellschaft nicht mehr existiert hat (R.G. in L.Z. 08 S. 931, O.L.G. Dresden in Seuffert LXIV S. 155. Hierüber unten bei § 157). Es gilt auch für Gegenstände, die in das Gesellschaftsvermögen eingebracht werden sollten, falls die für die Einbringung notwendige rechtliche Form nicht beobachtet worden ist, z. B. das auf den Namen der Gesellschafter eingetragene Bruchteilmiteigentum nicht in Gesellschaftseigentum umgeschrieben ist (Bayer. Obst. Ldg. in O.L.G. Rspr. X S. 239). Daß die Klage gegen die Gesellschaft mit der gegen die Gesellschafter verbunden werden kann, ist früher ausgeführt worden (vgl. bei § 128 Nr. 10). Würde

---

[1]) Der Wortlaut des Gesetzes ist entsprechend anzuwenden auf den Fall, daß die Gesellschaft gegen eine Forderung des Gläubigers aufrechnen darf (vgl. Oertmann zu § 770 B.G.B. Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. 11).

[2]) Ebenso, wieweit er Retentionsrechte wegen Forderungen der Gesellschaft geltend machen darf (vgl. Z. XXII S. 303).

auf Grund des gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitels in das Privatvermögen eines Gesellschafters exequiert, so kann dieser die Rechtsmittel anwenden, die ein Dritter gegen Exekution in sein Vermögen hat. Denn wenngleich das Urteil auch gegen den Beklagten ergangen ist (s. o. bei § 128 Nr. 4), so hat der es Erwirkende doch nur Exekution in das Gesellschafts-, nicht solche in das Privatvermögen erzielt. Der Fall steht etwa dem anderen gleich, daß in von der Pfändung ausgeschlossene Sachen des Exequenden Vollstreckung genommen wird. Demgemäß könnte der Gesellschafter nach Z.P.O. § 766 Freigabe der Sachen erwirken, er könnte aber auch die Interventionsklage aus Z.P.O. § 771 anstrengen (Staub-Pinner § 124 Anm. 15). Das Reichsgericht hat ihm sogar gestattet, in dem gegen die offene Handelsgesellschaft angestrengten Prozesse als Nebenintervenient aufzutreten (R.G.Z. V S. 69ff., XXXIV S. 363).

Zu den vollstreckbaren Schuldtiteln im Sinne von § 4 gehört auch die Feststellung im Konkurse der Gesellschaft nach K.O. § 145 Abs. 2 (R.G.Z. XXXVI S. 62) und zwar gleichgültig, ob ein Gesellschafter die Forderung bestritten hat oder nicht, selbst im letzteren Falle wäre aus K.O. § 164 Abs. 2 nicht zu folgern, daß Zwangsvollstreckung gegen die einzelnen Gesellschafter stattfindet, vielmehr bedürfte es auch hier besonderer Geltendmachung, ebenso bei Zwangsvergleich im Konkurse (K.O. § 194). Freilich wäre der Wert der Tatsache, daß der Gesellschafter die Forderung im Prüfungstermine nicht bestritten hat, für den Gläubiger erheblich, der Gläubiger brauchte nun die Forderung nicht zu beweisen (Staub-Pinner § 124 Anm. 24).

3. **Älteres Recht.** Abs. 1 und Abs. 4 entsprechen dem älteren Recht, dagegen wich das ältere Recht von Abs. 2 und Abs. 3 nach der herrschenden Ansicht insofern ab, als es dem wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommenen Gesellschafter das Recht gab, mit einer Gesellschaftsforderung kraft eigenen Rechts aufzurechnen, (R.O.H.G. XIII S. 66) und ihm die Befugnis verlieh, ein der Gesellschaft zustehendes Anfechtungsrecht geltend zu machen. Dies wird für alle vor dem 1. Jan. 1900 entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft als fortgeltend anzunehmen sein, auch wenn der Gesellschafter nach dem 31. Dez. 1899 in Anspruch genommen wird, da es sich um den Inhalt der Schuldverbindlichkeit handelt (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 99ff.). Nr. 7.

§ 130.

Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128, 129 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Entw. I § 118, II § 128; Denkschr. I S. 96, II S. 3186; A.D.H.G.B. Art. 113.

§ 130 unterwirft abweichend vom bürgerlichen Recht kraft zwingenden Rechtssatzes den in eine bestehende offene Handelsgesellschaft eintretenden neuen Gesellschafter der Haftung aus § 128 auch für die vor seinem Eintritt kontrahierten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, selbst wenn die Firma eine Änderung erleidet. Notwendig ist

a) daß jemand in eine **bestehende offene** Handelsgesellschaft eintritt, daß die Gesellschaft also bei seinem Eintritt bestand, und daß die bestehende Gesellschaft eine Handelsgesellschaft ist. Wird erst durch seinen Eintrit eine offene Handelsgesellschaft gebildet (Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder Neubildung einer Gesellschaft, die das Vermögen einer anderen Gesellschaft übernimmt), so greift hier nach Lage der Dinge § 28 oder § 25 Platz. Insbesondere ist solchenfalls die Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten nicht kraft zwingenden Rechtssatzes begründet (§ 28 Abs. 2, § 25 Abs. 2, O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rpr. XIX S 311). Ist andererseits die bestehende Gesellschaft nicht eine offene, sondern eine Kommanditgesellschaft, so würde nicht § 120 unmittelbar, wohl aber mittelbar (§ 161 Abs. 2) zur Anwendung gelangen. Nr. 1.

Nicht bestand die Gesellschaft beim Eintritt, wenn vor dem Eintritt alle bisherigen Gesellschafter bis auf einen ausgetreten waren. Denn dann hatte sie sich, wenn auch auf noch so kurze Zeit, in das Geschäft eines Einzelkaufmanns verwandelt (R.O.H.G. I S. 65, 66). Anders wenn Austritt eines Gesellschafters und Neueintritt eines anderen Gesellschafters sich in einem Moment vollziehen. Hier hörte die Gesellschaft nicht auf zu bestehen (R.O.H.G. XIV S. 151, 152, Johow XI S. 17), jedenfalls dann nicht, wenn der Wille der Gesellschafter auf Fortbestand gerichtet war (R.G. bei Holdheim 02 S. 37, 203; vgl. O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. XIX S. 311). Dazu genügt richtiger Ansicht nach aber nicht, daß die vertragsmäßige Stipulation über den Eintritt getroffen ist, vielmehr ist notwendig, daß die Gesellschaft nach dem Eintritt ihre Geschäfte fortsetzt oder daß der Beitritt eingetragen wird (v. Hahn zu Art. 113 § 3, a. A. R.O.H.G. XVII Nr. 78).

Nr. 2. b) Daß er als **offener** Handelsgesellschafter eintritt. Tritt er als Kommanditist ein, so greift § 173 Platz. Eintritt eines Stillen begründet überhaupt keine Haftung nach außen.

Nr. 2a. c) Daß er wirksam eintritt. Ficht er den Eintritt an, so hört die Haftung aus § 130 für die Zukunft auf, unberührt bleibt die Haftung aus den seit seinem Eintritt geschlossenen Geschäften (Düringer-Hachenburg Anm. 7).

Nr. 3. d) Die Haftung umfaßt **alle** vor dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (also z. B. auch die Verbindlichkeiten aus dem Auseinandersetzungsguthaben eines ausgeschiedenen Gesellschafters, Bolze V Nr. 749, vgl. R.G.Z. LXVI S. 322), auch diejenigen, die von der Gesellschaft selbst früher übernommen sind (etwa aus § 25 oder § 28), während umgekehrt die Gesellschaft für die Verbindlichkeiten des Eintretenden nicht haftet (bedenklich O.L.G. Celle im Recht 08, S. 678 Beil. 2 Nr. 3693); doch kann sie möglicherweise dessen Geschäft mit der Firma mit übernehmen und dann aus § 25 haftbar werden. Ob der Eintretende die Verbindlichkeit gekannt hat, ist gleichgültig (R.G. in L.Z. 07 S. 738).

e) Im übrigen vgl. bei den §§ 128, 129, auch bei §§ 28, 162, sowie bezüglich der an den Eintritt eines Gesellschafters in eine Gesellschaft sich knüpfenden Fragen die Literatur des bürgerlichen Rechts. Über Stempel bei Eintritt eines neuen Gesellschafters R.Stempelgesetz, Tarifstelle 1 A c Anm. 3.

f) Das ältere Recht stimmte überein (Art. 113).

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

Literatur: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften (Festgabe der Juristenfakultät Halle für Dernburg S. 169ff.); Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation 1908.

Einleitung.

Mit dem vierten Titel beginnen die Normen über die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters. In einer gewissen Uebereinstimmung mit der im B.G.B. beobachteten Reihenfolge werden zuerst die Auflösungsgründe und allgemeinen Rechtsfolgen der Auflösung, sodann speziell die Auseinandersetzung (Titel V), am Schluß die Verjährung (Titel VI) behandelt. Der vierte Titel entspricht den §§ 723—729. 736, 737, der fünfte Titel den §§ 730 bis 735 des B.G.B.

Grundsätzlich steht hinter den Sätzen des H.G.B. auch hier das bürgerliche Recht. Tatsächlich aber ist das unmittelbare Anwendungsgebiet des letzteren sehr eingeengt. Denn sowohl die Auflösungsgründe als die Folgen der Auflösung werden überwiegend vom H.G.B. in teils mit dem bürgerlichen Recht übereinstimmenden, teils davon abweichenden Sätzen geordnet. Am größten ist die Bedeutung der §§ 738—740 des B.G.B. die die Auseinandersetzung zwischen einem ausscheidenden Gesellschafter und der Gesellschaft betreffen. Sonst gelangen nur

zerstreute Sätze des B.G.B. zur Anwendung, so die §§ 732, 733 (aber nicht Abs. 3), 735. Auf das Einzelne ist an den betreffenden Stellen einzugehen. Hier sind gewisse allgemeine Erörterungen voraufzuschicken.

Drei wichtige Grundbegriffe sind in diesem Titel auseinanderzuhalten: Auflösung, Fortbestand, Fortsetzung der Handelsgesellschaft.

1. **Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft.** Unter Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft versteht das Gesetz die Beendigung der Handelsgesellschaft als solcher, wie auch das B.G.B., von dessen Terminologie das H.G.B. nicht abweichen will, beide Ausdrücke promiscue gebraucht (B.G.B. §§ 726, 727 Abs. 1). Gleichgültig ist, ob der Beendigungsgrund mit Willen aller Gesellschafter oder wider deren Willen oder auf den Willensentschluß eines von ihnen erfolgt. In allen Fällen wird der Ausdruck „Auflösung" gebraucht (vgl. insbesondere § 136). Mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes hört die offene Handelsgesellschaft ohne weiteres als solche auf. Es gibt an sich keine geschäftsführenden und keine vertretenden Gesellschafter mehr und das Konkurrenzverbot des § 112 greift nicht mehr Platz (R.O.H.G. V S. 390, VII S. 71, XXI S. 144, vgl. auch B.G.B. § 730 Abs. 2 S. 2). Daraus folgt aber keineswegs, daß nunmehr die frühere Handelsgesellschaft keine Wirkungen mehr fortäußert, daß sie von einem Zustand reiner Individualisierung abgelöst wird, daß insbesondere das Gesellschaftsvermögen in die Privatsphäre der einzelnen Gesellschafter eintritt. Schon für die bürgerliche Gesellschaft ist eine gewisse beschränkte Fortdauer der alten Gesellschaft auch im Auflösungsstadium anerkannt, nicht bloß aus dem Gesichtspunkt des Provisoriums oder des Schutzes des Dritten, dem die Auflösung unbekannt ist (B.G.B. § 729), sondern geradezu zu den Zwecken der Auseinandersetzung (Liquidationsgesellschaft, B.G.B. § 370 Abs. 2, vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. II S. 626). Um so mehr hat dies für die offene Handelsgesellschaft zu gelten, die kraft ihrer Firmeneinheit den Körperschaften näher steht als die bürgerliche Gesellschaft. Was für rechtsfähige Vereine im B.G.G.B. § 49 Abs. 2 bestimmt ist, daß der Verein bis zur Beendigung der Liquidation, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert, als fortbestehend gilt, ist nach § 156 für den Fall der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft gleichfalls angeordnet, ja nach § 158 auch bei anderer Art der Auseinandersetzung, wenigstens im Verhältnisse zu Dritten, so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (vgl. dazu R.O.H.G. XVI S. 284, 286, XIX S. 163; R.G.Z. V S. 7, XVI S. 3, XXVIII S. 131, welch' letztere Entscheidung den Schluß zieht, daß der offenen Handelsgesellschaft zustehende Nießbrauchsrechte mit der Konkurseröffnung noch nicht erlöschen). Man drückt dies häufig dahin aus, daß nur die produktive Seite der Gesellschaft aufhöre (Prot. S. 4543). — Des ferneren ist sogar die Möglichkeit der Rückgängigmachung gegeben, teils mit rückwirkender Kraft, teils ohne solche. — Die Folge der Auflösung ist Auseinandersetzung, sofern nicht Konkurs eröffnet wird (B.G.B. § 730 Abs. 1, H.G.B. §§ 145, 158). Nr. 1.

2. **Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft.** Der Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft bildet den Gegensatz zur Auflösung. Die Gesellschaft bleibt juristisch bei voller Existenz. Solchen Fortbestand läßt das Gesetzbuch in weiterem Umfange, als das B.G.B. §§ 736, 737 zu, wenn ein Gesellschafter ausscheidet, vorausgesetzt, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben (§§ 138, 140, 141). Wie der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft keine neue Handelsgesellschaft schafft, sondern die alte fortbestehen läßt (§ 130), so bleibt trotz Ausscheidens eines Gesellschafters die offene Handelsgesellschaft eine fortbestehende. So würde z. B. die offene H.G. trotz Ausscheidens eines Mitgliedes weiter Mitglied einer G. m. b. H. bleiben, wie bisher (O.L.G. Frankfurt im Bankarchiv V S. 229). Freilich ist an der Tatsache nicht zu rütteln, daß das Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern bei Eintritt oder Austritt eines derselben eine Neugestaltung erhält, aber das Gesetz sieht trotzdem die Handelsgesellschaft in ihrer äußeren Firmeneinheit und mit ihrem besonderen Gesellschaftsvermögen als fortbestehend an, läßt somit keine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern eintreten, sondern die Gesellschaft mit dem ausscheidenden Gesellschafter sich auseinandersetzen (§ 140 Abs. 2, B.G.B. § 738 ff.). Nr. 2.

3. **Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft.** Hier hat die Handelsgesellschaft an einem Zeitpunkt bereits geendet. Aber sie wird kraft vorher oder nachher ge- Nr. 3.

troffener Vereinbarung zwischen denselben Personen oder unter teilweisem Personenwechsel fortgeführt, sei es in unmittelbarem zeitlichen Anschluß an den Endigungstermin, sei es nach einem zeitlichen Intervall, indem in der Zwischenzeit die Auseinandersetzung oder der Konkurs begonnen, ja schon teilweise durchgeführt sind. Von solchem Falle spricht sogar das B.G.B. § 724 Satz 2, bedeutsamer ist er im H.G.B. Hier wird nicht bloß die stillschweigende Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen ist, erwähnt (§ 134), sondern es werden zwei weitere wichtige Fälle hervorgehoben: Fortsetzung der durch den Tod eines Gesellschafters aufgelösten Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters (§ 139) und Fortsetzung kraft Beschlusses der Gesellschaft, wenn Auflösungsgrund die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen ist (§ 144). Der letztere Fall zeigt, daß das Gesetzbuch grundsätzlich nach Beendigung der alten Handelsgesellschaft eine Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluß der bisherigen Gesellschafter anerkennt, sofern nur die Auseinandersetzung noch nicht ganz durchgeführt ist, insbesondere im Falle der Liquidation diese noch nicht beendet und vor allem die Firma noch nicht gelöscht ist (vgl. Denkschr. II S. 3189, 3190), gleichgültig ob die Auflösung eingetragen ist oder nicht, ja gleichgültig, ob als neuer Inhaber der Firma schon ein anderer eingetragen ist (K.G. in Entsch. F.G. III S. 183 ff. = Johow-Ring XXV A 78 = O.L.G. Rspr. VI S. 352). A. A. Wimpfheimer S. 127, 124.

Die Fortsetzung kann kraft ausdrücklichen darauf gerichteten Beschlusses der Gesellschafter oder kraft konkludenter Handlungen erfolgen, z. B. durch Ernennung von Prokuristen, da diese ja nur für eine bestehende Gesellschaft in Frage kommen können, größere Ankäufe von Waren u. dergl. Das der Fortsetzung Eigentümliche ist, daß nicht eine neue Handelsgesellschaft als eingegangen gilt, sondern daß in der fortsetzenden Gesellschaft die alte in allen Beziehungen wieder auflebt, insbesondere mit Firma und Gesellschaftsvermögen. Es bedarf somit nicht einer Übernahme der Aktiva und Passiva durch die fortsetzende Gesellschaft, und die Gläubiger der alten Gesellschaft sind ohne weiteres Gläubiger der fortsetzenden. Die Gesellschafter haften für alle Schulden der alten Gesellschaft, auch die im Stadium der Liquidation kontrahierten (R.G.Z. XXVIII S. 130), als ob nie eine Auflösung stattgefunden hätte und keiner kann sich auf § 159 berufen. Eine Neuanmeldung im Sinne des § 106 findet nicht statt. Vielmehr ist je nach Lage des Falls verschieden zu verfahren, bald ist der Registerrichter überhaupt nicht in Tätigkeit zu setzen (so im Fall des § 134), bald bedarf es der Anmeldung der Fortsetzung (so § 144 Abs. 2), bald ist nur der Personenwechsel anzumelden (so § 139). Nicht ist dagegen für die Fortsetzung wesentlich, daß die Gesellschafter dieselben bleiben, so findet im Falle des § 139 ein Personenwechsel statt. Ebenso wenig brauchen die Verhältnisse der Gesellschafter zu einander unverändert zu bleiben, denn eine solche Änderung könnte ja auch während des Bestehens der Gesellschaft erfolgen und kann hier geradezu durch den Wegfall eines Gesellschafters sich von selbst ergeben. Nicht einmal die Firma braucht die gleiche zu bleiben (Behrend § 79 Anm. 14—16). Möglicherweise sind endlich die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter in der Zwischenzeit erloschen gewesen.

Nr. 4. 4. Von der Auflösung zu scheiden ist die ipso jure z. B. infolge der Geschäftsunfähigkeit eines abschließenden Gesellschafters (R.G. in L.Z. 08 S. 157) oder infolge der Anfechtung eines Gesellschafters, z. B. wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des gesellschaftlichen Gegenkontrahenten oder auch nur über persönliche Eigenschaften des Ehemannes der Gesellschafterin, der für sie die Geschäfte besorgen sollte (O.L.G. Dresden im Recht 08 Nr. 2123, R.G. bei Holdheim 08 S. 45) — eintretende Nichtigkeit der offenen H.G. Ein Liquidationsverfahren findet hier nicht statt (unten § 145 Nr. 5).

Nr. 5. 5. **Älteres Recht.** Erfolgt die Fortsetzung einer Handelsgesellschaft erst nach dem 31. Dez. 1899, so tritt die Gesellschaft unter das neue Recht. Was den Fortbestand einer Gesellschaft betrifft, so ist hinsichtlich des obligatorischen Verhältnisses unter den Gesellschaftern nicht außer Acht zu lassen, daß in Wahrheit das alte Schuldverhältnis durch ein neues ersetzt wird und demgemäß dem neuen Recht untersteht. Was endlich die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft betrifft, so hängt die Entscheidung der Frage, ob diese, wenn sie nach dem 31. Dez. 1899 eintritt,

vom alten oder neuen Recht beherrscht wird, von der Konstruktion der Liquidationsgesellschaft ab. Erblickt man darin die alte Gesellschaft, so muß man das alte Recht anwenden. Faßt man sie als selbständige Rechtsgestaltung auf, die die alte Gesellschaft fortsetzt, so hat man das neue Recht für maßgebend zu erachten. Jedenfalls werden die materiellrechtlichen Konsequenzen des Gesellschaftsvertrages, z. B. die Grundsätze über die Verlustverteilung sich nach altem Recht bestimmen (vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 19, 87, 88, 112, 113).

§ 131.

Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

1. **durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;**
2. **durch Beschluß der Gesellschafter;**
3. **durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;**
4. **durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt;**
5. **durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;**
6. **durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.**

Entw. I § 119, II § 129; Denkschr. I S. 97, 98, II S. 3187; Komm.Ber. S. 3896; A.D.H.G.B. Art. 123.

§ 131 zählt zwar nicht die sämtlichen, wohl aber die praktisch wichtigsten Gründe der Auflösung auf, die in Betracht kommen, wobei freilich der eine (Nr. 1) nur in der Form eines Beispieles auftritt. Sämtliche Auflösungsgründe bringen mit ihrem Eintritt die offene Handelsgesellschaft zur Endigung. Doch wirkt diese Endigung, vom Falle der Konkurseröffnung abgesehen (vgl. bei § 32), zunächst nur unter den Gesellschaftern. Dritten Nichtwissenden gegenüber tritt die Wirkung erst mit der Kundmachung nach erfolgter Eintragung ein (darüber bei den §§ 143, 15). Wie weit die einzelnen Auflösungsgründe kraft zwingenden Rechts eintreten und wie weit die Gesellschafter sie durch Fortsetzungsbeschluß nachträglich wieder beseitigen können, ist an den betreffenden Stellen zu erörtern.

1. **Ablauf der Zeit**, für die die Gesellschaft eingegangen ist. Mit dieser Nr. 1.
Nummer ist nur ein Beispiel, freilich das wichtigste, für alle durch den **Gesellschaftsvertrag aufgestellten Auflösungsgründe** gegeben. Daß gerade dieses gewählt ist, beruht darauf, daß die Unterscheidung zwischen Gesellschaften, die für unbestimmte Zeit, und solchen, die für bestimmte Zeit eingegangen sind, in den §§ 132—134 eine Rolle spielt. Der Gesellschaftsvertrag kann aber außer dem Ablauf der Zeit alle möglichen Tatsachen als Auflösungsgründe hinstellen, z. B. bei Gesellschaften auf bestimmte Zeit einem Gesellschafter jederzeitige Kündigung einräumen (vgl. § 132). Stellt er einen Endtermin auf, so kann er ihn kalendermäßig angeben, er kann aber auch die Dauer der Frist vom Eintritt eines Ereignisses abhängig machen, z. B. dem Eintritt des Friedensschlusses, des Schlusses der Ausstellung, dem Zeitpunkt der Verheiratung (Renaud, C.G. S. 444). — Wann eine Gesellschaft für bestimmte, wann für unbestimmte Zeit eingegangen ist, ist Tatfrage. Die Angabe eines festen, kalendermäßigen Termins genügt nicht stets zur Entscheidung, wie umgekehrt auch ohne Angabe Zweck und Ziel der Gesellschaft die Entscheidung geben können (R.G. in J W. 06 S. 741 Nr. 11, L.Z. 1911 S. 298). So wird z. B. eine für die Dauer der Ausstellung eingegangene Gesellschaft als solche für bestimmte Zeit auch dann anzusehen sein, wenn über die Dauer der Ausstellung zur Zeit noch nichts feststeht, oder eine Gesellschaft zum Zweck der Verwertung eines Patentes wird mit Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist enden. Umgekehrt wird eine Gesellschaft für die Dauer von 100 Jahren als solche für unbestimmte Zeit zu betrachten sein. Denn,

wenn das Gesetz die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft als für unbestimmte Zeit eingegangen betrachtet (§ 134), so hat dies von der Eingehung für eine über das Alter eines Menschen hinausgehende Frist um so mehr zu gelten (vgl. Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft S. 32). Der Gesellschaftsvertrag kann auch zunächst eine bestimmte Frist ins Auge fassen und mangels eintretender Kündigung dann die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit fortdauern lassen (Renaud, E.G. S. 445, vgl. auch v. Hahn zu Art. 124 § 2); hier liegt dann nicht eine Fortsetzung der Gesellschaft vor, sondern die Gesellschaft ist von vornherein auf unbestimmte Zeit eingegangen und nur die Kündigungsbefugnis eigentümlich geregelt. Umgekehrt kann der Gesellschaftsvertrag vorbehalten, vor Ablauf der bestimmten Frist im Wege Mehrheitsbeschlusses die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen.

Der Auflösungsgrund der Nr. 1 ist nicht zwingenden Rechts. Denn, da er auf dem Gesellschaftsvertrag beruht, kann er durch Änderung des Gesellschaftsvertrages beseitigt werden, indem die Gesellschafter vor Ablauf der Zeit die Verlängerung der Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbaren. Die Gesellschafter können aber auch im Moment des Eintritts des Auflösungsgrundes die Verlängerung mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend durch Fortsetzen des Verhältnisses vereinbaren. Letzterenfalls soll die fortgesetzte Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit eingegangen gelten (§ 134). Eine Eintragung in das Handelsregister findet bei solcher Vereinbarung nicht statt. Nur der Idee nach trat eine Auflösung und nachträgliche Rückgängigmachung der Auflösung ein, zeitlich wurde die Auflösung keinen Moment effektuiert. — Die Gesellschafter können endlich nachträglich die aufgelöste Gesellschaft durch ausdrücklichen Beschluß oder konkludente Handlungen fortsetzen, solange die Auseinandersetzung noch nicht durchgeführt ist (vgl. oben S. 416). Hatte die Eintragung der Auflösung in das Handelsregister nach § 143 stattgefunden, so würde in der Herbeiführung der Löschung des auf die Auflösung gerichteten Intabulats durch die Gesellschafter unter allen Umständen ein Fortsetzungsbeschluß erblickt werden müssen, aber auch ohne Löschung kann in der tatsächlichen Fortsetzung der Geschäfte über den Zweck der Abwicklung hinaus, sofern sie durch alle Gesellschafter geschieht, eine Fortsetzung der Gesellschaft erblickt werden. Hier sind dann ähnliche Gesichtspunkte, wie bei § 123 Nr. 2, zugrunde zu legen (vgl. Renaud, E.G. S. 449, 450). In entsprechender Anwendung von § 144 Abs. 2 wird man übrigens die die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter für verpflichtet erachten müssen, die Löschung der auf die Auflösung bezüglichen Intabulate oder doch die Intabulierung des Fortsetzungsbeschlusses herbeizuführen.

Nr. 2. 2. **Beschluß der Gesellschafter** (dissociatio). Gleichgültig ist, ob die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen war. Der Beschluß muß auf sofortige Auflösung gerichtet sein. Ist er auf Auflösung an einem späteren gewissen oder ungewissen Zeitpunkt gerichtet, so liegt eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages mit Bezug auf die Dauer der Gesellschaft vor (Fall sub 1, Staub-Pinner § 131 Anm. 6, a. A. Wimpfheimer S. 103). Der Beschluß ist von allen, auch den nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern zu fassen und hat einstimmig zu erfolgen. Doch kann der Gesellschaftsvertrag Mehrheit der Stimmen für genügend erklären (§ 119 Abs. 2; vgl. R.G. in Seuffert LVI S. 142, a. A. Wimpfheimer a. a. O.). Eine bestimmte Form für die Beschlußfassung ist nicht vorgeschrieben, auch konkludente Handlungen genügen, ja es genügt schon übereinstimmendes Verhalten der einzelnen Gesellschafter, ohne daß eine Beschlußfassung zugrunde liegt, z. B. gleichzeitige, gegen einander erhobene Klage auf Auflösung (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. V, 1884 S. 269) oder Einengung des Betriebes derart, daß § 4 zur Anwendung kommt (K.G. in O.L.G. Rspr. XXII S. 36) oder ein Beschluß auf Fusion zweier Gesellschaften, die bis dahin offene H.G. bildeten (Düringer-Hachenburg IV S. 157), dagegen noch nicht Abschluß eines Ehevertrages auf allgemeine Gütergemeinschaft zwischen Mann und Frau, denn trotzdem können sie eine offene H.G. bilden (oben § 105 Nr. 1). Stets muß der Beschluß aber vor Eintritt eines Auflösungsgrundes geschehen. Ist die Auflösung bereits aus einem anderen Grunde eingetreten, so ist ein Auflösungsbeschluß ohne rechtliche Relevanz. Anders, wenn die aufgelöste Gesellschaft nachträglich fortgesetzt wird, hier kann sie durch Beschlußfassung aufs neue aufgelöst werden.

Die dissociatio steht den Gesellschaftern kraft zwingenden Rechtes frei, auf sie kann nicht verzichtet werden, eine sie ausschließende Vertragsberedung wäre ohne rechtliche Wirkung. Insbesondere kann nicht Dritten ein Zustimmungsrecht zur Beschlußfassung eingeräumt werden, wohl aber kann ein einzelner Gesellschafter sich einem Dritten gegenüber verpflichten, seine Zustimmung zu verweigern, soweit darin nicht eine unzulässige Beschränkung seiner Willensfreiheit läge.

Soweit sich als Folge der Beschlußfassung eine Schädigung für die Gesellschaftsgläubiger ergibt, können diese nach den Vorschriften des R.G. vom 21. Juli 1879, bezw. der K.O. vorgehen.

Die durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft kann durch nachträglichen Beschluß wieder fortgesetzt werden. In dieser Beziehung gilt das zu 1. Bemerkte auch hier.

3. **Eröffnung des Gesellschaftskonkurses.** Mit dem Moment der Konkurseröffnung löst sich die Gesellschaft auf, auch wenn der Konkurs nachträglich eingestellt oder infolge rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches aufgehoben wird. Wird der Eröffnungsbeschluß durch Entscheidung nach K.O. § 116 wieder aufgehoben, so ist freilich die Auflösung nicht eingetreten. Über die Voraussetzungen der Konkurseröffnung K.O. §§ 209, 210. Die bloße Tatsache der Überschuldung der offenen Handelsgesellschaft bildet demnach keinen Auflösungsgrund. Nr. 3.

Der Auflösungsgrund ist zwingenden Rechts, die Gesellschafter können ihn nicht ausschließen. Wieweit sie die aufgelöste Gesellschaft fortsetzen können, ist bei § 144 auseinanderzusetzen. Ebenda über die Wirkungen des Gesellschaftskonkurses.

4. **Tod eines Gesellschafters.** Während nach römischem Recht dies ein zwingender Grund war, ist nach dem B.G.B. (§ 727 Abs. 1) und H.G.B. die Vorschrift nur dispositiver Natur. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll. Über die dann eintretenden Folgen ist ausführlich in § 139 zu handeln. Bestimmt der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung nicht, so ist die Gesellschaft aufgelöst, die Erben des Verstorbenen haften nur nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts für die Gesellschaftsschulden des Erblassers (R.G.Z. LXXII S. 121). Nr. 4.

Der Gesellschaftsvertrag kann ferner bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern (deren mindestens zwei sein müssen) fortbestehen soll (§ 138), sei es dauernd, sei es nur für gewisse Zeit, (R.G. in J.W. 1912 S. 475[23]). Auch der nachträglich abgeänderte Gesellschaftsvertrag kann dies bestimmen, sofern die Abänderung vor Eintritt des Todes des Gesellschafters vorgenommen ist. Nach eingetretenem Tode kann von den übrigen Gesellschaftern solche Bestimmung weder mit der Wirkung des Fortbestandes noch mit der der Fortsetzung der Gesellschaft getroffen werden. Demgemäß können auch die Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht kraft Vereinbarung mit den bisherigen überlebenden Gesellschaftern die Gesellschaft fortsetzen. Vielmehr bleibt nur der Weg der Neubegründung übrig (R.O.H.G. VI S. 113, a. A. Renaud, C.G. S. 472, R.O.H.G. XXI S. 374, K.G. in Johow-Ring XXVI A 219 — sehr bedenklich — XXXIX A 112, Marcus in Holdheim 1910 S. 23, Staub-Pinner Anm. 3, Brand Anm. 2d, Düringer-Hachenburg IV S. 154, 156, 167). Bei der Neubegründung ist für Minderjährige B.G.B. § 1822 Nr. 3 zu beachten.

Über die Verpflichtung der Erben des verstorbenen Gesellschafters zur unverzüglichen Anzeige und das einstweilige Fortbestehen der Gesellschaft bei § 137, über die Eintragung der Auflösung bei § 143.

5. **Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Dieser Auflösungsgrund hat die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen an sich nicht zur Folge. Demgemäß vollzieht sich die Auseinandersetzung der Gesellschafter an sich nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere im Wege der Liquidation und zwar außerhalb des Privatkonkurses (K.O. § 16). Dies würde selbst dann zu gelten haben, wenn über die Vermögen aller Gesellschafter (nicht das Gesellschaftsvermögen) Konkurs eröffnet ist, ein Fall, der praktisch freilich nicht vorkommen wird. — Notwendig ist wirkliche Konkurseröffnung; Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung eines Gesellschafters, fruchtlose Exekution in dessen Vermögen (darüber bei § 135) genügt nicht, es muß ferner über das Vermögen als Ganzes der Konkurs eröffnet sein, nicht genügt es, wenn über das Vermögen einer anderen Nr. 5.

Handelsgesellschaft, zu der der Gesellschafter gehört, Konkurs eröffnet wurde (Renaud, C.G. S. 476), ja selbst, wenn diese andere Handelsgesellschaft aus denselben Gesellschaftern bestände, würde es nicht genügen. Der Konkurs muß ferner zu Lebzeiten des Gesellschafters eröffnet sein. Nachlaßkonkurs ist deshalb kein selbständiger Beendigungsgrund, weil mit dem Tode die Gesellschaft ohnehin aufgelöst war, in den besonderen Fällen der §§ 138, 139 H.G.B. der Nachlaßkonkurs aber nicht in Betracht kommt.

Hinsichtlich des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters sind folgende Sätze hervorzuheben:

a) Konkursgläubiger sind nicht bloß Privatgläubiger dieses Gesellschafters, sondern auch Gesellschaftsgläubiger (§ 128), und zwar können diese — sofern nicht Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist — zu vollem Betrage ihrer Forderung Befriedigung suchen (K.O. § 212, O.L.G. Colmar im Recht 06 S. 385). Ein Absonderungsrecht haben sie nicht. Auch die Gesellschaft kann Konkursgläubigerin sein, sei es als Dritter, sei es in Höhe des Passivsaldos des Gesellschafters, desgl. die Mitgesellschafter mit ihren Ansprüchen.

b) Zur Konkursmasse gehört das Auseinandersetzungsguthaben des Kridars. Über das Recht der übrigen Gesellschafter auf abgesonderte Befriedigung aus diesem K.O. § 51. Auch das Nettoguthaben verbleibt der Konkursmasse.

c) Wird über das Vermögen mehrerer Gesellschafter Konkurs eröffnet, so greift K.O. § 68 Platz. Doch wird solchenfalls Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen wohl unausbleiblich sein.

Zahlt die Masse des einen Gesellschafters an den Gläubiger mehr, als auf den Anteil dieses Gesellschafters nach dem Gesellschaftsvertrage fällt, so findet ein Rückgriff gegen die Masse des anderen Gesellschafters statt. Die zahlende Masse wird in Höhe der Regreßforderung Konkursgläubigerin der anderen Masse. Bekommt der Gläubiger von den verschiedenen Massen im ganzen mehr als den Betrag seiner Forderung, so hat er das Plus an sie nach Maßgabe der Anteilsberedungen zurückzuzahlen (Jaeger, Konkurs der offenen H.G. S. 183—185).

d) Die Anmeldung einer Forderung gegen die Gesellschaft zum Privatkonkurse eines Gesellschafters unterbricht nicht die Verjährung gegenüber der Gesellschaft, noch gegenüber einem Mitgesellschafter (oben bei § 128 Nr. 4).

Der Auflösungsgrund ist insofern zwingender Natur, als er nicht durch Vertrag vorher ganz ausgeschlossen werden kann. Wohl aber können die übrigen Gesellschafter nach seinem Eintritt durch Beschluß das Fortbestehen der Gesellschaft herbeiführen (vgl. bei § 141 Abs. 2). Es kann der Gesellschaftsvertrag ferner bestimmen, daß die Gesellschaft im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle (§ 138). Und alle Gesellschafter können mit Zustimmung des Konkursverwalters (§ 145 Abs. 2) die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbaren. Vgl. ferner § 137 Abs. 2, § 142 Abs. 2. — Über die Verpflichtung des Konkursverwalters zur Anzeige der Konkurseröffnung an die anderen Gesellschafter bei § 137. — Nicht bezieht sich § 131 Nr. 3 auf den Fall, daß erst ein pactum de ineunda societate abgeschlossen war und vor Beginn der Gesellschaft ein Vertragsteil in Konkurs fällt (Düringer-Hachenburg IV S. 171).

Nr. 6. 6. **Kündigung** und **gerichtliche Entscheidung.** Darüber bei §§ 132—135.

Nr. 7. 7. Nicht sind gesetzliche Auflösungsgründe Erreichung des vereinbarten Zweckes oder Unmöglichkeit der Erreichung (abweichend von B.G.B. § 726), ebensowenig rechtliche Unfähigkeit des Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung. Diese können nur als justae causae des § 133 in Betracht kommen. Anders für die Fälle des § 726 B.G.B. (Düringer-Hachenburg IV S. 182.) Allein dem Grundcharakter des Handelsgewerbes, welches eine Publikmachung erheischt, widerstrebt diese Auffassung um so mehr, als eine Änderung des Zweckes jeden Augenblick möglich ist und nicht einmal der Gegenstand des Gewerbes zu den eintragsfähigen Tatsachen bei der offenen H.G. gehört. Vgl. auch unten § 292 Nr. 8. Soweit Ablauf der Zeit vorliegt, gilt das oben Nr. 1 Gesagte.

Nr. 8. 8. Auch **Änderung der Gesetzgebung** kann die offene Handelsgesellschaft beseitigen (praktisch für die Fälle des Hamburger Einf.Ges. § 6 und Bremer Einf.-Ges. § 5 zum alten H.G.B.; vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 42). Sie würde

dann zur bürgerlichen Gesellschaft werden. Ferner Herabsetzung des Betriebes auf den Umfang des Kleingewerbes (K.G. in O.L.G. Rpr. XXIV S. 171 (= Entsch. F.G. XI S. 42), XXII S. 36). Dabei ist aber § 5 zu beachten.

9. Das ältere Recht erblickte noch in der bei einem Gesellschafter eintretenden rechtlichen Unfähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung einen Auflösungsgrund (Art. 123 Nr. 3); dieser würde für offene Handelsgesellschaften, die vor dem 1. Jan. bestanden haben, nachwirken: doch können die Gesellschafter mit dem gesetzlichen Vertreter des Entmündigten die Fortführung vereinbaren. Nr. 9.

Auch Gesellschaften, die am 1. Jan. 1900 infolge Änderung der Gesetzgebung offene Handelsgesellschaften wurden, werden von § 131 ergriffen.

§ 132.

Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

Entw. I § 120, II § 130; Denkschr. I S. 98, II S. 3187; Kommissionsber. S. 3896; A. D.H.G.B. Art. 124.

1. **Vertragsmäßige und gesetzliche Kündigung.** Die Kündigung ist nach dem H.G.B. gesetzlicher Auflösungsgrund in zwei Fällen, einmal bei für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften (§ 132), sodann bei allen Gesellschaften unter gewissen Voraussetzungen (§ 135). Im ersteren Falle geschieht sie durch einen Gesellschafter, im letzteren durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters. Die Kündigung kann aber auch vertragsmäßiger Auflösungsgrund sein, indem bei Gesellschaften für bestimmte Dauer die Gesellschafter von Anfang an oder nachträglich vereinbaren, daß einer der Gesellschafter oder jeder Gesellschafter jederzeit oder unter gewissen Voraussetzungen auch vor Ablauf der vertragsmäßigen Dauer der Gesellschaft einseitig das Verhältnis durch Kündigung lösen könne. Dieser Fall hat nichts Besonderes an sich, er untersteht den in § 131 Nr. 1 entwickelten Grundsätzen. Die Kündigung durch einen Gesellschafter ist also nach dem H.G.B. (im Gegensatz zum alten H.G.B. und zum B.G.B. § 723) bei Gesellschaften für bestimmte Zeit stets vertragsmäßiger Auflösungsgrund. Anders bei Gesellschaften für unbestimmte Zeit, hier ist die Kündigung durch einen Gesellschafter gesetzlicher Auflösungsgrund. Während aber nach B.G.B. § 723 im Zweifel jeder Gesellschafter jederzeit kündigen kann, ist die Kündigung nach Handelsrecht an eine bestimmte Frist gebunden und darf im Zweifel nur für gewisse Termine erfolgen. Doch gilt dies nur im Zweifel. Der Gesellschaftsvertrag kann die Frist verlängern oder kürzen oder jederzeit das Kündigungsrecht gewähren, ebenso kann er den Termin, zu dem gekündigt werden darf, andersartig bestimmen, oder sonstige Beschränkungen der Kündigung aufstellen (R.G.Z. XXI S. 94). Er kann dies für alle oder nur für einen der Gesellschafter tun, nur darf der Gesellschaftsvertrag nicht die Kündigung ganz aufheben oder derartig beschränken, daß die persönliche Freiheit des einzelnen darunter leidet (R.O.H.G. XIII S. 418, R.G.Z. XXI S. 94, B.G.B. § 723 Abs. 3). Dahin würde gehören, daß die Kündigung nur gegen Zahlung einer bestimmten Abfindungssumme an die Gesellschaft gestattet wird (R.G.Z. LXI S. 328) oder daß der kündigende Gesellschafter seines Anteils am Gesellschaftsvermögen verlustig geht (R.G. im Recht 09 Nr. 2387), nicht dagegen, daß der auf Grund seiner Kündigung ausscheidende Gesellschafter der Gesellschaft für eine mäßige Zeit keine Konkurrenz machen dürfe (O.L.G. Hamburg im Recht 07 S. 1319 Nr. 3300). Enthält der Gesellschaftsvertrag derartige Bestimmungen nicht, so hat die Kündigung zu erfolgen Nr. 1.

a) nur für den Schluß eines Geschäftsjahres, d. h. so, daß mit dem Ablauf des angegebenen Geschäftsjahres die Gesellschaft endigt. Über den Begriff des Geschäftsjahres bei § 39,

b) mindestens 6 Monate vor diesem Zeitpunkt. Endet also das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr, so muß sie spätestens am 30. Juni erfolgen

(B.G.B. § 188 Abs. 2), d. h. an diesem Tage den Mitgesellschaftern zugegangen sein. Doch kann sie auch früher erfolgen. Durch diese weite Frist ist der Satz des B.G.B. § 723 Abs. 2, wonach die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen darf, gegenstandslos geworden, eine unter Beobachtung jener Frist erfolgende Kündigung geschieht nie zur Unzeit. Hat der Gesellschaftsvertrag die Kündigungsfrist dagegen erheblich gekürzt oder jederzeitiges Kündigungsrecht gewährt, so wäre der Grundsatz des B.G.B., daß bei grundloser unrechtzeitiger Kündigung den übrigen Gesellschaftern der daraus entstehende Schaden zu ersetzen ist, auch für Handelsgesellschaften zur Anwendung zu bringen. Denn, wenngleich B.G.B. § 723 durch die §§ 132, 133 ersetzt ist, so erscheint doch jener Satz als Ausfluß der gerade im Handelsverkehr zu beobachtenden bona fides (B.G.B. § 157). Rein schikanöse Kündigung würde nach B.G.B. §§ 226, 826 unzulässig sein und schadensersatzpflichtig machen.

Eine nicht rechtzeitig erfolgende Kündigung ist keine Kündigung im Rechtssinne. Die übrigen Gesellschafter brauchen sie nicht anzuerkennen und ihr Schweigen ist nicht ohne weiteres als Anerkenntnis anzusehen (R.O.G.H. XII S. 102, 103). Erklären sich die übrigen Gesellschafter mit ihr einverstanden, so liegt darin dissociatio.

Nr. 2. 2. **Rechtliche Natur und Form der Kündigung.** Hierüber ist auf das bei § 66 Gesagte zu verweisen. Die Kündigung kann also auch hier formlos erfolgen, doch kann der Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Form vorschreiben. Die Kündigung richtet sich an alle Mitgesellschafter, nicht etwa bloß an den vertretenden Gesellschafter, denn sie ist ein Rechtsakt unter den Gesellschaftern, nicht gegenüber der Gesellschaft. Würde freilich die an die Gesellschaft gerichtete Kündigung rechtzeitig den übrigen Gesellschaftern zur Kenntnis gebracht sein, so wäre der Mangel geheilt (R.G.Z. XXI S. 95, dagegen Goldmann S. 586, Ritter Anm. 1, Düringer-Hachenburg IV S. 192) und es steht nichts im Wege, im Gesellschaftsvertrage den Adressaten der Kündigung festzusetzen (O.L.G. Colmar im Recht 08 Nr. 3781). Eine Eintragung der Kündigung in das Handelsregister darf nicht stattfinden (Busch XXIV S. 3). Durch die Kündigung erklärt der Gesellschafter nur, daß er das Verhältnis löse für den Zeitpunkt, zu dem die Kündigung vorgenommen wird. Er verzichtet damit aber nicht auf weitere Rechte. In der Kündigung liegt, wie das R.O.H.G. X S. 434 mit Recht ausführt, nicht die Anerkennung des Vertrages als rechtsbeständigen, noch begibt sich der Kündigende der Befugnis, nach § 140 die Ausschließung eines Mitgliedes im Klagewege herbeizuführen (R.O.H.G. VI S. 112 ff.). Die Kündigung löst die Gesellschaft mit dem Zeitpunkt auf, zu dem sie ergeht, doch kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle (darüber bei § 138).

Nr. 3. 3. **Zurücknahme der Kündigung. Fortsetzungsbeschluß.** Wird die Kündigung mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter vor Eintritt des Zeitpunktes, zu dem sie ergeht, zurückgenommen (Zurücknahme ohne deren Zustimmung ist unzulässig, Renaud, C.G. S. 454), so besteht die Gesellschaft einfach fort. Nach diesem Zeitpunkt kann sie zwar nicht zurückgenommen werden, wohl aber können (was auf dasselbe hinausläuft) die sämtlichen Gesellschafter einschließlich des Kündigenden durch Beschluß die Gesellschaft fortsetzen. Ja noch mehr, es können zugleich mit dem Fortsetzungsbeschluß die sämtlichen Gesellschafter vereinbaren, daß der Kündigende ausscheiden und die übrigen die Gesellschaft fortsetzen sollen. Sie können somit an Stelle der ursprünglichen Auflösung das Ausscheiden des Kündigenden mit dessen Willen setzen. Leugnet man begrifflich solche Möglichkeit, so läßt sie sich praktisch jedenfalls leicht dadurch erreichen, daß sofort bei Fassung des Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschaftsvertrag dahin abgeändert wird, daß bei Eintreten der Kündigung seitens eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen nach § 138 fortbestehen soll, und daß dann die Kündigung sofort vorgenommen wird. Notwendig aber ist, daß der Kündigende an der Vereinbarung sich beteiligt, die übrigen Gesellschafter selbst können allein die Vereinbarung nicht treffen (v. Hahn zu Art. 127 § 3, Renaud, C.G. S. 493, Mot. z. Entw. I d. B.G.B. II S. 630).

Nr. 4. 4. **Kündigungsrecht des Ehemannes.** Nach dem B.G.B. § 1358 kann der Ehemann, falls die Ehefrau sich einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat, das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Dies gilt auch für den Fall

der Handelsgesellschaft. Voraussetzung ist, daß die Frau als Ehefrau sich zu persönlichen Leistungen verpflichtet hat. Ist sie insbesondere nichtgeschäftsführende Gesellschafterin, so gilt der Satz nicht. Im übrigen ist es gleichgültig, ob der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer geschlossen war. Die Kündigung löst die Gesellschaft auf, einer Zustimmung der Frau zur Kündigung bedarf es nicht (anders Staub-Bondi S. 22 und Brand § 105, 2a, die annehmen, daß nur die Verpflichtung der Ehefrau zu persönlichen Leistungen damit zessiert).

5. Das ältere Recht (Art. 123 Nr. 6, 124) stimmte mit § 132 überein. Nr. 5.
Ein Kündigungsrecht des Ehemannes kannte es nicht, wohl aber hatte der Ehemann jederzeit das Recht, die Genehmigung der Beteiligung der Ehefrau an der Handelsgesellschaft zurückzuziehen und damit die Handelsgesellschaft aufzulösen (Behrend § 64 Anm. 7). Dieses Recht muß ihm bleiben, soweit die Bestimmungen des alten H.G.B. über die Handelsfrau bei Bestand bleiben (vgl. § 1 Nr. 30).

§ 133.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Entw. I § 121, II § 131; Denkschr. I S. 98, II S. 3187; A.D.H.G.B. Art. 125.

1. Vorbemerkung. § 133 behandelt den letzten der Auflösungsgründe des Nr. 1.
§ 131, die **gerichtliche Entscheidung**. Der Inhalt des § 133 geht dem des B.G.B. § 723 zum Teil parallel. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß, was dort der Privatwillenserklärung des die Auflösung erstrebenden Gesellschafters zugewiesen ist, hier Aufgabe des Richterspruches ist, daß also an Stelle der Kündigung die gerichtliche Entscheidung tritt. Die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung ist zugelassen bei Gesellschaften für bestimmte und unbestimmte Dauer, doch wird sie hauptsächlich praktisch bei Gesellschaften für bestimmte Zeit. Hier haben sich die Gesellschafter für den vereinbarten Zeitraum fest gebunden, keiner kann sich frei einseitig losmachen. Von der Bindung soll nur die richterliche Behörde befreien, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bei für unbestimmte Dauer eingegangenen Gesellschaften hilft ja ohnehin das Kündigungsrecht des § 132 aus. Der richterliche Spruch ist hier nur soweit nötig, als es sich um die Befreiung von der Kündigungsfrist handelt. § 133 wird bei solchen also nur dann zur Anwendung gelangen, wenn es dem Gesellschafter darauf ankommt, die Auflösung der Gesellschaft schleuniger herbeizuführen, als ihm dies kraft Kündigung möglich wäre, beispielsweise wenn die Kündigungsfrist des § 132 durch Vertrag nicht unerheblich verlängert war, oder wenn die von ihm auf Grund des § 132 vorgenommene Kündigung um einige Tage zu spät oder nicht formgerecht erfolgt war, so daß er nun bis zum Ablauf des nächsten Geschäftsjahres warten mußte. Hatte der Gesellschaftsvertrag dagegen die Kündigungsfrist gegenüber § 132 verkürzt, so wird § 133 praktisch außer Anwendung bleiben, weil die Spanne Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung gewöhnlich größer sein wird, als die Kündigungsfrist. Übrigens ist es den Parteien nicht benommen, die Entscheidung, ob die Handelsgesellschaft

wegen eines wichtigen Grundes aufzulösen sei, einem Schiedsgerichte zu übertragen (R.G.Z. LXXI Nr. 65, O.L.G. Hamm in O.L.G. Rpr. XVII S. 205 ff.) Ja sie können auch vereinbaren, daß der Vertrag mit einseitiger Kündigung aufgelöst sein solle (vgl. bei § 132 Nr. 1 und R.G. in Holdheim 07 S. 168).

Nr. 2. 2. **Gerichtliche Entscheidung.** Es handelt sich um ein Urteil des Prozeßrichters. Demgemäß bedarf es der Beschreitung des Rechtsweges, d. h. der Erhebung der Klage durch den Gesellschafter (vgl. § 140 Abs. 2). Der Antrag ist somit der Klageantrag, nicht ein Antrag bei einer Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Klage richtet sich gegen die Mitgesellschafter, nicht gegen die Gesellschaft (R.G. in Holdheim 07 S. 168). Denn hier wie bei der Kündigung handelt es sich um Willenserklärungen unter den Gesellschaftern. Die Klage geht auf richterliche Auflösung, nicht auf Übernahme des Geschäfts mit Aktivis und Passivis (darüber § 142 vgl. R.G. in L.Z. 09 S. 228). Zuständig ist neben dem Gerichte des Wohnsitzes der Gesellschafter nach der Z.P.O. §§ 22, 29 das Gericht des Sitzes der Gesellschaft. Das rechtskräftige richterliche Urteil spricht die Auflösung aus, es hat somit konstitutiven, nicht deklaratorischen Charakter. Die für das ältere Recht streitige Frage ist aus Zweckmäßigkeitsgründen im Sinne der konstitutiven Kraft entschieden worden. Demgemäß bleibt bis zur Rechtskraft des Urteils die Gesellschaft in allen ihren Beziehungen fortbestehen, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter werden durch die Klage nicht berührt, das Konkurrenzverbot greift nach wie vor Platz. Von einer Rückbeziehung der Auflösung auf den Moment der Klageerhebung ist keine Rede, das Urteil wirkt nur für die Zukunft. Die erhobene Klage hat somit nicht den Charakter einer Feststellungsklage, sondern der Kläger bittet um Auflösung. Die Auflösungsbitte kann er auch nur im Wege der Klage (auch Widerklage) vornehmen. Ein einredeweises Vorbringen würde nicht genügen, wohl aber kann mit der Klage ein Antrag auf einstweilige Verfügung, durch die einem Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen wird, verbunden werden. Die Auflösung selbst kann eine einstweilige Verfügung nicht aussprechen (Marcus bei Holdheim 06 S. 39), weil solche nur provisorische Zwecke verfolgt (anders Wimpfheimer S. 107 Anm. 111, Staub-Pinner Anm. 10).

Da die Klageerhebung keine Auflösungserklärung darstellt, untersteht sie nicht den Grundsätzen von der Kündigung (vgl. auch Z. XV S. 254). Insbesondere ist sie im Gegensatz zur Kündigung zurücknehmbar. Auch ist es an sich völlig gleichgültig, ob die anderen Gesellschafter widersprechen oder schweigen. Nur wenn sie den Klageantrag ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten genehmigen oder auch ihrerseits auf Auflösung klagen, liegt ein Beschluß auf Auflösung nach § 131 Nr. 2 vor (O.L.G. Hamburg in Z. XXXV S. 233). In dem bloßen Schweigen liegt aber eine solche Genehmigung noch nicht (R.O.H.G. XII S. 102).

Nr. 3. 3. **Recht zum Antrag.** Das Recht, die Auflösung der Gesellschaft nach § 133 zu betreiben, steht jedem Gesellschafter zu. Es kann durch Gesellschaftsvertrag weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig, insbesondere die Vereinbarung, daß die Mehrheit der Gesellschafter über die Wichtigkeit des Grundes entscheiden solle (R.O.H.G. XXI S. 87). Wie weit sie den ganzen Gesellschaftsvertrag nichtig macht, ist aus B.G.B. § 139 zu beurteilen. Man wird dabei die nachträglich getroffenen Vereinbarungen milder als die anfänglich getroffenen aufzufassen haben (zu weit gehend erklärt Marcus im Recht 1912 S. 313 nachträglich getroffene Vereinbarungen schlechthin für zulässig). In der Verengerung des Rechts kann u. U. der Ausdruck einer bestimmten Zweckgestaltung der Gesellschaft liegen, der gegenüber der Grund nun wieder wichtig wird. Ist dies nicht der Fall, so ist die Verengerung ohne Wirkung (anders z. T. Düringer-Hachenburg IV S. 204). — Eine Vereinbarung, die das Recht erweitert, ist durchaus zulässig, vor allem gilt dies hinsichtlich der Wichtigkeit des Grundes, indem der Gesellschaftsvertrag an sich unbedeutende Momente zu wichtigen Gründen erheben kann.

Nr. 4. 4. **Wichtiger Grund.** Fundament des Anspruches ist Vorhandensein eines wichtigen Grundes (oder mehrerer) zur Auflösung. Demgemäß ist die Klage durch Angabe von Tatsachen, die als wichtiger Grund zur Auflösung erscheinen, zu substanziieren (Z.P.O. § 253 Abs. 2 Nr. 2). Ergänzung und Berichtigung dieser tat-

sächlichen Anführung sind nachträglich zulässig (Z.P.O. § 268 Nr. 1), dagegen ist eine Änderung der substanzierenden Tatsachen nur unter den Voraussetzungen des § 264 der Z.P.O. gestattet (vgl. dazu Z.P.O. §§ 269, 270). Aus dem Vorgetragenen ergibt sich, daß die den wichtigen Grund darstellenden Tatsachen bis zum Zeitpunkt der Klageerhebung sich ereignet haben und in jenem Zeitpunkt die Eigenschaft als wichtigen Grund noch besessen haben müssen. Berufung auf nachträglich eingetretene Tatsachen ist nur unter den Voraussetzungen der Z.P.O. § 268 Nr. 1, § 264 zulässig. Und hat der Kläger durch Verzeihung der Tatsache die Eigenschaft der justa causa genommen, so kann er sie nicht weiter verwerten (vgl. dazu R.O.H.G. VI S. 112).

Über die Wichtigkeit des Grundes hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden. Das Gesetz gestattet freie Abwägung der gesamten Sachlage („kann ausgesprochen werden"); jedoch führt es zwei Fälle an, die als wichtiger Grund erscheinen, und bei denen der Richter auf Grund des Tatbestandes gezwungen ist, die Auflösung auszusprechen (Staub-Pinner Anm. 13, anders Erste Auflage dieses Kommentars). Der Richter kann, sei es auf Antrag, sei es von Amts wegen, die Auflösung auch zu einem späteren Zeitpunkt, als zu dem der Rechtskraft des Urteils eintreten lassen, z. B. zum Schlusse des Geschäftsjahres (v. Hahn z. Art. 125 § 5). Der Richter kann auch einstweilige Verfügungen treffen, durch die er die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft einstweilen ordnet (vgl. bei §§ 117, 127). Über die Ernennung von Liquidatoren durch einstweilige Verfügung bei § 146 Nr. 3.

Die einzelnen Momente, die für die Wichtigkeit des Grundes entscheidend sind, bestimmen sich nach ähnlichen Gesichtspunkten, wie beim Vertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen (vgl. bei § 70). Auch hier handelt es sich um eine wesentliche Änderung der bei Eingehung der Gesellschaft mutmaßlich gewürdigten Umstände. Der Fortbestand der Gesellschaft muß angesichts der betreffenden Tatsache für den die Auflösung verlangenden Gesellschafter untunlich werden, es kann ihm danach nicht mehr zugemutet werden, die Gesellschaft unter diesen Umständen fortzusetzen (R.O.H.G. XI S. 265. Bolze XVII Nr. 525, R.G.Z. LXV S. 38), eine der für die Eingehung des Vertrages bestimmenden Voraussetzungen ist für ihn damit gefallen (Busch XXXVIII S. 294, Renaud C.G. S. 459). Der Maßstab ist also auch hier ein relativer, insbesondere kann der Gesellschaftsvertrag sonst unwesentliche Verpflichtungen zu wesentlichen und umgekehrt gestalten (gegen die zweite Möglichkeit Staub-Pinner Anm. 22, Makower S. 360, Brand Anm. 5) nur darf er nicht wider das zwingende Recht verstoßen.

Der Grund kann in der Person eines Gesellschafters (auch des Klägers R.G. bei Holdheim 1900 S. 290) oder in anderen Momenten (z. B. Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes) liegen. Ersterenfalls kann er beruhen auf verschuldetem Verhalten des Gesellschafters oder auf Zufall. Nur darf der Kläger nicht aus eigenem Verschulden oder eigner freiwilliger Handlung (z. B. Verheiratung einer Gesellschafterin) Auflösung begehren (v. Hahn zu Art. 125 § 11, vgl. O.L.G. Darmstadt bei Holdheim VI S. 349, Düringer-Hachenburg IV S. 48). Den Grund kann eine einzelne Tatsache oder eine Reihe von Momenten, von denen jedes an sich geringfügig ist, die aber zusammen genommen eine justa causa darstellen, abgeben. Insbesondere wird das letztere dann der Fall sein, wenn der Kläger das gesamte Verhalten der Mitgesellschafter oder eines von ihnen zum Gegenstand seiner Rüge macht (R.G.Z. XXIV S. 137). Der Auflösungsgrund wird regelmäßig in einer Vermögensschaden stiftenden Tatsache bestehen, braucht es aber nicht notwendig. Der Anspruch auf Schadensersatz hat mit dem Auflösungsantrag nichts zu tun. Wie er gegeben sein kann während der Dauer der Gesellschaft und ohne daß eine Auflösungsklage gerechtfertigt wäre, so bedarf er, falls er mit der Auflösungsklage verbunden wird, besonderer Begründung. Auch ist zu beachten, daß der Kläger den ihm durch die Auflösung erwachsenden Schaden nicht schon darum ersetzt verlangen kann, weil der Beklagte schuldhaft die Auflösung veranlaßt hat. Denn wenn Kläger nach Lage der Dinge nicht gezwungen war, auf Auflösung zu klagen, fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und Schuld des Beklagten. Vielmehr muß das schuldhafte Verhalten des Beklagten die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses geradezu unmöglich gemacht haben, z. B. durch Vereitelung der Erreichung des Gesellschafts-

zweckes, um den Anspruch auf Schadensersatz zu begründen (R.O.H.G. XVII S. 367, ob auch sittliche Notwendigkeit genügt? R.O.H.G. XXIV S. 309). Für den Fall der Konkurrenz von Verschulden auf beiden Seiten B.G.B. § 254 (vgl. Bolze V Nr. 744, bedenklich R.O.H.G. XXIV S. 310).

Nr. 5. 5. **Einzelne wichtige Gründe.** Das Gesetz hebt nur zwei hervor, ohne daß darin eine Begrenzung zu erblicken ist (R.G. in L.Z. 1912, S. 453).

a) Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten eines anderen Gesellschafters. Diese muß auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen, weil die Gesellschafter höchstens für culpa in concreto einstehen (B.G.B. § 708). Dies gilt auch in Fällen des Verzuges in Erfüllung der Einlageleistung (anders Düringer-Hachenburg IV S. 51). Und es muß sich um eine nach dem Gesellschaftsvertrag wesentliche Pflicht handeln, d. h. um eine vom Gesetz als wesentlich hingestellte und vom Gesellschaftsvertrag der Wesentlichkeit nicht entkleidete oder um eine erst vom Gesellschaftsvertrag mit Wesentlichkeit ausgestattete Verpflichtung. Dahin würde vor Allem gehören Nichtleistung der versprochenen Einlage (R.O.H.G. X S. 436, Bolze VIII Nr. 544), ebenso u. U. mangelhafte Leistung, auch wenn die ädilizischen Rechtsmittel verjährt wären, da diese überhaupt für die in Wirksamkeit getretene Gesellschaft nur mit Vorsicht anwendbar sind (Düringer-Hachenburg IV S. 59), der Einlage kann der sonstige Beitrag, z. B. Dienste, gleichstehen (hierzu Düringer-Hachenburg IV S. 70); ferner gehört dahin unbefugte Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse, bezw. Nichtablieferung eingegangener Gelder an die Gesellschaftskasse (Busch IV S. 80ff., Z. XI S. 565), Verletzung des Konkurrenzverbotes (vgl. § 113 Abs. 4, Bolze XV Nr. 414), Nichtausübung oder nicht gehörige Ausübung der obliegenden Geschäftsführung, z. B. eigenmächtige Vornahme von Handlungen, zu denen es der Mitwirkung der anderen Gesellschafter bedarf, selbst wenn dadurch ein günstiger Erfolg erzielt wird (R.O.H.G. XX S. 247), Unredlichkeit in der Geschäftsführung (vgl. Renaud, C.G. S. 462, 463), Unterlassung der Aufnahme von Inventur und Bilanz (dagegen nicht stets mangelhafte Buchführung vgl. R.O.H.G. XVIII S. 397), dauernder Unfleiß (Busch XIII S. 183, 188), chikanöser Widerspruch gegen an sich gerechtfertigte Handlungen, um diese zu verhindern, Weigerung der Mitwirkung zur Anmeldung zum Handelsregister, Vernichtung von Schriftstücken der Gesellschaft (Busch VIII S. 214), Vertrauensmißbrauch, insbesondere Mißbrauch der Firma oder des Gesellschaftsvermögens für Privatzwecke: Solcher Mißbrauch liegt aber noch nicht darin, daß ein Gesellschafter zugleich sein Privatinteresse wahrt, denn er kann möglicherweise die Interessen der Gesellschaft dadurch mitbefördern oder der Gesellschaft gegenüber im Vorschuß sein (R.O.H.G. IX S. 432). Vielmehr muß es sich um eine Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch ordnungswidrige Vermengung von Gesellschafts- und Privatangelegenheiten handeln (R.O.H.G. XX S. 267). Daß eine Benachteiligung der Gesellschaft entstanden oder auch nur beabsichtigt war, ist nicht notwendig. Praktisch wichtige Fälle bilden zumal die Verwendung der Gesellschaftsfirma zu Wechselakzepten oder Indossamenten im Privatinteresse (Busch IV S. 39, R.O.H.G. XX S. 267), ferner Ausbedingung von Honoraren für Geschäfte der Gesellschaft mit Dritten. Auch Nichtbeobachtung der schuldigen Diskretion kann einen Vertrauensmißbrauch darstellen.

Stets aber ist im Auge zu behalten, daß im konkreten Fall auch die obigen Tatsachen nicht wichtig genug erscheinen können, z. B. wenn der in Betracht kommende Vermögenswert ein kleiner ist, etwa ein kleiner Geldbetrag aus der Gesellschaftskasse auf kurze Zeit eigenmächtig entnommen war (Bolze V Nr. 745, Staub-Pinner § 133 Anm. 14, 16).

b) Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Pflichten. Die Unmöglichkeit kann eine objektive sein, indem Tatsachen eintreten, die die Erfüllung der gesellschaftlichen Pflichten überhaupt verhindern, oder eine subjektive, indem einem Gesellschafter, möglicherweise dem Kläger selbst, es persönlich durch Krankheit (auch geistige) oder aus anderen Unfähigkeitsgründen (längere Gefängnisstrafe, Abwesenheit, Renaud, C.G. S. 465, Armut, ohne daß Konkurs eröffnet wird, v. Hahn zu Art. 125 § 15, Untergang der einzubringenden Sachen, O.L.G. Frankfurt in Z. XXXV S. 233) unmöglich wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Zu den subjektiven Gründen gehört auch der Mangel der im Gesellschaftsvertrage vorausgesetzten besonderen Geschicklichkeit oder Kenntnis (Z. VIII S. 590). Unter die Fälle

der objektiven Unmöglichkeit gehört, daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes durch objektive Umstände absolut unmöglich oder doch nur mit unverhältnismäßig großen Opfern möglich wird. War die Gesellschaft z. B. lediglich zum Betriebe eines Bergwerks eingegangen und wird dies gänzlich verschüttet, so ist eine Erfüllung gesellschaftlicher Pflichten ausgeschlossen (Renaud C.G. S. 460). Anders, wenn weitere Zwecke in Aussicht genommen waren, deren Durchführbarkeit möglich ist.

c) Weitere Gründe. Als solche sind vor allem Umstände zu nennen, die den gewinnbringenden Betrieb für die Zukunft ausschließen, z. B. die Entstehung von Konkurrenzunternehmungen, neue Erfindungen, die Eröffnung neuer Verkehrswege, die Erhöhung der Einfuhrzölle usw. Vgl. R.G. in L.Z. 07 S. 139, 08, S. 61. Ist zwar juristisch die Möglichkeit der Erfüllung gesellschaftlicher Verpflichtungen auch hier noch vorhanden, so kann doch keinem der Gesellschafter zugemutet werden, sein Vermögen oder seine Arbeit einem Unternehmen weiter zuzuwenden, das ihm einen Ertrag für die Zukunft nicht abwerfen wird. Erscheint insbesondere das Betriebskapital der Gesellschaft zu gering, um den durch die veränderte Sachlage geschaffenen Anforderungen gerecht zu werden, so kann die Auflösung betrieben werden, denn kein Gesellschafter ist verpflichtet, seine Einlage zu erhöhen (Busch II S. 174, R.O.H.G. XII S. 100). Doch muß der Mangel der Rentabilität ein dauernder sein, vorübergehende Verluste, die durch wieder eintretende Besserung der Geschäftslage ausgeglichen werden können, berechtigen nicht, die Auflösung zu betreiben (Busch XXXIV S. 324). Auch eintretende Verarmung des Gesellschafters kann unter diesen Gesichtspunkt fallen, insofern der Kredit der Gesellschaft dadurch erheblich geschädigt wird (v. Hahn zu Art. 125 § 15).

Weiter kommen Tatsachen in Betracht, die das gedeihliche Zusammenarbeiten der Gesellschafter für die Zukunft verhindern (Real- und möglicherweise Verbalinjurien R.O.H.G. XXIV S. 310, XI S. 265, Busch VIII S. 213, Bolze XVII Nr. 525), gehässiges oder unverträgliches Verhalten, Ehebruch mit der Frau des Gesellschafters (R.O.H.G. XXIV S. 310), unter Umständen grundlos erhobene Klage auf Auflösung seitens eines anderen Gesellschafters (R.O.H.G. XX S. 268), Denunziation der Mitgesellschafter beim Staatsanwalt (R.G. in D.J.Z. II S. 325). Aber auch verbrecherische Handlungen, die sich selbst nicht gegen die Gesellschaft richten (v. Hahn zu Art. 125 § 10), ja vielleicht schon leichtsinniger, liederlicher oder ehrloser Lebenswandel (Busch XV S. 429) können in Frage kommen, auch Wegzug des Gesellschafters, z. B. wenn der außerhalb Wohnende sich darauf verließ, daß der am Sitz Wohnende dort bleiben würde (Busch XVI S. 87). Ferner kann hierher gehören eintretende krankhafte Störung der Geistestätigkeit (R.G. in Seuffert LXVII Nr. 233 = Warneyer 1912 Nr. 268), eintretende Dispositionsunfähigkeit eines Gesellschafters, auch Verheiratung des weiblichen Gesellschafters, insbesondere wenn der Ehemann Widerspruch gegen den gesellschaftlichen Betrieb erhebt. Vor allem aber kann die Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis nach den §§ 117, 127 dem davon betroffenen Gesellschafter das Recht geben, Auflösung zu beantragen, sofern ihn kein Verschulden trifft, zumal dann, wenn er der Kapital einlegende Gesellschafter war (Denkschr. II S. 3187).

6. **Anfechtung des Gesellschaftsvertrages.** Von der Klage auf Auflösung der Gesellschaft ist die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages wegen Irrtums oder Betruges zu scheiden (vgl. oben § 105 Nr. 1, Einleitung zu diesem Titel Nr. 4). Dahin kann Anfechtung wegen verschwiegener Armut des Mitgesellschafters fallen. Die erfolgreiche Anfechtung macht den Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig (B.G.B. § 142). Einer Klage bedarf es diesenfalls nicht, die an die Mitgesellschafter gerichtete Erklärung genügt (B.G.B. § 143). Wird die Anfechtungsklage gegen die Mitgesellschafter erhoben, so hat das Urteil nur deklarative Kraft. Die Haftung des anfechtenden Gesellschafters für die durch die Gesellschaft Dritten gegenüber kontrahierten Verbindlichkeiten bleibt aber von der Anfechtung unberührt (hierüber bei § 105 Nr. 1). Über die Anwendbarkeit der Rücktrittsgründe für gegenseitige Verträge oben § 109 Nr. 4. Nr. 6.

7. **Fortsetzung der Gesellschaft.** Die durch rechtskräftiges Urteil aufgelöste Gesellschaft kann mit Zustimmung aller Gesellschafter fortgesetzt werden. Hatte das richterliche Urteil die Auflösung erst für einen späteren Zeitpunkt ausgesprochen, so Nr. 7.

kann bis dahin durch Beschluß der Gesellschafter der Fortbestand der Gesellschaft erzielt werden.

Nr. 8. 8. Nach älterem Recht (Art. 125) war streitig, ob das Urteil deklarative oder konstitutive Kraft habe. Wer sich für die erstere Ansicht entscheidet (so Behrend, § 78 Anm. 12), muß für Handelsgesellschaften, die aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 herstammen, die bloße Kündigung auch nach dem 31. Dez. 1899 für genügend erklären (K. Lehmann in Z. XLVIII S. 101). Jedenfalls findet § 133 Abs. 3 auch auf ältere Gesellschaften Anwendung (R.G.Z. LXXI Nr. 65).

§ 134.

Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.

Entw. I § 120, II § 132; Denkschr. I S. 98; A.D.H.G.B. Art. 123 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2.

§ 134 entspricht inhaltlich dem B.G.B. § 724 und dem älteren Recht (Art. 123 Nr. 5, 6). War der Gesellschaftsvertrag ursprünglich auf bestimmte Zeit eingegangen und wird er nachträglich auf die Lebenszeit eines Gesellschafters ausgedehnt, so ist er jedenfalls für jene Zeit eingegangen, darf also erst nach deren Ablauf gekündigt werden (R.O.H.G. XIII S. 418).

Eine nach Ablauf der bestimmten Dauer vom 1. Jan. 1900 ab stillschweigend fortgesetzte offene Handelsgesellschaft tritt unter das neue Recht (K. Lehmann in Z. XLVIII S. 87).

§ 135.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen.

Entw. I § 122, II § 133; Denkschr. I S. 98, 99, II S. 3187; A.D.H.G.B. Art. 126, 119, 120.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Das dem Privatgläubiger eines Gesellschafters kraft Gesetzes zustehende Kündigungsrecht ist keine Besonderheit des H.G.B. Es gilt nicht minder für die Gläubiger der Gesellschafter nach bürgerlichem Recht (B.G.B. § 725 Abs. 1), ja die Voraussetzungen, unter denen letztere davon Gebrauch machen können, sind leichtere. Das Kündigungsrecht des Privatgläubigers erklärt sich aus dem Mangel des Zugriffes in das Gesellschaftsvermögen, so lange die Gesellschaft besteht (vgl. bei § 124 Nr. 8). Der Privatgläubiger kann nur den realisierbaren Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil exequieren. Die Substanz des Gesellschaftsvermögens ist für ihn unangreifbar. Erst mit Auflösung der Gesellschaft ergibt sich für ihn eine Vollstreckung in den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen, in das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters, soweit dies nicht vor der Pfändung abgetreten ist (R.G.Z. LX S. 130). So lange er nun die Auflösung der Gesellschaft nicht erzielen kann, ist das Recht von problematischem Wert. Denn die Größe des Guthabens, wie der Wert des Gesellschaftsvermögens sind seinem Einflusse entzogen, er kann nicht einmal über den Betrag

des Gewinnanteiles Aufschluß durch Vorlegung der Handelsbücher der Gesellschaft erzwingen (oben bei § 118 Nr. 2). Soll er nicht schutzlos dastehen, so muß ihm eine Möglichkeit gewährt werden, die Auflösung der Gesellschaft auch wider den Willen seines Schuldners herbeizuführen, um aus dem derzeitigen Anteil desselben am Gesellschaftsvermögen zu seiner Befriedigung zu gelangen. In dem Kündigungsrecht des § 135 hat der Privatgläubiger den Ersatz für die Nachteile, die ihm die Natur des Gesellschaftsvermögens als Sondervermögen bereitet.

Nr. 2. 2. **Selbständiges** Recht des Privatgläubigers. Das Kündigungsrecht steht dem Privatgläubiger selbständig zu, nicht etwa als gesetzlichem Zessionar des Schuldners (Marcus in Holdheim 07 S. 133). Denn wie es einerseits an gewisse Voraussetzungen gebunden ist, die für die Kündigung des Gesellschafters nicht gelten, so hat es der Gläubiger andererseits in Fällen, in denen dem Gesellschafter die Kündigung versagt ist. Es ist demgemäß ganz unabhängig von Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (anders Makower IV). Die Gesellschafter können es weder ausdehnen noch einschränken. Kraft der Kündigung will der Gläubiger die Auflösung zu dem Zweck erzielen, um die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens seines Schuldners zu verwirklichen. Die Kündigung ist also für ihn ein Rechtsbehelf der Vollstreckung in das Vermögen seines Schuldners, und weiter nichts. Folglich kann er die Kündigung frei zurücknehmen und, wird er befriedigt, bevor die Auflösung eingetreten ist, so verliert die Kündigung ihre Wirkung, gleichgültig, ob die Gesellschaft, ein Gesellschafter oder ein Dritter ihn befriedigt. Keiner der Gesellschafter kann aus der Kündigung für sich ein Recht auf Auflösung herleiten (so richtig Renaud, C.G. S. 482, a. A. v. Hahn zu Art. 126 § 2). Die Kündigung eines Privatgläubigers unterscheidet sich somit merklich von der eines Gesellschafters. Während jene frei widerruflich ist, ist diese unwiderruflich, während jene nur ein Recht des Gläubigers begründet, erzeugt diese auch Rechte der Mitgesellschafter.

Nr. 3. 3. Recht des **Privatgläubigers.** Das Kündigungsrecht hat jeder Privatgläubiger eines Gesellschafters, nicht ein Gesellschaftsgläubiger, auch nicht, wenn er auf Grund von § 128 gegen einen Gesellschafter vorgegangen ist (anders Staub-Pinner Anm. 1, Makower S. 361). Die Gesellschaftsgläubiger haben es ohnehin in der Hand, bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft die Konkurseröffnung herbeizuführen (K.O. § 210) und so die Auflösung der Gesellschaft zu erzielen. Aber auch die Wortfassung des § 135 spricht gegen die Zubilligung des Rechts an sie. Ist ein Gesellschafter selbst Privatgläubiger seines Mitgesellschafters, so kann er nicht nach § 135, sondern nur nach den §§ 132, 133 vorgehen. Dies ist praktisch wichtig bei Gesellschaften für bestimmte Dauer. Indem der Gesellschafter sich für eine bestimmte Zeit gebunden hat, darf er nicht, sich auf seine Eigenschaft als Privatgläubiger des Mitgesellschafters stützend, das Verhältnis lösen. Wohl aber kann unter Umständen in der Zahlungsunfähigkeit des Mitgesellschafters ein das Vorgehen nach § 133 rechtfertigender Grund erblickt werden.

Nr. 4. 4. **Voraussetzungen der Kündigung.** Die Kündigung setzt voraus Pfändung und Überweisung des dem schuldnerischen Gesellschafter demnächst zustehenden Auseinandersetzungsguthabens in Gemäßheit von Z.P.O. § 859, 857, 828 ff. und zwar auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder eines sonstigen, nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels. Der Überweisungsbeschluß hat also das Auseinandersetzungsguthaben des schuldnerischen Gesellschafters zum Gegenstand, nicht genügend wäre Überweisung des Anspruches auf den Gewinnanteil. Ergibt sich der Schuldtitel nicht aus dem Pfändungsbeschluß selbst, so wird er der Kündigung beizulegen sein.

Das Kündigungsrecht darf ferner (abweichend vom Recht der bürgerlichen Gesellschaft) nur ausgeübt werden, wenn innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung und Überweisung eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist. Frühere vergebliche Exekutionen genügen nicht. Von wem dieser Versuch ausgegangen ist, ist gleichgültig. Keineswegs muß der Vorgehende der Gläubiger selbst sein (a. A. Marcus in Holdheim 1913 S. 108). Die Zwangsvollstreckung muß fruchtlos versucht sein, d. h. es muß auf Grund eines, wenn auch nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Exekution ohne Erfolg vorgenommen sein, sei es, daß überhaupt nichts erzielt

wurde, sei es, daß der Gläubiger nicht zur vollen Befriedigung gelangte (vgl. Z.P.O. § 807). Es genügt aber schon, daß in das Mobiliarvermögen im Sinne von Z.P.O. § 803f. fruchtlos exequiert wurde, der Betreibung der Subhastation in Grundstücke bedarf es nicht, ebensowenig der Ableistung des Offenbarungseides nach Z.P.O. § 807. Der kündigende Gläubiger wird der Kündigung den Nachweis solchen fruchtlosen Versuches beizulegen haben, insbesondere durch Urschrift oder beglaubigte Abschrift des Pfändungsprotokolles.

Nr. 5. 5. **Kündigungsfrist.** Die Kündigung hat mit der in § 132 angegebenen Frist bezw. zu dem dort behandelten Zeitpunkt zu erfolgen. Daran kann auch der Gesellschaftsvertrag nichts ändern (anders die herrschende Meinung, welche Kürzung der Frist zuläßt). Einer bestimmten Form bedarf sie nicht. Sie richtet sich an alle Gesellschafter, nicht bloß den Schuldner oder den vertretenden Gesellschafter. Denn sie gilt den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft.

Nr. 6. 6. **Wirkung der Kündigung.** Durch die Kündigung des Gläubigers wird die Auflösung der Gesellschaft mit dem Ende des betreffenden Geschäftsjahres ipso jure bewirkt, sofern sie nicht durch Zurücknahme des Gläubigers oder Befriedigung desselben vor diesem Termin wieder hinfällig wird[1]) oder sofern nicht umgekehrt aus einem anderen Grunde, z. B. Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft, vorherige Auflösung eintritt. Die Auflösung wird verhindert, wenn die übrigen Gesellschafter von dem ihnen nach § 141 zustehenden Recht Gebrauch machen. War der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig, so wird dies auch der Gläubiger gegen sich gelten lassen müssen, nachträgliche Anfechtung kann das Recht des Gläubigers nicht beseitigen (K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 386).

Nr. 7. 7. **Fortsetzung der Gesellschaft.** Die aufgelöste Gesellschaft kann durch Beschluß sämtlicher Gesellschafter fortgesetzt werden, wenn der Gläubiger nachträglich befriedigt wird. Andernfalls bedarf es seiner Zustimmung (§ 145 Abs. 2).

Nr. 8. 8. Über den Fall, daß die Gesellschaft nur **aus zwei Personen** bestand, § 142 Abs. 2, 3.

Nr. 9. 9. Die Bestimmungen des **älteren** Rechts, die in Einzelheiten abwichen (Art. 126), blieben maßgebend für Kündigungen, die vor dem 1. Januar 1900 erfolgten. Ferner kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters, der auf Grund des alten Rechts bereits ein fertiges Recht auf Kündigung erlangt hatte, dasselbe auch nach dem 31. Dez. 1899 ausüben, selbst wenn er es nach dem neuen Recht nicht hätte erwerben können. Dagegen können sich die Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht auf den bloßen Umstand, daß ihre Forderungen aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 herrühren, oder daß die Handelsgesellschaft schon unter der Herrschaft des alten Rechts bestand, stützen (vgl. K. Lehmann in Z. XXXVIII S. 104).

§ 136.

Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß.

Entw. I § 124, II § 135; Denkschr. I S. 99, II S. 3187, 3188; Komm.-Ber. II S. 3896.

Nr. 1. 1. § 136 entspricht dem B.G.B. § 729, nur daß an Stelle der einem Gesellschafter übertragenen Geschäftsführungsbefugnis jede Geschäftsführungsbefugnis gesetzt ist (im Hinblick auf § 115). Die Bestimmung bezieht sich nur auf die eigentliche Geschäftsführung als Gesellschafter, nicht auf Aufträge, die einem

---

[1]) Hinsichtlich der Befriedigung des Gläubigers gehen freilich die Ansichten auseinander. Vgl. Makower I S. 362, 363, Staub-Pinner § 135 Anm. 6; doch ist, wie schon Renaud, C.G. 481 annimmt, die Befriedigung des Gläubigers auch nach erfolgter Kündigung als die Auflösung beseitigende Tatsache anzusehen.

von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter besonders erteilt sind. Hinsichtlich der letzteren würde B.G.B. § 674 Platz greifen, der auf das gleiche hinaus kommt. Die Bestimmung betrifft auch (abweichend von B.G.B. § 714) nur die Geschäftsführungs- nicht die Vertretungsbefugnis. Hinsichtlich der letzteren normiert § 143 Abs. 1, wonach abgesehen vom Fall der Konkurseröffnung dem Dritten die Auflösung der Gesellschaft, so lange sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, nur dann entgegengesetzt werden kann, wenn sie ihm bekannt war, folglich bis dahin jede Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters, auch die als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, dem unwissenden Dritten gegenüber als fortbestehend gilt. Die Bestimmung betrifft endlich nur den Fall, daß die Gesellschaft anderweitig, als durch den Fall der Kündigung aufgelöst wird. Wird sie durch Kündigung aufgelöst, so wirkt die Kündigung gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter wie Widerruf des Auftrages (vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. II S. 625). Über die Anwendung von § 28 K.O. auf die offene H.G. Jaeger K.O. zu § 28.

2. Es ergibt sich nach dem Bemerkten, daß das von einem Gesellschafter nach der Auflösung der Gesellschaft namens der Gesellschaft mit einem Dritten geschlossene Rechtsgeschäft: Nr. 2.

a) nach außen wirksam und nach innen als innerhalb der Geschäftsführungsbefugnisse des Gesellschafters abgeschlossen erscheinen kann. Dies ist der Fall, wenn sowohl der Dritte als der Gesellschafter sich in dem psychologischen Zustande befinden, den das Gesetz von ihnen zur Aufrechterhaltung des Geschäfts verlangt. Diesenfalls haften die Gesellschafter gemäß § 128 dem Gläubiger. Letzterer erscheint als Gesellschaftsgläubiger und hat Zugriff in das Gesellschaftsvermögen. Der Gesellschafter hat alle Rechte, die ihm während der Dauer der Gesellschaft zustanden, wenn er innerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis handelte, insbesondere das Recht auf Erstattung der Auslagen (§ 110).

b) nach außen wirksam, dagegen nach innen als außerhalb des Rahmens der Geschäftsführung geschlossen erscheinen kann, nämlich wenn zwar auf Seiten des Dritten, aber nicht beim Gesellschafter die psychologischen Voraussetzungen der Aufrechterhaltung vorliegen. Dann kann zwar der Dritte als Gesellschaftsgläubiger auftreten, der Gesellschafter ist dagegen den Mitgesellschaftern für den ihnen entstehenden Schaden verantwortlich und hat Anspruch auf Ersatz nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

c) nach außen unwirksam, nach innen aber insofern wirksam sein kann, als der Gesellschafter für den ihm erwachsenden Aufwand oder Verlust ersatzberechtigt ist. Dies ist der Fall, wenn der Dritte die Auflösung kannte, während sie der Gesellschafter unschuldhafter Weise nicht kennt. Wann Schuld des Gesellschafters vorliegt, ist Tatfrage. § 15 kann hier selbstverständlich nicht angewendet werden.

3. Das ältere Recht stimmte überein (Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft, 1870, S. 17). Nr. 3.

§ 137.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der von ihnen zu besorgenden Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters Anwendung.

Entw. I § 123, II § 134; Denkschr. I S. 99, II S. 3187, 3188.

Nr. 1. 1. Abs. 1 entspricht B.G.B. § 727 Abs. 2. Der von ihm ins Auge gefaßte Fall betrifft vornehmlich, aber nicht bloß den Tod eines geschäftsführenden Gesellschafters. Stirbt ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter, so sind die Erben desselben ebenfalls zur unverzüglichen Notifikation an die Mitgesellschafter verpflichtet und die geschäftsführenden Gesellschafter haben auch dann die von ihnen zu besorgenden Geschäfte einstweilen fortzuführen. Die Verpflichtung zur Fortführung der Geschäfte setzt „Gefahr im Verzuge" voraus, d. h. die Gefahr eintretenden Schadens für die Gesellschaft, während der Umstand, daß dadurch ein Gewinn gerettet würde, die Verpflichtung nicht begründet. Die Verpflichtung der Erben zur Notifikation besteht dagegen unter allen Umständen, auch wenn nicht Gefahr im Verzuge ist. Hat der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter einen Auftrag erhalten, so normiert B.G.B. § 673.

Nr. 2. 2. **Einstweilige Fortführung.** Die Verpflichtung zur einstweiligen Fortführung betrifft jeden Gesellschafter hinsichtlich der von ihm zu besorgenden Geschäfte, desgl. die Erben mit Bezug auf die von dem Erblasser zu besorgenden Geschäfte. Eine Beschlußfassung sämtlicher Gesellschafter einschließlich der Erben des Verstorbenen über ungewöhnliche Handlungen (§ 116) fällt aus dem Rahmen des Provisoriums hinaus. Die gemeinschaftlich zu treffende Fürsorge, von der Satz 1 spricht, gehört bereits dem Stadium der definitiven Auflösung an. In diesem gilt im Allgemeinen die Gesellschaft nicht als fortbestehend, innerhalb der Grenzen des Provisoriums gilt sie dagegen als fortbestehend. Die einzelnen Geschäfte gelten als innerhalb der Geschäftsführung des betreffenden Gesellschafters geschlossene. Was die Vertretung nach außen betrifft, so würde selbst Kenntnis des Dritten vom Tode des Gesellschafters insoweit nicht entgegenstehen, als die Voraussetzungen des § 137 vorliegen, denn die Gesellschaft soll ja überhaupt als fortbestehend gelten, insoweit würden also die Erben auch die Vertretungsbefugnis ihres Erblassers haben (vgl. B.G.B. §§ 673, 168, ebenso Staub-Pinner Anm. 4).

Nr. 3. 3. **Die Geschäftsfortführung der Erben.** Die auf den Erben lastenden Verpflichtungen bestehen streng genommen erst mit dem Moment, wo die Erbenqualität definitiv feststeht (B.G.B. § 1943). Insofern ist der Wert der Vorschrift ein zweifelhafter. Doch ist es dem einstweiligen Erben unbenommen, Geschäfte des Erblassers zu besorgen, eine stillschweigende Annahme der Erbschaft liegt darin noch nicht (vgl. B.G.B. § 1959). Schlägt er nachträglich aus, so haftet er dann den wirklichen Erben wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Den Mitgesellschaftern gegenüber haften entsprechend dem Grundsatze des Fortbestandes der Gesellschaft die wirklichen Erben für culpa in concreto (Mot. z. Entw. I d. B.G.B. II S. 623, 601), denn sie gelten als an die Stelle des Gesellschafters getreten. Die einstweiligen Erben haften wie Geschäftsführer ohne Auftrag, also für omnis culpa. Bei Mehrheit von Erben ist jeder zum Handeln berechtigt, falls die Maßregel zur Erhaltung des Nachlasses notwendig ist, andernfalls haben sie zusammen zu handeln; zur Mitwirkung ist jeder verpflichtet, darum haften diejenigen Erben, die durch schuldhaftes Säumen die Gesellschaft schädigen, den Mitgesellschaftern.

Nr. 4. 4. **Absatz** 2 entspricht B.G.B. § 728 Satz 2. Der Kridar hat diesenfalls die Geschäfte nicht fortzuführen, ebensowenig der Konkursverwalter an seiner Stelle. Eine Verpflichtung zur Notifikation seitens des Kridars oder Konkursverwalters ist hier nicht vorgeschrieben. An deren Stelle greift K.O. § 111 ein. Die Verpflichtung der anderen Gesellschafter zur Fortführung dauert, bis sie mit dem Konkursverwalter anderweitig Fürsorge treffen können. Nach außen gilt bis zur Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung die Gesellschaft ohnehin dritten Nichtwissenden gegenüber als fortbestehend, sodaß diese auch den Fortbestand der Vertretungsmacht des Kridars annehmen können. Vgl. im übrigen K.O. § 28 und dazu Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 237.

5. **Das ältere Recht.** Schon das gemeine Recht (Windscheid § 408 Anm. 12) enthielt für die Erben eine ähnliche Verpflichtung, doch ließ man sie nur für culpa lata haften. Da § 137 Abs. 1 eine Vorschrift erbrechtlicher Natur ist, so gilt sie gemäß E.B.G.B. Art. 213 nur für den Fall, daß der Erblasser nach dem Inkrafttreten des B.G.B. gestorben ist. Nr. 5.

§ 138.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft aus.

Entw. I § 125, II § 136; Denkschr. I S. 99, II S. 3188; A. D. H.G.B. Art. 127.

1. Vorbemerkung. Mit § 138 beginnen die Fälle des **Fortbestandes** der Gesellschaft **trotz Ausscheidens** eines Gesellschafters. Unter **Ausscheiden** eines Gesellschafters begreift das H.G.B. gleich dem B.G.B. (§ 728) alle Fälle, in denen die Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft ihr Ende findet, gleichgültig, ob dies mit Willen (§§ 138, 139) oder ohne Willen des Ausscheidenden, und letzterenfalls, ob es kraft eines Willensaktes der übrigen Gesellschafter (§ 141) oder kraft richterlicher Entscheidung (§ 140) oder kraft Eintritts eines sonstigen Ereignisses (Tod, Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausscheidenden § 138) geschieht. Der Ausscheidende hört auf, Mitglied der Gesellschaft zu sein, aber es tritt keine Auflösung ein, sondern die Gesellschaft besteht in den Personen der übrigen Gesellschafter fort. Gemeinsame Voraussetzung aller dieser Fälle ist, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben; bleibt nur ein Gesellschafter übrig, so ist von einem Fortbestand der Gesellschaft nicht zu reden. Wohl aber hat nach § 142 der übrigbleibende unter gewissen Voraussetzungen das Recht, das Geschäft zu übernehmen und es können bei Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern die Beteiligten den Fall entsprechend § 138 regeln (vgl. § 158 Nr. 1, K.G. in Johow-Ring XLIII 102 = Entsch. F.G. XII S. 56). Dabei mag hier nochmals (vgl. § 130 Nr. 1) hervorgehoben werden, daß zwei Gesellschafter dann übrig bleiben können, wenn bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft der eine ausscheidet und an dessen Stelle gleichzeitig ein anderer eintritt (R.O.H.G. XIV S. 151, Bolze IX Nr. 478, Johow XI S. 19). Nr. 1.

Da in den Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters keine Auflösung der Gesellschaft eintritt, so ist auch von einer Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern keine Rede, es greift weder eine Liquidation noch eine sonstige Art der Auseinandersetzung unter ihnen Platz. Der ganze fünfte Titel bleibt hier außer Anwendung. Vielmehr handelt es sich um eine Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem Ausscheidenden. Über diese Auseinandersetzung enthält das H.G.B. grundsätzlich keine Bestimmung. Es beschränkt sich darauf, den Zeitpunkt des Ausscheidens und in einem Falle (§ 140) den für die Auseinandersetzung hinsichtlich der Vermögenslage der Gesellschaft maßgebenden Zeitpunkt festzusetzen, während es im übrigen die Regelung dem B.G.B. überläßt (B.G.B. §§ 738—740). Anders für den Fall, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt. Hier findet streng genommen eine Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und dem Zurückbleibenden statt. Doch läßt unter gewissen Voraussetzungen auch hierauf § 142 die Bestimmungen über das Ausscheiden entsprechende Anwendung finden.

2. § 138 setzt voraus, daß der **Gesellschaftsvertrag** die Fortdauer der Gesellschaft bestimmt, gleichgültig, ob der Gründungsvertrag oder ein Zusatzvertrag, sofern nur der Ausscheidende dabei mitwirkte. Es ist auch nicht stets notwendig, daß die Vereinbarung vor der Auflösung der Gesellschaft erfolgte, wie die Mot. z. Entw. I d. B.G.B. II S. 630 meinen. Freilich wird dies in § 138 als Normalfall voraus- Nr. 2.

gesetzt, wie schon die Bezugnahme auf den Zeitpunkt der sonst eintretenden Auflösung lehrt, und es trifft auch für den Fall zu, daß ein nachträgliches Mitwirken des ausscheidenden Gesellschafters unmöglich ist (Fall des Todes), aber im Falle der Kündigung seitens eines Gesellschafters ist, wie bei § 132 Nr. 3 bemerkt wurde, auch nach der Auflösung eine Vereinbarung dieses Inhaltes zwischen dem Kündigenden und den anderen Gesellschaftern möglich.

Nr. 3. 3. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages muß auf **Fortbestand der Gesellschaft** gerichtet sein. Sie kann dabei eine oder einzelne Eventualitäten ins Auge fassen, oder sie kann allgemein lauten, sie kann auch den Fall betreffen, daß dieselbe Eventualität bei mehreren Gesellschaftern gleichzeitig eintritt. Bestand z. B. die Gesellschaft aus A, B, C, D, E, so kann bestimmt sein, daß wenn A und B kündigen, die Gesellschaft zwischen C, D, E fortbestehen solle. Der Gesellschaftsvertrag kann auch von vornherein festsetzen, daß ohne Kündigung von den drei Gesellschaftern A, B, C der eine nach Ablauf von 3 Jahren ausscheiden und die Gesellschaft unter den beiden anderen fortbestehen solle. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb nicht auch der Gesellschaftsvertrag für den Fall des § 135 den Fortbestand unter den übrigen Gesellschaftern soll anordnen können, da dieser Fall dem des Konkurses durchaus parallel läuft und sogar in § 141 eine auf Ausschließung des Betreffenden gerichtete Beschlußfassung anerkannt wird (anders Goldmann S. 606, Makower S. 366, Brand Anm. 3). Stets aber müssen zwei Gesellschafter übrig bleiben.

Nr. 4. 4. **Die Wirkung** der Vereinbarung ist, daß in dem Zeitpunkt, an dem die Gesellschaft sich sonst aufgelöst hätte, der betreffende Gesellschafter ausscheidet, während die Gesellschaft von Bestand bleibt. Das Ausscheiden tritt unmittelbar ein. Eine besondere Vereinbarung wird nicht erst getroffen. Ist der Ausscheidende also minderjährig, so ist eine obervormundschaftliche Genehmigung zum Ausscheiden nicht in Frage stehend (L.G. Breslau bei Kaufmann IX S. 100). Hinsichtlich der Firma vgl. § 24 Nr. 2, über die Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft s. den Anhang zum fünften Titel, über die Haftung des Ausscheidenden für Schulden der Gesellschaft bei § 159, über die Eintragung des Ausscheidenden bei § 143 Nr. 3 ff.

Nr. 5. 5. Der Ausscheidende kann natürlich mit Zustimmung der Gesellschafter nachträglich wieder **eintreten**.

6. Das ältere Recht (Art. 127) stimmte überein.

§ 139.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe

der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1 bis 4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

Entw. I § 126, II § 137; Denkschr. I S. 99—101, II S. 3188.

Literatur: Staub bei Gruchot XLII S. 611 ff. und in seinem Kommentar zu § 139, Viezens in Z. XXXV S. 96 ff., Geiger in L.Z. 1910 S. 120, Heine ebenda 09 S. 766 ff., 1910 S. 613, Sames, die Rechtsstellung der Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 H.G.B. Diss. 1903; Düringer-Hachenburg IV S. 160 ff.

1. **Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben.** Wie nach bürgerlichem Recht (vgl. Mot. zum Entw. I des B.G.B., II S. 623), so kann nach Handelsrecht durch den Gesellschaftsvertrag, sei es den ursprünglichen, sei es den abgeänderten — bestimmt werden, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Die Bestimmung kann bei jeder offenen H.G., auch einer solchen, die aus nur zwei Gesellschaftern besteht, vereinbart werden. Letzterenfalls käme das Verhältnis des überlebenden Gesellschafters zu den Erben des Verstorbenen in Betracht. Die Bestimmung kann einen Gesellschafter und kann alle Gesellschafter betreffen. Es kann die Fortsetzung mit bestimmten Erben (z. B. nur den gesetzlichen oder nur den testamentarischen) oder mit den Erben des Verstorbenen schlechthin vereinbart sein (v. Hahn zu Art. 123 § 4). Die Fortsetzung kann zeitlich unbegrenzt oder begrenzt (vgl. R.G. in L.Z. 1912, S. 669), unbedingt oder bedingt angeordnet werden. Stets aber muß die Vereinbarung vor dem Tode des betr. Gesellschafters getroffen sein. Eine unter den übrigen Gesellschaftern mit den Erben nach dem Tode des Gesellschafters getroffene Vereinbarung enthält die Neubegründung einer Gesellschaft (Viezens in Z. XXXV S. 97 ff.) und ist jedenfalls dem Wortlaut des § 139 nicht entsprechend (anders K.G. in Johow-Ring XXVI A 219 ff., welche Entscheidung solchenfalls eine Fortsetzung der Gesellschaft durch Vertrag zwischen den Gesellschaftern und den Erben gestattet, ja sogar in der Richtung der Umwandlung der offenen HG. in eine Kommanditgesellschaft). Es muß sich ferner um eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern handeln, eine Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Erben würde ebensowenig genügen als die bloße letztwillige Anordnung des Erblassers (Viezens S. 107, 108). Nr. 1.

Die Vereinbarung muß zwar nicht mit ausdrücklichen Worten die Fortsetzung mit den Erben erklären, aber doch die deutliche Willensrichtung auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben enthalten z. B. durch Bestimmungen, die nur bei dieser Annahme verständlich sind (vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 160). Die bloße Angabe einer Zeitbestimmung, aus deren Länge sich die Dauer des Gesellschaftsvertrages über den Tod dieses Mitgliedes oder aller Mitglieder ergibt, fällt nicht darunter. Hier handelt es sich vielmehr um eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft (oben § 134). Anders, wenn zum Ausdruck gebracht ist, daß für den inzwischen mit dem Tode abgehenden Gesellschafter dessen Erbe eintreten solle (Viezens S. 106).

Die Vereinbarung muß die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem oder allen Erben bestimmen. Als Erbe hat nur der zu gelten, der nach bürgerlichem Recht Erbenqualität besitzt, folglich fallen nicht hierunter Vermächtnisnehmer, ferner im Zweifel nicht die bloß mit dem Pflichtteil bedachten Pflichtteilsberechtigten (B.G.B. § 2304), ferner nicht die Nachfolger in ein Lehn-, Familienfideikommiß oder bäuerliches Gut, die nicht zugleich Allodialerben sind, endlich nicht Dritte, die überhaupt nicht von Todes wegen sukzedieren. Würde der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthalten, mit einer solchen Person das Gesellschaftsverhältnis nach dem Tode eines Gesellschafters fortzusetzen (vgl. z. B. die Entsch. des O.L.G. Colmar bei Kaufmann 1910, S. 57), so läge darin einmal die Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den Überlebenden fortbestehen solle, sodann die gegenseitige Verpflichtung, den Dritten als Gesellschafter später aufzunehmen (pactum de societate ineunda cum tertio vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 80 vgl. bei § 109 Nr. 3). Gleichgültig ist, ob der Erbe gesetzlicher, testamentarischer oder Vertragserbe ist, ob gewöhnlicher oder Ersatzerbe, auch der Nacherbe kann darunter fallen. Lautete der Gesellschaftsvertrag dahin (vgl. den Fall im R.G.Z. XVI S. 41 ff.), daß die Gesellschaft mit dem Vorerben und Nacherben fortgesetzt werden soll, so würde die Fortsetzung sich zunächst auf den Vorerben und erst mit Eintritt des für den Nacherben in Frage kommenden Zeitpunktes des Anfalls sich auf den Nacherben erstrecken. Ob der zu jenem Zeitpunkt am Leben befindliche Vorerbe in der Gesellschaft verbleiben oder bei Eintritt des Nacherben ausscheiden solle, wäre Auslegungsfrage. Dagegen würde eine Vereinbarung, daß nur mit dem Nacherben die Gesellschaft fortgesetzt werden solle, nur dann wirken, wenn dieser zur Zeit des Todes des Erblassers durch den Fortfall des Vorerben als Ersatzerbe eingerückt wäre (B.G.B. § 2102 Abs. 1). Wird dagegen der Vorerbe Erbe, so ist eine Fortsetzung ausgeschlossen, weil der Nacherbe noch nicht Erbe ist (vgl. B.G.B. § 2100), anders für das ältere Recht Viezens S. 110). Die entgegengesetzte Auffassung (Sames S. 28) führt dazu, daß der Vorerbe abzufinden ist, der Anteil des Erblassers den übrigen Gesellschaftern zuwächst, dann nach Jahren der Nacherbe eintritt, die Einlagen wieder einbringen muß usw., Konsequenzen, bei denen von einer „Fortsetzung" mit dem Nacherben kaum gesprochen werden kann. Die Vereinbarung, daß die Gesellschaft, mit den „Erben und Erbeserben" eines Gesellschafters fortgesetzt werden solle, würde nur mit Bezug auf die Erben wirken, denn die „Erbeserben" sind nicht Erben des Gesellschafters (vgl. auch Viezens S. 116, 117).

Die Vereinbarung kann an Bedingungen geknüpft sein, z. B. daß der Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers großjährig oder kaufmännisch vorgebildet sei, daß er männlich, ledig, Inländer, am Orte befindlich sei (Viezens S. 118) oder daß die überlebenden Gesellschafter einstimmig oder durch Mehrheitsbeschluß sich für die Fortsetzung entscheiden (R.G. im Recht 1912 Nr. 1232). Defiziert die Bedingung, so ist die Gesellschaft aufgelöst, falls nicht der Fortbestand unter den übrigen Gesellschaftern für diesen Fall vereinbart war. Die Hinzufügung eines dies a quo (der Erbe soll nach 5 Jahren eintreten), wäre unzulässig (Sames S. 36).

Nicht fällt unter § 139 die Vereinbarung, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters dessen Erbe das Recht des Eintritts haben soll. Hierin würde liegen einmal die in § 131 Nr. 4 behandelte Vereinbarung, sodann der Abschluß eines pactum de ineunda societate zugunsten der Erben.

Ist bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft Erbe der überlebende Gesellschafter, so ist natürlich die Gesellschaft aufgelöst (Düringer-Hachenburg IV S. 181).

Nr. 2. 2. **Wirkung der Vereinbarung.** Die Wirkung ist, daß der Erbe mit dem Erbanfalle (B.G.B. §§ 1922, 1942) Gesellschafter kraft Gesetzes wird (so auch R.G.Z. XVI S. 56 ff.), demnach mehrere Erben mehrere Gesellschafter (R.G. bei Holdheim 05 S. 233). Denn wenn der Erbe befugt sein soll, sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären, so muß er Gesellschafter geworden sein. Demnach tritt der Erbe nicht erst dem Gesellschaftsvertrage bei (so Lastig in Endemann's Hdb. I S. 413), sondern die Gesellschaft besteht kraft Gesetzes mit ihm fort. Auch die Auffassung wäre unrichtig, daß er als Universalsukzessor in alle Rechte und Pflichten des Erblassers einrückte, vielmehr wären mehrere Erben lauter selbständige Gesellschafter und würden nicht bloß die Person ihrers Erblassers vertreten (so auch

Viezens S. 144). Seine Eigenschaft als Erbe ist Voraussetzung der Gesellschafterqualität. Ohnehin ist eine Universalsukzession in die Stellung eines Mitgliedes der offenen Handelsgesellschaft ein innerer Widerspruch.

Aber der Erbe wird Gesellschafter nicht endgültig. Einmal ist klar, daß, wenn er die Erbschaft innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Frist ausschlägt, er niemals Gesellschafter geworden ist. Deshalb liegt ein Schwebezustand (richtiger resolutiv bedingter Rechtszustand) vor. Solange der Unsicherheitszustand dauert, werden von der Person des Erben abhängige Auflösungsgründe für die Gesellschaft nicht durch die anderen Gesellschafter geltend gemacht werden können, z. B. daß der Erbe in Konkurs geraten ist. Auch Tod des Erben während der Ausschlagungsfrist würde dahin zählen, da dann seine Erben immer noch die Erbschaft ausschlagen können (z. T. anders Heine in LZ. 09 S. 767). Aber auch, wenn er die Erbschaft annimmt, hat er unter gewissen Voraussetzungen das Recht, zu verlangen, daß ihm die Stellung als Kommanditist eingeräumt wird, und wenn dies nicht geschieht, das Austrittsrecht. Und endlich wird er, ungeachtet er weder von dem einen noch dem andern Recht Gebrauch macht, falls die Gesellschaft sich binnen einer bestimmten Frist nach dem Tode des Erblassers auflöst, hinsichtlich der Haftung für die Geschäftsschulden nur als Erbe behandelt. Alle diese Punkte sind spezieller zu betrachten.

Nr. 3. **3. Der Erbe schlägt die Erbschaft aus.** Durch Ausschlagung der Erbschaft innerhalb der nach bürgerlichem Recht zulässigen Frist (B.G.B. § 1944 ff.) erzielt der Erbe, daß er nie Gesellschafter gewesen ist. Da aber der Erbe nicht mehr ausschlagen kann, wenn er einmal die Erbschaft angenommen hat (B.G.B. § 1943), so wird im konkreten Falle zu prüfen sein, ob er nicht durch Besorgung gesellschaftlicher Geschäfte die Erbschaft angenommen hat. Insbesondere wird dies dann zu gelten haben, wenn den Hauptbestandteil der Erbschaft der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen bildete. Doch würde jedenfalls in der Fortführung der Geschäfte des Erblassers bei Gefahr im Verzuge solche Annahme nie zu erblicken sein (vgl. § 137). Auch in der Stellung des Antrages aus § 139 Abs. 1 an die übrigen Gesellschafter liegt solche Annahme der Erbschaft noch nicht (a. A. Sames S. 26). Fällt derjenige Erbe, mit dem die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, durch Ausschlagung fort, so ist die Gesellschaft aufgelöst (Viezens S. 123), wenn nicht für diesen Fall Fortsetzung unter den übrigen vorgesehen war. Soll allgemein der „Erbe" die Gesellschaft fortsetzen, so tritt an Stelle des Ausschlagenden der nächste Anfallsberechtigte, selbst wenn inzwischen der Nachlaßkonkurs über das Vermögen des Erblassers eröffnet ist.

Nr. 4. **4. Annahme der Erbschaft durch den Erben.** Nimmt der Erbe die Erbschaft an, so kann er aus freiem Willensentschluß, ohne die übrigen Gesellschafter zu fragen, in der Gesellschaft verbleiben als gewöhnlicher Gesellschafter. Dann haftet er für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt nach § 130, auch wenn er für die Schulden des Erblassers nur beschränkt haftete. Die unbeschränkte Haftung als Gesellschafter, wie die beschränkte als Erbe laufen dann neben einander. Wird also der Nachlaßkonkurs eröffnet, so haben die Gesellschaftsgläubiger einerseits den Zugriff in das eigene Vermögen des Erben, andererseits den Zugriff in den Nachlaß, letzteren freilich nur wegen der vor dem Tode des Erblassers begründeten Gesellschaftsschulden. — Da die Ehefrau im gesetzlichen Gütersystem zur Annahme der Erbschaft der Zustimmung des Ehemannes nicht bedarf, ist sie durch Annahme der Erbschaft in der Lage, ihr eingebrachtes Gut für die ererbten Gesellschaftsschulden haftbar zu machen. Der Erbe kann aber auch die Mitgesellschafter vor die unter 5 zu besprechende Alternative stellen.

Nr. 5. **5. Der Erbe enthält sich zunächst jeder Erklärung darüber, ob er die Erbschaft annehme oder ausschlage.** Dann kann er die übrigen Gesellschafter vor die Wahl stellen, ihm die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen oder ihn aus der Gesellschaft ausscheiden zu lassen. Dies hat er durch eine an die übrigen Gesellschafter (nicht an die Gesellschaft) binnen bestimmter Frist gerichtete (mündliche oder schriftliche) Erklärung zu tun. Die Frist beträgt drei Monate a die scientiae des Erbanfalls, und falls sein Recht zur Ausschlagung der Erbschaft bis dahin nicht verloren ist, endigt sie erst mit der Ausschlagungsfrist. Ist er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und hat er keinen gesetzlichen Vertreter, so endigt

sie erst mit dem Ablauf von drei Monaten, nachdem ein gesetzlicher Vertreter bestellt oder der Erbe selbst unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist (B.G.B. § 206). (Vgl. hierzu bei § 27 Nr. 5). Ist Erbe eine geschäftsfähige Ehefrau und gehört der Gesellschaftsanteil zum eingebrachten Gut, so kann sie allein an die übrigen Gesellschafter die Wahlaufforderung richten, denn es handelt sich um ein jus personalissimum (Düringer-Hachenburg I S. 69, anders die überwiegende Meinung). Der Inhalt der Erklärung ist, „daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils des Erblassers (bezw. des durch den Gesellschaftsvertrag für diesen Fall bestimmten Gewinnanteiles) die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditäteinlage anerkannt wird" [1]). Die Mitgesellschafter können sich zustimmend und nicht zustimmend verhalten:

Nr. 6. a) Verhalten sie sich ablehnend oder erklären sie sich nicht, so kann der Erbe kündigen, nachdem er inzwischen die Erbschaft angenommen hat. Er ist dann bis zum Moment der Kündigung Gesellschafter gewesen, darum sind seine von ihm als Gesellschafter vorgenommenen Rechtsakte, auch die für die Gesellschaft vorgenommenen Vertretungsakte, gültig, nimmt er am Gewinn Anteil usw. Dagegen haftet er für die bis zu jenem Moment entstandenen Gesellschaftsschulden nur insoweit, als er für die Schulden des Erblassers haften würde (B.G.B. § 1965), demnach hat hier der Nachlaß auch Gesellschaftsschulden zu tragen, die erst nach dem Tode des Erblassers entstanden sind, alle diese sind Nachlaßverbindlichkeiten. Doch werden die Nachlaßgläubiger den Vorrang vor solchen Gesellschaftsgläubigern haben. Hatte der Erbe aus seinem Privatvermögen Gesellschaftsschulden bezahlt, so kann er sie vom Nachlasse und von der Gesellschaft ersetzt verlangen, dagegen hat er keinen Rückforderungsanspruch gegen den befriedigten Gläubiger. Die Kündigung braucht er nicht sofort, muß sie aber spätestens bis zum Ablauf der oben angegebenen Frist vornehmen. Läßt er die in Abs. 3 normierte Frist ohne Kündigung verstreichen, so ist er, vorausgesetzt, daß er die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, offener Gesellschafter. Verzichtet er vor Ablauf der Frist ausdrücklich auf die Kündigung, so ist er definitiver Gesellschafter geworden. Darin würde aber zugleich eine Annahme der Erbschaft liegen, denn da das eine ohne das andere nicht angeht, so liegt in dem Verbleiben in der Gesellschaft zugleich die Erklärung der Erbschaftsannahme. Da er offener Gesellschafter geworden ist, so haftet er gemäß § 130 für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft und ist er gemäß § 107 zum Handelsregister anzumelden.

Nr. 7. b) Nehmen sie dagegen seinen Antrag an, so verwandelt sich, falls der Erbe die Erbschaft bereits angenommen hatte, damit die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft. Diese Kommanditgesellschaft setzt die alte offene Handelsgesellschaft fort, darum wird bei minderjährigen Gesellschaftern B.G.B. § 1822 Abs. 3 nicht anwendbar sein. Einer besonderen Übertragung des Vermögens an sie bedarf es nicht. Die Gläubiger der früheren offenen Handelsgesellschaft sind Gläubiger der neuen Kommanditgesellschaft (Denkschr. II S. 3194). Hinsichtlich der Anmeldung zum Handelsregister bei § 162 Nr. 4. Der Erbe-Kommanditist haftet für die bis zur Annahme des Antrages entstandenen Gesellschaftsschulden nur insoweit, als er für die Schulden des Erblassers haften würde, der Nachlaß trägt alle diese Schulden, diese Schulden werden Nachlaßverbindlichkeiten, auf welche sich die §§ 2014, 2015, B.G.B., 782 Z.P.O. beziehen. Hatte der Erbe sie bereits bezahlt, so wird er vom Gläubiger das Bezahlte nicht kondizieren, wohl aber von dem etwa getrennten Nachlaß Erstattung verlangen können. Auch wird man den Nachlaßgläubigern wohl ein Vorzugsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern, deren Forderungen erst nach dem Tode des Erblassers entstanden sind, geben müssen. Für die von nun ab kontrahierten Gesellschaftsschulden haftet er dagegen nach Maßgabe der §§ 171, 172, 176. Dagegen greift § 173 nicht Platz. Hatte der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen, so besitzt die Annahme des Antrages durch die übrigen Gesellschafter in Wahrheit nur

---

[1]) Die von Staub bei Gruchot XLII S. 613 aufgestellte Meinung, es sei dieses Recht an die Voraussetzung, daß der Erblasser ein Aktivkonto hat, geknüpft, ist in der 8 Aufl. des Komm. aufgegeben.

die Natur einer Offerte zum Abschluß des Kommanditgesellschaftsvertrages, der erst mit Antritt der Erbschaft perfekt wird. Würde der Erbe nachträglich die Erbschaft ausschlagen, so wäre die Annahme seitens der Gesellschafter ohne Wirkungen. Daß dies für die übrigen Gesellschafter lästig ist, ist nicht zu leugnen. Aber sie können ja die Annahme des Antrages verweigern, bis der Erbe ihnen die Annahme der Erbschaft erklärt hat.

6. Es ist denkbar, daß einer von mehreren Erben, auf die der Gesellschaftsvertrag Bezug nimmt, die Erbschaft ausschlägt, ein anderer sie annimmt und persönlich haftender Gesellschafter bleibt, ein dritter zunächst die Mitgesellschafter vor die Wahl stellt, ja daß diese möglicherweise den Antrag des einen Erben annehmen, den des anderen ablehnen. Je nach Lage der Sache kann sich dann das Verhältnis der einzelnen Erben nach innen und nach außen verschieden gestalten. Der eine kann unbeschränkt haftender Gesellschafter bleiben, der andere Kommanditist werden, der dritte ganz ausscheiden. Dabei ist jedoch zu beachten, daß vor erfolgter Erbenauseinandersetzung nicht jeder Miterbe für sich frei in der Entschließung ist, sondern § 2033 Abs. 2, § 2040 B.G.B. Platz greift. In der Antragstellung kann eine Verfügung über den Nachlaßanteil erblickt werden (Staub-Pinner Anm. 7). Hatte der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit allen Erben des Verstorbenen angeordnet, so würde durch Ausschlagung nur eines Erben die Fortsetzung unmöglich gemacht. Kommen Vor- und Nacherben in Frage, so liegt die Entscheidung nur bei den Vorerben (Staub-Pinner Anm. 4). Nr. 8.

7. **Löst sich die Gesellschaft innerhalb der Frist des Abs. 3 auf,** [1]) ohne daß der Erbe ausgeschieden oder Kommanditist geworden ist, so kann er nicht als persönlich haftender Gesellschafter belangt werden, vielmehr haftet er dann nur als Erbe für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden (ebenso nur als Erbe für die vom Liquidator kontrahierten Verbindlichkeiten (R.G.Z. LXXII S. 121), der Nachlaß trägt alle diese Schulden. Doch wird diese Bestimmung dann nicht anwendbar sein können, wenn der Erbe ausdrücklich erklärt hatte, persönlich haftender Gesellschafter sein zu wollen und auf seine ihm nach Abs. 1, 2 zustehenden Rechte verzichtet hatte. Wenigstens läßt sich eine Ausdehnung auch auf diesen Fall der ratio des Gesetzes nach nicht annehmen. Der Umstand, daß bald hernach (vielleicht infolge des Todes eines Mitgesellschafters) die Gesellschaft zur Auflösung gelangt, kann unmöglich allein entscheiden. Der Sinn der Bestimmung ist, daß, wenn unentschieden ist, ob der Erbe in der Gesellschaft verbleibt oder nicht, bei eintretender Auflösung der Gesellschaft das Nichtverbleiben anzunehmen ist. Ist aber einmal das Verbleiben des Erben als persönlich haftenden Gesellschafters entschieden, so ist es gleichgültig, ob die Auflösung der Gesellschaft bald darauf oder später eintritt. Nr. 9.

8. Was die **internen Beziehungen des Erben zu den Mitgesellschaftern** betrifft, so gilt: Nr. 10.

a) Verbleibt der Erbe als persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft, so steht ihm je nach der rechtlichen Lage, wie sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers darstellt, Geschäftsführungs- bezw. Vertretungsbefugnis zu oder nicht zu (R.G. bei Holdheim 05 S. 233). Besitzen nämlich alle Gesellschafter solche, ist also der gesetzliche Normalzustand vorhanden, so hat sie auch der Erbe, eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages würde seiner Zustimmung bedürfen. Hatte dagegen nur ein Teil der Gesellschafter diese Befugnisse, waren also andere davon ausgeschlossen, so zählt zu den letzteren auch der Erbe. Ein Recht darauf, daß ihm diese Befugnisse eingeräumt werden, hat er im Zweifel selbst dann nicht, wenn der Erblasser sie besaß (a. A. Lastig b. Endemann Hdb. I S. 413), noch weniger sukzediert er in die Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte, die der Erblasser als Gesellschafter hatte, wie Biezens S. 145 annimmt. Behagt ihm die Stellung eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters nicht, so kann er eben die Einräumung der Kommanditistenstellung verlangen. Denkbar ist, daß nur der Erblasser Geschäftsführung und Vertretung hatte. Diesenfalls würde durch dessen Tod

[1]) Die Auflösung kann möglicherweise aus einem in der Person des Erben liegenden Grund erfolgen, z. B. weil der Erbe in Konkurs geraten ist (§ 131 Nr. 5).

eine Neuregelung notwendig werden, da nun keiner diese Befugnis besitzt (vgl. bei § 117 Nr. 5) [1]). Wird der Erbe Kommanditist, so greifen die §§ 164, 170 Platz.

b) Eine besondere Einlageverpflichtung hat der Erbe als Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern nicht. Vielmehr haftet er lediglich als Erbe für Erfüllung der vom Erblasser übernommenen Einlageverpflichtung. Sind mehrere Miterben da, so greifen die Grundsätze des B.G.B. §§ 2058 ff. Platz, es besteht also grundsätzlich Gesamthaftung unter ihnen. Wird der Erbe Kommanditist, so soll der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als Kommanditeinlage anerkannt werden, d. h. diejenige Quote des Einlagebetrages, die bei Mehrheit von Erben auf seinen Erbteil entfällt, soll als Kommanditeinlage figurieren. War somit die Einlage auf 100000 bemessen, von denen 50000 bereits geleistet, 50000 noch rückständig sind und wird von zwei zu gleichen Teilen berechtigten Erben der eine Kommanditist, so kann dieser verlangen, daß als seine Kommanditeinlage der Betrag von 50000 anerkannt werde, von denen 25000 als geleistet gelten, er den Gläubigern der Gesellschaft somit nur noch in Höhe von 25000 hafte (§ 171). Den Überschuß des Aktivkontos über die Einlage kann er ausgekehrt verlangen (so jetzt auch Staub-Pinner § 139 A. 15).

c) Der Gewinnanteil des Erblassers kommt allen Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile zu. In dieser Beziehung wirkt ihre Erbenqualität allerdings nach. Die Erben können zusammen nicht mehr verlangen, als der Erblasser an Gewinnanteil zu beanspruchen hatte und jeder von ihnen nur so viel, als auf seinen Erbteil fällt. Hatte z. B. der Verstorbene Anspruch auf den halben Gewinn, so würde von zwei zu gleichen Teilen berechtigten Erben jeder nur Anspruch auf $^1/_4$ des Gewinnes haben. Doch kann wenigstens für den Erbenkommanditisten der Gesellschaftsvertrag den Gewinnanteil abweichend von dem des Erblassers festsetzen.

Nr. 11. 9. Der Inhalt des § 139 ist insofern **zwingenden** Rechtes, als dem Erben sein Wahlrecht und Ausscheidungsrecht, sowie das Privileg mit Bezug auf die Schuldenhaftung ohne seine Zustimmung durch den Gesellschaftsvertrag weder genommen noch beschränkt werden kann. Umgekehrt ist es nicht zulässig, die Rechte des Erben im Widerspruch mit § 139 zu erweitern, denn die Interessen der Gläubiger werden mit davon berührt. Wohl aber könnte der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der internen Beziehungen der Erben zu den Mitgesellschaftern, z. B. mit Bezug auf Geschäftsführung und Vertretung, auf Auflösung, Liquidation, Übernahme von Geschäft und Firma (vgl. R.G. in L.Z. 1912 S. 669) Bestimmungen treffen. Will sich der Erbe diesen nicht unterwerfen, so hat er das Recht, die Stellung des Kommanditisten zu wählen oder ganz auszuscheiden. Die Frage, wie weit der Erblasser den Erben auferlegen kann, in der Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter zu verbleiben, gehört dem Erbrecht an.

Nr. 12. 10. Wie steht es mit der **Anmeldung** dieser Hergänge **zum Handelsregister?** Zunächst wird das Ausscheiden des Erblassers nach § 143 Abs. 2, 3 anzumelden sein. Entschließt sich der Erbe als persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft zu verbleiben, so ist sein Eintritt nach § 107 bezw. § 108 anzumelden. Wird er Kommanditist, so erfolgt die Anmeldung der Kommanditgesellschaft in Gemäßheit der §§ 162 Abs. 3, 161 Abs. 2, 108 Abs. 1. Erklärt der Erbe sein Ausscheiden, so wird auch diese Tatsache zum Handelsregister anzumelden sein, obwohl der Erbe noch nicht vorher als Gesellschafter eingetragen war. Löst sich die Gesellschaft nachträglich auf, so greift § 143 Abs. 1 Platz. So lange nur das Ausscheiden des Erblassers eingetragen und bekannt gemacht ist, darf der Dritte den Fortbestand der Gesellschaft annehmen, dagegen hat für ihn die Frage, ob der Erbe wirklicher, endgültiger Gesellschafter geworden ist, eine offene zu sein (a. A. Viezens S. 136, der dem Dritten nicht einmal das Recht gewährt, den Fortbestand der Gesellschaft anzunehmen). Denn wenngleich es richtig ist, daß zunächst der Erbe ohne Weiteres Gesellschafter geworden ist (s. oben Nr. 2), so steht es doch materiellrechtlich nicht

[1]) Dies entspricht nicht der herrschenden Auffassung, nach der der Erbe schlechthin in die Geschäftsführung und Vertretung des Verstorbenen eintritt. Allein die Konsequenzen der herrschenden, mit der Natur der Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte in Widerspruch stehenden Auffassung führen zu wenig angemessenen Resultaten (so jetzt auch Staub-Pinner Anm. 14).

fest, ob er nicht noch die Erbschaft ausschlagen wird, und selbst wenn er sie annimmt, kann er ja noch Kommanditist werden oder ganz austreten. Zweckmäßig dürfte es freilich sein, durch eine Eintragung auf den Schwebezustand hinzuweisen, besonders wenn nur ein Gesellschafter außer dem Erben in Frage kommt.

11. Dem **älteren** Recht war die Bestimmung unbekannt. Die Judikatur des Reichsgerichts (R.G.Z. XVI S. 56) nahm an, daß der Erbe, falls der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm festgesetzt hatte, von Rechts wegen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft werde und als solcher solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der Gesellschaft hafte, eine Haftung, der er sich nur durch rechtzeitige Ausschlagung der ganzen Erbschaft entziehen könne. § 139 findet auf alle Fälle Anwendung, in denen der Erblasser nach dem Inkrafttreten des B.G.B. gestorben ist (vgl. K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 81 ff., dagegen Sames 80 ff., der Art. 170 E.B.G.B. gelten läßt). Nr. 13.

§ 140.

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen.

Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.

Entw. I § 127, II § 138; Denkschr. I S. 101, II S. 3189; A. D. H.G.B. Art. 128.

1. Vorbemerkung. **§ 140 geht dem B.G.B. § 737 parallel**, weicht aber in zwei Beziehungen vom letzteren ab. Nach bürgerlichem Recht ist die Ausschließung eines Gesellschafters aus in dessen Person liegenden wichtigen Gründen nur dann gestattet, wenn in dem Gesellschaftsvertrage bei Kündigung eines Gesellschafters der Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen vereinbart war. Nach Handelsrecht gilt diese Beschränkung nicht. Die Ausschließung des Gesellschafters ist schlechthin zugelassen, nicht bloß bei Gesellschaften mit unbestimmter, sondern auch bei solchen mit bestimmter Dauer, demnach auch dann, wenn freie Kündigung überhaupt ausgeschlossen ist. — Nach bürgerlichem Recht erfolgt andererseits die Ausschließung durch gemeinschaftliche Erklärung der übrigen Gesellschafter. Dies entspricht dem Kündigungsrecht, das B.G.B. § 723 bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes gewährt. Nach Handelsrecht erfolgt dagegen die Ausschließung durch gerichtliche Entscheidung auf Klage, (Einrede genügt nicht R.G. im Recht 1913 Nr. 2622) der übrigen Gesellschafter. Dies entspricht dem § 133. Nr. 1.

2. Die **Ausschließung aus** § 140 ist nur möglich, **wenn mindestens zwei Gesellschafter** übrig bleiben. Waren nur zwei Gesellschafter vorhanden, so ist Ausschließung des einen von ihnen nach § 140 unzulässig (R.O.H.G. XI S. 160, R.G.Z. VII S. 131). Vielmehr greift dann § 142 Platz. Die Ausschließung scheint sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nur gegen einen einzelnen Gesellschafter richten zu dürfen, so daß, liegen in den Personen mehrerer Gesellschafter wichtige Gründe für die Auflösungsklage vor, entweder auf Auflösung nach § 133 zu klagen, oder die Ausschließung des einen und des andern gesondert zu erzielen wäre. Indessen wird man das Gesetz wohl dahin auszulegen haben, daß in einer Klage die Ausschließung mehrerer Gesellschafter verlangt werden kann, so daß schließlich nur der Kläger übrig bleiben könnte, das Resultat also ähnlich § 142 wäre (hierzu Höpker-Aschoff in D.J.Z. 1910 S. 1076). Nr. 2.

3. Die Ausschließung erfolgt durch **rechtskräftige Entscheidung des Prozeßgerichts.** Die Ausschließungsklage richtet sich gegen den betreffenden Gesellschafter und wird erhoben von allen übrigen Gesellschaftern, nicht etwa von der Gesellschaft Nr. 3.

durch einen vertretenden Gesellschafter. Das Urteil hat auch hier konstitutive Kraft. Bis zur Rechtskraft des Urteils bleibt also der Beklagte Gesellschafter. Doch kann ihm auch hier durch einstweilige Verfügung Geschäftsführung und Vertretung entzogen werden. Über den Gerichtsstand Z.P.O. §§ 22, 17, 13. — Die Klage auf Ausschließung ist nicht etwa in der Klage auf Auflösung enthalten, derart, daß das Gericht nach freiem Ermessen statt der Auflösung die Ausschließung eines Gesellschafters aussprechen kann. Denn das Gesetz verlangt einen auf Ausschließung gerichteten Antrag der übrigen Gesellschafter. Und noch weniger liegt umgekehrt in der Klage auf Ausschließung die Klage auf Auflösung. Vielmehr ist jedes ein selbständiges, vom andern zu trennendes Rechtsmittel (R.G.Z. XXIV. S. 140). Wohl aber ist gestattet, die Anträge auf Auflösung und auf Ausschließung äußerlich zu verbinden, derart, daß, falls das Gericht nicht die Auflösung für gerechtfertigt erachte, es auf Ausschließung erkennen solle (vergl. R.O.H.G. VI Nr. 22). Auch kann ein Gesellschafter auf Auflösung und es können die übrigen auf Ausschließung dieses Gesellschafters klagen (Klage und Widerklage). Einredeweise Geltendmachung genügt nicht.

Nr. 4. 4. **Kläger.** Die Klage ist von den sämtlichen (geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden) Gesellschaftern zu erheben, oder es müssen doch wenigstens die als Kläger auftretenden die Zustimmung der übrigen dazu erbringen (Keyßner, Erhaltung S. 44). Weigert sich auch nur einer, den Klageantrag mit zu stellen, so bleibt nur die Klage auf Auflösung. Auch kann durch Gesellschaftsvertrag die Ausschließung für unzulässig erklärt werden. Dann ist die Klage versagt (anders im Falle des § 133).

Nr. 5. 5. **Klagegrund** ist das Vorliegen einer justa causa für die Auflösung in der Person des Beklagten (vgl. hierüber bei § 133 Nr. 4). Daß der Beklagte gerade in Schuld war, wird auch hier nicht verlangt (so würde z. B. infolge geistiger Krankheit eintretende Geschäftsunfähigkeit hierher gehören, Seuffert LII Nr. 33). Mit Recht hat aber das Reichsgericht auf die schwerwiegende Wirkung gerade dieser Maßregel hingewiesen und darum einen besonders strengen Maßstab hinsichtlich der Wichtigkeit des Ausschließungsgrundes empfohlen. Regelmäßig wird es sich also um eine Verschuldung, und zwar schwere Verschuldung des Beklagten gegen die Mitgesellschafter handeln müssen. Dabei wird darauf zu achten sein, welches Verhalten sonst unter den Gesellschaftern beobachtet wurde, da möglicherweise eine an sich die Ausschließung rechtfertigende Tatsache infolge des Verhaltens der übrigen Gesellschafter, die es auch nicht besser machten, diesen Charakter einbüßen kann. (R.G.Z. XVIV S. 139, Busch VIII S. 212 ff.). Natürlich kann der Vertrag selbst Ausschließungsgründe aufstellen. — Nicht mehr auf Ausschließung geklagt werden kann, wenn die Gesellschaft infolge eines in der Person des Beklagten eintretenden Grundes bereits aufgelöst ist.

Nr. 6. 6. Mit der Rechtskraft des die Ausschließung aussprechenden Erkenntnisses ist der Gesellschafter **ausgeschieden.** Unter den übrigen Gesellschaftern besteht die Gesellschaft fort. Hinsichtlich Fortführung der Firma § 24. Streng genommen müßte für die Auseinandersetzung zwischen dem ausgeschlossenen Gesellschafter und der Gesellschaft der Vermögensstand der Gesellschaft im Moment der Rechtskraft des Urteils maßgebend sein. Doch nimmt aus Zweckmäßigkeitsgründen Abs. 2 den Moment der Klageerhebung als maßgebend an. Demgemäß hat er an dem Gewinn und Verlust des nachher abgeschlossenen Geschäfts keinen Anteil (B.G.B. § 740).

7. Über die **Wirkung** des **Ausscheidens** nach **außen** § 143 Abs. 2, § 15. Verjährung § 159.

Nr. 7. 8. Löst sich vor der Rechtskraft des die Ausschließung aussprechenden Erkenntnisses die Gesellschaft (z. B. durch Kündigung) auf, so wird die Klage gegenstandslos, a. A. Ritter in Z.H.R. LXIX, S. 287 ff., Staub-Pinner Anm. 1, Flechtheim in J.W. 1911, S. 176, dagegen wieder Hachenburg ebenda S. 430.

Nr. 8. 9. Kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschafter selbst einen Gesellschafter unter den in § 140 angegebenen Voraussetzungen ausschließen können? Dies ist zweifellos zu bejahen. (Vergl. auch Renaud, C.G. S. 495). Es ist nicht abzusehen, warum, was im

B.G.B. (§ 737) Rechtens ist, nicht nach Handelsrecht vereinbart werden dürfte. Nur darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden (R.O.H.G. XXI S. 84ff., R.G.Z. XXXVIII S, 121ff., ein Erkenntnis, das aber zu weit geht). Das Urteil hätte dann keine konstitutive, sondern eine deklaratorische Kraft. A. A. Staub-Pinner § 140 Anm. 6, Goldmann Anm. 16 u. a. Der Auseinandersetzung ist dann der Moment der Ausschlußerklärung zugrunde zu legen. Umgekehrt kann der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters regieren, welchenfalls nur die Klage auf Auflösung (§ 133) bleiben würde (Staub-Pinner § 140 A. 4, a. A. Alexander-Katz im Z.H.R. LXX S. 84ff.)

10. Der ausgeschlossene Gesellschafter kann natürlich mit Zustimmung der Nr. 9.
übrigen Gesellschafter wieder eintreten.

11. Das ältere Recht (Art. 128, 130 Abs. 1) stimmt überein.

§ 141.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus.

Diese Vorschriften finden im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe Anwendung, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

Entw. I § 128, II § 139; Denkschr. I S. 101, II S. 3189; A.D.H.G.B. Art. 132.

Das in § 141 anerkannte Recht der übrigen Gesellschafter, bei Aufkündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters oder bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, ist dem bürgerlichen Recht unbekannt. Dieses läßt nur eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die den Fortbestand solchenfalls ausspricht, zu (B.G.B. § 736; dazu Düringer-Hachenburg IV S. 244ff).

1. **Voraussetzung** des **Ausschließungsrechts** nach § 141 ist, daß mindestens Nr. 1.
zwei Gesellschafter übrig bleiben; über den Fall, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt, handelt § 142 Abs. 2. Die übrig bleibenden Gesellschafter müssen ferner in Ermangelung anderer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages den Beschluß einstimmig fassen. Denn es handelt sich um Forterhaltung einer an sich aufzulösenden Gesellschaft. Hatte der Gesellschaftsvertrag den Fortbestand für diesen Fall ausgesprochen, so bedarf es eines Beschlusses überhaupt nicht weiter (vgl. bei § 138). Dagegen braucht die auf Grund des Beschlusses dem Gläubiger, bezw. Konkursverwalter gegenüber ergehende Erklärung nur durch einen Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen zu erfolgen. — Beschluß und Erklärung müssen bei Kündigung durch den Privatgläubiger vor Ablauf des betr. Geschäftsjahres, also vor Eintritt des Zeitpunktes der Gesellschaftsauflösung erfolgen. Nach eingetretener Auflösung können nur sämtliche Gesellschafter mit Zustimmung des Privatgläubigers die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters herbeiführen (§ 145 Abs. 2). Bei Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters erfolgen Beschluß und Erklärung im Auflösungsstadium der Gesellschaft (§ 131 Nr. 5). Wann sie hier zu erfolgen haben, ist nicht vorgeschrieben, und es wird weder mit Staub-Pinner Anm. 4 „unverzügliche" Erklärung zu fordern noch mit Makower Anm. II und Ritter Anm. 2 dem Konkursverwalter das Recht auf Setzung einer Frist mit dem Präjudiz des Verlustes einzuräumen sein. Man wird

nur sagen können, daß sie baldtunlichst zu geschehen haben. Da der Konkursverwalter nach § 145 Abs. 2 verlangen darf, daß sich die Auflösung der Gesellschaft im Wege der Liquidation vollzieht, und da er nach § 146 hinsichtlich der Liquidation an die Stelle des Kridars tritt, wird er es in der Hand haben, die Beschlußfassung und Erklärung durch event. Anmeldung der Tatsache der Konkurseröffnung beim Registergericht herbeizuführen (vergl. Brand Anm. 3b). Nehmen die übrigen Gesellschafter unzweideutige Liquidationshandlungen vor, melden sie z. B. die Liquidation zum Handelsregister an (§ 148), so wird darin ein Verzicht auf die Befugnis des § 141 Abs. 2 zu erblicken sein. Ein nachträgliches Zurückgehen ist nur mit Zustimmung sowohl des Kridars als des Konkursverwalters zulässig.

Nr. 2. 2. Die **Wirkung** der **Beschlußfassung** und Erklärung ist, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht und daß der verschuldete Gesellschafter, bezw. Kridar mit dem Ende des Geschäftsjahres, bezw. dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung ausscheidet. Diese Zeitpunkte sind also bei Feststellung des Wertes des Gesellschaftsvermögens für die Auseinandersetzung zugrunde zu legen.

Nr. 3. 3. Das Recht der Privatgläubiger auf das Guthaben des betr. Gesellschafters kann natürlich nicht dadurch beseitigt werden, daß der Gesellschafter nachträglich wieder in die Gesellschaft eintritt. Der in § 145 Abs. 2 ausgesprochene Grundsatz ist hierauf zu übertragen, ohnehin findet solchenfalls nach allgemeinen Grundsätzen ein Anfechtungsrecht Platz.

Nr. 4. 4. Man wird § 141 auch auf den Fall anwenden dürfen, daß der **Ehemann** die Gesellschaft **kündigt** (vgl. bei § 132 Nr. 4), da die ratio hier die gleiche ist.

Nr. 5. 5. Abs. 1 war dem älteren Recht bekannt (Art. 132), dagegen nicht Abs. 2. Letzterer kann auf Gesellschaftsverhältnisse, die der Herrschaft des alten Rechts unterstehen, nicht Anwendung finden.

§ 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugnis Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung,

Entw. I § 129, II § 140; Denkschr. I S. 102, II S. 3189.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Diese nach dem Vorbild des Schweizer. Obligationenrechts (Art. 577 Abs. 2, 578) getroffene Bestimmung ist von erheblichem praktischen Wert. Sie füllt eine Lücke des früheren Rechts aus (vgl. hinsichtlich des letzteren R.O.H.G. XI Nr. 52). Bestand die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, so sind die §§ 140, 141 nicht anwendbar. Vielmehr wäre dann nur der Weg gangbar, die Auflösung der Gesellschaft durch Klage herbeizuführen (§ 133) oder nach Maßgabe der §§ 131 Nr. 5, 135 eintreten zu lassen und sich im Wege der Auseinandersetzung, ev. mit Zustimmung des Privatgläubigers (bezw. Konkursverwalters) eines

Gesellschafters (§ 145) dahin zu einigen, daß das Geschäft mit der Firma von dem an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter übernommen würde. Allein die Herbeiführung dieses Resultates hängt von der Zustimmung des die Auflösung veranlassenden Gesellschafters, bezw. dessen Privatgläubigers oder Konkursverwalters ab, und jener wird, zumal im Falle des § 133, nicht stets geneigt sein, sich darauf einzulassen. § 142 gewährt dem unschuldigen Gesellschafter eine direkte Handhabe, die **Übernahme des Geschäftes zu erzielen.**

2. **Voraussetzungen des Übernahmerechts.** Abs. 1 geht parallel dem § 140 Abs. 1, Abs. 2 dem § 141. Die Voraussetzungen entsprechen denen jener §§ durchaus, mit dem alleinigen Unterschiede, daß es hier an einer Mehrheit übrig bleibender Gesellschafter ermangelt. Im ganzen ist somit auf diese §§ zu verweisen, insbesondere ist auch hier zu bemerken, daß im Liquidationsstadium § 142 nicht mehr Platz greift (R.G.Z. LXXIV Nr. 19, Holdheim 1912 S. 77, dagegen Ritter a. a. O., z. T. Könige in L.Z. 1911 S. 690, Flechtheim a. a. O.), im einzelnen gilt: Nr. 2.

a) Nach Abs. 1 bedarf es einer gegen den schuldigen Gesellschafter gerichteten Klage seitens des anderen Gesellschafters, deren Ziel darauf geht, daß ihm gestattet werde, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktivis und Passivis zu übernehmen. Für diese Klage gilt das bei § 133, 140 Bemerkte. Sie ist nicht eine Klage auf Ausschließung, sondern auf Auflösung der Gesellschaft und eine eigentümliche Form der Auseinandersetzung. Der Richter hat die Auflösung der Gesellschaft auszusprechen und diese, nicht das „Ausscheiden" ist nachher zum Handelsregister anzumelden (§ 143 Abs. 1, vgl. auch R.O.H.G. XXI S. 193). Die Klage ist also grundsätzlich mit der aus § 133 identisch. Folglich wäre der der Klage aus § 133 wegen eines in der Person des Beklagten liegenden Grundes nachträglich hinzugefügte Antrag, den Kläger für berechtigt zu erklären, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktivis und Passivis zu übernehmen, nur eine zulässige Erweiterung des Klageantrages im Sinne von Z.P.O. § 268; folglich ist in dieser Klage stets eine Klage auf Auflösung enthalten und der Richter kann möglicherweise nur dem Antrag auf Auflösung, dagegen nicht dem auf Übernahme des Geschäfts stattgeben. Dagegen ist umgekehrt in der Klage auf Auflösung nach § 133 nicht der Antrag auf Übernahme nach § 142 enthalten. Für die Zubilligung der letzteren sind noch besondere Momente maßgebend und der bei § 140 hervorgehobene strengere Maßstab ist auch hier anzulegen. Denn sowohl in persönlicher als in vermögensrechtlicher Beziehung kann die Zuerkennung der Übernahmeberechtigung an den Kläger für den Beklagten schwerwiegende Folgen haben, und ein die normale Auflösung rechtfertigender Tatbestand genügt noch nicht, um die besonderen Folgen des § 142 gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Stets aber kann das Urteil dem Kläger nur das Recht zur Übernahme geben. Eine Verpflichtung zur Übernahme kann das Urteil nicht aussprechen. Will der Kläger von dem Recht nicht Gebrauch machen, so bleibt es bei den gewöhnlichen Folgen der Auflösung.

b) Nach Abs. 2 hat unter den Voraussetzungen des § 141 ohne Klage der andere Gesellschafter das Recht der Übernahme. Von diesem Recht kann er im Falle des § 135 erst von dem Moment ab, in dem die Auflösung der Gesellschaft eintritt, also dem Ende des Geschäftsjahres ab, Gebrauch machen, während bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mitgesellschafters das Recht sofort ausgeübt werden kann. Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht auch hier nicht.

3. **Verzicht** auf das Recht zur Übernahme ist zulässig, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es durch konkludente Handlungen. Solch' Verzicht liegt nicht in der Mitwirkung bei der Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister (§ 143). Diese ist unter allen Umständen zu gewähren. Wohl aber läge er in der Mitwirkung bei der Anmeldung von Liquidatoren, denn gerade die Liquidation soll ja nach Abs. 1 vermieden werden. Nach erfolgtem Verzicht bedarf es einer Vereinbarung mit dem anderen Gesellschafter, im Falle des Abs. 2 mit dem Konkursverwalter, bezw. dem Privatgläubiger, um das Übernahmerecht wieder zu begründen. Nr. 3.

4. Die Übernahme kann nach dem Gesetz **nur mit Aktivis und Passivis** geschehen. Auch die Firma kann der Gesellschafter fortführen (§ 24), ohne daß er der Zustimmung des anderen Gesellschafters bedarf; nur, wenn dessen Name in der Nr. 4.

Firma enthalten ist, bedarf es seiner ausdrücklichen Einwilligung (§ 24 Abs. 2, R.G.Z. LXV S. 382). Die Erklärung der Übernahme hat gegenüber dem Mitgesellschafter, im Falle des Abs. 2 gegenüber dem Privatgläubiger neben dem Gesellschafter zu geschehen. Eine schwierige Frage ist, wie sich der Übernahmeakt vollzieht. Auf Grund von Abs. 3 des § 142 nimmt eine vielfach vertretene Auffassung (vgl. bei § 158 Nr. 1) Anwachsung an, die mit der Rechtskraft des Urteils, bezw. im Falle des Abs. 2 mit der Erklärung an Privatgläubiger und Konkursverwalter sich vollziehe, so daß es keines besonderen Eigentumsübertragungsaktes an den Zurückbleibenden, demnach bei Grundstücken nicht der Auflassung an ihn bedürfe. Diese Auffassung ist praktisch sehr einleuchtend, weil sie für die Erhaltung des Unternehmens günstig ist, obwohl das Bedenken besteht, daß das Gesetz, wenn es einen solchen Hergang gewollt hätte, dies deutlich ausgedrückt hätte. Abs. 3 des § 142 scheint nur die obligatorische Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und dem Zurückbleibenden, nicht dagegen die sachenrechtliche Seite im Auge zu haben. Es würde also hinsichtlich der körperlichen Gegenstände allerdings der Tradition bezw. Auflassung an den Übernehmenden bedürfen, damit dieser Eigentümer wird. In Wahrheit liegt der Fall ja etwas anders, wie bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft. Auch macht bei dieser Ansicht der Zeitpunkt, an dem sich die Anwachsung vollziehen soll, Schwierigkeiten. Makower S. 377 nimmt in allen Fällen an, daß erst die Erklärung des Zurückbleibenden, daß er von seinem Recht Gebrauch mache, sie mit sich führe, während andere im Falle des Abs. 1 bereits dem rechtskräftigen Urteil die Wirkung beilegen. Die Praxis des Reichsgerichts hat sich über diese Bedenken jedoch hinweggesetzt und aus dem Gesichtspunkt der Anwachsung ohne Auflassung das Eigentum am Grundstück mit der Rechtskraft des Urteils erwerben lassen (R.G.Z. LXV S. 237, LXVIII Nr. 100, vgl. auch O.L.G. Stuttgart im Recht 02, S. 375 Nr. 1818). — Hinsichtlich der Schuldenhaftung vgl. § 25.[1]) § 26 wird durch § 159 ersetzt. Über die Verpflichtung des Übernehmers zur Anmeldung der Änderung des Firmeninhabers bei § 31. Sobald der Übernahmeakt nach außen perfekt geworden ist, hat die Gesellschaft zu existieren aufgehört, an die Stelle der früheren Gesellschaft ist nun ein Einzelgeschäft getreten. Folglich kann § 160 von nun an nicht mehr Platz greifen. Die Verjährung der Ansprüche gegen die frühere Gesellschaft läuft nun gegen den früheren Gesellschafter und den Einzelkaufmann gesondert, Unterbrechung und Hemmung gegenüber dem einen berühren den anderen nicht (B.G.B. § 425 Abs. 2).

Nr. 5. 5. Der Gesellschafts**vertrag** kann die Folge des § 142 Abs. 1, 2 **ausschließen**, so daß gewöhnliche Liquidation einzutreten hat (a. A. Alexander-Katz a. a. O.). Er kann umgekehrt bestimmen, daß bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Abs. 1 der unschuldige Gesellschafter durch Kündigung die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen und das Geschäft übernehmen könne, welchenfalls das Urteil des Prozeßrichters nur deklarative Kraft hätte (hierzu bei § 158). Er kann weiter eine Verpflichtung des unschuldigen Gesellschafters zur Übernahme statuieren, er kann die Übernahme der Firma oder der Passiva ausschließen. Auch während des Auflösungsstadiums kann eine Verpflichtung der Übernahme durch Vereinbarung begründet werden. Der Gesellschaftsvertrag kann auch schiedsrichterliche Entscheidung bestimmen.

6. Hinsichtlich der Auseinandersetzung Anhang zum fünften Titel.

Nr. 6. 7. Auch für den Fall **sonstiger Auflösungsgründe** kann durch den Gesellschaftsvertrag einem der Gesellschafter das Recht oder gar die Pflicht zur Übernahme des Geschäfts mit Firma, Aktivis und Passivis beigelegt werden. Ausgenommen ist nur der Fall der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen.

8. § 142 hat keine rückwirkende Kraft (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 342, O.L.G. Dresden im Recht 02, S. 617 Nr. 2863; a. A. R.G.Z. LXV S. 380).

---

[1]) Juristisch liegt der Fall freilich hier insofern abweichend, als eine besondere Schuldübernahme nicht stattfindet, denn der Gesellschafter haftet ja ohnehin aus § 128 für die Schulden.

§ 143.

Die Auflösung der Gesellschaft ist, wenn sie nicht infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das gleiche gilt von dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Ist anzunehmen, daß der Tod eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge gehabt hat, so kann, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, die Eintragung erfolgen, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Entw. I § 130, II § 141; Denkschr. I S. 103, II S. 3189; A. D. H.G.B. Art. 129.

1. Vorbemerkung. Die Auflösung der Gesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters gehören zu den in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen (§ 15), nicht etwa aus dem Gesichtspunkte, der für die Eintragung der Firmenerlöschung (§ 31) maßgebend ist. Denn das Erlöschen der Gesellschaftsfirma findet erst am Schlusse der Liquidation statt und ist besonders anzumelden (§ 157). Vielmehr sind es vornehmlich die Rücksichten auf die durch die Auflösung eintretende Beseitigung der Vertretungsbefugnis einerseits, der Haftung der Gesellschafter für nunmehr kontrahierte Verbindlichkeiten andererseits, die zur Publikmachung der Auflösung drängen. Die Gesellschafter selbst wie das Publikum sind gleichmäßig daran interessiert, von dieser einschneidenden Veränderung in Kenntnis gesetzt zu werden. Die gehörige Veröffentlichung erzwingt das Gesetz auf dreifache Art, einmal durch Androhung privatrechtlicher Nachteile für den sie unterlassenden Gesellschafter (§ 15), sodann durch Ordnungsstrafen, die der Registerrichter auferlegen kann (§ 14), endlich durch ein Verjährungsprivileg (§ 159). Nr. 1.

2. **Auflösung der Gesellschaft.** Jeder Fall der Gesellschaftsauflösung ist anmeldungs- und eintragungsbedürftig, gleichgültig ob er kraft Gesetzes ohne weiteres eintritt (§ 131), ob ein gerichtliches Urteil erforderlich ist (§ 133), oder ob eine Kündigung seitens eines Gesellschafters oder eines Dritten ihn herbeigeführt hat, gleichgültig wie sich die Auseinandersetzung vollziehen soll, ob durch Liquidation, Veräußerung des Geschäfts an einen Dritten oder Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter. Auch dann ist die Auflösung einzutragen, wenn der Auflösungsgrund sich etwa aus dem Register selbst ergeben sollte, z. B. die Zeit abgelaufen ist, für die die Gesellschaft nach dem Eintragungsvermerk bestehen sollte. Insbesondere fällt auch § 142 hierunter; diesenfalls hätte die Registerbehörde die Auflösung der Gesellschaft, nicht das Ausscheiden eines Gesellschafters einzutragen. Doch würde die inkorrekte Eintragung des Ausscheidens die gleiche Wirkung haben, wenn nur der wirkliche Tatbestand aus dem Register klar ersichtlich ist (R.O.H.G. XXI S. 193). Ausgenommen ist allein der Fall der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, er ist weder anmeldungs- noch eintragungsbedürftig. Er ist nicht anmeldungsbedürftig, demnach kann der Registerrichter die Gesellschafter zur Anmeldung nicht anhalten. Er ist aber auch nicht eintragungsbedürftig. Zwar wird eine Konkurseröffnung von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen (§ 32, 6), aber diese Eintragung hat nicht die Wirkung des § 15, und eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragung findet nicht statt. Wohl aber hat die Eintragung auch in diesem Falle die Wirkung des § 159. Dagegen ist der Fall des Konkurses eines einzelnen Gesellschafters anmeldungs- und eintragungsbedürftig. Nr. 2.

Daß die aufgelöste offene Handelsgesellschaft selbst vorher eingetragen war, ist nicht notwendige Voraussetzung. Es genügt, daß sie bestand. War sie nicht eingetragen, so ist die Errichtung und dann der Auflösungsvermerk nachträglich einzutragen (R.O.H.G. XXII S. 204, XXIII S. 227, K.G. bei Kaufmann II S. 17, IV S. 15, siehe oben bei § 106 Nr. 6).

Nur die Auflösung ist anmeldungsbedürftig, den Grund der Auflösung anzumelden sind die Gesellschafter nicht verpflichtet. Doch würde der Angabe des Grundes so wenig bei der Anmeldung wie bei der Eintragung und Veröffentlichung etwas im Wege stehen. Selbstverständlich hat die Hinzufügung des Grundes keinerlei Einfluß auf die Wirkung der Eintragung (vgl. oben bei § 106 Nr. 4). Ergibt sich aus den von den Gesellschaftern angemeldeten Tatsachen, daß diese rechtsirrtümlich die Auflösung der Gesellschaft annahmen, während vielleicht in Wahrheit nur die Voraussetzungen für das Ausscheiden vorlagen, so hat der Registerrichter die Gesellschafter auf ihren Irrtum aufmerksam zu machen. Verharren sie trotzdem bei der Anmeldung, so hat er die Auflösung einzutragen, weil darin eine dissociatio liegt.

Nr. 3. 3. **Ausscheiden eines Gesellschafters.** Auch hier ist jeder Fall des Ausscheidens anzumelden, gleichgültig ob er auf Vertrag (§ 138), einseitigem Willensakt des Ausscheidenden (§ 139), Urteil (§ 140) oder Beschlußfassung der übrigen Gesellschafter (§ 141) beruht. Das Ausscheiden ist auch dann anzumelden, wenn nach erfolgtem Ausscheiden der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet wird, weil die Frage, wer Gemeinschuldner ist und die Anwendbarkeit des § 144 davon abhängt (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 382).

Nr. 4. 4. **Verpflichtung zur Anmeldung.** Diese liegt allen Gesellschaftern ob. Auch bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ist dieser, und nicht der Konkursverwalter anmeldungspflichtig, § 146 Abs. 3 findet hierauf keine Anwendung. Besteht der Ausscheidungs- oder Auflösungsgrund in dem Tode eines Gesellschafters, so treten an Stelle des Verstorbenen dessen Erben, deren Legitimation der Registerrichter zu prüfen hätte (Renaud, C.G. S. 506). Jeder Gesellschafter hat gegen die Mitgesellschafter bezw. deren Erben den Anspruch darauf, daß diese ihre Mitwirkung nicht versagen, der Mitgesellschafter darf die Mitwirkung nicht wegen etwaiger Gegenforderungen retinieren (O.L.G. Hamburg im Recht 1912 Nr. 2875, anders Marcus in Holdheim 08, S. 111). Gegen den sich Weigernden kann der Registerrichter nach § 14 vorgehen, wenn er es nicht vorzieht, gemäß § 127 F.G.G. die Verfügung auszusetzen, bis unter den Parteien das Streitverhältnis entschieden ist (Marcus a. a. O.). Es können ihn auch die übrigen Gesellschafter verklagen und auf Grund des vollstreckbaren Urteils gemäß § 16 Abs. 1 die Eintragung herbeiführen (vgl. O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 382). Für den Fall, daß die Erben bei der Anmeldung mitzuwirken haben, geht Abs. 3 noch weiter. Er gestattet, von ihrer Mitwirkung oder doch von der Mitwirkung sämtlicher Erben dann abzusehen, wenn besondere Hindernisse entgegenstehen, z. B. ihre Ermittelung schwierig oder ihr Aufenthaltsort weit entfernt ist, vorausgesetzt, daß der Tod des Gesellschafters feststeht und nach Lage der Dinge nichts zur Annahme berechtigt, daß die Gesellschaft fortbestehen solle (vgl. § 131 Nr. 4).

Die Anmeldung und Eintragung hat bei dem Registergericht des Sitzes und der Zweigniederlassungen zu geschehen (§ 13), über die Form der Anmeldung bei § 12.

Nr. 5. 5. Die **materiellrechtliche** Bedeutung des § 143 ergibt sich aus § 15. Der Dritte kann bis zur Bekanntmachung sich auf seine Unkenntnis der Auflösung, bezw. des Ausscheidens berufen und demgemäß die Gesellschafter oder deren Erben so in Anspruch nehmen, als ob die Gesellschaft fortbesteht (R.O.H.G. XXI S. 371, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXI S. 386). Dies gilt gleichmäßig ob die Gesellschaft eingetragen war oder nicht (O.L.G. Breslau in O.L.G. Rspr. VI S. 26). Er kann die bis dahin bestehende Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters als fortbestehend annehmen, folglich alle Gesellschafter aus den im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften nach § 128 belangen. Auch die Erben können sich ihm gegenüber nicht auf § 139 berufen (vgl. Busch XXXXVII S. 69). War ihm dagegen die Auflösung bezw. das Ausscheiden bekannt, als er in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu der Gesellschaft trat, so können ihm diese Tatsachen entgegengesetzt werden, den Beweis seiner Bekanntschaft haben die Gesellschafter zu erbringen. Regelmäßig wird es schon genügen, daß der Dritte eine Tatsache kannte, die normaliter als Auflösungsgrund wirkt, z. B. daß die Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen war, abgelaufen ist, daß von einem Gesellschafter gekündigt ist, daß ein Gesellschafter gestorben ist (R.O.H.G. XIX S. 21), während die Kenntnis der bloßen Tatsache, daß Aktiven und Passiven veräußert sind, noch nicht genügt. Indessen kann auch im einzelnen Falle durch das Verhalten der Gesellschafter der Anschein erweckt sein, daß sie die

Gesellschaft fortsetzen. Dann würde der Dritte sich auf Nichtkenntnis der Auflösung berufen können (R.O.H.G. XXI S. 374). Jedenfalls genügt es, wenn der Dritte weiß, daß keine Handelsgesellschaft mehr, sondern ein Alleininhaber Träger der Firma ist (R.G.Z. LXX Nr. 70). Ebenso genügt es, wenn er weiß, daß der Ausgeschiedene nicht Gesellschafter ist, selbst wenn sein Nichtwissen auf der irrigen Meinung beruht, er sei nie Gesellschafter gewesen (O.L.G. Dresden bei Kaufmann VI S. 11). Über den Begriff der Kenntnis bei § 15 Nr. 7 (vgl. dazu Busch XXXXI S. 311, andererseits R.G.Z. IV S. 82 ff.). — Mit dem Moment der Publikation wirkt dagegen die Auflösung bezw. das Ausscheiden gegenüber dem Dritten. Dieser hat dann zu beweisen, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte. Nur hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche aus § 159 hat die Publikation keine besondere Bedeutung. Hier entscheidet der Tag der Eintragung.

6. Nach **innen** wirkt die Auflösung bezw. das Ausscheiden mit dem Zeitpunkt, wo sie eintraten, darum hört von diesem Moment ab für den Ausscheidenden die Pflicht zur Buchführung auf (R.G.E. in Straff. XIII S. 109). Über das Erlöschen der Geschäftsführungsbefugnis bei §§ 136, 137. Nr. 6.

7. Beschließen die Gesellschafter nachträglich, die aufgelöste Gesellschaft fortzusetzen oder tritt der ausgeschiedene Gesellschafter wieder ein, so bedarf es, falls die Anmeldung der Auflösung noch nicht erfolgt war, einer Anmeldung der Auflösung nicht. Fällt der Beschluß dagegen in die Zeit nach der Anmeldung, so ist die Anmeldung zurückzuziehen. Ist die Eintragung erfolgt, so ist der Eintragungsvermerk zur Löschung zu bringen. Nr. 7.

8. Das ältere Recht stimmte im ganzen überein. § 143 ist auf alle Anmeldungen, die nach dem 31. Dez. 1899 erfolgen, anzuwenden. Nr. 8.

§ 144.

Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Die Fortsetzung ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Entw. I —, II § 142; Denkschr. I S. 97, II S. 3186, 3187, 3189, 3190; A.D.H.G.B. Art. 122.

Literatur: Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 1897; Derselbe, K.O.; L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht 1899 S. 441 ff.; Labes in Z.H.R. LXII S. 115 ff.

1. Vorbemerkung. Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft wird vom H.G.B. nur in seiner Eigenschaft als Auflösungsgrund berücksichtigt. Die für die Haftung der Gesellschafter eintretenden Folgen werden ebenso wie das Konkursverfahren in die Konkursordnung verwiesen. Indessen kann von einer Darstellung dieser Materie nicht ganz abgesehen werden, da sie in das Handelsrecht tief eingreift. Nr. 1.

2. **Konkurs über das Gesellschaftsvermögen.** Es muß zunächst eine offene H.G. da sein. War eine Firma als offene H.G. eingetragen, deren Inhaber in Wahrheit ein Einzelkaufmann ist, so findet Konkurs über das Vermögen des Einzelkaufmanns statt (O.L.G. Naumburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 230). War der Gesellschaftsvertrag nichtig, so wird man entsprechend dem in § 105 Nr. 1 ausgesprochenen Grundgedanken zu Gunsten der redlichen Gläubiger die Bestimmungen über den Gesellschaftskonkurs anwenden müssen. — Über das Gesellschaftsvermögen findet ein selbständiger Konkurs statt. Dieser Konkurs, der eine Eigentümlichkeit der Handelsgesellschaft gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft ist (a. A. L. Seuffert S. 72), ergreift nicht das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, sondern nur das Gesellschaftsvermögen (Sonderkonkurs) und zwar nur das Vermögen dieser Handelsgesellschaft, nicht etwa einer aus denselben Gesellschaftern bestehenden anderen Nr. 2.

Gesellschaft (R.O.H.G. XXIV S. 164). Er ergreift das ganze Vermögen der Handelsgesellschaft, ein Sonderkonkurs über das Vermögen einer einzelnen Niederlassung ist nur im Falle der K.O. § 238 zulässig. Zum Gesellschaftsvermögen gehören dabei auch die Ansprüche der Gesellschaft auf Zahlung rückständiger Einlagen (für die bürgerliche Gesellschaft bestritten vgl. Düringer-Hachenburg IV S. 122), dagegen nicht die Passivkonten der Gesellschafter. — Kridbare sind die sämtlichen Gesellschafter (oben § 128 Nr. 7). Sie unterstehen den Zwangsvorschriften des K.O. §§ 100, 101, haben den Offenbarungseid zu leisten (K.O. § 125), gleichgültig ob sie Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis haben oder nicht, jeder Gesellschafter hat ein selbständiges Bestreitungsrecht hinsichtlich der im Prüfungstermin angemeldeten Forderungen (oben § 128 Nr. 7).

Nr. 3. 3. **Eröffnung des Konkurses.** Der Konkurs kann eröffnet werden während des Bestehens der Gesellschaft und nach eingetretener Auflösung (K.O. § 210), so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen da ist (K.O. § 209 Abs. 2). Ist dagegen die Auflösung völlig vollzogen, sei es durch Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter, sei es durch Übernahme des Geschäfts nach § 142, so ist für die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses kein Raum mehr. Insbesondere wäre mit der vollzogenen Übernahme des Geschäfts nur noch Konkurs über das Vermögen des Übernehmers einerseits, über das der übrigen ehemaligen Gesellschafter andererseits möglich. Denn die Handelsgesellschaft existiert nicht einmal als Liquidationsgesellschaft mehr.

Voraussetzung der Eröffnung ist Zahlungsunfähigkeit[1]) der offenen Handelsgesellschaft (K.O. § 209 Abs. 1). Überschuldung der Gesellschaft genügt nicht und ist andererseits nicht erforderlich, ebensowenig Zahlungsunfähigkeit der einzelnen Gesellschafter. Vielmehr ist der Gesellschaftskonkurs nicht notwendig vom Privatkonkurs, noch notwendig letzterer vom ersteren begleitet oder abhängig.

Die Eröffnung des Konkurses geschieht durch das Amtsgericht des Sitzes der Handelsgesellschaft (K.O. § 71, vgl. dazu das oben bei § 106 Nr. 2 Bemerkte, für ausländische Handelsgesellschaften vgl. K.O. § 238). Sie geschieht nicht von Amtswegen, sondern auf Antrag. Antragsberechtigt ist jeder Gesellschaftsgläubiger (auch wenn er zugleich Gesellschafter ist) und jeder einzelne Gesellschafter oder Liquidator (K.O. § 210 Abs. 1). Eine Verpflichtung zur Antragstellung besteht nicht (Jaeger S. 55—57). Beantragt ein Gläubiger die Konkurseröffnung, so ist der Antrag nur dann zuzulassen, wenn der Antragsteller seine Forderung und die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft macht. Hierauf hat das Gericht die sämtlichen Gesellschafter und Liquidatoren über die Vermögenslage der Gesellschaft zu hören. Räumen diese die Zahlungsunfähigkeit ein, so ist, falls das Gericht davon überzeugt ist, dem Antrag stattzugeben, anderenfalls sind die erforderlichen Ermittelungen darüber anzuordnen (K.O. § 105 Abs. 2, § 210 Abs. 2). Beantragt nur ein Teil der Gesellschafter oder der Liquidatoren die Konkurseröffnung, so gilt das gleiche, nur daß das Requisit der Glaubhaftmachung der Forderung hier wegfällt. Beantragen dagegen alle Gesellschafter (bezw. alle Liquidatoren) die Konkurseröffnung, so haben sie nach K.O. § 104 ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner und eine Übersicht der Vermögensmasse einzureichen. Ist das Gericht von der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft überzeugt, so hat es den Konkurs zu eröffnen, anderenfalls kann es weitere Ermittelungen hinsichtlich dieses Punktes anordnen (K.O. § 75).

Nr. 4. 4. **Teilnahme an dem Konkurse.** An dem Konkurse der Handelsgesellschaft können nur die Gesellschaftsgläubiger teilnehmen und auch diese nur innerhalb der von der K.O. gezogenen allgemeinen Grenzen (K.O. § 3, § 63), demnach nicht die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters. Gesellschaftsgläubiger können die Gesellschafter sein, insoweit sie als Dritte mit der Gesellschaft kontrahiert haben oder Rechtsnachfolger Dritter sind (R.O.H.G. V S. 206, anders A. Wieland in Z.H.R. LXIV S. 113), dagegen sind die Gesellschafter, soweit es sich um ihren Anspruch auf den Kapitalanteil handelt, ebensowenig Gesellschaftsgläubiger, als soweit Ersatzansprüche aus § 110 in Frage stehen. Denn auch hier erscheinen sie, wie Gierke (Genossenschaftstheorie S. 564 Anm. 2) mit Recht betont, als Mitglieder

[1]) Des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit bedarf es indessen nicht in dem besonderen Falle der K.O. § 238 Abs. 3.

der Gesellschaft und haben als solche niemals die Rolle von Gesellschaftsgläubigern im Konkurse zu spielen (a. A. Jaeger S. 96, Komm. § 209, § 210 Anm. 15, z. T. auch Staub-Pinner § 131 Anm. 13, Ritter § 110 Anm. 5, Brand § 124 Anm. 3, Düringer-Hachenburg § 110 Anm. 12). Ausgeschiedene Gesellschafter sind hinsichtlich ihres Auseinandersetzungsguthabens dagegen wahre Konkursgläubiger (B.G.B. § 738, R.O.G.H. X S. 61, R.G.Z. VII S. 95, XI S. 130, 131). Selbstverständlich können Gesellschafter auch Aussonderungsrechte haben, z. B. bei Einlagen quoad usum (B.G.B. §§ 732, 738, K.O. §§ 43ff.).

5. **Haftung der Gesellschafter.** Die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 128) bleibt nach neuem Recht von der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen grundsätzlich unberührt. Die Gesellschaftsgläubiger können jeden Gesellschafter nach wie vor als Gesamtschuldner primär in Anspruch nehmen (O.L.G. Colmar im Recht 06 S. 385). Die Anmeldung der Forderung im Gesellschaftskonkurse unterbricht die Verjährung der Forderung gegen die Gesellschaft (B.G.B. § 209 Abs. 2 Nr. 2) und damit zugleich gegen die zu ihr gehörigen, nicht dagegen gegen die vor der Auflösung ausgeschiedenen Gesellschafter (vgl. oben § 128 Nr. 4). Ist die Eröffnung des Konkurses in das Handelsregister eingetragen, so beginnt gegenüber den Gesellschaftern die fünfjährige Verjährung des § 159. Befriedigt ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubiger zum Teile, so kann dieser trotzdem die ganze Forderung im Gesellschaftskonkurse bis zur vollen Befriedigung geltend machen. (K.O. § 68). Nr. 5.

Eine Besonderheit gilt nur inbezug auf denjenigen Gesellschafter,[1]) über dessen Privatvermögen der Konkurs eröffnet ist. In dem Privatkonkurse können die Gesellschafter Befriedigung nur wegen des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse suchen (K.O. § 212), deshalb auch nur insoweit aus einer Privatschuld gegenüber dem betreffenden Gesellschafter aufrechnen (Seuffert LI Nr. 118, a. A. R.G. bei Holdheim VII S. 167). Damit wird ihr Anspruch gegen den Kridar nicht zu einem befristeten, noch zu einem bedingten (Busch XXXVII S. 267: „suspensiv bedingte obligatio", vgl. dagegen R.G.Z. V S. 56), auch nicht zu einem subsidiären, etwa nach Art des Anspruches gegen den Bürgen, (s. R.O.H.G. XVII S. 352, Jaeger, S. 124, 125) sondern wie Oetker (Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 184) richtig bemerkt, nur zu einem gegenständlich beschränkten. Die Anmeldung der Gesellschaftsforderung zum Privatkonkurse findet zum vollen Betrage statt (K.O. § 64), und die Klage auf Feststellung bei Bestreitung geht zum vollen Betrage (K.O. § 146 Abs. 1, 2, 4), die Wirkung der Aufrechnung wird so lange hinausgeschoben, bis feststeht, wieviel der Gläubiger aus dem Gesellschaftskonkurse erhalten hat (R.G.Z. LVI S. 365). Die gegenständliche Beschränkung fällt fort, falls der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eingestellt (K.O. § 202) oder infolge Zwangsvergleichs aufgehoben ist (Jaeger S. 131). Sie gilt selbstverständlich nicht, soweit der Gesellschafter nicht als solcher, fordern als Dritter, z. B. als Indossant eines von der Gesellschaft akzeptierten Wechsels haftet (Bolze XVI Nr. 500), sie gilt endlich nicht, soweit der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichtet (K.O. §§ 212, Abs. 3, 64). Als Verzicht gilt aber nicht bloße Nichtteilnahme am Gesellschaftskonkurse.

Die gegenständliche Beschränkung ergibt dem Betrage nach der Ausfall, den der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse erleidet. So lange dieser Betrag nicht feststeht, ist der volle Betrag der Forderung zunächst in Ansatz zu bringen und sind die Anteile zurückzubehalten (K.O. § 212 Abs. 2), event. über die Zeit der Aufhebung des Privatkonkurses hinaus (K.O. § 169), sodaß es dann zu einer Nachtragsverteilung kommen kann (K.O. § 166, vgl. Jaeger S. 147, 148). Bezüglich des Stimmrechts in der Gläubigerversammlung K.O. § 96.

---

[1]) Zu diesen Gesellschaftern zählt die herrschende Ansicht (so auch Seuffert S. 44 A. 9) auch die ausgeschiedenen (R.O.H.G. XV S. 207, R.G.Z. XXXV S. 11). Indessen mit Unrecht (vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 561 A. 4, auch O.L.G. Hamburg in H.G.Z. 1898 S. 49ff., Hinsberg in Z. XLVI S. 70ff.). Der Gegensatz von Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen, von dem K.O. § 212 spricht, trifft hier gar nicht zu. Über die strafrechtliche Verantwortung ausgeschiedener Gesellschaften R.G. Str. XLI S. 426.

Für den Betrag, mit dem die Gläubiger ausfallen, können sie „verhältnismäßige Befriedigung" beanspruchen (K.O. § 212 Abs. 3, § 64). Damit ergibt sich die Unrichtigkeit der Kohler'schen Auffassung (Leitfaden[2] S. 199), daß sie die Dividende für die ganze Forderung in Anspruch nehmen können, bis zur Höhe des Ausfalles. Das Gesetz spricht nicht bis auf den Betrag, sondern „für den Betrag" verhältnismäßige Befriedigung aus (gegen Kohler Jaeger S. 152—155 und K.O. § 212 Anm. 7).

Nr. 6. 6. **Zwangsvergleich**. Besondere Folgen treten ein, wenn im Gesellschaftskonkurse ein Zwangsvergleich geschlossen wird. Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein anderes festsetzt, den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter (K.O. § 211 Abs. 2). Es haften somit mangels anderer Festsetzung alle Gesellschafter als solche, nicht als Bürgen oder selbständige Mitschuldner (K.O. § 193), gleichgültig ob Privatkonkurs über ihr Vermögen eröffnet ist oder nicht, dem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger nur bis zum Betrage, den der Zwangsvergleich aufstellte. Da mit dem Zwangsvergleich die Aufhebung des Konkurses über die Gesellschaft verbunden ist (K.O. § 190), so kann von nun ab in Höhe des Haftungsbetrages der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurse voll auftreten. Wird nachher auch der Privatkonkurs durch Zwangsvergleich beendet, so kann eine zweite Herabsetzung des Haftungsbetrages mit Bezug auf diesen Gesellschafter eintreten (vgl. dazu Jaeger S. 167 ff.). Die Wirkung des Zwangsvergleichs erstreckt sich aber nur auf die zur Gesellschaft gehörenden Mitglieder, nicht auf ausgeschiedene Gesellschafter. Diese sind Mitschuldner im Sinne von K.O. § 193 (R.G.Z. XXIX S. 38 ff., LVI S. 366, Seuffert LIII Nr. 71, a. A. Seuffert S. 441 und Ritter § 129 Anm. 5). — Sie erstreckt sich auch nur auf die aus § 128 H.G.B. entspringende Gesamthaftung. Hat sich ein Gesellschafter aus besonderem Rechtsgrunde daneben verpflichtet, so gelten für diese Verpflichtung die gewöhnlichen Grundsätze (Staub-Pinner § 128 Anm. 28).

Nr. 7. 7. Durch die Konkurseröffnung tritt die **Auflösung** der Gesellschaft von rechtswegen ein (§ 131 Nr. 3), es sei denn, daß die Gesellschaft bereits vorher im Liquidationsstadium war. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter hören auf, ohne daß es einer Eintragung der Auflösung in das Handelsregister bedarf, § 143 ist hier nicht anwendbar. Die Gesellschafter verlieren das Recht der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, an ihrer Stelle übt es der Konkursverwalter aus (K.O. § 6). Der Konkursverwalter hat auch die rückständigen Einlagen zur Konkursmasse einzuziehen. Dagegen können die Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen aufrechnen. Eine dem § 221 H.G.B. entsprechende Vorschrift findet sich hier nicht und ist auch nicht selbstverständlich (vgl. bei § 171 Nr. 5). Aber die Gesellschaft erhält sich als Abwickelungsgesellschaft fort, auf die somit die Grundsätze von der Liquidation hinsichtlich des internen Verhältnisses entsprechende Anwendung finden (K.G. in L.Z. 08 S. 82, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XI S. 382). Die Firma bleibt bestehen, (vgl. bei § 22 Nr. 4), so lange nicht das Geschäft endgültig erloschen ist. Ja, die Gesellschafter können nach § 144 sogar die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, wenn entweder der Konkurs nach Abschluß des Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf ihren Antrag mit Zustimmung der Konkursgläubiger das Konkursverfahren eingestellt ist (K.O. §§ 202, 203). Der Beschluß erfolgt mit Stimmeneinheit. Doch kann der Gesellschaftsvertrag auch Stimmenmehrheit zulassen (letzteres verneint Ritter Anm. 1). Der Fortsetzungsbeschluß ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung anzumelden. Die Wirkung der Fortsetzung ist, daß den Gläubigern gegenüber die alte Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter fortbesteht (R.O.H.G. XXIV Nr. 10). Wieweit freilich durch den Konkurs alte Vertragsverhältnisse beseitigt sind, ist eine andere Frage (vgl. z. B. R.G. im Recht 08 Nr. 3072).

Ist der Konkurs nach Abschluß des Zwangsvergleichs aufgehoben und beschließen die Gesellschafter die Fortsetzung nicht, so tritt Liquidation ein (vgl. R.O.H.G. XXIV S. 41 ff.). Die Gesellschaft haftet dann nach Maßgabe des Zwangsvergleichs, so weit sich dessen Wirkungen erstrecken (K.O. § 193). War die Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bereits in Liquidation, so ist die unterbrochene Liquidation fortzusetzen, die früher bestellten Liquidatoren nehmen ihr Amt ohne weiteres auf (R.G. in L.Z. 1910 S. 546 = Recht 1910 Nr. 1654), früher erhobene

Prozesse können ohne weiteres fortgeführt werden (R.G.Z. XXVII Nr. 26, Recht 1912 Nr. 2096 = Warneyer 1912 Nr. 176).

Ist das Konkursverfahren regelrecht beendet und die Aufhebung vom Gericht beschlossen (K.O. § 163), so ist, falls kein Vermögen mehr da ist, das Erlöschen der Firma von den Gesellschaftern anzumelden (§§ 31 Abs. 2, 29, 6 Abs. 1). Ein Fortsetzungsbeschluß ist nicht mehr angängig. Ist dagegen noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen da, so tritt die Liquidation ein nach § 145 (vgl. R.O.H.G. XVI S. 289, Busch XXIX S. 294, Bolze I Nr. 1177, R.G.Z. XL S. 32), und die Gesellschafter können die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

8. **Älteres Recht.** Nach der für das ältere Recht herrschenden Ansicht konnten die Gesellschaftsgläubiger im Falle des Konkurses der Gesellschaft aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters nur insoweit Befriedigung verlangen, als sie im Gesellschaftskonkurse ausgefallen waren, gleichgültig ob der Gesellschafter suffizient oder in Konkurs war. Diese Bestimmung ist für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor dem 1. Jan. 1900 entstanden sind, auch dann anwendbar, wenn der Gesellschaftskonkurs erst nach dem 31. Dez. 1899 eröffnet ist (E.K.O. Art. VI, R.G. bei Holdheim 02 S. 126). Nr. 8.

Fünfter Titel.

Liquidation der Gesellschaft.

Einleitung.

Litteratur: Keyßner in Z. X S. 327ff., Nöldecke, Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation 1887, Stquet, Die Liquidation der offenen H.G. 1896, Wimpfheimer a. a. O. (oben S. 414).

Der fünfte Titel behandelt die nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft eintretende Auseinandersetzung (B.G.B. § 730, Abs. 1). Sein Inhalt geht parallel den §§ 730—735 des B.G.B. Dabei scheidet das Gesetz den Fall des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen gänzlich aus (über diesen bei § 144). Auch regelt es nicht jede Art der Auseinandersetzung. Vielmehr behandeln die §§ 145—157 nur die sog. Liquidation und § 158 begnügt sich damit, die für den Fall der Liquidation das Verhältnis der Gesellschaft nach außen regelnden Vorschriften auf andere Arten der Auseinandersetzung entsprechende Anwendung finden zu lassen, ohne sich im übrigen mit der Ordnung solcher zu befassen. Ja selbst die Liquidation wird in den §§ 145—157 nicht erschöpfend geregelt. Neben diesen §§ kommen Bestimmungen des B.G.B. (so die §§ 732, 735) zur Anwendung.

Die Forterhaltung der offenen Handelsgesellschaft im Auflösungsstadium als Abwicklungsgesellschaft ist, wie früher bemerkt wurde, keine Eigentümlichkeit des Handelsrechts, es gilt das gleiche für die bürgerliche Gesellschaft (B.G.B. § 730, Abs. 2).

Eigentümlich dem Handelsrecht aber ist das Institut der Liquidatoren und die Regelung der kraft Gesetzes eintretenden Liquidation (Mot. z. Entw. I des B.G.B. II S. 626). Nur bei rechtsfähigen Vereinen kennt das B.G.B. ein ähnliches Liquidationsverfahren. Die in der Firmeneinheit sich ausprägende Annäherung der offenen Handelsgesellschaft an die Körperschaft tritt auch hierbei hervor.

Durch das Institut der Liquidatoren wird das Gefüge der Gesellschaft im Auflösungsstadium in weit stärkerem Grade erhalten, als es nach bürgerlichem Recht der Fall ist. Die mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten, als solche öffentlich kundgemachten Personen verkörpern Dritten, wie Gesellschaftern gegenüber die Idee der Gesellschaft in ihrer Einheit. Wie sie unter der Gesellschaftsfirma die Gesellschafter samt und sonders verpflichten, so vertreten sie auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern als solchen die Gesellschaft. Die vielfachen künstlichen Beziehungen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft werden durch sie im Liquidationsstadium forterhalten und zum Austrag gebracht. Ja nach innen

erfährt im Liquidationsstadium die Scheidung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft eine Steigerung. Ist während der Dauer der Gesellschaft ein vom Richter eingesetzter Geschäftsführer regelmäßig unzulässig, so ist er jetzt möglich; es gibt nicht nur geborene oder gekorene, sondern auch gerichtlich bestellte Geschäftsführer, die zwar einstimmigen Beschlüssen der Gesellschafter Folge zu leisten haben (§ 152), aber von Anordnungen des einzelnen Gesellschafters unabhängig sind. Die Einmischung der Behörden in das interne Verhältnis der Gesellschafter ist eine weitergehende, als während des Bestandes der Gesellschaft. Ja sogar Dritten ist eine Mitwirkung bei der Liquidation unter gewissen Voraussetzungen vom Gesetze eingeräumt (§§ 146 Abs. 2, 3, 147, 152). Doch wäre es zu weitgehend, die Liquidation mit dem Konkurse zu vergleichen. Während der Konkurs ein gerichtliches Verfahren darstellt, ist die Liquidation eine außergerichtliche Abwicklung; während im Konkurs der Wille der Gesellschafter durch den der Konkursorgane ersetzt wird, bleibt hier normaliter der einheitliche Wille der Gesellschafter maßgebend, er geht dem der Liquidatoren vor. Demgemäß tritt die Liquidation grundsätzlich nicht ein, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren (§ 145 Abs. 1), und sie können grundsätzlich auch nachträglich die Liquidation wieder abbrechen. Selbst wo Dritte zur Mitwirkung berechtigt sind, steht es den Gesellschaftern frei, durch Ausschließung des betr. Mitgliedes die Gesellschaft fortzuerhalten. — Die Steigerung der Scheidung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft hat ihren Grund in der Möglichkeit der Spannung unter den Gesellschaftern selbst, nicht in Gesichtspunkten der öffentlichen Ordnung; an dem einheitlichen Willen der Gesellschafter findet sie ihre Schranke. Die Liquidation wird den Gesellschaftern nicht vom Staate aufgedrängt, sie wird nicht von Amts wegen eingeleitet, und das Gericht kann ihren Eintritt nicht verlangen.

§ 145.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

Entw. I § 131, II § 143; Denkschr. I S. 103, 104, II S. 3190; A.D.H.G.B. Art. 133.

Die Liquidation ist ein nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kraft dispositiven Gesetzes eintretendes Auseinandersetzungsverfahren. Sie tritt also ein:

Nr. 1. 1. **Nach, d. h. mit Auflösung der Gesellschaft.** Gleichgültig ist der Auflösungsgrund (auch Sinken des Gewerbebetriebes auf den Umfang des Kleingewerbes fällt darunter, K.G. in Entsch. F.G. XI S. 42). Nur bei der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft tritt keine Liquidation ein, wohl aber kann solche neben dem Konkurse einhergehen (z. B. wenn Vermögen, das nicht dem Konkurse unterfällt, da ist), oder sie kann nach beendetem Konkurse eintreten (vgl. bei § 144 Nr. 7). Stets muß es sich um wirkliche Auflösung, nicht um Ausschließung eines Gesellschafters handeln, letzterenfalls findet Auseinandersetzung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft statt. Nicht notwendig ist, daß die Auflösung tatsächlich eingetreten ist. Es genügt, daß der Auflösungsgrund vorhanden ist (vgl. indessen bei §§ 136, 137). Noch weniger ist notwendig, daß die Auflösung angemeldet oder eingetragen ist. Gleichgültig ist auch, ob die Gesellschaft selbst eingetragen war oder nicht (R.O.H.G. XXII S. 204), sofern nur eine offene Handelsgesellschaft wirklich bestand (unten Nr. 5).

2. **Kraft Gesetzes, soweit dieses nicht Ausnahmen macht.** Demgemäß bedarf es keines Beschlusses der Gesellschafter, um die Liquidation herbeizuführen, doch gilt eine Ausnahme für die Fälle des § 142. Hier kann der unschuldige Gesellschafter ohne Liquidation das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen. Nr. 2.

3. Kraft **dispositiven** Rechtssatzes (anders bei der Aktiengesellschaft). Die Gesellschafter können, wie sie während des Bestandes der Gesellschaft über das Gesellschaftsvermögen freie Disposition hatten (R.G. in L.Z. 09, S. 545), auch eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren (darüber bei § 158). Die Vereinbarung kann während des Bestandes (R.G. in Seuffert LVI S. 142) oder nach Auflösung der Gesellschaft mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen (z. B. durch Verkauf des Geschäfts) erfolgen. Ja auch nach begonnener Liquidation kann sie unter Abberufung der Liquidatoren oder ohne deren Hinzuziehung (K.G. in Johow-Ring XXXIX A 111) geschehen. Doch muß die Vereinbarung durch alle Gesellschafter getroffen werden, bezw. falls ein Gesellschafter gestorben ist, unter Zustimmung von dessen Erben. Widerspricht auch nur ein Gesellschafter, so tritt Liquidation ein. Jeder Gesellschafter hat ein unentziehbares Recht auf Liquidation (R.O.H.G. XXII S. 204). Die Gläubiger der Gesellschaft oder eines Gesellschafters haben kein Recht auf Liquidation (Busch IX S. 441, R.O.H.G. XXIV Nr. 43), so daß Wimpfheimer S. 31 mit Unrecht die Liquidation als Abbau unter gesetzlichen Schutzmaßregeln für die Gläubiger bezeichnet. Doch macht Abs. 2 zwei Ausnahmen, die auch dann Platz greifen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine andere Art der Auseinandersetzung angeordnet hatte, denn das Recht der Gläubiger ist ein von dem Willen der Gesellschafter unabhängiges (a. A. Staub-Pinner § 145 Anm. 17, Ritter Anm. 2b). Über Beseitigung dieses Rechtes bei § 141. Kündigt der Ehemann das Gesellschaftsverhältnis in Gemäßheit vom B.G.B. § 1358, so hat er kein Recht auf Liquidation. Nr. 3.

4. Das Recht auf Durchführung der Liquidation kann durch **Klage** gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden (R.O.H.G. XXII S. 202), auch kann, wenn der Eintritt der Liquidation feststeht, der Registerrichter durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung der Liquidatoren anhalten (§§ 148, 14). Es kann endlich der Antrag auf Ernennung gerichtlicher Liquidatoren von Seiten eines Beteiligten gestellt werden (§ 146 Abs. 2). Nr. 4.

5. Naturgemäße Voraussetzung der Liquidation ist einmal, daß überhaupt eine offene H.G. existiert hat. War die Gesellschaft von Anfang an nichtig oder wird sie durch Anfechtung nichtig, so hat jedenfalls kein Gesellschafter gesetzlichen Anspruch auf Liquidation, § 311 Abs. 1 H.G.B ist hierauf nicht analog anwendbar, (K.G. in Entsch. F.G. XI S. 277). Dies gilt auch im Falle des § 5 (O.L.G. Jena in Entsch. F.G. XII S. 46). Diesenfalls können die Gesellschafter sofort die Löschung der Firma herbeiführen. Wohl aber wird man diesenfalls die Grundsätze des B.G.B. §§ 752ff. über Aufhebung der Gemeinschaft anzuwenden haben (Düringer-Hachenburg IV S. 78). — Möglich dagegen wäre, daß ein Gläubiger, der gekündigt hat, Anspruch auf Liquidation hätte (oben § 135 Nr. 6, vgl. § 144 Nr. 2). — Ferner ist Voraussetzung, daß überhaupt Aktivvermögen der Gesellschaft da ist. Fehlt es an solchem, so kann sie nicht eingeleitet werden (R.G.Z. XXXX S. 31). Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß die Auflösung in das Handelsregister eingetragen ist. Nr. 5.

6. Das ältere Recht stimmte sachlich überein.

§ 146.

Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Beteiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren zu ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Beteiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

Entw. I § 132, II § 144; Denkschr. I S. 104, II S. 3190; A.D.H.G.B. Art. 133.

Drei Arten von Liquidatoren werden in § 146 unterschieden: Liquidatoren kraft Gesetzes, Liquidatoren kraft Bestellung und Liquidatoren kraft richterlicher Ernennung.

Nr. 1. 1. **Liquidatoren kraft Gesetzes.** Dies sind die sämtlichen Gesellschafter, wie auch nach bürgerlichem Recht die Geschäftsführung von der Auflösung an den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht (B.G.B. § 730 am Ende). Gleichgültig ist, ob während der Dauer der Gesellschaft alle Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis hatten oder nicht, und aus welchem Grunde die Auflösung eingetreten ist. Auch dann, wenn die Gesellschaft durch Kündigung seitens des Privatgläubigers eines Gesellschafters aufgelöst ist (§ 135), ist der Gesellschafter, nicht der kündigende Gläubiger, gesetzlicher Liquidator, während der Gläubiger freilich als Beteiligter ein gewisses Mitwirkungsrecht hat (§§ 146, 147, 152). Anders beim Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters. Hier wird der Konkursverwalter anstelle des Kridars Liquidator (Abs. 3). Dies gilt sowohl von dem Falle, daß der Privatkonkurs den Auflösungsgrund bildet, als daß er nach eingetretener Auflösung eröffnet wird. Im letzteren Falle hört mit der Bestellung des Konkursverwalters der Kridar auf, gesetzlicher Liquidator zu sein.

Die Eigenschaft als Liquidator ist eine **Folge der Eigenschaft als Gesellschafter.** Kein Gesellschafter kann deshalb sich dieser Eigenschaft einseitig entledigen. Es ist Recht und Pflicht eines jeden, die Liquidatorentätigkeit auszuüben. Er kann sie auch nicht einseitig einem andern übertragen etwa dadurch, daß er seine Rechte auf die Liquidationsquote abtritt, noch darf er sich weigern, die ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen, sonst würde er sich schadensersatzpflichtig machen. Der hinsichtlich der Geschäftsführung in § 114 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz findet auf § 146 entsprechende Anwendung (vgl. auch Staub-Pinner § 146 Anm. 5 gegen Renaud, C.G. S. 540, Behrend § 81 Anm. 23, Wimpfheimer S. 37 ff.). Wie weit er an andere Vollmachten erteilen kann, ist bei § 150 zu erörtern.

Ist ein Gesellschafter geschäftsfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist sein gesetzlicher Vertreter für ihn Liquidator. Bei Mehrheit von Vormündern kann das Vormundschaftsgericht einem derselben die Liquidatorentätigkeit für den Gesellschafter ausschließlich zuweisen (B.G.B. § 1797 Abs. 2), andernfalls haben sie zusammen zu handeln (B.G.B. § 1797 Abs. 1), sie gelten dann aber nur als ein Liquidator, nicht als mehrere Liquidatoren (wichtig für § 150 Abs. 1). Ist ein Gesellschafter verstorben oder stirbt er während der Liquidation, so tritt sein Erbe an seine Stelle. Mehrere Erben haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, d. h. es kann jeder Gesellschafter von ihnen verlangen, daß sie durch einen Vertreter (sei es aus ihrer Mitte, sei es einen Dritten) ihre Mitwirkung ausüben, und kann anderenfalls ihnen die Zulassung versagen, bezw. den Antrag auf Bestellung eines richterlichen Liquidators stellen (Keyßner in Z. X S. 335, Makower I a 1, Staub-Pinner Anm. 4). Sind dagegen die Gesellschafter mit der Zulassung sämtlicher Erben einverstanden, so gilt auch dies. Ist mit den Erben die Gesellschaft zunächst fortgesetzt und tritt dann Liquidation ein, so ist jeder Erbe für sich gesetzlicher Liquidator (a. A. Renaud, C.G. S. 540).

Durch Vereinbarung kann einem Teil der Gesellschafter die Liquidatoreneigenschaft genommen werden. Solche Vereinbarung ist während der Dauer und

nach Auflösung der Gesellschaft möglich, sofern nur alle Beteiligten im Sinne von § 146 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 zustimmen. Ferner kann auch ein Gesellschafter durch das Gericht seiner gesetzlichen Befugnis beraubt werden (§ 147). In solchen Fällen bleiben die übrigen Gesellschafter gesetzliche Liquidatoren, sie werden nicht etwa bestellte Liquidatoren. Es liegt in Wahrheit nicht eine Übertragung der Liquidatorenbefugnis vor, wie Abs. 1 sich ausdrückt, sondern ein Verzicht auf die oder eine Entziehung der Liquidatorenbefugnis mit Bezug auf gewisse Gesellschafter (vgl. R.O.H.G. XX S. 11). Daraus ergibt sich, daß nicht bloß ein Recht, sondern eine Pflicht zur Liquidatorenfunktion für alle besteht, denen sie nicht genommen ist (a. A. Staub-Pinner § 146 Anm. 2), und daß sie nur mit ihrem Willen oder durch das Gericht abberufen werden können, und daß sie nicht kraft Mandates oder Dienstvertrages, sondern als Gesellschafter Liquidatoren sind. Demnach haften sie für culpa in concreto (B.G.B. § 708) und haben Anspruch auf Gratifikation nur nach den in § 110 erörterten Grundsätzen (vgl. O.L.G. Dresden in Z. XXXVII S. 544). Es gilt hier das oben bei § 125 Nr. 2 Bemerkte.

2. **Liquidatoren kraft Bestellung.** Dies sind durch eine während der Dauer der Gesellschaft oder nach deren Auflösung getroffene Vereinbarung der Gesellschafter bezw. deren Erben [1]) als Liquidatoren bestellte Dritte, sei es, daß diese alleinige Liquidatoren sind oder den gesetzlichen Liquidatoren zur Seite treten. Eine solche Bestellung von Liquidatoren nahm das R.G. in einem Falle an, wo das Geschäft scheinbar an eine neue offene H.G. veräußert wurde, letztere aber in Wahrheit nur liquidierte. Hierin erblickte das Gericht die Bestellung der Mitglieder der neuen offenen H.G. als Liquidatoren der aufgelösten (Holdheim 1902 S. 137). Als bestellte Liquidatoren können jedwede geschäftsfähigen physischen Personen (nicht Behörden oder juristische Personen vgl. bei § 295 Nr. 3), auch Gläubiger der Gesellschaft bestellt werden. (R.O.H.G. IX S. 215). Sie stehen in einem besonderen Vertragsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag) zu den Gesellschaftern und haften aus solchem nach allgemeinen Grundsätzen (R.G. in L.Z. 1913 S. 212), wobei § 347 zur Anwendung gelangen kann. Als Handlungsgehilfen sind sie nicht zu betrachten, es fehlt die Unterordnung unter einen Chef. Ein zu einem Liquidator bestellter bisheriger Handlungsgehilfe hört damit auf, Handlungsgehilfe zu sein (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 92). Wie weit nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Durchführung der Liquidatorentätigkeit für sie besteht, entscheidet der Vertrag. Nr. 2.

3. **Liquidatoren kraft richterlicher Ernennung.** Die Ernennung geschieht nie von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eines Beteiligten, d. h. eines der Gesellschafter, bezw. jedes der Erben oder des Konkursverwalters oder des Privatgläubigers (§ 135). Dagegen sind weder die Gesellschaftsgläubiger (anders Haase in J.W. 1913 S. 719 ff.) noch der kündigende Ehemann antragsberechtigt (Josef in Z. des D. Not. V. VI S. 59). Der Antrag ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu stellen. Kompetent ist das Amtsgericht (D.F.G.G. § 145, dazu oben § 8 Nr. 7). Über Form des Antrages D.F.G.G. § 11. Das Gericht hat die anderen Beteiligten durch mündliche oder schriftliche Befragung tunlichst zu hören, bevor es die Verfügung trifft. Gegen die Verfügung findet sofortige Beschwerde statt (D.F.G.G. §§ 146, 22, 19). Der Antrag kann mit dem Antrag auf Abberufung eines anderen Liquidators (§ 147) verbunden werden. Die Verfügung kann eine endgültige oder einstweilige sein (O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. V S. 202, R.G. in J.W. 01 S. 754[13], Marcus in Holdheim 05 S. 299, anders Josef in Holdheim 06 S. 198). Auch eine Ernennung durch einstweilige Verfügung des Prozeßrichters (R.G.Z. XXIX S. 358, XXX S. 320) ist nicht ausgeschlossen (a. A. die herrschende Meinung vgl. z. B. O.L.G. Dresden in Seuffert LXIII Nr. 32). Dem Antrag darf der Registerrichter nur stattgeben, wenn ein wichtiger Grund zur Ernennung vorliegt. Über die Wichtigkeit des Grundes hat der Registerrichter zu entscheiden. Beispiele: Wegfall sämtlicher Liquidatoren oder zu große Zahl der Gesellschafter (K.G. in Johow-Ring XXXII A 135). Veruntreuung oder gegründeter Verdacht derselben, (R.O.H.G. IX Nr. 11), Unfähigkeit des Liquidators, Streit unter den Liquidatoren (O.L.G. Colmar in Nr. 3.

---

[1]) Inkonsequent ist, daß das Gesetz hier dem kündigenden Gläubiger kein Mitwirkungsrecht hinsichtlich der Bestellung gibt.

O.L.G. Rspr. XVI S. 89), gegenseitige Verfeindung der Gesellschafter, die sich über einen Liquidator nicht einigen können (Bolze XXI Nr. 554). Auch weite Entfernung des Wohnsitzes des Gesellschafters kann in Frage kommen, es sei denn, daß dieser sich erbietet, seinen Wohnsitz nach dem Ort des Gesellschaftssitzes oder einem in dessen Nähe gelegenen Ort zu verlegen (K.G. in Johow-Ring XXXII A 134). — Ein Recht, dem Liquidator auch eine Vergütung zu bewilligen, hat der Registerrichter nicht (K.G. in Entsch. F.G. IV S. 144 = Johow-Ring XXVII A 222 = O.L.G. Rspr. VIII S. 256).

Der ernannte Liquidator kann anderen beigeordnet (R.O.H.G. XX Nr. 5) oder an deren Stelle gesetzt werden. Es kann eine Person und es können mehrere ernannt werden. In der Auswahl der zu bestellenden Personen ist der Richter frei, nur kann er natürlich nicht solche bestellen, gegen die sich alle Beteiligten aussprechen (§ 147). Er kann den Bestellten Kollektivvertretung und Einzelvertretung geben (§ 150 Abs. 1).

Der Antrag auf Bestellung braucht nicht notwendig erst nach Eintritt der Auflösung gestellt zu werden (Striethorst LVII Nr. 11). Ist z. B. die Auflösungsklage nach § 133 erhoben oder ist nach § 132 gekündigt, so kann noch vor Eintreten der Auflösung der Antrag sich empfehlen (vgl. auch Marcus bei Holdheim 09 S. 21, 22). Die ergangene Ernennung wirkt natürlich erst mit dem Eintritt der Auflösung.

Auf das Recht, den Antrag zu stellen, kann nicht generaliter verzichtet werden (vgl. § 133 Abs. 3).

Eine Verpflichtung zur Übernahme der Liquidatorenfunktion besteht für den Ernannten nicht (K.G. in Entsch. F.G. VIII S. 270).

Nr. 4. 4. Das ältere Recht stimmte im ganzen überein (Art. 133). Nur ernannte nicht der Registerrichter, sondern der Prozeßrichter den Liquidator. In dieser Hinsicht greift das neue Recht sofort ein, da es sich um eine prozessuale Vorschrift handelt (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 262, Johow-Ring XXXII A 132).

§ 147.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Beteiligten; sie kann auf Antrag eines Beteiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen.

Entw. I § 133, II § 145; Denkschr. I S. 104, II S. 3190; A.D.H.G.B. Art. 134.

§ 147 bezieht sich auf alle Arten von Liquidatoren, Gesellschafter wie Nichtgesellschafter, geborene, gewählte und vom Richter bestellte (in letzter Hinsicht anders Marcus in Holdheim 09, S. 268). Indessen ist seine praktische Tragweite für Nichtgesellschafter größer als für Gesellschafter. Die Abberufung ist die Entziehung der dem Liquidator zustehenden Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, und zwar die totale Entziehung, sodaß der Betreffende aufhört, Liquidator zu sein. Nicht unter den Begriff der Abberufung fällt die Einschränkung der Vertretungsmacht, z. B. in der Weise, daß an Stelle der zwei Liquidatoren eingeräumten Ganzvertretung in Zukunft für sie Kollektivvertretung treten soll. Aber auch solche Einschränkung könnte sowohl durch die Beteiligten, wie durch das Gericht erfolgen (vgl. R.O.H.G. XX S. 11). — Die Abberufung ist in doppelter Weise möglich.

Nr. 1. 1. **Durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten**, d. h. der Gesellschafter, bezw. der Erben eines verstorbenen Gesellschafters, die sämtlich zuzustimmen haben, des Gläubigers im Falle der § 135, des an die Stelle der Gläubiger tretenden Konkursverwalters im Falle des § 131 Nr. 5. Ist der Liquidator selbst beteiligt, so kann durch Beschluß der übrigen er wider Willen nicht abberufen werden. Ist Liquidator ein Dritter, so wirkt einstimmiger Beschluß der Beteiligten auch dann, wenn ihm vertragliche Zusicherungen über Unkündbarkeit seiner Stellung gemacht waren, denn gleich der Prokura ist seine Vollmacht jederzeit widerruflich[1]), und in der Vertretungs-

[1]) Staub-Pinner § 147 Anm. 2 wollen einen Verzicht der Beteiligten auf Abberufung hier zulassen in Gemäßheit von B.G.B. § 168, doch dürfte die Analogie des Prokuristen hier besser zutreffen.

macht liegt das eigentliche Wesen der Liquidatorenstellung (R.O.H.G. XXIII S. 329). Ein bloß auf Geschäftsführung nach innen beschränkter Liquidator wäre kein Liquidator mehr. Nicht richtig wäre es, die freie Absetzbarkeit auf die Widerruflichkeit des Mandates zurückzuführen, denn das Verhältnis zwischen Liquidator und Gesellschaftern wird öfter das eines Dienstvertrages als das eines Auftrages sein. Wohl aber würde der gegen die Vertragsvereinbarung abberufene Liquidator Anspruch auf Entschädigung haben.

2. Durch **das Gericht** auf Antrag eines Beteiligten. Hierüber bei § 146 Nr. 3. Nr. 2.
(Zur Judikatur R.O.H.G. IX S. 30ff., R.G. bei Holdheim VI S 43, O.L.G. Colmar in O.L.G. Rspr. XVI S. 89, O.L.G. Hamburg ebenda XXIII S. 167, O.L.G. Braunschweig ebenda XXIV S. 137). Den Antrag kann der Liquidator selbst, falls er zu den Beteiligten gehört, stellen. Wichtige Gründe wären z. B. grobe Pflichtverletzung seitens des Liquidators, Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen.

3. **Sonstige Endigungsgründe.** Die Funktion des bestellten oder ernannten Nr. 3.
Liquidators endet durch dessen Tod (B.G.B. §§ 673, 675). Für den gesetzlichen Liquidator, der Gesellschafter ist, treten die Erben an die Stelle (vgl. bei § 146 Nr. 1). Dies wird auch in dem Falle zu gelten haben, wenn der Verstorbene die alleinige Liquidatorenfunktion besaß, weil Vertrag oder Richterspruch den übrigen Gesellschaftern die Funktion genommen hatte. Nur dann, wenn aus dem Vertrag sich ergibt, daß die übrigen Gesellschafter zugunsten des Verstorbenen mit besonderer Rücksicht auf dessen Persönlichkeit ihrerseits auf die Liquidatoreneigenschaft verzichtet hatten, wird man die Erben nicht für berechtigt erachten dürfen, in die bevorrechtete Stellung einzurücken. Vielmehr würde dann je nach der Sachlage entweder der normale Zustand, daß Alle Liquidatoren sind, eintreten oder der Richter wird einen Liquidator ernennen.

Die Funktion endet ferner durch Niederlegung des Amtes. Solche Niederlegung ist mit Zustimmung der Beteiligten jederzeit zulässig. Wider deren Willen kann sie zwar von einem bestellten Nichtgesellschafter nach den Grundsätzen über Auftrag oder Dienstvertrag erfolgen (B.G.B. §§ 671, 675), dagegen von einem Gesellschafter nur entsprechend B.G.B. § 712 Abs. 2, also nicht, wenn alle Gesellschafter Liquidatoren mit Kollektivgeschäftsführung sind. Im übrigen kann der Gesellschafter den Richter angehen. Der vom Richter ernannte Liquidator kann frei niederlegen. Der als Liquidator fungierende Konkursverwalter verliert die Stelle mit Aufgabe dieser Eigenschaft.

Sie endet endlich mit Beendigung der Liquidation.

4. Was das ältere Recht betrifft, so gilt das gleiche wie bei § 146 Abs. 4.

§ 148.

Die Liquidatoren sind von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das gleiche gilt von jeder Änderung in den Personen der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht. Im Falle des Todes eines Gesellschafters kann, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung den Tatsachen entspricht, die Eintragung erfolgen, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren sowie die Eintragung der gerichtlichen Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amts wegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Entw. I § 134, II § 146; Denkschr. I S. 104, II S. 3190; A.D.H.G.B. Art. 135.

Nr. 1. 1. **Anmeldung aller Liquidatoren.** Während durante societate nur abnorme Vertretungsverhältnisse anmeldungspflichtig sind (§ 125 Abs. 4), schreibt § 148 vor, daß die Personen der Liquidatoren schlechthin anzumelden seien. Dies hat also auch in dem Falle zu gelten, wo der gesetzliche Zustand, daß sämtliche Gesellschafter Liquidatoren sind, eine Änderung nicht erfahren hat. Die hier in Betracht kommenden Möglichkeiten, daß auch Nichtgesellschafter gesetzliche Liquidatoren sein können (bei Auflösung durch Tod eines Gesellschafters der Erbe, bei Eröffnung des Privatkonkurses der Konkursverwalter), zwingen zur Klarstellung, wer Liquidator sei. Dies gilt um so mehr, als bei der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft der Auflösungsgrund nicht notwendig angegeben wird (siehe bei § 143 Nr. 2). Darum schreibt das Gesetz schlechthin Anmeldung der Liquidatoren zum Handelsregister vor, gleichgültig ob die Liquidatoreneigenschaft durch Gesetz oder Vertrag begründet ist. Nur, wenn der Liquidator durch den Registerrichter bestellt wird, geschieht die Eintragung von Amts wegen.

Nr. 2. 2. **Anmeldende.** Die Anmeldung hat von sämtlichen Gesellschaftern zu erfolgen. Sind diese mit den Liquidatoren identisch, so melden sie sich selbst an. Ist einer der Gesellschafter verstorben, so haben dessen Erben mitzuwirken, und zwar sämtlich. Doch gestattet das Gesetz, wenn der Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen, davon abzusehen, falls anzunehmen ist, „daß die Anmeldung den Tatsachen entspricht". Diese Worte machen Schwierigkeiten. Die Verweisung der Denkschrift auf § 143 ruft die Frage hervor, wer der von den mehreren Erben zu bestellende Vertreter (§ 146 Abs. 1) dann sein solle, wenn die Ermittelung der Erben oder eines Teiles derselben schwierig ist. Man wird sich hier mit der Mitwirkung durch diejenigen, die notorisch Erben sind, begnügen müssen und es ihnen überlassen können, einen Antrag auf richterliche Ernennung eines Liquidators zur Wahrnehmung ihrer Interessen zu stellen. — Bei Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters nimmt die Anmeldung statt des Gesellschafters der Konkursverwalter vor (§ 146 Abs. 3, anders Goldmann Anm. 8 und Marcus bei Holdheim 1913, S. 106, die den Kridar für anmeldungspflichtig halten). Nicht anmeldungspflichtig ist der Gläubiger eines Gesellschafters, der von der Befugnis des § 135 Gebrauch gemacht hat. —

Die Liquidatoren als solche haben bei der Anmeldung dagegen nicht mitzuwirken.

Nr. 3. 3. Die Anmeldung hat zu den Handelsregistern des **Sitzes** der Gesellschaft und der Zweigniederlassungen zu geschehen (§ 13). Steht die Tatsache der Auflösung fest, so wird der Registerrichter die Gesellschafter auffordern können, sich binnen bestimmter Zeit zu erklären, ob sie eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben und sie bei Ausbleiben der Erklärung durch Ordnungsstrafe zur Anmeldung der Liquidatoren anhalten können (§ 14). Weigert sich einer der Anmeldungspflichtigen mitzuwirken, weil er eine andere Regelung der Liquidatorenfunktionen behauptet, so ist die Differenz im Prozeßwege zu erledigen und dann nach § 16 vorzugehen (R.O.H.G. X S. 437).

Anzumelden sind die Personen der Liquidatoren und von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelungen der Vertretung, insbesondere die Zuteilung der Ganzvertretung (§ 150 Abs. 1). Auf welchem Titel die Liquidatorenstellung beruht, ist nicht anzumelden, ebensowenig die Tatsache, daß von der Liquidation gewisse Gesellschafter ausgeschlossen sind. —

Die Anmeldung hat zu erfolgen, auch wenn die Auflösung der Gesellschaft, ja selbst, wenn die Handelsgesellschaft (im Falle des § 1) nicht eingetragen war. Gewöhnlich wird sie gleichzeitig mit der Anmeldung der Auflösung nach § 143 erfolgen.

Nr. 4. 4. **Folgen der unterlassenen Eintragung oder Bekanntmachung.** Unterbleibt die Bekanntmachung, wer als Liquidator eingetragen ist, so bestehen zwar die Liquidatoren als solche rechtlich, aber der Dritte, dem die vom Gesetz abweichende Regelung nicht bekannt ist, darf den gesetzlichen Zustand, daß sämtliche Gesellschafter und nur diese Liquidatoren mit Kollektivbefugnis seien (§§ 146, 150), als bestehend annehmen, es kann ihm z. B. nicht entgegengehalten werden, daß durch Vereinbarung der Gesellschafter oder richterliche Ernennung weitere Liquidatoren beigeordnet seien (R.G. im Recht 04, S. 580 Nr. 2564.).

5. **Änderungen in den Personen der Liquidatoren**, sei es, daß neue hinzukommen oder alte durch neue ersetzt werden, sind von den Gesellschaftern gleichfalls anzumelden. Der Zeitpunkt des Ausscheidens eines Liquidators ist nicht eintragungsfähig (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 217). Nr. 5.

6. Das gleiche gilt von **jeder Änderung in der Vertretungsmacht**, z. B. Ersatz der gewährten Ganzvertretung durch Kollektivvertretung. Wird ein zweiter Liquidator neben dem bisher alleinigen bestellt, so bedarf es einer besonderen Eintragung der Umänderung von Einzelvertretung in Kollektivvertretung nicht. Vielmehr tritt solche kraft Rechtssatzes ein. Das Umgekehrte, daß beide Ganzvertretung haben, müßte eingetragen und bekannt gemacht werden. Nr. 6.

7. Daß die Liquidatoren (auch die gerichtlich ernannten) Firma nebst Namensunterschrift bei dem Gericht zu zeichnen haben, rechtfertigt sich aus § 153. Die Firma ist als Liquidationsfirma schon jetzt anzugeben. Vgl. im übrigen bei § 153. Nr. 7.

8. § 148 findet sofortige Anwendung. Nr. 8.

§ 149.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

Entw. I § 135, II § 147; Denkschr. I S. 105, 106, II S. 3190, 3191; A.D.H.G.B Art. 137.

1. **Rechtliche Stellung der Liquidatoren im allgemeinen.** § 149 enthält zweierlei Bestimmungen. Die eine betrifft die Aufgabe der Liquidatoren. Sie haben gleich den Liquidatoren einer Körperschaft (B.G.B. § 49) „die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen." Die andere erklärt sie für Vertreter der Gesellschaft innerhalb ihres Geschäftskreises. Jene weist den Liquidatoren die Geschäftsführung, diese die Vertretung zum Zwecke der Liquidation zu. Es begegnet hier somit eine ähnliche Scheidung zwischen innerer und äußerer Seite, wie wir sie bei den Gesellschaftern kennen gelernt haben. Indessen ergeben sich bei näherem Zusehen doch erhebliche Abweichungen. Zunächst ist offenbar der Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung hier ein viel engerer, als es während der Dauer der Gesellschaft für die Gesellschafter der Fall war. Freilich ist auch für die Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft der Satz des B.G.B. unanwendbar, daß im Zweifel der Umfang der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters nach der Geschäftsführungsbefugnis zu bestimmen sei (B.G.B. § 714). Vielmehr kann jener größer sein als dieser, wie die Vergleichung der §§ 152, 151 ergibt, und bis zu einem gewissen Grade besitzt auch hier die Vertretungsbefugnis einen absoluten Umfang (§ 151). Aber wie es keinen Liquidator ohne Vertretungsbefugnis gibt, so läßt sich die Vertretungsbefugnis ohne Geschäftsführung nicht denken, hinter jener muß diese stehen, und wenn auch die Anordnungen der Beteiligten für die Ausübung der Geschäftsführung bestimmt sind, so bleibt doch stets der Liquidator Geschäftsführer, ein jeder Geschäftsführung entkleideter Liquidator wäre in Wahrheit kein solcher. Nr. 1.

Den Gesellschaftern steht Geschäftsführung und Vertretung kraft Gesetzes zu, sie kann freilich dem einen genommen sein oder der Umfang kann durch Vertrag eingeengt werden (Kollektivvertretung). Immer aber bleibt es das eigene Recht, auf das sich der Gesellschafter stützt. Bei den Liquidatoren kann es das Gesetz sein, auf dem ihre Befugnisse beruhen, es kann aber auch ein Vertrags- oder quasi Vertragsverhältnis zu den Gesellschaftern vorliegen. Je nachdem das eine oder andere der Fall ist, ergeben sich verschiedene Folgen für die Diligenzpflicht, Abberufung, Geschäftsführung, ja selbst für Vertretung. So kann denn auch bei

mehreren Liquidatoren die juristische Basis ihres Amtes eine verschiedene sein, der eine kann als Gesellschafter, der andere als Dienstverpflichteter fungieren.

Demgemäß ist es nicht zutreffend, wenn die herrschende Ansicht die Liquidatoren für die notwendigen und ausschließlichen gesetzlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft erklärt, wenn man sie als ein Organ der liquidierenden Gesellschaft mit dem Vorstand der Aktiengesellschaft vergleicht (R.O.H.G. V S. 390, X S. 357, XII S. 217, XXIII S. 329; R.G.Z. V S. 10, vgl. auch Renaud, C.G. S. 553). So richtig dies für die Liquidatoren einer Körperschaft ist, so unzutreffend ist es für die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft. Man sucht vergeblich nach dem Grunde einer solchen Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft für das Stadium der Auflösung. War die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person während ihres Bestandes, so kann sie zu einer solchen nicht im Abwickelungsstadium werden. Waren es die Gesellschafter, die unter der Firma bis dahin auftraten, so sind es auch die Gesellschafter, die unter der Liquidationsfirma berechtigt und verpflichtet werden. Hieraus ergibt sich der wichtige Schluß, daß einmütiges, unter Zustimmung aller Beteiligten erfolgendes Auftreten der Gesellschafter bezw. deren Vertreter nach außen die Vertretung durch den Liquidator erübrigt, ein Fall, der besonders praktisch werden kann, wenn Fremde als Liquidatoren bestellt sind.[1]) Es hat somit der Liquidator nicht die alleinige Vertretung der Liquidationsgesellschaft in dem Sinne, daß die von den Gesellschaftern geschlossenen Rechtsgeschäfte für sie unverbindlich wären, vielmehr ersetzt einstimmiges Handeln der Gesellschafter das Auftreten des Liquidators. Ein zweiter Schluß, der zu ziehen ist, ist, daß im Prozeß die Gesellschafter, nicht die Liquidatoren Partei sind, daß folglich die Eide von den Gesellschaften als solche zu leisten sind.

Nr. 2. 2. **Beendigung der laufenden Geschäfte.** Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, sei es daß nur die Gesellschaft oder nur der Gegenkontrahent (vgl. R.G.Z. XLIV S. 84) oder beide leistungspflichtig sind, sei es daß das Geschäft schnell oder langsam abwickelbar ist (R.G.Z. V S. 8,) daß es sich um ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft oder gar um einen Prozeß (R.O.H.G. XXI S. 128) handelt. (Über die Wirkung des Eintrittes der Liquidation mit Bezug auf Prozesse der Gesellschaft bei § 156 Nr. 3.)

---

[1]) Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Auffassung können überhaupt nicht bestehen, wenn die Gesellschafter und die Beteiligten im Liquidationsstadium identisch sind. Weshalb diesenfalls die etwa bestellten oder vom Richter ernannten Liquidatoren nicht im einzelnen Fall durch die Gesellschafter ersetzt werden dürfen, ist nicht einzusehen; denn wie die Gesellschafter den Liquidatoren Anweisungen erteilen können (§ 152), so können sie sie auch abberufen (§ 147) und sich als Liquidatoren konstituieren. Um so mehr wird man ihnen gestatten müssen, im einzelnen Fall zusammen aufzutreten (anders O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXI S. 388, welche Entscheidung bei Prozessen der Gesellschaft gegen die Liquidatoren einen besonderen Liquidator nach § 146 bestellen läßt).

Nicht ganz so liegt freilich die Sachlage in folgenden drei Fällen: a) wenn ein Gesellschafter gestorben ist, b) wenn ein Gesellschafter in Konkurs geraten ist, c) wenn der Privatgläubiger eines Gesellschafters gekündigt hat. Hier decken sich die Beteiligten (Kommunionsinteressenten) nicht mit den Gesellschaftern. An Stelle des verstorbenen Gesellschafters treten dessen Erben, an Stelle des Kridars der Konkursverwalter, neben den schuldnerischen Gesellschafter tritt der kündigende Gläubiger, und zwar letzterer mit gewissen Mitwirkungsrechten (§§ 146, 147, 152). Unter der Firma der Gesellschaft würden dann also Personen nach außen handeln, die in Wahrheit nie zur Gesellschaft gehört haben. Indessen haben die Erben doch auch z. B. die Geschäfte des Erblassers bei Gefahr im Verzuge nach § 137 fortzuführen, bei der Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister mitzuwirken (§ 13) u. a. m. Daß der Konkursverwalter nur den Kridar vertritt, ergibt sich aus § 146 Abs. 3, und der Privatgläubiger eines Gesellschafters hat nur ein Zustimmungsrecht, während das Handeln dem Gesellschafter zufiele. — Keineswegs rechtfertigen somit auch diese Fälle, den Gesellschaftern das Auftreten an Stelle des Liquidators abzusprechen.

3. **Einziehung der Forderungen.** Die Liquidatoren haben die während der Liquidation bereits zur Fälligkeit gediehenen Forderungen einzuziehen (auch die litigiösen R.O.H.G. XXI S. 128). Durch den Eintritt der Liquidation wird aber die Fälligkeit noch nicht begründet (R.G.Z. IX S. 14). Unter Einziehung würde auch Einklagung fallen, Protesterhebung bei Wechselforderungen, Befriedigung durch Verkauf des Pfand- oder Retentionsgutes (§ 374), auch Aufrechnung. Die Forderung kann auf jede vermögenswerte Leistung gehen (R.G.Z. XLIV S. 84: kaufweise Überlassung von Grundstücken). Die Forderungen können sich gegen Dritte und einzelne Gesellschafter richten und letzterenfalls gegen solche in ihrer Eigenschaft als Dritte oder als Gesellschafter. Wird der Gesellschafter als Dritter belangt, so kann er nicht mit der Einlage aufrechnen, er muß sie während der Dauer der Liquidation in dem Gesellschaftsvermögen lassen (Bolze XIX Nr. 619). Was den Gesellschafter als solchen betrifft, so sind die Liquidatoren namens der Gesellschaft berechtigt, fällige Einlagen, sei es in Geld oder anderen Inhalts (Erfüllung einer Grundstücksillation, R.O.H.G. XII S. 39, Verpflichtung zur Übernahme eines Inventars: K.G. in O.L.G. Rspr. XIX S. 314), von den Gesellschaftern einzutreiben (vgl. R.O.H.G. XXII S. 136, XXV S. 165, R.G.Z. IV S. 67), denn sie gehören zum Gesellschaftsvermögen (R.G.Z. LXXVI Nr. 71), desgl. die Ansprüche auf Zinsen und Schadensersatz nach § 111 (vgl. Bolze I Nr. 1179, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XV (1894) S. 300, O.L.G. Celle im Recht 05, S. 22 Nr. 118). Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft aus nur zwei Gesellschaftern bestand (Renaud, C.G. S. 567, Busch III S. 114). Auch Ansprüche auf Herausgabe von Geschäftsbüchern und sonstigen Schriftstücken der Gesellschaft gehören hierher (R.O.H.G. XXI S. 142). Dagegen können die Liquidatoren die Gesellschafter nicht dazu anhalten, noch nicht fällige Einlagen aus dem Grunde zu entrichten, weil die Gesellschaft in Liquidation getreten und der Betrag zur Deckung der Schulden nötig sei, ebenso wenig über den Betrag des versprochenen Beitrags Zuschüsse an die Gesellschaft zu machen. Der Gesellschafter würde sich hiergegen auf B.G.B. § 707 stützen (R.O.H.G. XXV S. 159 ff.). Nicht steht B.G.B. § 735 im Wege (über diesen Düringer-Hachenburg IV S. 231), denn die hieraus sich ergebenden Rechte müssen die Gesellschafter gegen einander mit der actio pro socio geltend machen (R.O.H.G. V S. 390). Was von Forderungen gilt, ist auf andere Rechte entsprechend anzuwenden, z. B. Geltendmachung des Eigentums durch Erhebung der Vindikation.

Wie weit der Schuldner Einreden vorbringen kann, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Insbesondere gilt hinsichtlich des Aufrechnungseinwandes das bei § 124 Nr. 8 Bemerkte. Die besonderen Grundsätze der K.O. § 54 greifen hier nicht Platz. Von praktischer Bedeutung kann vor allem der Einwand werden, daß die noch nicht fällige Verbindlichkeit nur unter der Voraussetzung des Fortbestandes der Gesellschaft eingegangen war. Solchen Fall behandelt R.G.Z. IV S. 66 (ein Dritter hatte sich verpflichtet, zu Gunsten eines Gesellschafters ein „verantwortliches" Kapital einzuschießen, und aus den begleitenden Umständen des konkreten Falles entnahm das R.G., daß nach dem Willen beider Parteien solche Voraussetzung vorlag, vgl. ferner O.L.G. Hamburg in O.L.G. IX S. 260, O.L.G. Stuttgart im Recht 07, S. 1134 Nr. 2716). Wegen des mit der offenen Handelsgesellschaft assozierten stillen Gesellschafters bei § 340.

4. **Versilberung des Vermögens.** Der Liquidator hat das ganze Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen (anders im bürgerlichen Recht, wo das Gesellschaftsvermögen nur „soweit erforderlich" zu versilbern ist, B.G.B. § 733 Abs. 3; hierzu Düringer-Hachenburg IV S. 224 ff.), doch können natürlich die sämtlichen Gesellschafter einstimmig eine andere Anordnung treffen, z. B. Realteilung oder Zuweisung eines Gegenstandes an einen von ihnen oder an sie beide zu gemeinsamem Recht vorschreiben. So können Ehegatten, die Gesellschafter sind, bei Gütergemeinschaft Gegenstände des Gesellschaftsvermögens wieder zu Gesamtgut machen (vgl. O.L.G. Darmstadt im Recht 04, S. 198 Nr. 994). Dann muß der Liquidator der Anordnung Folge leisten (§ 152). Die Vorschrift bezieht sich natürlich nicht auf die quoad usum inferierten Gegenstände, diese sind dem Inferenten zurückzugeben (B.G.B. § 732). Im übrigen bezieht sie sich auf alle Vermögensobjekte der Gesellschaft, sofern eine Versilberung möglich ist (nicht auf die Geschäftsbücher, nicht auf jura personalissima). Auch Forderungen, deren Einziehung nicht möglich Nr. 4.

oder z. Z. nicht realisierbar ist, gehören dahin (vgl. B.G.B. § 754, Keyßner in Z. X S. 381). Die Art der Versilberung steht mangels einstimmiger Anordnung durch die Gesellschafter den Liquidatoren frei. Sie können privatim veräußern oder öffentlich versteigern lassen. Dies gilt auch für Grundstücke (anders im älteren Recht). Soweit Hilfsgeschäfte zur Versilberung dienen, z. B. Miete eines Lokales, Transportgeschäfte, können sie natürlich auch solche eingehen. Aber man wird mit Staub-Pinner Anm. 18 weitergehend alle Geschäfte zulassen, die der Verwertung der Gesellschaftsgegenstände dienen (Tauschgeschäfte, Erwerb von Grundstücken behufs Rettung von Hypotheken).

Nr. 5. 5. **Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger.** Auch in dieser Beziehung ist darauf hinzuweisen, daß auch bei Auflösung der Gesellschaft eine nicht fällige Schuld nicht zu einer fälligen wird (anders im Konkurse, K.O. § 65). Wohl aber haben sie für nicht fällige oder für streitige Schulden das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten (§ 155 Abs. 2). Als Gesellschaftsgläubiger können nicht bloß Nichtgesellschafter, sondern auch Gesellschafter in Frage kommen, letzteres jedenfalls insoweit sie als Dritte in rechtliche Beziehung zur Gesellschaft getreten sind, z. B. als Darlehnsgeber (dahin gehören auch die Ansprüche ausgeschiedener Gesellschafter). Aber auch soweit es sich um ihre Stellung als Gesellschafter handelt, kommen sie in Frage, doch haben sie hier den Dritten nachzustehen [1]). Die Befriedigung kann durch Barzahlung, Aufrechnung oder eine andersartige Erfüllung geschehen. Hinsichtlich der Aufrechnung gilt das bei § 124 Nr. 8 Bemerkte auch hier. Denkbar ist, daß eine Schuld von der Gesellschaft oder gegenüber der Gesellschaft unter der Voraussetzung der Nichtauflösung eingegangen wurde. Wann das vorliegt, ist Tatfrage (vgl. z. B. R.G. im Recht 08 Nr. 148, O.L.G. Jena bei Seuffert LXVIII Nr. 131, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. IX S. 260, oben Nr. 3).

Für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gelten nicht die konkursrechtlichen Vorschriften. Aber andererseits besteht eine Pflicht der Liquidatoren, alle Gläubiger zu befriedigen. Insbesondere haben sie kein Recht, die Befriedigung eines Gläubigers deshalb zu unterlassen, weil ein Gesellschafter seinen Pflichten gegen die Gesellschaft nicht nachgekommen ist (O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXIV S. 136). Ebensowenig dürfen sie sich vorweg als Gläubiger befriedigen.

Nr. 6. 6. **Eingehung neuer Geschäfte.** Die Gesellschafter können nur zur Beendigung schwebender Geschäfte neue eingehen. Gleichgültig ist, ob dadurch die Beendigung direkt herbeigeführt werden (Vergleich) oder nur sicher gestellt werden soll (Verpfändung, Bürgenstellung), ob das neue Geschäft sich unmittelbar oder mittelbar (Darlehnsaufnahme behufs Tilgung von Verbindlichkeiten, R.G.Z. IV S. 65) auf die Beendigung des schwebenden Geschäfts beziehen soll, ob es unbedingt notwendig war oder nicht (Busch XXXVIII S. 235), ob es sich um Erwerb oder Veräußerung von Rechten handelt und ersterenfalls, ob um ein lukratives oder oneroses Geschäft. Es genügt schon, daß das Geschäft in tatsächlichem Zusammenhang steht mit einem vor Eintritt des Auflösungsgrundes begonnenen Geschäft (Wimpfheimer S. 161). Im übrigen aber dürfen sie nicht neue Geschäfte eingehen. Dahin wird z. B. regelmäßig die Beteiligung der Liquidationsgesellschaft an einer neu begründeten Gesellschaft gehören (K.G. in O.L.G. Rspr. III S. 67), doch kann es auch anders liegen (O.L.G. Dresden im Recht 05, S. 169 Nr. 771, wo die Beteiligung einer liquidierenden Aktiengesellschaft an einer G. m. b. H. als Abwicklungsgeschäft angesehen wurde). Sie dürfen keine Prokura und Generalhandlungsvollmacht erteilen, denn der Prokurist, wie der Generalhandlungsbevollmächtigte soll ein Handelsgewerbe betreiben und der werbende Betrieb hat sein Ende gefunden (R.G.Z. LXXII S. 123). Die bis dahin tätigen Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten können höchstens als Handlungsbevollmächtigte innerhalb des Rahmens der Liquidationszwecke fortwirken. Dagegen können sie Spezialhandlungsvollmachten erteilen (anerkannt im § 150 Abs. 2), auch Handlungsgehilfen engagieren. Denn kaufmännische Dienste sind auch im Liquidationsstadium erforderlich.

---

[1]) Solchen Fall behandelt R.G.Z. XXIX S. 15, 16, eine Entscheidung, die sich allerdings zu weitgehend ausdrückt.

Der Umstand, daß ein von ihnen neu eingegangenes Geschäft Liquidationszwecken dient, wird von dem Gegenkontrahenten oder gar Dritten, die daraus Rechte herleiten, z. B. Wechselindossataren, nicht selten schwer oder gar nicht zu erkennen sein, besonders wenn es sich um abstrakte Verpflichtungen, z. B. aus Wechselakten, handelt. Doch bleibt es dabei, daß dem, der für sich aus diesen Geschäften Rechte ableitet, bei Bestreiten des Zusammenhangs mit schwebenden Geschäften der Beweis obliegt, bei dessen Nichtgelingen er sich weder an die Gesellschaft noch an die Gesellschafter, sondern nur an die Liquidatoren als falsi procuratores halten kann (R.O.H.G. VIII S. 226, XXI S. 307 ff.), und es ist logisch nicht zu begründen, wenn das R.O.H.G. und mit ihm Staub-Pinner Anm. 19 annimmt, daß es genüge, wenn er den ihm obliegenden Erkundigungspflichten nachgekommen sei und bei Aufwendung aller Sorgfalt zu der Annahme des Kausalzusammenhanges gelangen konnte (vgl. Renaud, C.G. S. 564, 565). Auch ist im Urkundenprozeß der Zusammenhang als Klage begründende Tatsache urkundlich nachzuweisen (a. A. Staub[5] zu Art. 137 § 8, Behrend § 82 Anm. 11). Doch gelten die obigen Beschränkungen nicht, wenn sämtliche Beteiligte mit dem Abschluß des neuen Geschäfts einverstanden sind, sei es, daß sie es selbst als Liquidatoren abschließen oder den Abschluß nachträglich genehmigen oder die Vollmacht des Liquidators erweitern (Keyßner in Z. X S. 380). Sie beziehen sich ferner nur auf Verbindlichkeiten, die der Gesellschaft erwachsen, während es den Liquidatoren unbenommen ist, Rechte für die Abwickelungsgesellschaft zu erwerben (Busch VIII S. 151).

7. Sie haben weiter die zur **Erhaltung** des Gesellschaftsvermögens, z. B. der Waren, nach Lage der Dinge erforderlichen Maßregeln zu treffen, wie überhaupt das Vermögen zu verwalten (B.G.B. § 730 Abs. 2). Nr. 7.

8. **Unstatthafte Geschäfte.** Über den Zweck der ihnen zugewiesenen Funktionen hinaus geht die Begründung neuer Niederlassungen, die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, die Änderung der Firma, weil alle diese Akte den Betrieb des Gewerbes zur Grundlage haben. Aber auch die Veräußerung des ganzen Geschäfts mit Aktivis und Passivis an einen Dritten oder einen der Gesellschafter fällt nicht in den Rahmen ihrer Kompetenz (anders, wie es scheint, R.G. in L.Z. 1913, S. 212 = Warneyer 1913 Nr. 160, zweifelnd R.G. in Entsch. F.G. X S. 46), denn es ist dem gesetzlichen Liquidationsverfahren gerade die Abwickelung der Gesellschaftsverhältnisse im Wege der Klarstellung der Aktiva, Tilgung der Passiva und Distribution des Nettovermögens unter die Gesellschafter charakteristisch. Vielmehr müssen die Beteiligten mit solcher Veräußerung einverstanden sein (Puchelt-Förtsch z. Art. 137 Anm. 7). Auch die Firma kann der Liquidator nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter abtreten (F. Meyer in L.Z. 1910 Nr. 1 S. 60 ff.). Wohl aber kann er die ganzen Aktiva in Bausch und Bogen verkaufen. Unzulässig wäre auch eine Übertragung der Liquidationsgeschäfte in ihrer Gesamtheit auf ein anderes Rechtsubjekt, der Liquidator kann sein Amt nicht abtreten (R.G. in Entsch. F.G. X S. 46). Nr. 8.

9. Innerhalb des Rahmens der ihnen so zugewiesenen Aufgaben haben die Liquidatoren die **Vertretung der Liquidationsgesellschaft** Privaten wie Behörden gegenüber, z. B. der Grundbuchbehörde (Legitimation G.B.O. §§ 33 Abs. 2, 35), im Rechtsstreit, wie außerhalb des Rechtsstreits. Einer Spezialvollmacht oder der Mitwirkung etwa der Erben des verstorbenen Gesellschafters bedürfen sie insoweit nicht (O.L.G. Colmar im Recht 08 Nr. 3690, Bayer. Obst.Lb.G. ebenda 05 S. 169 Nr. 770). Sie sind aber nicht ausschließliche Vertreter, vielmehr können die sämtlichen Gesellschafter, einschließlich der Erben, auch an ihrer Statt auftreten (vgl. Renaud, C.G. S. 572, Behrend S. 571 Anm. 1). Es können somit die sämtlichen Gesellschafter mit Zustimmung des beteiligten Gläubigers (im Falle des § 135) Klage erheben, und es können sämtliche Gesellschafter als Beklagte auftreten (praktisch, wenn es sich um Prozesse gegen die Liquidatoren selbst handelt). Der Prozeßgegner könnte nicht ihre Legitimation bestreiten (a. A. O.L.G. Braunschweig im Recht 1910 Nr. 2898 = O.L.G. Rspr. XXI S. 388). Auf der anderen Seite können die Gesellschafter nicht dazu gezwungen werden, selbst aufzutreten. Will auch nur einer der Beteiligten, daß der Liquidator auftritt, so gilt dies. Die Zustellung der Klage hat demnach ordnungsmäßig an den Liquidator zu erfolgen. Nr. 9.

Im Prozeß, den die Liquidatoren führen, stellen sie auch keineswegs die Partei dar, wie das R.O.H.G. X S. 356, XII S. 216 annimmt, vielmehr vertreten sie nur die Partei. Sie haben zwar die Eide namens der Liquidationsgesellschaft zuzuschieben und zurückzuschieben, aber zu schwören sind die Eide von den Gesellschaftern (anders die herrschende Ansicht, vgl. dagegen Gierke, Genossenschaftstheorie S. 601). Zur Stellung des Antrages auf Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen ist jeder Liquidator befugt (K.O. § 210).

Nr. 10. 10. Das **ältere** Recht (Art. 137) gestattete, die Veräußerung von unbeweglichen Sachen ohne Zustimmung der Gesellschafter nur im Wege der öffentlichen Versteigerung vorzunehmen. Die Beschränkung zessierte vom 1. Jan. 1900 ab.

§ 150.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können; eine solche Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 wird nicht ausgeschlossen, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

Entw. I § 136, II § 148; Denkschr. I S. 105, 106, II S. 3191; A.D.H.G.B. Art. 136.

Nr. 1. 1. Mehrere Liquidatoren, gleichgültig welcher Art, haben **Gesamtgeschäftsführung** und **Gesamtvertretung**. Deshalb muß, wenn einer von mehreren Liquidatoren gegen die Liquidationsfirma Klage erheben will, an seiner Stelle ein anderer Liquidator für die Firma bestellt werden (R.G.Z. XLVII Nr. 6). Dasselbe wird man anzunehmen haben, wenn die Liquidationsfirma durch die Liquidatoren gegen einen der Liquidatoren auf Zahlung eingezogener Beträge an die Kasse der Gesellschaft klagen will (vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. VII S. 151, O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXI S. 388, unzutreffend O.L.G. Kiel in O.L.G. Rsp. XIXS.315). Doch können die Beteiligten ein anderes beschließen, sei es, daß sie jedem der Liquidatoren Ganzvertretung einräumen, sei es, daß sie dem einen Ganzvertretung, dem andern nur Kollektivvertretung gewähren. Ebenso kann der Richter ein anderes anordnen. Jede von dem normalen Zustand abweichende Regelung ist einzutragen und bekannt zu machen (darüber bei § 148 Nr. 3). Ist nur ein Liquidator da, so hat er selbstverständlich Alleinvertretung. Mit der Einsetzung eines zweiten Liquidators würde sich aber kraft Gesetzes die Ganzvertretung in Kollektivvertretung verwandeln. Eines besonderen Hinweises darauf bedarf es in der Bekanntmachung nicht. Soll sie als Ganzvertretung andauern, so muß dies ausdrücklich bestimmt und kundgegeben werden. Ebensowenig bedarf es einer besonderen Hervorhebung der Kollektivvertretung, wenn nur die Personen der Liquidatoren wechseln.

Nr. 2. 2. **Gefahr im Verzuge.** Hinsichtlich der Gesamtgeschäftsführung und der Gesamvertretung gilt grundsätzlich das in den §§ 115 Nr. 2, 125 Nr. 10ff. Bemerkte. Nur darf hier nicht einmal bei Gefahr im Verzuge der einzelne Liquidator als solcher selbständig handeln, vielmehr läge auch dann eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor. So wird z. B. die Entlassung eines Handlungsgehilfen auch bei justa causa nicht einem einzelnen Liquidator zustehen (anders R.G. in Holdheim 1900, S. 125).

Nr. 3. 3. **Ganzgeschäftsführung.** Hat von mehreren Liquidatoren jeder Ganzgeschäftsführung, so fragt es sich, ob § 115 Abs. 1 unter ihnen zur Anwendung kommt. Dies wird grundsätzlich zu verneinen sein, weil nach § 152 der Liquidator nur den von den Beteiligten einstimmig getroffenen Anordnungen Folge zu leisten hat. Der trotz Widerspruchs eines anderen Gesellschafters handelnde Liquidator würde sich nur insoweit regreßpflichtig machen, als ihn ein Verschulden trifft.

4. Unter einander werden die Liquidatoren verpflichtet sein zur gegenseitigen Mitwirkung, soweit sie Gesellschafter sind (O.L.G. Celle in L.Z. 1913, S. 402). Insoweit wird jeder gegen den anderen klageweise auf Mitwirkung zur Verteilung der Masse vorgehen können (R.G.Z. XLVII S. 19). Im übrigen stehen sie in keinem direkten rechtlichen Verhältnis zu einander. Nur die Gesellschaft kann jeden zur Erfüllung seiner Pflichten anhalten (anders O.L.G. Kiel in O.L.G. Rspr. XIX S. 315) oder es kann ein einzelner Gesellschafter gegen die Gesellschaft seinen Anspruch darauf, daß durch sie die ordnungsmäßige Verteilung herbeigeführt werde, geltend machen. Doch werden die Gesellschafter zusammen gegen den Liquidator vorgehen können (oben § 149 Nr. 9). Nr. 4.

5. Der dem älteren Recht unbekannte Abs. 2 findet auf Geschäfte und Rechtshandlungen Anwendung, die nach dem 31. Dez. 1899 vorgenommen werden. Nr. 5.

§ 151.

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam.

Entw. I § 137, II § 149; Denkschr. I S. 106, II S. 3191; D.A.H.G.B. Art. 138.

Die Bedeutung dieses Paragraphen ist weit geringer als die der §§ 50, 126. Denn der Umfang der Vertretungsmacht, wie er sich aus § 149 ergibt, entbehrt jenes festen und klar erkennbaren Maßstabes, den er bei Prokura und Vertretungsmacht des Gesellschafters besitzt. Immerhin ergibt sich aus ihm, daß selbst einstimmig von den Beteiligten gefaßte Beschlüsse, die den Umfang der Vertretungsbefugnis des Liquidators gegenüber § 149 einschränken, nach außen nicht wirken, soweit nicht die Voraussetzungen betrügerischer Kollusion vorliegen (vgl. bei § 126 Nr. 2). Abweichend von jenen Vollmachten bezieht sich die Vertretungsmacht des Liquidators auch stets auf das ganze Geschäft. Die Beschränkung auf eine Zweigniederlassung ist Dritten gegenüber unwirksam. Im einzelnen gilt:

1. Nur **Beschränkungen** der Vertretungsmacht sind nach außen unwirksam, nicht Erweiterungen, letztere regeln sich nach den Grundsätzen der einfachen Vollmachten. Eine Eintragung in das Handelsregister wird nicht vorgenommen. Nr. 1.

2. Worin die Beschränkung besteht, ist gleichgültig. Es fallen hierunter sowohl Beschränkungen mit Bezug auf Geschäfte, als solche mit Bezug auf Zeit und Ort, als endlich solche, die die Mitwirkung von Nichtliquidatoren gebieten.

3. Nur **Dritten** gegenüber sind Beschränkungen unwirksam, dagegen können sie im Verhältnis der Beteiligten (§ 146 Abs. 2, 3) unter einander sowie gegenüber dem betreffenden Liquidator selbst volle Wirkung haben. Das letztere ergibt sich schon aus § 152 (a. A. Goldmann Anm. 3, Ritter Anm. 1). Anders mit Bezug auf Mitliquidatoren, die nicht Gesellschafter sind. Diese können, falls sie als Dritte mit der Liquidationsgesellschaft in rechtliche Beziehungen treten, sich auf § 151 berufen. Nr. 2.

4. Vgl. im übrigen bei § 126.

5. Das ältere Recht (Art. 138) stimmte überein.

§ 152.

Gegenüber den nach § 146 Abs. 2, 3 Beteiligten haben die Liquidatoren, auch wenn sie vom Gerichte bestellt sind, den Anordnungen Folge zu leisten, welche die Beteiligten in betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen.

Entw. I § 138, II § 150; Denkschr. I S. 106, II S. 3191; A.D.H.G.B. Art. 140.

1. § 152 hat, wie seine Fassung ergibt, nur die interne Seite der Liquidatorenfunktion im Auge. Er macht alle Liquidatoren vom einstimmigen Willen der Beteiligten abhängig. Praktisch wichtig wird dieser Satz nur für Liquidatoren, die Nr. 1.

selbst nicht Beteiligte sind. Ist der Liquidator Beteiligter im Sinne des § 146 Abs. 2, 3, so kann er seine Zustimmung zu der Anordnung verweigern. Hat er jedoch seine Zustimmung erteilt, so ist er nicht mehr in der Lage, nach dem gefaßten Beschlusse sie zurückzuziehen.

Nr. 2. 2. **Rechtliches Verhältnis des Liquidators zu den Beteiligten.** Indem das Gesetz die Liquidatoren den einstimmigen Beschlüssen der Beteiligten unterwirft, gibt es klar zu erkennen, daß wenigstens Liquidatoren, die nicht Beteiligte sind, in einem mandatartigen Verhältnis zu den Beteiligten stehen (vgl. R.O.H.G. XXIII S. 329ff.), dadurch unterscheiden sie sich von Testamentsvollstreckern und Konkursverwaltern. Freilich führt dies Verhältnis nicht stets auf Vertrag zurück (§ 146 Abs. 2, richterliche Ernennung), und selbst wo es auf Vertrag beruht, sind die Beteiligten, die Beschluß fassen, nicht stets identisch mit denjenigen, die den Liquidator bestellten; so ist der kündigende Privatgläubiger Mitbeteiligter im Sinne des § 152, während nicht er, sondern sein Schuldner den Liquidator bestellt hatte. Dies ändert aber nichts an der Grundauffassung des Gesetzes, nach der die Beteiligten gegenüber dem Liquidator die Stellung eines Auftraggebers (oder richtiger Dienstberechtigten) haben. Es besteht sonach kein Bedenken, die Sätze des B.G.B., die sich auf den eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habenden Dienstvertrag beziehen, hierauf anzuwenden, soweit sich nicht aus dem H.G.B. klar das Gegenteil ergibt (R.G. in L.Z. 1913 S. 212). So wird man den Liquidator für berechtigt erachten dürfen, von den Weisungen der Beteiligten unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 665 abzuweichen (anders Staub-Pinner Anm. 1). Die durch B.G.B. §§ 666—670 dem Beauftragten auferlegten Pflichten und gewährten Rechte wird man auch auf ihn anwendbar erklären müssen. Für seine Haftung ist B.G.B. § 276, und wenn er Kaufmann ist, H.G.B. § 347 maßgebend (die gegen die Anwendung von § 347 H.G.B. geäußerten Bedenken Wimpfheimers S. 49ff. überzeugen nicht). Anspruch auf Vergütung B.G.B. § 612, H.G.B. § 354 (der Registerrichter hat nicht das Recht, Vergütungen festzusetzen K.G. in Entsch. F.G. IV S. 144 = Johow-Ring XXVII A. 222), über Abberufung oben § 147, über Rechnungslegung unten § 154.

Nr. 3. Anders steht es mit solchen Liquidatoren, die selbst Beteiligte sind. Hier ist das rechtliche Verhältnis nicht stets ebenso zu konstruieren. Soweit Gesellschafter die Liquidatorenfunktion ausüben, handeln sie als Gesellschafter, unterstehen deshalb den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts insbesondere mit Bezug auf die Haftung (vgl. bei § 146 Nr. 1). Soweit dagegen Nichtgesellschafter in Frage kommen (Konkursverwalter, § 146 Abs. 3, kündigender Gläubiger § 146 Abs. 2, Vertreter der Erben), ist allerdings ein mandatartiges Verhältnis zu den sämtlichen Beteiligten anzunehmen. Danach kann, wenn Gesellschafter und Nichtgesellschafter Liquidatoren sind, das Maß ihrer Haftung ein verschiedenes sein, was auch innerlich gerechtfertigt ist. Die hiergegen gemachten Bemerkungen Wimpfheimers S. 54ff. sind nicht zutreffend und beruhen auf einer Verwechslung von Gesellschaft und Gesellschafter.

Im einzelnen gilt für § 152:

Nr. 4. a) Die Anordnungen müssen von den Beteiligten **einstimmig** beschlossen werden. Dabei haben die mehreren Erben eines verstorbenen Gesellschafters sämtlich, im Falle des § 135 haben der schuldnerische Gesellschafter und der Gläubiger, dagegen bei Konkurs eines Gesellschafters hat nur der Konkursverwalter zuzustimmen. Nicht notwendig ist, daß jede Anordnung einstimmig getroffen wird. Es kann vielmehr durch einstimmigen Beschluß für die Zukunft Majoritätsbeschluß für genügend erkannt werden. Ja es würde schon eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage genügen, sofern nicht nachträglich von den Gesellschaftern unabhängige Beteiligte auftreten. Doch müßte solche Vereinbarung sich klar auf das Liquidationsstadium beziehen. Die bloße Abrede nach § 119 Abs. 2 ist trotz § 156 nicht auf die Zeit nach der Auflösung zu erstrecken (vgl. bei § 156).

Nr. 5. b) Die Anordnungen dürfen **nicht wider zwingendes Recht** verstoßen. So wäre die Anordnung, daß der Liquidator nicht die Firma als Liquidationsfirma zeichnen solle, unwirksam.

Nr. 6. c) Der **Registerrichter** ist **nicht** in der Lage, Anordnungen zu erteilen (R.G.Z. XII S. 33, K.G. in Entsch. F.G. VI S. 128), ebensowenig die Gläubiger, abgesehen vom Fall des § 135.

d) Weigerung des Liquidators, dem Beschlusse Folge zu leisten, macht ihn schadensersatzpflichtig und rechtfertigt seine Abberufung. Denkbar, aber nicht praktisch, ist außerdem eine Klage auf Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht und Extrahierung einer einstweiligen Verfügung, um ihn zu hindern, gegen die Anordnung zu handeln. Nr. 7.

3. Zu den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft stehen die Liquidatoren an sich in keinem Vertragsverhältnis. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß ein Gläubiger oder Schuldner selbst Liquidator wird oder daß Gläubiger jemanden betrauen, die ihm angetragene Liquidatorenstellung anzunehmen. Die Frage, wieweit der Liquidator mit sich selbst kontrahieren kann, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Nr. 8.

4. § 152 war sofort anwendbar auf alle Liquidationen, die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestanden (vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XXXXVIII S. 104, 105, 113). Nr. 9.

§ 153.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

Entw. I § 139, II § 151; Denkschr. I S. 106, II S. 3191; A.D.H.G.B. Art. 139.

Die Vorschrift geht dem § 51 parallel und hat, wie jener, insofern den Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift, als die Gültigkeit des Geschäfts von der Beobachtung unabhängig ist (R.O.H.G. IX S. 215). Doch ist ihre Bedeutung hinsichtlich der Klarstellung der Liquidation eine große. Zwar ist es irrig, wenn angenommen wird, daß bei Fortbleiben des Zusatzes § 15 Abs. 1 zur Anwendung komme. Vielmehr kann nach Bekanntmachung der Auflösung höchstens die Anwendung des § 15 Abs. 2 hierdurch gefördert werden. Wohl aber begründet umgekehrt die Anwendung des Zusatzes auch bei Nichtbekanntmachung der Auflösung das Wissen des Dritten im Sinne von § 15 Abs. 1. Im einzelnen gilt:

1. Nicht bloß die Firma, sondern die Firma mit dem Zusatz „in Liquidation" oder einem sonstigen, auf die Liquidation klar hindeutenden Zusatz haben die Liquidatoren zu zeichnen. Dagegen brauchen sie sich nicht als Liquidatoren anzugeben. Der Schwerpunkt liegt in der Klarstellung der Tatsache, daß die Firma in Liquidation ist, nicht in der Angabe des Vertretungsverhältnisses. Nr. 1.

2. Die Firma ist die bisherige, der Zusatz „in Liquidation" stellt also keine Firmenänderung dar (O.L.G. Hamburg in Z. XXXV S. 235). Demgemäß ist er nicht nach § 31 anzumelden (R.G.Z. XV S. 105), auch G.O. § 15a Nr. I ist hierauf nicht anwendbar. Wohl aber haben die Liquidatoren die Firma nach Vorschrift des § 153 bei der Anmeldung ihrer Funktion zu zeichnen (vgl. bei § 148 Nr. 7). Weil die Firma die bisherige ist, würde die Zeichnung der Firma mit dem Hinzufügen „als Liquidator" ebenso kräftig sein. Nr. 2.

3. Über die Fortdauer des Firmenrechts bis zur Beendigung der Liquidation bei § 156.

4. Das ältere Recht (Art. 139) stimmte überein.

§ 154.

Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.

Entw. I § 140, II § 152; Denkschr. I S. 106, II S. 3191.

1. **Bilanzen.** Zwei Liquidationsbilanzen verlangt das Gesetzbuch, eine Eingangs oder Eröffnungsbilanz und eine Schlußbilanz. Es geht davon aus, daß die Liquidationszeit einen „in sich geschlossenen Rechnungsabschnitt bilde, für Nr. 1.

den der Gesamtgewinn oder Gesamtverlust auf Grund der beiden Bilanzen berechnet werden muß". Dagegen stellt es nicht das Erfordernis von Jahresbilanzen auf. § 39 Abs. 2 ist auf die Liquidationsgesellschaft nicht anwendbar (O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXVII S. 542, a. A. Gareis, Komm. Anm. 1). Wohl aber können die Beteiligten nach § 152 jederzeit weitere Bilanzen anordnen. Hinsichtlich der Bilanzierung normieren die §§ 40, 41. Nur wird, wie Staub-Pinner mit Recht hervorheben, die während des Bestandes der Gesellschaft absichtlich vorgenommene Niedrigschätzung von Aktivis hier fortfallen, es wird der wahre Wert in Ansatz zu bringen sein, vgl. Simon, Bilanzen S. 445ff., unten § 299 Nr. 5.

Die Unterzeichnung der Bilanz liegt den Liquidatoren, nicht den Gesellschaftern ob. In den Bilanzen sind die Kapitalkonten der Gesellschafter zu berechnen (§§ 120, 135 Abs. 1).

Nr. 2. 2. **Rechnungslegung.** Über die Rechnungslegungspflicht der Liquidatoren normieren die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. §§ 713, 666. Danach haben die Liquidatoren jedenfalls nach Beendigung der Liquidation (während der Liquidation brauchen sie im allgemeinen nur die Bücher vorzulegen, O.L.G. Hamburg in H.G. Z. XIII (1891) S. 248), und es hat jeder Liquidator nach Beendigung seines Amtes Rechnung über die Geschäftsführung abzulegen (R.O.H.G. XII S. 41, XXIII S. 330, Busch XXXXI S. 313ff.). Sie haben ferner über den Stand der Geschäfte jederzeit Auskunft zu geben. Über die Form der Rechnungslegung B.G.B. § 259. Die Gestattung der Einsicht in die Bücher und Papiere wäre also nicht genügend.

Nr. 3. 3. **Kontrollrecht der Gesellschafter.** Das durch § 118 Abs. 1 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter gewährte Kontrollrecht ist direkt nicht auf die Liquidation anwendbar, aber es wird jedem Gesellschafter und Erben zu gewähren sein, da diese es sogar nach beendeter Liquidation haben (§ 157 Abs. 3, vgl. auch R.O.H.G. VII S. 76). Dagegen hat es nicht der kündigende Gläubiger.

Nr. 4. 4. § 154 hat auf alle Liquidationen sofort Anwendung zu finden. Hatte die Liquidation vor dem 1. Jan. 1900 begonnen, so ist nur eine Schlußbilanz obligatorisch.

§ 155.

Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnisse der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu verteilen.

Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig verteilt. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zukommenden Beträge ist das Erforderliche zurückzubehalten. Die Vorschriften des § 122 Abs. 1 finden während der Liquidation keine Anwendung.

Entsteht über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens Streit unter den Gesellschaftern, so haben die Liquidatoren die Verteilung bis zur Entscheidung des Streites auszusetzen.

Entw. I § 141, II § 153; Denkschr. I S. 106—108, II S. 3191, 3192; A.D.H.G.B. Art. 141 ff.

Die Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Beteiligten, soweit sie Sache der Liquidatoren ist, behandelt § 155, den die §§ 732, 733 Abs. 1 des B.G.B. ergänzen. Die darüber hinausgehenden Fragen der Auseinandersetzung sind nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts zu erledigen.

Nr. 1. 1. **Allgemeine Stellung der Liquidatoren mit Bezug auf die Verteilung.** Den Liquidatoren soll zustehen, bezw. obliegen die Verteilung des nach Berich-

tigung der Schulden verbleibenden Vermögens der Gesellschaft unter die Gesellschafter. Ihren Namen haben sie nicht von dieser Distributionstätigkeit, sondern von der Tätigkeit der Flüssigmachung des Gesellschaftsvermögens und der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Schon hieraus ergibt sich, daß der Schwerpunkt ihrer Funktion in diesem, nicht in dem von § 155 behandelten Teil liegt. Ihre Stellung mit Bezug auf die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter ist der Natur der Sache nach ja eine diffizile. Im Grunde handelt es sich bei der internen Verteilung nicht um eine Fortwirkung der Gesellschaftsidee. Nicht die Abwickelungsgesellschaft ist es, die hier durch die Liquidatoren zur Darstellung gebracht wird, sondern die Gesellschafter setzen sich auseinander, Individuum mit Individuum. Eine folgerechte Durchführung dieser Auffassung würde dahin führen, die Liquidatoren lediglich auf die „Liquidation", d. h. Klarstellung des Nettovermögens, zu beschränken und sie mit Erreichung dieses Zieles abtreten zu lassen. Allein Rücksichten zweierlei Art drängen zur Abweichung hiervon. Einmal ist es nicht angemessen, die Aufteilung des Geldes bis zur endgültigen Herstellung des Nettoergebnisses zu verschieben. Die Liquidation kann sich unter Umständen Jahre hinziehen, z. B. wenn große Grundstückskomplexe zu veräußern sind. Das Interesse der Beteiligten verlangt Auskehrung der entbehrlichen Gelder. Wem anders kann vor Durchführung der Flüssigmachung die Distribution entbehrlicher Gelder zugewiesen werden, als den Liquidatoren? Aber auch die Schlußverteilung wird zweckmäßig in die Hände der Liquidatoren gelegt, weil damit der letzte Rest der Liquidationsgesellschaft getilgt wird. Wie § 158 klar ersehen läßt, bleibt — so lange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist — nach außen die Abwicklungsgesellschaft bei Bestand. Indem die Liquidatoren die Schlußverteilung vornehmen, führen sie das Ende der Liquidationsgesellschaft herbei, sie zerstören die letzten Äußerungen der Gesellschaftsidee nach außen, sie haben nunmehr ihre Liquidatorenfunktion eingebüßt.

Erklärt sich hieraus, daß das Gesetz den Liquidatoren die Verteilung des Vermögens zuweist, so ist damit andererseits das Maß der ihnen zustehenden Tätigkeiten eng umgrenzt. Sie haben zunächst nicht schiedsrichterliche Aufgaben hinsichtlich der Verteilung. Entsteht unter den Beteiligten Streit über die Verteilung, so haben diese den Streit gegen einander auszufechten, der Liquidator ist bis zur Entscheidung des Streites nicht in der Lage, die Verteilung vorzunehmen (§ 155 Abs. 3 vgl. R.G.Z. XLVII S. 19, LIX S. 59). Ebensowenig hat er Streitigkeiten unter den Gesellschaftern zu entscheiden (OLG. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXIV S. 136, K.G. ebenda XIX S. 314). Denn es handelt sich nicht um ein Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft, sondern um ein solches der Gesellschafter zu einander. Natürlich können die Gesellschafter sich seinem Schiedsspruch unterwerfen. (Puchelt-Förtsch zu Art. 142 Nr. 1).

Sie haben ferner nur die Verteilung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens. Weder steht ihnen zu, die Gesellschafter zu Zuschüssen über ihren Beitrag hinaus anzuhalten (darüber bei § 149 Nr. 3), noch die interne Distribution der Fehlbeträge bei Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens oder die Geltendmachung der Regreßansprüche von Gesellschaftern gegen einander (vgl. B.G.B. § 735) durchzuführen[1]). Dies ist vielmehr Sache der Gesellschafter selbst. Doch kann der Gesellschaftsvertrag ihnen auch diese Aufgabe zuweisen. (R.G. in L.Z. 1914, S. 1030). Noch weniger haben sie im Namen der Gläubiger die Gesellschafter zu verklagen, denn sie vertreten nicht die Gläubiger. Sobald Aktiva im Gesellschaftsvermögen nicht mehr da sind, treten sie ab, mögen die Passiva noch so groß sein.

2. **Einlagen quoad usum.** Hat ein Gesellschafter in die Gesellschaft Einlagen quoad usum inferiert, so sind ihm die Gegenstände je nach der Sachlage sofort mit Eintritt der Liquidation oder bei deren Ende (hierzu Düringer-Hachenburg IV S. 212ff.) zurückzugeben und zwar gleichgültig, ob die Schulden der Gesellschaft berichtigt sind oder nicht. Der Liquidator darf diese Gegenstände weder versilbern noch sonst darüber verfügen. Ist der Gegenstand durch Zufall untergegangen oder verschlechtert, so trägt der Inferent den Schaden (B.G.B. § 732). Bei schuldhaftem Nr. 2.

[1]) Regelmäßig wird solche Regreßklage erst nach beendeter Liquidation zulässig sein, da sich erst dann das ganze Rechtsverhältnis klar überblicken läßt (R.O.H.G. XXIII S. 194ff., Bolze VII Nr. 633, R.G. in L.Z. 08, S. 534, anders R.O.H.G. XII S. 274 und R.G.Z. XL S. 31ff.).

Untergang, bezw. Verschlechterung hat er Ersatzanspruch, dessen Befriedigung er aber erst nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erwarten darf, da ihm der Anspruch in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zusteht (vgl. oben § 149 Nr. 5).

Nr. 3. 3. **Einlagen quoad dominium.** Hier greifen die Grundsätze des B.G.B. § 733 Abs. 2, § 734, daß sie gesondert und vorweg vor dem Überschuß zurückzuerstatten sind, nicht Platz. Vielmehr ist die Einlage quoad dominium aufgegangen in den Kapitalanteil des betr. Gesellschafters, eine besondere Rückerstattung ihrer findet in Ermangelung besonderer Vereinbarung nicht statt. Sie bildet mit den im Laufe der Jahre durch Gewinn entstandenen Zuwächsen, bezw. durch Verlust herbeigeführten Abschreibungen ein untrennbares Ganze. Da sie zur Zeit der Einbringung nach ihrem damaligen Werte gebucht wurde, so läßt sich freilich sagen, daß sie auch jetzt nach dem Werte zur Zeit ihrer Einlage zurückerstattet wird, aber doch nur als Bestandteil des Kapitalkontos. Das Kapitalkonto der einzelnen Gesellschafter unterliegt den Wandlungen, die die wechselnde Geschäftslage im Zusammenhang mit dem Anteil des Gesellschafters an Gewinn und Verlust während der Dauer der Gesellschaft, ja sogar im Auflösungsstadium mit sich bringt. Ist die quoad dominium gemachte Einlage an nicht vertretbaren Sachen verschlechtert oder untergegangen, so trägt unmittelbar die Gesellschaft den Schaden, der einlegende Gesellschafter empfindet den Vermögensnachteil nur mittelbar in der auf sein Kapitalkonto vorgenommenen Abschreibung. Hat sich das Kapitalkonto des betr. Gesellschafters infolge der ihn treffenden Verlustanteile im Laufe der Jahre auf Null reduziert, so ist ihm danach nichts von der Einlage zurückzuerstatten; auch wenn der Einlagegegenstand noch voll existiert, ja die Aktiva die Passiva so sehr überwiegen, daß die Rückerstattung an sich möglich wäre. Die Höhe des Kapitalkontos zur Zeit der Distribution entscheidet.

Nr. 4. 4. **Gewinnanteile.** Hier gilt das gleiche wie von den Einlagen quoad dominium. Auch die Gewinnanteile werden bilanzmäßig dem einzelnen Kapitalkonto zugeschrieben, wie die Verlustanteile und Abhebungen abgeschrieben werden (§ 120 Abs. 2). Dabei ist zu bemerken, daß Gewinn auch noch im Liquidationsstadium (z. B. durch vorteilhaften Verkauf von Grundstücken) erzielt werden kann. An diesem partizipieren die Gesellschafter nach dem vertragsmäßigen, event. gesetzlichen Maßstabe (§ 121 Abs. 3). Doch wird mangels anderer Vereinbarung die Prioritätsdividende des § 121 für die Zeit nach der Auflösung nicht Platz zu greifen haben, schon weil von Jahresgewinn keine Rede mehr ist (a. A. Cosack § 197 III 10b, Staub-Pinner § 154 Anm. 4, Brand § 154 Anm. 3, die in der Schlußbilanz die Vorzugsdividende rückwärts für die ganzen Jahre der Liquidationsdauer in Berechnung stellen lassen, was dem § 121 widerspricht, da dieser ein Nachbezugsrecht nicht kennt). Ebenso nehmen die Gesellschafter an dem im Liquidationsstadium eintretenden Verlust nach dem Vertrage, event. Gesetze Anteil (O.L.G. Dresden bei Kaufmann IX S. 104).

Nr. 5. 5. Die Verteilungen sind **vorläufige Verteilungen** oder **Schlußverteilungen.** Vorläufig verteilt werden soll das während der Liquidation entbehrliche Geld. Entbehrlich ist alles Geld, das übrig ist, nachdem die fälligen Forderungen befriedigt und für nicht fällige und streitige Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung des endgültigen Guthabens der Gesellschafter und zur Deckung der Liquidationskosten das Erforderliche von den Liquidatoren zurückbehalten ist. Dabei gilt im einzelnen:

a) **Befriedigung fälliger Forderungen.** Darunter sind nicht bloß Forderungen Dritter, sondern auch der Gesellschafter und zwar letzterer auch als solcher zu verstehen. Hat z. B. ein Gesellschafter nach § 110 einen fälligen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft, so darf er beanspruchen, daß er erst befriedigt wird, bevor eine vorläufige Verteilung unter die Gesellschafter aus § 155 Abs. 2 stattfindet. Freilich steht er, wie früher bei § 149 Nr. 5 bemerkt ist, den eigentlichen Gesellschaftsgläubigern nach, kann deshalb Zahlung nur fordern, soweit Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft vorhanden ist (R.G.Z. XXIX S. 16), aber nur unter dieser Voraussetzung darf überhaupt eine Repartition an die Gesellschafter stattfinden (B.G.B. § 733 Abs. 1); ihm Befriedigung hinsichtlich solcher Ansprüche vor den anderen Gesellschaftern zu versagen, geht aber unmöglich an. Denn solche Ersatzansprüche werden nicht seinem Kapitalanteile zugeschrieben, sondern den Passivis des Gesellschaftsvermögens.

b) **Deckung noch nicht fälliger und streitiger Verbindlichkeiten.** Daß durch Eintritt der Auflösung die Fälligkeit einer Verbindlichkeit nicht herbeigeführt ist, ist bei § 149 Nr. 3 bemerkt worden. Zurückzubehalten wird hier der ganze Betrag sein unter Abzug der Zwischenzinsen. Nr. 6.

c) **Sicherung der bei der Schlußverteilung den Gesellschaftern zukommenden Beträge.** Hierunter sind, wie Abs. 1 ergibt, nur die Kapitalanteile der Gesellschafter zu verstehen, diese aber, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz darstellen werden, also unter Berücksichtigung des auf die Gesellschafter während der Auflösung entfallenden Gewinns bezw. Verlustes. Die Höhe der für die einzelnen Gesellschafter zurückzubehaltenden Summen ist der im Liquidationsstadium nach der letzten Bilanz eingetretenen oder zukünftig eintretenden Verschiebung der Konten anzupassen. Die Sicherung ist hier eine Sicherung des einen Gesellschafters gegenüber dem anderen. Es soll verhütet werden, daß durch vorläufige Verteilung der eine sich auf Kosten des anderen grundlos bereichert. Nr. 7.

d) Die vorläufige Verteilung erfolgt auf Grund der **letzten** Bilanz, die nicht notwendig die Eröffnungsbilanz ist, sondern eine möglicherweise nachher auf Anordnung der Beteiligten (§ 152) angefertigte Bilanz. Nr. 8.

e) Die vorläufige Verteilung ist nicht bloß dem Ermessen der Liquidatoren anheimgestellt, sondern jeder der Beteiligten hat **Anspruch** darauf und kann diesen auch klageweise gegen die Liquidatoren verfolgen (vgl. die zwar nicht direkt hierher gehörige Entscheidung des R.O.H.G. III S. 336 und Seuffert XXIII Nr. 158), sofern er die Voraussetzungen — Entbehrlichkeit des Geldes und Vorhandensein des notwendigen Deckungsbetrages nachweist (Staub[5] zu Art. 141 § 1). Der Anspruch ist auch übertragbar (B.G.B. § 717 Schluß) und exequierbar. Im Falle des § 135 hat ihn der kündigende Gläubiger. Bei grundloser Weigerung der Liquidatoren besteht Schadensersatzanspruch, auch Vorgehen nach § 147. Weigern nur einige Liquidatoren die Verteilung, so kann gegen diese auf Mitwirkung zur Verteilung Klage erhoben werden (R.G.Z. XLVII S. 19). Nr. 9.

f) Dagegen kann kein Gesellschafter sonst Geld aus der Kasse erheben. § 122 Abs. 1 ist im Liquidationsstadium nicht anwendbar.

g) Hat durch vorläufige Verteilung ein Gesellschafter mehr erhalten, als ihm zukommt, so hat er es nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuzahlen und zwar vor vollendeter Liquidation an die Liquidatoren, nachher an die verkürzten Beteiligten. Entsprechendes gilt, wenn ein Gesellschafter etwas nicht herausgegeben hat, was mit zur Auseinandersetzung hätte herangezogen werden sollen (R.G. bei Holdheim 05, S. 263, 48).

6. Die **Schlußverteilung** ist die nach Berichtigung aller Schulden erfolgende Verteilung des Reinaktivvermögens unter die Gesellschafter. Sie erfolgt auf Grund der Schlußbilanz nach Verhältnis der darin berechneten Kapitalkonten der einzelnen Gesellschafter. Diese Kapitalkonten können dadurch eine ganz andere Höhe als bisher erreichen, weil die wahren (nicht die bisherigen buchmäßigen) Werte des Gesellschaftsvermögens nun die Grundlage bilden, möglicherweise auch der Wert des Geschäftes selbst (die Veräußerung) den Betrag erhöht. An diesem Mehrbetrag nehmen die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Beteiligung Anteil. Ergibt sich nach der Schlußbilanz für einen Teil der Gesellschafter ein Passivkonto, so erhalten diese nichts von dem zu Verteilenden (v. Hahn z. Art. 142 § 1, Renaud, C.G. S. 579). Andererseits beschränkt sich die Aufgabe der Liquidatoren nur auf die Verteilung des Reinaktivvermögens an die Inhaber der Aktivkonten. Nicht steht es ihnen zu, die Inhaber von Passivsalden zur Zahlung des auf sie entfallenden Verlustanteiles an die Mitgesellschafter anzuhalten. Dies ist Sache der Gesellschafter selbst (R.O.H.G. V S. 391, oben Nr. 1). Nr. 10.

7. Die Verteilungen sind überhaupt ausgeschlossen, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden nicht ausreicht. Wird hier nicht der Konkurs eröffnet, so ist mit der Aufstellung der Schlußbilanz die Aufgabe der Liquidatoren erledigt. Die Gläubiger können sich an jeden der Gesellschafter nachträglich halten. Das interne Verhältnis der Gesellschafter bestimmt sich nach B.G.B. § 735, die Liquidatoren haben keine Kompetenz, die interne Ausgleichung auszuführen. Nr. 11.

8. Stellen sich nachträglich Aktiven heraus, so kann jeder der Gesellschafter die Wiederaufnahme der Liquidation verlangen (Behrend § 82 Anm. 32, K.G. in Nr. 12.

O.L.G. Rspr. IX S. 261). Haben sie sich auch für die Zukunft auseinandergesetzt, so kann eine einfache Gemeinschaft nach Bruchteilen vorliegen (R.G. bei Holdheim 05, S. 263, K.G. in O.L.G. Rspr. XIV S. 132).

Nr. 13. 9. Das alte Recht enthielt einige abweichende Bestimmungen:

a) Es bestimmte in Art. 143, daß Einlagen quoad sortem nach dem vertragsmäßig übernommenen Wert, eventl. nach dem objektiven Wert z. Z. der Illation dem Gesellschafter gut gebucht werden sollten. Diese Bestimmung hätte auf Gesellschaften, die aus der Zeit des alten Rechts stammen, Anwendung zu finden, auch nach dem 31. Dez. 1899. Doch pflegte die kaufmännische Praxis bereits früher den in § 155 vorgeschriebenen Modus zu befolgen.

b) Die Praxis des alten Rechts gestattete den Gesellschaftern, die sogen. festen Zinsen der alten Art. 106, 108 Abs. 2 auch während der Liquidation zu entnehmen. Dies wird für die vor dem 1. Jan. 1900 begonnenen Liquidationen zu gelten haben, nicht dagegen für Liquidationen, die nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. beginnen, denn es handelt sich um einen Bestandteil des Liquidationsverfahrens.

§ 156.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen in Bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt.

Entw. I § 142, II § 154; Denkschr. I S. 108, II S. 3192; A. D. H.G.B. Art. 144.

Nr. 1. 1. **Liquidationsgesellschaft.** Was das B.G.B. für juristische Personen (§ 49 Abs. 2) ausspricht, daß trotz eingetretener Auflösung das Rechtsgebilde zu Zwecken der Liquidation als fortbestehend gelte, besagt auch § 156. Indem er die Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander und zu Dritten auch für das Liquidationsstadium zur Anwendung gelangen läßt, erklärt er, daß die in Liquidation getretene offene Handelsgesellschaft nach innen und nach außen als fortbestehend gelten solle, d. h. es ist die alte Gesellschaft, die fortbesteht (Identitätstheorie, vgl. Lehmann H.R. § 62). Indem er andererseits die Einschränkung macht, daß jene Bestimmungen nur insoweit verwendbar seien, als sich nicht aus den positiven Vorschriften über die Liquidation oder dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergebe, begrenzt er die Geltung des Fortbestandes nur auf Liquidationszwecke. Eigentümlich und praktisch wertvoll nur ist die Form, in der diese Sätze auftreten. Als Regel werden die Vorschriften des zweiten und dritten Titels hingestellt. Die Ausnahme bilden die für die Liquidation aufgestellten oder sich aus ihrem Zweck ergebenden Sondervorschriften. Das Gesetz will danach möglichste Erhaltung des für die lebende Gesellschaft geltenden Rechtes für die Liquidationsgesellschaft, nicht in dem Sinne, daß es eine Präsumtion für solche Erhaltung aufstellt, wohl aber in dem Sinne, daß es den Richter anweist, soweit nicht der Wortlaut des Gesetzes oder der Zweck der Liquidation ein anderes notwendig mache, die Gesellschaft wie eine lebende zu behandeln. Die Auffassung des Gesetzes ist somit jedenfalls nicht die, daß die Anwendbarkeit der im zweiten und dritten Titel aufgestellten Sätze nur dann gerechtfertigt erscheine, wenn nach genauer Untersuchung sich ergebe, daß die Liquidationszwecke sie erfordern (so bei der bürgerlichen Gesellschaft, B.G.B. § 730 Abs. 2, dazu Mot. z. Entw. I des B.G.B. II S. 626), sondern umgekehrt die, daß die Liquidation ihrer Natur nach möglichst weite Anwendung jener Sätze mit sich bringe, und daß die Nichtanwendung nur da geboten erscheine, wo der positive Satz oder der Zweck der Liquidation die Anwendung ausschließe. Selbstverständlich ist, daß dies nicht bloß von den Vorschriften des zweiten und dritten Titels des H.G.B., sondern auch von denen des B.G.B. gilt, soweit sie jene Vorschriften ergänzen.

Mit Recht hat daraus das R.G. den Schluß gezogen, daß von der Gesellschaft im Liquidationsstadium wegen Verletzung ihrer Rechte vorgenommene Anspruchs-

erhebungen nicht des Nachweises bedürfen, daß sie in einer Verbindung mit dem Liquidationszwecke stehen (R.G.Z. XV S. 104). Weil die Liquidation die Gesellschaft konserviert, es sei denn, daß die Aufrechterhaltung geradezu im Widerspruch mit dem Gesetz oder dem Zwecke der Liquidation steht, gehört es zu den Aufgaben der Liquidation, Rechte zu behaupten, über das, was zu eigenem Recht erworben ist, die Herrschaftsbetätigung nicht aufzugeben, ohne daß in die Prüfung eingetreten zu werden braucht, ob das Recht bei der Liquidation zu verwerten ist.

Danach ist zunächst die Geltung des Fortbestandes auf die Gesellschaft in ihrer Totalität zu beziehen. Sie hat als Kaufmann zu gelten (§ 1 Nr. 35) und die von den Liquidatoren nach § 149 vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind Handelsgeschäfte aus den §§ 343, 344 (wichtig z. B. im Falle des § 366 oder des § 377). Die Firma bleibt die alte trotz des Zusatzes „in Liquidation" (§ 153). Eine Änderung der Firma ist jetzt ausgeschlossen (a. A. Wimpfheimer S. 62, vgl. hierzu § 158 Nr. 2). Die Grundbucheintragungen auf die Firma bleiben bestehen (K.G. in O.L.G. Rspr. VI S. 260). Die Verpflichtung zur Buchführung bleibt auch für das Liquidationsstadium bestehen (vgl. K.O. § 244). Die Liquidatoren können Handlungsgehilfen anstellen und Handlungsvollmachten erteilen. Die bisher Angestellten bleiben in Stellung (R.G.Z. XXIV S. 70, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVI S. 92), es sei denn, daß sie selbst zu Liquidatoren bestellt werden. Nur Prokura und Generalhandlungsvollmacht sind ausgeschlossen, weil das Gesetz an deren Stelle eben die Vollmacht der Liquidatoren setzt (R.O.H.G. XIII S. 224, a. A. Cosack S. 685). Die bisher erteilten Prokuren und Generalhandlungsvollmachten verwandeln sich in Liquidationsvollmachten (R.G.Z. LXXII S. 123). — Darum bleibt auch jeder der Gesellschafter bis zur vollendeten Liquidation Kaufmann. Der Sitz der Gesellschaft bleibt der alte (O.L.G. Posen in O.L.G. Rspr. XXV S. 176) doch können ihn die Beteiligten durch einstimmigen Beschluß verlegen. Auch das Geschäftslokal bleibt bestehen, doch ist der Fortbestand nicht wesentlich (so richtig Behrend § 81 Anm. 18 gegen R.O.H.G. VII S. 71ff., vgl. auch R.O.H.G. XXV S. 51). Der Gerichtsstand der Gesellschaft z. Z. der Auflösung bleibt bestehen, nicht in Frage kommt der Gerichtsstand der Liquidatoren. Ein Neueintritt von Gesellschaftern zum Zwecke der Liquidation ist ausgeschlossen, zum Zwecke der Fortsetzung dagegen möglich. Austritt ist möglich (vgl. unter Anhang zum fünften Titel). Die von Wimpfheimer S. 66 Anm. 110 zitierten Entscheidungen betreffen Fälle der Fortsetzung.

2. **Interne Rechtsverhältnisse.** Was die internen Rechtsverhältnisse anbetrifft, so treten die §§ 112—117 in Ermangelung anderer Regelung (vgl. O.L.G. Dresden in Seuffert LXVII Nr. 61) außer Anwendung, denn die dem Konkurrenzverbot zugrunde liegende Treuverpflichtung der Gesellschafter gegeneinander hat mit der Auflösung der Gesellschaft aufgehört (R.O.H.G. XXI S. 145) und der Unterschied zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern weicht jetzt dem zwischen Liquidatoren und Nichtliquidatoren. Daß die Prioritätsdividende des § 121 aufhört, ist bei § 155 Nr. 4 bemerkt worden, daß § 122 Abs. 1 fortfällt, bestimmt § 155 Abs. 2. Alle übrigen Bestimmungen des zweiten Titels bleiben grundsätzlich bei Bestand. Dasselbe gilt von den einschlägigen Vorschriften des B.G.B. (§§ 706—708, 717, 718, 722). So kann z. B. auch im Liquidationsstadium der Gesellschafter sein Gesellschaftsrecht als Ganzes nicht übertragen, sondern nur sein Liquidationsguthaben. Tat er das letztere, so bleibt es ihm dennoch unbenommen, über die Auseinandersetzung entgegenstehende Vereinbarungen mit den Mitgesellschaftern zu treffen, er würde dann nur seinem Zessionar schadensersatzpflichtig werden (R.G. bei Holdheim 09 S. 27). Vgl im einzelnen oben bei §§ 149, 152, 154. Zu bemerken ist nur folgendes: Nr. 2.

a) Die Anwendbarkeit mehrerer Vorschriften hängt davon ab, daß der Gesellschafter als solcher für die Gesellschaft tätig ist, so die des § 110, des B.G.B. § 708. Hier ist auf das zu verweisen, was hinsichtlich der Gesellschafter als Liquidatoren bemerkt ist.

b) Hatte der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die innere Regelung getroffen, so wird es Auslegungsfrage sein, ob diese auch für das Liquidationsstadium gelten sollen. So wird z. B. die Zulassung der Majoritätsbeschlüsse (§ 119 Abs. 2) durch den Gesellschaftsvertrag nicht ohne weiteres hierauf

bezogen werden können (vgl. bei § 152 Nr. 4), ebenso wird man der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage, wonach ein Gesellschafter aus der Kasse Beträge frei entnehmen dürfe, angesichts des § 155 Abs. 2 die Anwendung im Zweifel versagen müssen. Eine Schiedsgerichtsklausel wird nicht ohne weiteres auf Auseinandersetzungsstreitigkeiten zu beziehen sein (R.G. in L.Z. 07 S. 431). Über den Einwand, daß mit der Auflösung der Gesellschaft die Beitragsverbindlichkeit nur unter Voraussetzung des Fortbestandes der Gesellschaft übernommen war, bei § 149 Nr. 3.

c) Über die Anwendbarkeit des § 118 bei § 154 Nr. 3.

Nr. 3. 3. **Die äußere Seite der Handelsgesellschaft.** Hier bleiben außer Anwendung der Natur der Sache nach die §§ 123, 130, ferner kraft positiver Bestimmung die §§ 125—127, denn die Vertretungsmacht der Gesellschafter wird durch die der Liquidatoren ersetzt. Es bleiben somit nur übrig die §§ 124, 128, 129, ferner aus dem B.G.B. die §§ 719 Abs. 2, 720, 725 Abs. 2.

a) § 124 (B.G.B. §§ 719 Abs. 2, 720, 725 Abs. 2). Die Fähigkeit der Liquidationsgesellschaft, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, zu klagen und verklagt zu werden, wird naturgemäß durch den Zweck der Liquidation bestimmt. Soweit somit die Liquidatoren die ihnen durch § 149 gezogenen Grenzen überschreiten, berechtigen und verpflichten sie die Liquidationsgesellschaft nicht (siehe bei § 149 Nr. 8). Werden die Gesellschafter selbst über den Zweck der Liquidation hinaus rechtsgeschäftlich tätig, so liegt darin der Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft (vgl. Einleitung zum vierten Titel).

Die **Vertretung** der Liquidationsgesellschaft haben die Liquidatoren, sofern nicht die Gesellschafter selbst mit Zustimmung der sonstigen Beteiligten handeln (vgl. bei § 149 Nr. 9). Die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren tritt an Stelle der vertretenden Gesellschafter. Im Prozesse der Gesellschaft tritt demnach mit Auflösung der Gesellschaft eine Unterbrechung des Verfahrens nach Z.P.O. § 241 ein, denn die bisherigen gesetzlichen Vertreter hören auf und es treten an ihre Stelle neue. Doch wird dies nicht gelten, wenn Identität in den Personen der bisherigen geschäftsführenden Gesellschafter und der Liquidatoren besteht (Hellwig, Anspruch S. 297). Die Unterbrechung dauert, bis die Liquidatoren (oder alle Beteiligten) dem Gegner von der Bestellung der Liquidatoren Anzeige machen, oder der Gegner den Liquidatoren seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, anzeigt. Zustellungen der Gesellschaft geschehen mit Rechtswirkung an einen der Liquidatoren (§§ 150 Abs. 2, 125 Abs. 2, Z.P.O. § 171 Abs. 3). Tod eines Gesellschafters, der nicht Liquidator ist, hat während eines schwebenden Prozesses keine Aussetzung des Verfahrens zur Folge (R.G.Z. XLV S. 340).

Hinsichtlich der **Vollstreckung** in das Gesellschaftsvermögen gilt das bei § 124 Nr. 7 Bemerkte (vgl. R.O.H.G. VI S. 416, Bolze I Nr. 1965).

Auch hinsichtlich der **Kompensation** seitens der Gesellschaft oder gegen die Gesellschaft (B.G.B. Abs. 2, 720) ist auf das bei § 124 Nr. 8 Vorgetragene zu verweisen. Nur kann der Liquidator, der selbst Gesellschafter ist, die Gesellschaftsforderung mit einer eigenen Privatschuld nicht aufrechnen, denn § 149 gestattet ihm das Eingehen neuer Geschäfte nur zur Beendigung schwebender Geschäfte, und das liegt hier nicht vor.

Endlich gilt auch hinsichtlich des Zugriffs eines Privatgläubigers eines Gesellschafters das bei §§ 124 Nr. 8, 135 Nr. 1 Bemerkte. Daß der kündigende Gläubiger Beteiligter ist, ändert daran nichts. Der Gläubiger kann auf Grund der Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens nicht mehr als direkte Auszahlung der Dividenden an sich (§ 155) begehren.

b) § 128. Die Gesamthaftung der Gesellschafter gilt sowohl für die vor Eintritt der Auflösung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, als für die während der Liquidation von den Liquidatoren innerhalb ihrer Vollmacht kontrahierten Verbindlichkeiten (R.O.H.G. V S. 392, XIII S. 145, Busch XXII S. 286, R.G.Z. LXXII S. 120). Zu ersteren gehören vor der Auflösung abgegebene, erst nach der Auflösung ausgefüllte Blankoakzepte (R.O.H.G. XXI S. 324). Die Erben eines Gesellschafters, durch dessen Tod die Gesellschaft aufgelöst wurde, sind nicht Gesellschafter, sie haften nur kraft Erbrechts (R.G.Z. LXXII S. 121).

c) § 129. Die dort vorgetragenen Sätze sind anwendbar. Jedoch ist zu bemerken:

α) Daß die dem Gesellschafter überwiesene Gesellschaftsforderung von ihm natürlich gegen seine Privatschuld aufgerechnet werden kann.

β) Daß der vom Gesellschaftsgläubiger belangte Gesellschafter, der Liquidator ist, weder mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen noch anfechten kann, weil beides nicht in seine Vertretungsmacht fällt.

γ) Auch die Einrede der Verjährung aus § 149 kommt hier in Betracht, darüber bei § 159.

4. Das **ältere** Recht (Art. 144) enthält den gleichen Satz. Die Frage, wie weit bei einer vor dem 1. Jan. 1900 entstandenen Handelsgesellschaft die Vorschriften des ältereren Rechts auf die nach dem 31. Dez. 1899 begonnene oder fortgesetzte Liquidation anzuwenden sind, ist dahin zu beantworten: Handelt es sich um Vorschriften des neuen Rechts, die auch auf bestehende Gesellschaften schlechthin Anwendung finden, so kann kein Zweifel über die sofortige Anwendbarkeit bestehen, fänden sie dagegen nicht Anwendung auf bestehende Gesellschaften, so bleiben die Vorschriften des älteren Rechts bei Bestand, soweit sie mit dem Liquidationsverfahren des neuen Rechts verträglich sind. Nr. 4.

§ 157.

Nach der Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft werden einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer Verständigung durch das Gericht bestimmt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Die Gesellschafter und deren Erben behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

Entw. I § 143, II § 155; Denkschr. I S. 108, 109, II S. 3192; A.D.H.G.B. Art. 145.

1. **Beendigung der Liquidation. Wirkung auf anhängige Prozesse.** Nur solche Endigungsgründe der Liquidation hat das Gesetz in § 157 im Auge, die die Gesellschaft völlig ausleben lassen (K.G. in Johow-Ring XXXIX A 112). Tritt an Stelle der Liquidation Konkurs über das Gesellschaftsvermögen (vgl. darüber bei § 144), oder beschließen die Beteiligten Aufhebung der Liquidation und eine andere Art der Auseinandersetzung (§ 158), so greift § 157 nicht Platz. Er hat lediglich die ordnungsmäßige Durchführung der Liquidation im Auge. Beendet aber ist die Liquidation mit der Schlußverteilung (§ 155), bezw. — falls kein Reinaktivum da war — mit der Aufstellung der Schlußbilanz und Dechargierung der Liquidatoren (§ 154). Von da ab ist auch der in der Abwicklungsgesellschaft sich äußernde Fortbestand der Gesellschaft getilgt, weder nach innen noch nach außen ist ein gesellschaftliches Band mehr vorhanden, die Firma der Gesellschaft ist erloschen, die Funktion der Liquidatoren ist beendet. Daß noch ungetilgte Schulden da sind, ändert daran nichts, ebensowenig, daß sonst noch einzelne Rechtsbeziehungen fortdauern (K.G. in O.L.G. Rspr. IX S. 257 = Johow-Ring XXVIII A 42, vgl. Staub-Pinner Anm. 2). Hatte die Liquidationsgesellschaft einen Anspruch eingeklagt, der im Liquidationsstadium veräußert oder einem der Gesellschafter zugewiesen wurde, so kann nach Z.P.O. § 265 Abs. 2 zwar der Erwerber (und wäre dies auch nur einer der Gesellschafter) nicht ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei übernehmen. Andererseits aber ist es zu weit gegangen, wenn angenommen wird, daß die Gesellschaft als solche dem Gegner gegenüber auch nach beendeter Liquidation darum fortbestehe, weil die Zession auf den Prozeß keinen Einfluß habe.[1]) Denn Z.P.O. § 265 Abs. 1 erklärt die Zession auch des litigiösen Anspruches für materiellrechtlich wirksam, und da damit der zedierte Anspruch der Gesellschaft nicht mehr zugehört, ist es inkorrekt zu sagen, daß die Gesellschaft dieses Vermögensstück noch weiter habe und darum nicht aufgehört habe, zu existieren[1]) (vgl. dazu Nr. 1.

[1]) So Schäfer bei Gruchot XXXVIII S. 808, mit dessen Ergebnis wir freilich übereinstimmen, von dem wir nur in der Begründung abweichen. Vgl. ferner Hellwig, Anspruch S. 289.

Reinhard bei Gruchot XL S. 71ff.). § 265 setzt überhaupt die Fortexistenz der Prozeßpartei voraus. Mit Beendigung der Liquidation hatte die Handelsgesellschaft als solche zu existieren aufgehört. An ihre Stelle treten die Gesellschafter als notwendige Streitgenossen, die zur Fortführung des Prozesses für legitimiert angesehen werden müssen, weil ja im Grunde Gesellschaft und Gesellschafter identisch sind (so auch R.G.Z. XXXV S. 389, Bolze X Nr. 536, IX Nr. 470, R.G. bei Holdheim 01 S. 144, J.W. 01, S. 329[9], L.Z. 07, S. 427 = J.W. 07, S. 313[16], O.L.G. Hamburg in Z. XXXV S. 228). Der bisherige Prozeßbevollmächtigte der Gesellschaft bleibt es für die Gesellschafter (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XVII S. 182).

War umgekehrt die Liquidationsgesellschaft Beklagte, so kann die Klage nach beendeter Liquidation gegen sie nicht mehr fortgesetzt werden, weil sie nicht mehr existiert. Wohl aber kann der Kläger den Prozeß gegen die Gesellschafter (die ehemalige Firma) fortsetzen, denn diese sind ja im Grunde identisch mit der Gesellschaft (R.G. in Seuffert LXI Nr. 262, J.W. 06 S. 692[16], Recht 1910 Nr. 3361, 3543, O.L.G. Braunschweig im Recht 05 S. 372, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XV S. 71). Den der Handelsgesellschaft auferlegten Eid haben sämtliche Gesellschafter zu leisten (O.L.G. Cöln in O.L.G. Rspr. III S. 344). Als Zeugen können deshalb auch jetzt die Gesellschafter nicht vernommen werden (R.G. in J.W. 1900, S. 413[9], 1901 S. 226[3], L.Z. 07 S. 427), es sei denn daß sie mit Einwilligung beider Parteien aus dem Prozeß ausgeschieden sind. Praktisch wird dies insbesondere dann sein, wenn es sich um einen Streit über eine Sache handelte, die von der Gesellschaft vor Beendigung der Liquidation veräußert wurde, weil die Wirkung des Urteils sich nach Z.P.O. § 325 gegen den Rechtsnachfolger erstreckt (vgl. Bolze IX Nr. 477 R.G.Z. XXXIV S. 362, XLVI S. 40, L.Z. 08 S. 60, Seuffert LXI Nr. 262, K.G. und O.L.G. Cöln in O.L.G. Rspr. III S. 344, 45; Hellwig, System I S. 574, anders Anspruch S. 291). Vgl. zu diesen Fragen auch oben bei § 128 Nr. 2ff. Die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen kann auf Grund des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils jetzt freilich nicht mehr erfolgen, da ja kein solches mehr vorhanden ist. Die Vollstreckung in das Privatvermögen eines Gesellschafters setzt dagegen eine besondere Klage gegen den einzelnen Gesellschafter voraus, (ebenso Ritter § 129 Anm. 4, damit erledigt sich das Bedenken von Schäfer S. 804. Anders R.G.Z. LXIV Nr. 19, welches Erkenntnis nunmehr Vollstreckung in das Privatvermögen gewährt, andererseits aber gestattet, daß die Gesellschafter besondere Einreden aus ihrer Person vorbringen. Vgl. jedoch R.G. in L.Z. 08, S. 931 = J.W. 08 S. 686[25])).

Nr. 2. 2. **Anmeldung des Erlöschens der Firma.** Wie beim Einzelkaufmann (§§ 31 Abs. 2, 29), so soll auch hier das Erlöschen der Firma nach beendeter Liquidation angemeldet werden. Vor beendeter Liquidation darf es nicht angemeldet werden; die trotzdem erfolgende Anmeldung und Löschung ist wirkungslos, desgl. ein darauf gerichtetes Abkommen (O.L.G. Hamburg in Seuffert LXI Nr. 88 = O.L.G. Rspr. IX S. 262, Seuffert LXIV Nr. 51. Vgl. K.G. in Johow-Ring XXVIII A 42, Marcus in Holdheim 1910, S. 265). Das Gesetz legt hier die Pflicht den ehemaligen Liquidatoren auf, weil ein enger Zusammenhang zwischen Erlöschen der Firma und Durchführung der Liquidation besteht. Demgemäß kann der Registerrichter nur diese, nicht die ehemaligen Gesellschafter zur Anmeldung anhalten (§ 14). Doch würde die einstimmige Anmeldung aller Beteiligten die Anmeldung durch die Liquidatoren ersetzen. Wäre z. B. der als alleiniger Liquidator bestellte Dritte gestorben, so wäre das letztere Vorgehen das allein mögliche. Äußersten Falls wird das Erlöschen der Firma von Amts wegen eingetragen (§ 31 Abs. 2). Ein Prüfungsrecht, ob der Anmeldung ein wirklicher Erlöschungsgrund zugrunde liegt, wird der Registerrichter im allgemeinen nicht haben (K.G. in Johow-Ring XXII A 107 = O.L.G. Rspr. III S. 346 = Entsch. F.G. II S. 72). Er braucht insbesondere die Ausnahmefälle des § 145 Abs. 2 nicht als gegeben zu vermuten.

Nur das Erlöschen der Firma ist anzumelden, einzutragen und zu veröffentlichen, nicht außerdem die dadurch bewirkte Beendigung der Liquidatoreneigenschaft. Insbesondere ist § 148 Abs. 1 nicht anwendbar. Die Vorschrift, daß die Liquidatoren das Erlöschen der Firma anzumelden haben, hätte keinen Sinn, wenn den Gesellschaftern außerdem auch die Anmeldung des Erlöschens der Vertretungsmacht der Liquidatoren auferlegt wäre. Ist die Firma gelöscht, so ist ohnehin klar, daß Liquidatoren nicht mehr existieren.

Ist das Geschäft mit der Firma verkauft, so hat der Erwerber der Firma nach § 31 die Änderung des Inhabers anzumelden.

3. Die sämtlichen **Handelsbücher und Papiere** der aufgelösten Gesellschaft aus den letzten 10 Jahren dürfen, auch wenn alle Gesellschafter einverstanden sind, nicht vernichtet werden (vgl. das bei § 44 Bemerkte). Die älteren Skripturen können durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter zerstört werden. Widerspricht auch nur einer der Gesellschafter oder der Erben, so sind auch sie aufzubewahren. Über die Person des Aufbewahrenden und den Ort der Aufbewahrung haben sich die Gesellschafter bezw. deren Erben zu einigen (vgl. dazu Delius in Z. XLVI S. 48 ff.). Die Liquidatoren als solche haben kein Teilnahmerecht. Auch der kündigende Gläubiger (§ 135) hat dabei nicht mitzureden, denn mit beendeter Liquidation hat seine Eigenschaft als Beteiligter ihr Ende erreicht. Dagegen wird, falls das Konkursverfahren über das Vermögen des einen Gesellschafters noch schwebt, neben dem Kridar der Konkursverwalter mitzustimmen haben. — In Ermangelung einer Verständigung hat der Registerrichter auf Antrag eines der Gesellschafter oder der Erben die Person des Aufbewahrenden nach freiem Ermessen zu bestimmen (hierzu K.G. in Entsch. F.G. X S. 39 = O.L.G. Rspr. XIX S. 317, O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XIX S. 316). Über das Verfahren D.F.G.G. §§ 145, 146. Er kann einen der Gesellschafter oder einen Dritten bestimmen. Die Kosten haben die Gesellschafter pro rata ihrer Beteiligung zu tragen (B.G.B. § 748). Der Dritte kann, da es sich um die letzte Liquidationshandlung handelt, jeden Gesellschafter aus § 128 H.G.B. belangen (Staub-Pinner § 157 Anm. 16). Nr. 3.

Jeder Gesellschafter, bezw. jeder der Erben eines Gesellschafters behält das Recht der Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere, dagegen kein Gläubiger und kein Zessionar eines Gesellschafters. Im ganzen gilt hierfür das bei § 118 bemerkte (vgl. Bolze XXII Nr. 508). Das Recht ist in der Dauer nicht beschränkt, des Nachweises eines Zweckes zu dessen Ausübung bedarf es nicht.

Ist das Geschäft mit Aktivis und Passivis veräußert, so sind im Zweifel auch die Bücher mit übergegangen (vgl. bei § 25 Nr. 5). Der Erwerber hat sie dann aber nicht in „Verwahrung", sondern ist Eigentümer. § 157 trifft hier gar nicht zu (a. A. Renaud, C.G. S. 590 und R.O.H.G. XIX S. 420), vielmehr würde B.G.B. § 810 Platz greifen (vgl. auch R.G.Z. XLIII S. 133 und bei Holdheim 1900 S. 242, K.G. in Entsch. F.G. X S. 256).

4. Sollte ein Gesellschafter etwas rechtswidrig vorenthalten haben, was er zur Auseinandersetzung hätte ausantworten sollen, so haben die übrigen gegen ihn den unmittelbaren Anspruch auf Herausgabe, bezw. Ersatz (R.G. bei Holdheim 05 S. 48, 263, L.Z. 08 S. 534). Ja es kann schon vor Beendigung der Liquidation eine Feststellungsklage zwischen den Gesellschaftern über grundlegende Fragen möglich sein (O.L.G. Dresden bei Kaufmann IX S. 104). Nr. 4.

5. § 157 war sofort anwendbar, auch wenn die Liquidation vor dem 1. Januar begann.

§ 158.

Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Entw. I § 144, II § 156; Denkschr. I S. 109, II S. 3192, 3193.

Die Beteiligten können statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren, sei es vor, sei es nach Eintritt der Liquidation (unter Abberufung der Liquidatoren); vgl. darüber bei § 145 Nr. 3. Solche kann bestehen

1. darin, daß **einer der Gesellschafter das Geschäft mit Aktivis und Passivis und der Firma übernimmt**, sei es gegen Abfindung der übrigen Gesellschafter (Z. XVIII S. 605, R.O.H.G. XXIV S. 147, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 313), sei es ohne solche, indem er sich nur verpflichtet, sie von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien (B.G.B. § 738 Abs. 1, vgl. R.G.Z. LXV S. 27). In solcher Verpflichtung läge weder Erfüllungs- noch Schuldübernahme, da er ja selber Nr. 1.

Schuldner ist, sondern nur Verpflichtung, den Erlaß durch die Gläubiger herbeizuführen (R.G. in Holdheim 1913 S. 87). Es können sogar umgekehrt ihm die übrigen Gesellschafter einen Zuschuß leisten. In allen diesen Fällen haftet der übernehmende Gesellschafter den Gläubigern der früheren Gesellschaft aus § 25 (anders Staub-Bondi Anm. 1 zu § 25), außerdem aber als ehemaliger Gesellschafter neben den übrigen Gesellschaftern aus § 128. Es liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor, auf das die §§ 421 ff. B.G.B. Anwendung finden (hierzu R.G.Z. LXV Nr. 8). Die Klage gegen die Firma ist aber nunmehr eine bloße Klage gegen den übernehmenden Gesellschafter und das Urteil gegen die Firma kann materiell in keiner Weise gegen die anderen Gesellschafter wirken (R.G. im Recht 07 S. 988 Nr. 2410). — Natürlich kann der übernehmende Gesellschafter mit den Gläubigern einen Vertrag eingehen, durch den die anderen Gesellschafter befreit werden (R.G. bei Holdheim 08 S. 199) In dem bloßen Schweigen der Gläubiger auf die Mitteilung liegt aber die Entlassung der Ausscheidenden noch nicht (O.L.G. Hamburg in Seuffert LX S. 455, R.G. bei Holdheim 1913 S. 87), es sei denn, daß nach Lage des Falls das ‚qui tacet, consentire videtur' zutrifft (R.G. in L.Z. 1910 S. 618). Hinsichtlich der Verjährung der Gläubigeransprüche gegen die übrigen Gesellschafter konkurrieren die §§ 26 und 159, während der übernehmende Gesellschafter sich natürlich auf diese Verjährung nicht berufen könnte. Die Gesellschaft bleibt nach außen so lange bestehen, bis die sämtlichen Aktiva (Gesellschaftsvermögen ist hier gleich Aktiva Entsch. des Pr. O.V.G. LXII S. 249) an den Übernehmer in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts übertragen sind. Demgemäß wäre die Vollstreckung aus einem Urteil oder sonstigen Vollstreckungstitel gegen sie ohne weiteres zulässig (K.G. in Johow-Ring XXXIII A 4 = O.L.G. Rspr. XIV S. 166), eine Umschreibung des Titels auf die einzelnen Gesellschafter wäre nicht einmal zulässig. Hatte die Gesellschaft einen Prozeß durchzuführen, so greift Z.P.O. § 265 Abs. 2 Platz (R.G. im Recht 02 S. 375, J.W. 07 S. 515[18]). Nach innen regelt sich das Verhältnis zwischen dem übernehmenden Gesellschafter und den anderen nach analogen Grundsätzen wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters (vgl. § 142 Abs. 3, K.G. in Entsch. F.G. XII S. 55). Juristisch fällt der ganze Hergang unter den Begriff der Auseinandersetzung (der Zuteilung im Sinne von B.G.B. § 757 „Aufgabe des Bruchteils zu Gunsten des Übernehmenden" Mot. z. Entw. I d. B.G.B. II S. 887), demnach liegt kein Kaufvertrag vor. Bestritten ist, ob, wenn Grundstücke in Frage kommen, § 313 und § 925 B.G.B. anzuwenden sind. Die Praxis pflegt zu unterscheiden: Sind mehr als zwei Gesellschafter da und übernimmt einer das Geschäft, so bedarf es der Auflassung von Grundstücken. Sind nur zwei Gesellschafter da, so soll der Anteil des Ausscheidenden dem das Geschäft Übernehmenden anwachsen, es also bei Grundstücken keiner Auflassung und Eintragung des Erwerbers bedürfen. Vgl. R.G.Z. LXV Nr. 58, LXVIII S. 415, LXXII S. 162, K.G. in Entsch. F.G. IX S. 71, Pr. O.V.G. in Seuffert LXIV Nr. 170, während die frühere Judikatur Auflassung verlangte (O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. II S. 146 = Johow-Ring XXII D 23, K.G. in Entsch. F.G. III S. 97 ff. = Johow-Ring XXIV A 110, Bayr. Obst.Lb.G. in Seuffert LX Nr. 52). Das K.G. in Entsch. F.G. IX S. 220 = Johow-Ring XXXVI A 204 verlangt Auflassung wenigstens dann, wenn sich die Gesellschafter die Niederlassungen teilen derart, daß jeder eine mit Aktivis und Passivis übernimmt, was wohl dem Gedankengange des R.G. nicht entspricht. Hierzu Deitigsmann, Eigentumsübergang an Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung 1910, Kaufmann, Eigentum S. 82, Neudegger im Arch. f. b. R. XXXIV S. 41 ff., Plaut, Übergang des Geschäfts einer O.H.G. auf eines ihrer Mitglieder Diss. 1911, Güthe, G.B.O.[3] § 20 Anm. 18, Düringer-Hachenburg IV S. 139, 243. Der Genehmigung der Obervormundschaft nach § 1822 Nr. 3 bei Minderjährigkeit eines der Gesellschafter bedarf es nicht (anders Staub-Pinner § 145 Anm. 16). — Die vom übernehmenden Gesellschafter an die Mitgesellschafter gezahlten Abfindungen fallen in deren Privatvermögen, vorausgesetzt, daß die Höhe der jedem einzelnen gebührenden feststeht, sonst fallen sie an die Gesellschaft in Liquidation (R.G. in J.W. 08 S. 686 = Recht 08 Nr. 3440 = Warneyer 09 Nr. 36). Hat die Übertragung an den übernehmenden Gesellschafter stattgefunden,[1])

[1]) Praktisch wird sich dies in der Anmeldung der Änderung des Firmeninhabers (§ 31) äußern, aber juristisch ist weder Anmeldung noch Eintragung entscheidend.

so ist die Gesellschaft erloschen, auch wenn ihre Passiva nicht getilgt sind, demgemäß wäre bei Klagen gegen sie das oben § 157 Bemerkte anzuwenden (O.L.G. Dresden in Seuffert LXIX Nr. 84). Bis zur Übertragung aber gilt sie nach außen als fortbestehend, kann sie unter der Firma klagen und verklagt werden, ist Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zulässig, kann nachträglich Liquidation vereinbart, Konkurs eröffnet werden usw. Vertreter sind sämtliche Gesellschafter, hinsichtlich ihrer Vertretungsbefugnis normieren die §§ 149—151. Hinsichtlich der Erben eines verstorbenen Gesellschafters und des Konkursverwalters würde § 146 anwendbar sein, während der kündigende Gläubiger keine Vertretungsbefugnis hätte. Eine Eintragung von Liquidatoren findet nicht statt, ebensowenig die richterliche Intervention der §§ 146 Abs. 2, 147. Über Stempelfragen Reichsstempelgesetz Tarifnummer 1 Ae Ziffer 2, 11b Abs. 2, Preuß. Stempelgesetz Tarifstelle 8 Abs. 1 Satz 2.

2. Darin, daß **ein Dritter das Geschäft mit Aktivis und Passivis**, sei es mit, sei es ohne Firma, **übernimmt**. Hier kann der Tatbestand des B.G.B. § 1822 Nr. 3 gegeben sein. Dieser Dritte kann sein eine physische, eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft. Insbesondere gehört hierhin der Fall der Umgründung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft (R.O.H.G. XXV S. 277) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (R.G.Z. LXXIV Nr. 2), bei der die Gesellschafter selbst Gründer sind und für das Geschäft Aktien oder Geschäftsanteile erhalten. Hier greifen hinsichtlich der Haftung des Dritten § 25, hinsichtlich der Verjährung der Gläubigeransprüche gegen die Gesellschafter §§ 26, 159 Platz. Die Form des Veräußerungsgeschäftes richtet sich nach B.G.B. § 311 (anders R.G. in L.Z. 1910 S. 393). So lange die Aktiva nicht völlig übertragen sind und der Erwerbspreis nicht unter die Gesellschafter verteilt ist, gilt das zu Nr. 1 Bemerkte (R.G. im Recht 08 Nr. 3440, R.G.Z. XXXII S. 256, XXXIV S. 362, LIV S. 281, LXXIV Nr. 2, K.G. in Johow-Ring XXXIII A 188. Mit der vollzogenen Verteilung des Gesellschaftsvermögens ist die Firma, falls sie nicht übernommen ist, erloschen. Waren von der Übernahme durch den Dritten einzelne Aktiva ausgeschlossen, war ihm aber die Firma übertragen, so sind mit Bezug auf die verbleibenden Aktiva Liquidatoren zu bestellen und diese haben die Liquidation ohne Firmenbezeichnung durchzuführen (so auch Marcus in Holdheim 09 S. 268, während O.L.G. Colmar in Entsch. F.G. IX S. 252 und K.G. in Johow-Ring XXXIX A 104 = O.L.G. Rspr. XXI S. 387 annehmen, daß eine neue Firma einzutragen ist. Nr. 2.

3. Darin, daß die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über das bei **Aufhebung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen zu beobachtende Verfahren** (B.G.B. §§ 752 ff.) zur Anwendung gebracht werden (vgl. R.O.H.G. XXIV S. 144), ohne daß eine Berichtigung der Passiva erfolgt. Dann bleibt bis zur Beendigung der Verteilung die Gesellschaft nach außen bestehen. Ist kein Gesellschaftsvermögen mehr da, so bleibt den Gesellschaftsgläubigern nur übrig, die einzelnen Gesellschafter aus § 128 zu belangen. Daß auch auf einstimmige Anordnung aller Beteiligten die Liquidatoren von einer Versilberung abzusehen haben, ist bei § 149 Nr. 4 bemerkt worden. Nr. 3.

4. In allen drei Fällen findet nach innen keine Liquidation statt. Die §§ 145—147 finden keine Anwendung. Anmeldung des Erlöschens der Firma erfolgt durch die Gesellschafter. Der Registerrichter hat nicht in eine Nachprüfung einzutreten, ob die sachliche Voraussetzung — Beendigung der Auseinandersetzung — vorliegt. Nur, wenn ihm bekannt ist, daß sie nicht gegeben ist, hat er die Eintragung abzulehnen (K.G. in Entsch. F.G. II S. 72). Es gilt hier das oben § 12 Nr. 7 ff. Bemerkte. Nr. 4.

5. Der in § 158 ausgesprochene Grundsatz findet unmittelbare Anwendung, auch wenn die Gesellschaft vor dem 1. Jan. 1900 entstanden ist. Nr. 5.

Anhang zum fünften Titel.

Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters.

A.D.H.G. Art. 130, 131.

Scheidet ein Gesellschafter aus der fortbestehenden Gesellschaft aus (§§ 138—141), so findet eine Auseinandersetzung zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und der fortbestehenden Gesellschaft statt. Über diese enthält das neue H.G.B. grund-

sätzlich keine Bestimmungen, vielmehr verweist es auf das B.G.B. §§ 738—740. Es begnügt sich damit, den für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkt an einzelnen Stellen hervorzuheben. Wenngleich eine eingehende Erörterung der §§ 738—740 des B.G.B. aus dem Rahmen dieses Kommentars fällt, so sind doch wenigstens die für die offene Handelsgesellschaft wichtigsten Sätze hervorzuheben. Dabei ist zu bemerken, daß auch aus der in Liquidation befindlichen Gesellschaft das Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod oder freiwilliges Ausscheiden möglich ist, wenn auch hierauf gewisse Grundsätze nicht anwendbar sind, so nicht § 24 Abs. 2 (anders Wimpfheimer S. 64).

Nr. 1. 1. Wie für die bürgerliche Gesellschaft, so ist für die offene Handelsgesellschaft diese Auseinandersetzung lediglich ein **interner Hergang** zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft (vgl. R.G.Z. XXI S. 95), d. h. den unter der Firma verbundenen übrigen Gesellschaftern. Von einer entsprechenden Anwendung der §§ 156, 158 ist hier gar keine Rede. Der ausgeschiedene Gesellschafter gehört der Gesellschaft überhaupt nicht mehr an, hat deshalb weder Geschäftsführungs- noch Kontrollrechte (insbesondere nicht das des § 118), noch Vertretungsbefugnisse eines Gesellschafters. Rechte und Verbindlichkeiten eines Gesellschafters können vom Moment des Ausscheidens ab für ihn nicht mehr entstehen. Für die nach dem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft[1]) haftet er somit als Gesellschafter unter keinen Umständen, § 128 findet hierauf keine Anwendung. Daß er für die bis zu seinem Ausscheiden kontrahierten Verbindlichkeiten haftet, ist natürlich. In dieser Beziehung sind Gesellschaft und ausgeschiedener Gesellschafter den Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner anzusehen, wobei freilich die Eigentümlichkeit des Verhältnisses zu berücksichtigen ist (so würde die zugunsten der Gesellschaft eingetretene Verjährung auch dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugute kommen, abweichend vom B.G.B. § 425). Demnach greifen für die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft und den ausgeschiedenen Gesellschafter die §§ 421—425 des B.G.B. Platz (R.G.Z. LXV Nr. 8) vgl. oben bei § 128 Nr. 5, hinsichtlich der Verjährung § 159. An diesen Sätzen tritt freilich durch die publica fides des Handelsregisters eine erhebliche Änderung ein. So lange das Ausscheiden nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann es der Ausscheidende dem Dritten nur entgegensetzen, wenn er nachweist, daß es ihm bekannt war (§§ 143 Abs. 2, 15 Abs. 1). Der nichtwissende Dritte kann den ausgeschiedenen Gesellschafter auch mit Bezug auf die nach dem Ausscheiden kontrahierten Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus § 128 in Anspruch nehmen (vgl. bei § 143 Nr. 5).

Nr. 2. 2. **Ausscheidender als Dritter.** Da der Gesellschafter mit dem Ausscheiden aufhört Gesellschafter zu sein, so sind die von nun ab ihm gegenüber der Gesellschaft erwachsenen Rechte und Verbindlichkeiten Rechte und Verbindlichkeiten eines Dritten. Wie ihn deshalb die Gesellschaft unter ihrer Firma für den von ihm zu leistenden Passivbetrag (B.G.B. § 739) zu belangen hat, so hat er die Eigenschaft eines Gesellschaftsgläubigers hinsichtlich seines Auseinandersetzungsguthabens (vgl. § 128 Nr. 12). Doch darf er rückständige Einlagen wegen dieses Anspruches insoweit nicht retinieren, als der Fortbetrieb des Geschäfts der Gesellschaft dadurch leiden würde (vgl. O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Rspr. VI S. 446). Er konkurriert im nachträglich ausbrechenden Gesellschaftskonkurs mit den sonstigen Gesellschaftsgläubigern (R.O.H.G. X S. 62) und es haften ihm die sämtlichen Gesellschafter, auch die neueintretenden, nach Maßgabe der §§ 128, 130. Sein Anspruch gegen die Gesellschafter unterliegt, falls sich die Gesellschaft nachträglich auflöst, der Verjährung nach Maßgabe von § 159. Weil er vom Ausscheiden ab der Gesellschaft lediglich als Dritter gegenübersteht, so äußert in den Auseinandersetzungsverhandlungen zwischen ihm und der Gesellschaft die Vertretungsmacht eines Gesellschafters die absoluten Wirkungen des § 126. Dem Gesellschafter auferlegte Beschränkungen sind dem Ausgeschiedenen als Dritten gegenüber unwirksam. Auch sein Wissen steht ihm nicht im Wege, nur die exceptio doli (B.G.B. § 826) muß er sich entgegenhalten lassen. Hinsichtlich der Aufrechnung zwischen ihm und der Gesellschaft

---

[1]) Ob eine Verbindlichkeit vor oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters eingegangen ist, kann im gegebenen Falle zweifelhaft sein (vgl. R.O.H.G. XIX S. 18, R.G.Z. IV S. 81ff., Bolze XIII Nr. 500).

einerseits, zwischen ihm und den Gesellschaftern andererseits greifen die bei §§ 124 Nr. 8, 128 Nr. 5, 129 Nr. 2ff. erörterten Grundsätze Platz.

3. **Zweck der Auseinandersetzung.** Die Auseinandersetzung hat zum Zweck die Effektuierung des dem ausscheidenden Gesellschafter an dem für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkte zustehenden ökonomischen Anteils in der Gesellschaft. Dies will im einzelnen besagen: Nr. 3.

a) **Ökonomischer Anteil.** Der ökonomische Anteil ist wohl zu scheiden von der Quote am Gesellschaftsvermögen (vgl. oben S. 335). Letztere wird nicht effektuiert, sondern wächst den übrigen Gesellschaftern derart zu, daß es eines besonderen Übertragungsaktes nicht bedarf. (B.G.B. § 738). Den ökonomischen Anteil stellt das Kapitalkonto der betreffenden Gesellschafter dar, soweit es sich um Einlagen quoad sortem oder Zuwächse durch Gewinnanteile handelt. Anders bei Einlagen quoad usum, diese stehen außerhalb des Kapitalkontos, sie sind dem Gesellschafter gesondert auszukehren und zwar in Natur (B.G.B. §§ 738 Abs. 1, 732.) Der Ausscheidende kann solche ihm gehörigen Einlagsobjekte auch vindizieren. Hat er die Einlagen quoad usum unter Zusicherung einer bestimmten Gebrauchszeit (z. B. für 10 Jahre) gemacht, so wird es Tatfrage sein, ob die Zusicherung schlechthin oder nur unter der Voraussetzung seines Verbleibs in der Gesellschaft geschah. — Das Kapitalkonto der Ausscheidenden kann ein aktives (+), ein indifferentes (0) und ein passives (—) sein. In Höhe des Aktivkontos ist der Ausscheidende Gläubiger, in Höhe des Passivkontos Schuldner der Gesellschaft. Nicht zum ökonomischen Anteil gehören alle Ansprüche und alle Schulden des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, die im Kapitalkonto nicht zur Erscheinung gelangen, sei es, daß sie ihm als Dritten oder Gesellschafter zustehen, bezw. obliegen. Ihre Ausgleichung im Auseinandersetzungsverfahren ist im Wege der Aufrechnung möglich und angebracht, soweit die Voraussetzungen für die Aufrechnung gegeben sind.

b) Der **für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt** ist ein verschiedener. Im Falle des § 138 ist es bei Kündigung der Zeitpunkt, für den die Kündigung ergeht, bei Tod eines Gesellschafters ist es der Zeitpunkt des Todes, bei Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Im Falle des § 139 ist maßgebender Zeitpunkt die Kündigung des Erben (Abs. 2), jedoch mit den durch § 139 Abs. 4 gegebenen Modifikationen. Im Falle des § 140 ist es der Zeitpunkt, an dem die Klage auf Ausschließung erhoben ist. Im Falle des § 141 Abs. 1 ist es das Ende des Geschäftsjahres, im Falle des § 141 Abs. 2 der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, im Falle des § 142 der Zeitpunkt der Übernahme des Geschäfts (R.G.Z. LVI S. 18). Die Veränderungen, die nach diesem Zeitpunkt im Gesellschaftsvermögen eintreten, hat die Gesellschaft, nicht der Ausscheidende, zu tragen. Nr. 4.

c) Die **Feststellung des Kapitalkontos** für den Ausscheidenden geschieht entweder durch Aufmachung einer Bilanz oder durch Berichtigung der letzten Bilanz. An dieser Feststellung haben beide Parteien — die bestehende Gesellschaft und der ausscheidende Gesellschafter — mitzuwirken (R.G.Z. XV S. 80). Keiner kann von dem anderen die alleinige Arbeit verlangen. Der Ausscheidende kann auch verlangen, daß ihm die Einsicht der Handelsbücher behufs Gewinnung der nötigen Grundlagen gestattet werde (B.G.B. § 810). Er kann auch die Hinzuziehung eines Sachverständigen in Anspruch nehmen (R.G.Z. XXV S. 88). Verweigert eine Partei die Mitwirkung zur Arbeit, so wird die andere Partei auf deren Kosten durch Sachverständige den jener obliegenden Teil an der Arbeit vornehmen lassen können. Den Registerrichter um Ernennung eines zwischen beiden Teilen stehenden richterlichen Sachverständigen anzugehen, gestattet das Gesetz nicht. (K.G. in Johow-Ring XLIII S. 103 = Entsch. F.G. XII S. 55), § 146 Abs. 2 H.G.B. ist auf diesen Fall nicht anwendbar. Erhebt sich Streit über die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, so haben amtliche Sachverständige es abzuschätzen (B.G.B. § 738 Abs. 2), es sei denn, daß durch den Gesellschaftsvertrag oder nachträgliche Vereinbarung ein bestimmter Sachverständiger angerufen wird (R.O.H.G. XVI S. 427). Äußersten Falls muß der Prozeßrichter nach allgemeinen Grundsätzen entscheiden (K.G. in Johow-Ring XLIII S. 103 = Entsch. F.G. XII S. 55). Dabei ist zu bemerken, daß mangels anderer Vereinbarung der Ausscheidende volle Bewertung der Aktiva begehren kann, ohne Rücksicht auf die während des Bestandes Nr. 5.

der Gesellschaft aus Rücksichten der Solidität beobachteten Grundsätze minderer Bewertung (vgl. bei § 154 Nr. 1, Bolze III Nr. 778, auch Staub-Pinner, Exkurs zu § 141 Anm. 5). Auch der Wert der Kundschaft und der Firma kann in Betracht kommen (O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XIX S. 313), vorausgesetzt, daß das Geschäft mit Firma fortgeführt wird (R.G. in D.J.Z. 04, S. 554, L.Z. 09, S. 229 = Warneyer 09 Nr. 138, vgl. R.G. in L.Z. 1913, S. 539).

Nr. 6. d) Die Feststellung des Kapitalkontos für den Ausscheidenden kann eine **endgültige** sein. Waren nämlich zur Zeit des Ausscheidens oder werden bis zur ersten Feststellung alle Geschäfte aus der Zeit der Zugehörigkeit des Ausscheidenden zur Gesellschaft abgewickelt, so ist für eine glatte Abschichtung der Weg offen. Anders bei Vorhandensein schwebender Geschäfte, d. h. solcher, die vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens eingegangen, aber noch nicht erledigt sind. Erkennen hier nicht beide Teile freiwillig, unter Verzicht auf weitere Feststellungen, die erste Feststellung als definitive an, so bedarf es hinsichtlich der nachträglich abgewickelten Geschäfte einer Nachtragsfeststellung. Letztere hat nach B.G.B. § 740 Abs. 2 am Schlusse eines jeden Jahres über die in diesem Jahre beendeten Geschäfte zu erfolgen und zwar in der Form der Rechnungslegung der Gesellschaft. Darüber unter Nr. 10.

Nr. 7. e) Das festgestellte Kapitalkonto ist zu **berichtigen**. Ergibt sich ein Aktivsaldo für den Ausscheidenden, so ist es von der Gesellschaft demselben bar auszuzahlen, es sei denn, daß die Voraussetzungen für die Aufrechnung vorliegen. Barauszahlung kann jeder Teil verlangen, weder hat der Ausscheidende noch die Gesellschaft ein Recht auf Auskehrung der Einlage in Natur (R.G.Z. LVI S. 433). Vielmehr bedarf solche besonderer Vereinbarung. Die Auszahlung hat, falls der Gesellschaft nicht ein unbilliger Schade daraus erwächst, sofort zu geschehen (B.G.B. § 271). Das Entsprechende gilt hinsichtlich des festgestellten Passivsaldos. Bei Verzug kann die Höhe der Zinsen, je nachdem der Ausgeschiedene Kaufmann geblieben ist oder nicht, 5 oder 4% betragen (§ 352, B.G.B. § 246). Die Auszahlung kann auch nicht deshalb zurückgehalten werden, weil der Ausscheidende seine Mitwirkung zur Anmeldung seines Ausscheidens zum Handelsregister verweigert. In dem festgestellten Kapitalkonto des Ausscheidenden steckt auch dessen Anteil an den Gesellschaftsschulden (§ 120). Demgemäß hat er den Anspruch gegen die Gesellschaft auf Liberation von der Haftung für fällige Gesellschaftsschulden und auf Liberation von oder Sicherheitsleistung gegen die Inanspruchnahme für noch nicht fällige Gesellschaftsschulden (B.G.B. § 738 Abs. 1). Wird er von den Gesellschaftsgläubigern nachträglich belangt, so hat er Regreß gegen die Gesellschaft und folglich (aus § 128) auch gegen die Gesellschafter (R.G.Z. XI S. 130).

Nr. 8. f) Die **schwebenden** Geschäfte hat nach **außen allein die Gesellschaft** unter ihrer Firma zu beendigen. Demgemäß führt sie allein die Prozesse durch. Den Eid haben somit nur die z. Zt. der Eidesleistung der Gesellschaft zugehörigen Mitglieder zu schwören, nicht der Ausgeschiedene. Geht die Gesellschaft zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte neue ein, so treffen die rechtlichen Folgen nach außen lediglich die Gesellschaft, nicht den Ausgeschiedenen. Dieser haftet aus § 128 selbst dann nicht, wenn sie für die Abwickelung notwendig waren (R.G. bei Holdheim 1900, S. 288, J.W. 02, S. 445,[10]). Für die zur Zeit des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet er neben der Gesellschaft als Gesamtschuldner (hierzu R.G.Z. LXV Nr. 8, R.G. in L.Z. 1912, S. 548, O.L.G. Königsberg in O.L.G. Rspr. XIV S. 350). Nach innen hat er einen Anspruch auf Befreiung von den Schulden. Doch können ihm, soweit er seinen Anteil am Verluste nicht berichtigt, die übrigen Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus entgegenstellen (Düringer-Hachenburg IV S. 248).

Nr. 9. g) Dagegen nimmt nach **innen** der Ausscheidende an dem ökonomischen Erfolg schwebender Geschäfte nach Maßgabe seiner früheren gesellschaftlichen Beteiligung Anteil. Demgemäß partizipiert er am Gewinn und am Verlust, der sich aus den für die Abwickelung notwendigen Geschäften (nur solchen, vgl. Prot. S. 1608 im Gegensatz zu § 149 Nr. 6) ergibt, so daß er nachträglich je nach dem Resultat eine Dividende beanspruchen darf oder einen Zuschuß zu leisten hat. Die Art der Erledigung der schwebenden Geschäfte ist Sache der unter der Firma vereinigten übrigen Gesellschafter (B.G.B. § 740 Abs. 1), wobei sie dem Ausscheidenden aber-

nicht schärfer haften können, als wenn er noch zu der Gesellschaft gehörte, also nicht über culpa in concreto hinaus. Ein Zustimmungs- oder Kontrollrecht mit Bezug auf die Abwickelung hat der Ausgeschiedene aber nicht, da er auch nach innen nicht mehr Gesellschafter ist (R.O.H.G. X S. 62). Demgemäß hat er auch nicht das Recht auf Einsicht in die Bücher nach § 118 (R.O.H.G. XXV S. 346), dies sogar nicht mit Bezug auf Verhältnisse, die dem Ausscheiden voraufgegangen sind (vgl. Behrend § 80 Anm. 25 und oben § 118 Nr. 4). Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung steht ihm nur nach Maßgabe von B.G.B. § 738 Abs. 1 zu.

h) Die Gesellschaft hat dem Ausgeschiedenen am Schlusse jedes Geschäftsjahres **Rechenschaft** über die inzwischen beendeten Geschäfte **abzulegen** (B.G.B. § 740 Abs. 2). Nr. 10. Solcher Pflicht wird sie nach B.G.B. § 259 jedenfalls genügen, wenn sie ihm eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, soweit sie sich auf die beendeten Geschäfte beziehen, nebst den Belegen vorlegt. Vorlage der Inventur und Bilanz und Einsicht in die Bücher und Skripturen der Gesellschaft kann der Ausgeschiedene nicht verlangen (vgl. R.O.H.G. XXV S. 344, R.G.Z. XV S. 80, O.L.G. Dresden in Seuffert LXVI Nr. 231). Doch kann ihm der Vertrag ein Recht der Einsicht einräumen (hierzu Düringer-Hachenburg § 118 Anm. 3). Möglicherweise handelt es sich nur noch um wenige Geschäfte, während die Gesellschaft sehr wohl ein Interesse daran haben kann, ihre ganze Geschäftslage dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht mehr zu offenbaren. Der allgemeine Anspruch aus B.G.B. § 810 verbleibt ihm natürlich. Die Gesellschaft hat ferner dem Ausgeschiedenen den ihm gebührenden Betrag auszuzahlen. Ergibt sich nachträglich ein Passivbetrag, der früher nicht in Rücksicht gezogen war, so darf sie den Ausgeschiedenen anteilig heranziehen. Ist ein Passivbetrag für die Zukunft zu erwarten, so kann sie die Dividende, soweit erforderlich ist, dafür reservieren (vgl. B.G.B. § 733 Abs. 1 Schlußsatz). Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Ausgeschiedenen steht ihr nicht zu Sie hat ihm endlich auf Verlangen Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte zu erteilen.

Der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung ist nicht abtretbar (vgl. O.L.G. Braunschweig in O.L.G. Rspr. XXIV S. 131, R.G.Z. LII S. 36), wohl aber der auf Zahlung der Dividende. Doch hindert die Abtretung nicht, daß über die Auseinandersetzung entgegenstehende Vereinbarungen getroffen werden, welchenfalls eine Schadenersatzpflicht des Zedenten gegenüber dem Zessionar Platz greifen würde (R.G. bei Holdheim 09, S. 27). Es kann der Zedent nach wie vor Rechnungslegung und Auskunft verlangen, da er ja seinerseits seinem Zessionar Rechnung legen muß. Im Falle des § 141 hat der Privatgläubiger Anspruch auf die Dividenden bis zur Höhe seines Guthabens (nach K.G. in O.L.G. Rspr. XXI S. 386 soll er von der Gesellschaft sogar Vorlegung der Bilanz verlangen können). Auf Grund irrtümlicher Berechnung an den Privatgläubiger Gezahltes kann zurückgefordert werden, dagegen kann er nicht zur Deckung später sich ergebender Passiven herangezogen werden, vielmehr hat sich die Gesellschaft lediglich an den ausgeschiedenen Gesellschafter zu halten.

4. Die Vorschriften über die **interne** Regelung sind **nicht zwingenden** Rechts, Nr. 11. vielmehr können die beiden Parteien die Bestimmungen im einzelnen modifizieren, so hinsichtlich des für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunktes (O.L.G. Dresden in Z. XXXX S. 462). Sie können auch eine andere Art der Auseinandersetzung vor oder nach dem Ausscheiden vereinbaren (Busch XVII S. 45) oder die Auseinandersetzung ganz fallen lassen (vgl. R.O.H.G. X S. 58ff., XVI S. 427ff.).

5. Die obigen Vorschriften finden entsprechende Anwendung auf den Fall, Nr. 12. daß der **eine von mehreren Gesellschaftern das Geschäft mit Aktivis oder Passivis übernimmt** (§ 142 Nr. 4, vgl. bei § 158 Nr. 1). Diese Übernahme ist dann für ihn ein Handelsgeschäft (R.O.H.G. XII S. 368). Der Zeitpunkt der Übernahme ist der für die Auseinandersetzung maßgebende (R.G.Z. LVI S. 18). Auch die daran sich anknüpfende Auseinandersetzung ist für ihn handelsgeschäftlich, nicht dagegen stets für die Ausscheidenden.

6. Häufig werden für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters dem Nr. 13. Ausscheidenden durch Vereinbarung Konkurrenzbeschränkungen auferlegt. Hinsichtlich solcher würden dann nicht die Grundsätze der §§ 74ff. Platz greifen, sondern es wäre der allgemeine Maßstab anzulegen, ob eine wider die guten Sitten

verstoßende Beschränkung der persönlichen Freiheit vorliegt (vgl. bei § 74a Nr. 12; zur Kasuistik R.O.H.G. XV S. 163, R.G.Z. II S. 118, XXXX S. 97, LIII Nr. 38, Recht 07 S. 1315 Nr. 3274, L.Z. 1911 S. 65, Bolze V Nr. 598, 603, VI Nr. 525, VIII Nr. 461, IX Nr. 361, XII Nr. 417, XIII Nr. 400, XVI Nr. 387, XX Nr. 455, XXIII Nr. 470, 471, O.L.G. Hamburg im Recht 07, S. 1319 Nr. 3300).

Nr. 14. 7. Über Stempel bei Ausscheiden eines Gesellschafters R.Stempelgesetz Tarifstelle 1 Ae Ziff. 1, 2.

8. Das ältere Recht stimmte im ganzen überein (Art. 130, 131).

Sechster Titel.

Verjährung.

Die §§ 159, 160 enthalten ein Verjährungsprivileg für die ehemaligen Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft in ihrer Eigenschaft als solche. Die Ansprüche gegen sie aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 128) sollen in kürzerer Frist, als es nach bürgerlichem oder Handelsrecht der Fall wäre, durch Verjährung erlöschen. Die Bestimmung des § 159 geht parallel der des § 26. Wie die letztere hat sie nur ein engumschriebenes Anwendungsgebiet, jenseits dessen das allgemeine bürgerliche und Handelsrecht durchaus maßgebend bleibt, wie überhaupt die allgemeinen Sätze des bürgerlichen Rechts über die Verjährung, soweit sie nicht in offenbarem Widerstreit mit den §§ 159, 160 stehen, zur Ergänzung dieses Titels heranzuziehen sind.

§ 159.

Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Wird der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Entw. I § 145, II § 157; Denkschr. I S. 109—111, II S. 3192; A.D.H.G.B. Art. 146ff.

Nr. 1. 1. Das Verjährungsprivileg des § 159 bezieht sich nur auf **Ansprüche gegen ehemalige Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft in ihrer Eigenschaft als solche aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Unter § 159 fallen somit nicht:

a) **Ansprüche gegen die Gesellschaft selbst.** Diese unterliegen vielmehr den allgemeinen Verjährungsvorschriften. Demnach kann sich nicht etwa die Liquidationsgesellschaft, die nach Ablauf von fünf Jahren seit Eintragung der Auflösung verklagt wird, auf § 159 berufen, und ebenso wenig können die Gesellschafter — so lange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist — dem Befriedigung nur aus letzterem suchenden Gläubiger (§ 158) den Einwand der Verjährung aus § 159 entgegenstellen. Wohl aber könnte die Liquidationsgesellschaft, falls das Geschäft mit den Passivis von einem Dritten übernommen ist, den Gläubigern die Verjährungseinrede aus § 26 entgegenstellen.

b) Ansprüche gegen **aktive** Mitglieder einer bestehenden Gesellschaft. Insbesondere genießt das Privileg des § 159 bei Ausscheiden eines Mitgliedes nur der Ausscheidende, nicht das in der Gesellschaft verbleibende Mitglied. Tritt der Ausgeschiedene nachträglich wieder ein, so übernimmt er damit nach § 130 die Haftung für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft und kann sich folgeweise nicht darauf berufen, daß in der Zwischenzeit der Anspruch gegen ihn aus § 159 verjährt war. Das gleiche würde in dem praktisch kaum vorkommenden Falle gelten, daß die Auflösung der Gesellschaft nach fünfjährigem Liquidationsstadium wieder durch Beschluß aller Gesellschafter rückgängig gemacht wird. Nr. 2.

c) Ansprüche gegen ehemalige Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft, aber nicht in ihrer Eigenschaft als solche, sondern in sonstiger Eigenschaft (zur Kasuistik O.L.G. München in Seuffert LXVIII Nr. 96). Demnach kann sich nicht auf § 159 berufen derjenige Gesellschafter, der das Geschäft mit den Passivis übernimmt, wenn er als Übernehmer belangt wird (R.G.Z. X S. 47, XXXI S. 46), der Gesellschafter, der durch ein persönliches Schuldbekenntnis sich besonders verpflichtet hatte (R.G.Z. XI S. 125), der Bürge (Bolze XI Nr. 453) für eine Gesellschaftsschuld geworden ist, der als Erwerber eines Gesellschaftsgrundstücks die hypothekarisch gesicherte Schuld in Anrechnung auf das Kaufgeld übernahm (B.G.B. § 416). Auch der aus einer Gesellschaftsschuld verklagte und rechtskräftig verurteilte Gesellschafter könnte sich nicht darauf berufen, ebensowenig der Gesellschafter, der sich mit dem Gläubiger verglichen hat. Denn in allen diesen Fällen liegt zwar ein Anspruch aus einer Gesellschaftsverbindlichkeit vor, aber er richtet sich nicht gegen das Mitglied als solches. Anders bei bloßer Bestellung eines Pfandes oder einer Hypothek für die Gesellschaftsschuld, denn dadurch wird nicht ein neuer Rechtsgrund geschaffen. Wohl aber würde hier B.G.B. § 223 Abs. 1 zur Anwendung gelangen, nach dem die Verjährung des Anspruches nicht hindert, Befriedigung aus dem Haftobjekt zu suchen. Nr. 3.

d) Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten, die nicht Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind. Daß hierhin alle Ansprüche aus Rechtsverhältnissen gehören, die außerhalb der Gesellschaftssphäre liegen, ist klar. Aber auch in den Bereich der letzteren fallende sind dahin zu ziehen, wenn nicht die Gesellschaft als solche, sondern nur der Gesellschafter verpflichtet wird. Dahin sind zu zählen Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter auf Leistung der fälligen Einlage (R.G.Z. VIII S. 74), Entrichtung von Zinsen (nach § 111), Regreßansprüche gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter wegen nachträglich bezahlter Passiva (R.O.H.G. VIII Nr. 61), Regreßansprüche eines Gesellschafters gegen Mitgesellschafter. Nr. 4.

e) Somit sind es die Fälle des § 128, die in Frage kommen. Nur insoweit, als ein ehemaliger Gesellschafter aus § 128 haftet, ist Raum für das Verjährungsprivileg, hier aber gleichgültig, welches der Rechtsgrund der Gesellschaftsverbindlichkeit ist (Vertrag, Gesetz, unerlaubte Handlung), ob die Verbindlichkeit während des Bestandes der Gesellschaft oder im Auflösungsstadium entstanden ist, ob sie ausgeklagt ist (Judikatsschuld) oder nicht (Bolze I Nr. 431). Demgemäß fallen nicht darunter Ersatzansprüche der Gesellschafter aus § 110 (R.O.H.G. VIII S. 247, R.G.Z. VII S. 94), wohl aber Ansprüche, die Gesellschafter als Darlehnsgeber, Verkäufer usw. haben, und alle Ansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters gegen die Gesellschaft (vgl. bei § 128 und R.G.Z. VII S. 95). Nr. 5.

2. Das Verjährungsprivileg **setzt voraus Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Gesellschafters.** Ersterenfalls kommt es allen Gesellschaftern, letzterenfalls nur dem Ausscheidenden zugute. Gleichgültig ist der Grund der Auflösung oder des Ausscheidens. Es kommt somit auch den Gesellschaftern zustatten, die nach § 140 ausgeschlossen werden. Dagegen greift es nicht Platz, wenn nur eine Scheingesellschaft vorlag, die zur Verschleierung eingegangen war, während in Wahrheit die Geschäfte nur für Rechnung eines der Scheingesellschafter gingen, der durch die Gesellschaftsfirma nur seinen verschuldeten Namen verdecken wollte. Dieser kann sich nicht auf die fünfjährige Verjährung berufen (R.G.Z. LV Nr. 37). Nr. 6.

3. Das Privileg besteht in der **Abkürzung der Verjährungszeit.** Unterliegt der Anspruch ohnehin einer kürzeren Verjährung (z. B. aus B.G.B. §§ 196, 197 Nr. 7.

oder aus der Wechselordnung)[1]) oder tritt die Verjährung ohnehin schon früher ein (z. B. weil sie bereits so lange gelaufen ist, daß der übrig bleibende Teil der Verjährungszeit geringer ist), so ist für die Anwendung des § 159 kein Raum. Die Fassung des Gesetzes ist hier nicht so präzis, als in § 26 Abs. 1, doch soll ein sachlicher Unterschied offenbar nicht bestehen. Nach der Praxis des R.G. kommt es darauf an, ob der Anspruch gegen die Gesellschaft an dem Zeitpunkt, an dem die fünfjährige Frist begonnen hatte, einer kürzeren Verjährungsfrist unterlag. Nachträgliche Verlängerung der Verjährungsfrist gegenüber der Gesellschaft, z. B. durch judikatsmäßige Feststellung im Konkurse der Gesellschaft, soll an der Stellung der Gesellschafter nichts ändern (R.G.Z. LXX Nr. 84). Allein dieser Satz verstößt gegen das in § 128 Nr. 2 ff. Bemerkte. Vielmehr führt solche nachträgliche Verlängerung an sich auch eine Verlängerung der Verjährung gegenüber den Gesellschaftern herbei, so daß § 159 sehr wohl nachträglich in Frage kommen könnte (Jaeger in L.Z. 1910 S. 26 ff.), wie umgekehrt nachträgliche Verkürzung den Gesellschaftern zugute kommen müßte. Die Vereinigten Zivilsenate haben freilich an obiger Entscheidung festgehalten (R.G.Z. LXXIV Nr. 20).

4. Der Anspruch soll in **fünf Jahren verjähren.**

Nr. 8. a) Die Verjährung beginnt nicht vor der Eintragung der Auflösung, bezw. des Ausscheidens des betr. Gesellschafters in das Handelsregister des Sitzes. Dies gilt für alle Fälle der Auflösung, auch den des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen, welchenfalls die Eintragung nach § 32 von Amts wegen zu erfolgen hat (R.G.Z. LXX S. 324). Die Eintragung hat hier also ausnahmsweise eine rechtswirkende Bedeutung. War die Gesellschaft überhaupt nicht eingetragen, so ist somit für diese[2]) Verjährung kein Raum (R.O.H.G. V S. 82, VIII S. 248), es bleibt bei den bürgerlichrechtlichen Vorschriften. Wollen diesenfalls die Gesellschafter des Privilegs teilhaftig werden, so müssen sie nachträglich Errichtung und Auflösung der Gesellschaft, bezw. Ausscheiden des Gesellschafters gleichzeitig zum Handelsregister anmelden (R.O.H.G. XXIII S. 227). Die Eintragung in das Register des Sitzes ist entscheidend, die Eintragung in das Register der Zweigniederlassungen ist selbst für die Verjährung derjenigen Ansprüche, die aus Geschäften der Zweigniederlassungen herrühren, irrelevant. Nur die Eintragung hat Bedeutung, der Publikation des Eintrags wohnt keine Wirkung mit Bezug auf den Beginn der Verjährung bei. Da aber bis zur Publikation der Dritte die Tatsache der Auflösung, bez. des Ausscheidens sich nicht entgegenhalten zu lassen braucht, es sei denn, daß er sie kennt (§ 15 Abs. 1), wird bis dahin die Anwendbarkeit des § 159 ausgeschlossen. Die nachträglich innerhalb der fünfjährigen Frist, wenn auch noch so spät erfolgende Publikation löst rückwärts die Verjährung des § 159 aus (Ehrenberg, Hdb. I S. 632). Gleichgültig ist es, ob der Anspruchsberechtigte Kenntnis von der Eintragung hatte (R.G.Z. X S. 45). Wird die Eintragung unterlassen, so gilt die gewöhnliche Verjährung.

Nr. 9. b) Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages der Eintragung. Der Eintragungstag wird also (wie im § 26) nicht mitgerechnet. Ergibt sich aus der Eintragung nicht selbst der Tag, so ist dieser von dem, der sich auf die eingetretene Verjährung beruft, zu beweisen (R.O.H.G. XIV S. 257), wobei jede Art der Feststellung zugelassen ist, z. B. die, wann spätestens der Eintrag erfolgt sein kann (R.O.H.G. XX S. 349, 350).

Nr. 10. c) Doch gilt dies nur für damals bereits fällige Ansprüche. Wird der Anspruch gegen die Gesellschaft erst nachher fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit. (Der Begriff der Fälligkeit bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.) Doch darf nicht die Fälligkeit wider Treu und Glauben so anberaumt werden, daß dadurch der Zweck des § 159 vereitelt wird. So verstößt es wider Treu und Glauben, wenn nach Auflösung und Eintragung der Auflösung der Inhaber eines von der Gesellschaft akzeptierten Blankowechsels den Verfalltag

---

[1]) Was die W.O. betrifft, so kann trotz scheinbar kürzerer Verjährungsfrist in Wahrheit eine längere vorliegen, z. B. beim Regreßanspruch des Indossanten gegen die Vormänner. Dann würde sich der Gesellschafter auf § 159 stützen können (Renaud, C.G. S. 297, Prot. S. 4508).

[2]) Anders im Falle des § 26.

so ausfüllt, daß er erst in die Zeit nach Ablauf der Verjährungsfrist fällt (R.G.Z. LVIII Nr. 47). Hinsichtlich kündbarer Ansprüche B.G.B. § 199. Wird der Anspruch erst nachher existent, z. B. durch Rechtshandlungen des Liquidators aus § 149 oder (bei unterlassener Publikation) infolge der aus den §§ 143, 15 zugunsten des Dritten eintretenden Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, so beginnt die Verjährung erst mit der Entstehung (von Hahn zu Art. 146 § 8).

5. Nur die **Dauer** und der **Anfangstag** der Verjährungsfrist wird vom § 159 in eigentümlicher Vorschrift geordnet. Der § 159 nimmt also im Rahmen des bürgerlichen Rechts dieselbe Stellung ein, wie etwa die §§ 196, 197, 201 des B.G.B. Daraus folgt, daß im übrigen durchaus die Vorschriften des B.G.B. über die Verjährung auf diese Verjährungsfrist Anwendung finden. Insbesondere gilt dies von den Vorschriften über die Hemmung, die Unterbrechung, die Wirkung der Verjährung und vertragsmäßige Abreden über die Verjährung. Der für das ältere Recht wegen der Verschiedenheit der Landesrechte auftauchende Zweifel (R.G.Z. X S. 44, 45), ist angesichts der Kodifikation des bürgerlichen Rechtes nicht mehr vorhanden. Daraus ergibt sich insbesondere, daß jede den Beginn der Verjährung gegenüber dem einzelnen Gesellschafter nach dem B.G.B. hinausschiebende Tatsache, z. B. das Verhältnis von Ehegatten, von Eltern und Kindern, Vormund und Mündel (B.G.B. § 204) zwischen Gesellschaftsgläubiger und diesem Gesellschafter auch hier den Beginn der Verjährung gegen den betr. Gesellschafter hemmt. Zu den Hemmungsgründen gehört auch Konkurs des betr. Gesellschafters, so lange der Ausfall im Gesellschaftskonkurse noch nicht feststeht (vgl. Denkschr. II S. 3193). Dagegen würde Hemmung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft (z. B. aus B.G.B. § 203) nicht die Verjährung gegen die einzelnen Gesellschafter hemmen. Über Unterbrechung bei § 160. Daß die in der Person eines der ehemaligen Gesellschafter eintretenden Tatsachen die Verjährung gegen die anderen nicht beeinflussen, ergibt sich aus B.G.B. § 425. Nur kommt die der Gesellschaft gegenüber eingetretene Verjährung den ausgeschiedenen Gesellschaftern zugute. Nr. 11.

6. Neben § 159 kann den Gesellschaftern auch § 26 zugute kommen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, also bei Veräußerung des Geschäfts, falls der Erwerber die Firma fortführt oder die Passivenübernahme kundgibt. Doch wird dieser Paragraph nur dann Vorteile bieten, wenn die Auflösung der Gesellschaft erst nach dem Tage zur Eintragung gelangt, an dem die Verjährung nach § 26 beginnt, was selten der Fall sein wird. Nr. 12.

7. Das Privileg des § 159 findet sich schon im älteren Recht (Art. 146), doch galt es hier nicht für den Fall der Auflösung durch Gesellschaftskonkurs, weil der Gesellschaftskonkurs nicht von Reichs wegen in das Handelsregister eingetragen wurde (R.O.H.G. XXIII S. 232, R.G.Z. XXXV S. 25, XLII S. 84). Auch wenn kraft Landesrechts vor dem 1. Jan. 1900 die Eintragung des Konkurses erfolgte, war Art. 169 Abs. 2 der E.B.G.B. nicht zur Anwendung zu bringen, weil Art. 146 die Frage des Beginns der Verjährung einheitlich ordnete (R.G.Z. XLV Nr. 10, Recht 1910 Nr. 733). Nr. 13.

§ 160.

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.

Entw. I § 146, II § 158; Denkschr. I S. 110, 111, II S. 3192; A.D.H.G.B. Art. 148.

Die Bestimmung des § 160 ergibt sich aus den bei § 128 Nr. 3ff. vorgetragenen Erörterungen, da die aufgelöste Gesellschaft bis zur Verteilung des Vermögens nach außen als Abwicklungsgesellschaft bei Bestand bleibt (vgl. §§ 156, 158). **Jede** Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Abwicklungsgesellschaft unterbricht somit die Verjährung gegenüber den Gesellschaftern, die ihr zur Zeit der Auflösung angehört haben, gleichgültig ob sie durch Rechtshandlungen gegenüber dem Liquidator oder seitens desselben (vgl. R.G.Z. V S. 9, B.G.B. § 208) oder durch

Anmeldung des Anspruchs im Konkurse der Gesellschaft (B.G.B. § 209 Abs. 2 Nr. 2) oder durch Exekution in das Gesellschaftsvermögen oder sonst wie erfolgt. Voraussetzung ist nur, daß der Anspruch gegen die Gesellschafter nicht selbst (aus § 159) verjährt ist (R.O.H.G. IX S. 86). Dagegen soll eine Verlängerung der Verjährungsfrist gegenüber der Gesellschaft (z. B. durch Feststellung im Gesellschaftskonkurse B.G.B. § 218) nach der Praxis des Reichsgerichts nicht zum Nachteile der Gesellschafter gereichen. Diese könnten sich auf § 159 Abs. 1 berufen (R.G.Z. LXX Nr. 84, LXXIV Nr. 20; hiergegen Jaeger in L.Z. 1910 S. 26, oben § 159 Nr. 7).

Was ausgeschiedene Gesellschafter betrifft, so ist ihr Verhältnis sowohl zur Gesellschaft als zu den einzelnen Gesellschaftern das von Gesamtschuldnern. Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft wie gegenüber einem anderen Gesellschafter wirkt nach B.G.B. § 425 Abs. 2 nicht gegen sie (vgl. auch R.G.Z. VI S. 36).

Das gleiche gilt von der Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem der mehreren ehemaligen Gesellschafter.

Das ältere Recht (Art. 148) enthielt die gleichen Grundsätze.

Zweiter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft.

§ 161.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

Entw. I § 147, II § 159; Denkschr. I S. 111, 112, II S. 3193, 3194; A.D.H.G.B. Art. 150.

Literatur: Renaud, Recht der Commanditgesellschaften 1881, Behrend §§ 85—90, Cosack § 199.

Nr. 1. 1. Die **Kommanditgesellschaft**, der zweite Vertreter der Personalhandelsgesellschaften, ist nur **eine modifizierte offene Handelsgesellschaft** (R.G.Z. XXXII Nr. 110). Wie ihr enger Zusammenhang mit der offenen Handelsgesellschaft zumal in den Vorschriften über die Umwandlung der einen Form in die andere hervortritt (vgl. § 162), so ergibt sich der obige Satz aus der Begriffsbestimmung des § 161 Abs. 1, die lediglich in dem die Haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern statuierenden Teil von der Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. 1) abweicht, sowie aus der allgemeinen Verweisung des § 161 Abs. 2 auf die offene Handelsgesellschaft. Es ist somit im Ganzen auf die einleitenden Bemerkungen zum ersten Abschnitt, sowie auf das bei §§ 105, 124, 125, 128 Gesagte zu verweisen.

Nr. 2. 2. Vor allem gilt das, was über die **rechtliche Natur** der offenen Handelsgesellschaft ausgeführt ist, völlig auch für die **Kommanditgesellschaft**. Indem § 161

Abs. 2 auf § 105, und dieser wieder auf das bürgerliche Recht verweist, ist die Unterordnung der Kommanditgesellschaft unter den Gesellschaftsbegriff auch hier zwingend. Das die Kommanditgesellschaft von der bürgerlichen Gesellschaft Trennende ist auch hier die Einheitlichkeit des Auftretens nach außen und die größere Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Die beschränkte Haftung des Kommanditisten nach außen (§ 171) vermag einen begrifflichen Unterschied von der bürgerlichen Gesellschaft nicht zu begründen, sie ist auch bei der bürgerlichen Gesellschaft denkbar. Der Satz, daß der Gesellschaftsgläubiger den Kommanditisten nicht belangen kann, falls und soweit die Einlage in die Gesellschaftskasse geflossen ist, besagt nur, daß der Kommanditist als solcher den Gesellschaftsgläubigern mit seinem Privatvermögen nicht unter allen Umständen haftet, sondern nur dann und soweit, als er den nach außen als Einlagebetrag hingestellten Betrag nicht geleistet hat; nach erfolgter Leistung haftet er nur mit dem Gesellschaftsvermögen. Der Satz statuiert also außer der Beschränkung der Haftsumme noch eine Beschränkung des Haftobjektes. Für die Auffassung, daß eine juristische Person vorliege, läßt er sich schon aus dem Grunde nicht verwerten, weil nicht allen Gesellschaftern diese Beschränkung zugute kommt. — Die Kommanditgesellschaft ist gleich der offenen Handelsgesellschaft eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, das Gesellschaftsvermögen ist Vermögen der Gesellschafter, und die Frage, wie dieses Miteigentum zu konstruieren sei, ist in derselben Weise, wie bei der offenen Handelsgesellschaft zu beantworten. Der Umstand, daß der Kommanditist nur beschränkt haftet, ist auch für ihre Beantwortung irrelevant. Da der Kommanditist Mitträger der Firma ist, kann auch er in Prozessen der Gesellschaft nicht als Zeuge vernommen werden (R.G.Z. XXXII S. 399, R.G. im Recht 05 S. 474 Nr. 1879).

3. Nicht minder sind aber auch die meisten **Erfordernisse**, die für die offene Handelsgesellschaft verlangt werden, für die Kommanditgesellschaft maßgebend. Es bedarf insbesondere: Nr. 3.

a) Einer **Gesellschaft** von mindestens zwei Personen. Liegt nur ein Darlehns- oder Dienstvertrag mit Gewinnanteil zwischen den Kontrahenten vor, so ist eine Kommanditgesellschaft auch dann nicht vorhanden, wenn nach außen die Beteiligten so auftreten, als ob eine Kommanditgesellschaft existiere (gegen Schwalb in Z. XXXIV S. 355). Das gleiche gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag wider eines der ihm wesentlichen Momente verstößt (vgl. R.G.Z. XXXI S. 72f.). Doch werden sich auch hier die geschäftsfähigen Scheingesellschafter, die sich als Gesellschafter gerieren, von den Gesellschaftsgläubigern, die sich daraufhin mit der Gesellschaft einlassen, als solche behandeln lassen müssen (vgl. R.G.Z. LI S. 36ff., O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 407). Nicht dagegen steht im Wege, daß der Kommanditist außerdem als Darlehnsgläubiger der Gesellschafter auftritt (Düringer-Hachenburg IV S. 17).

Die Gesellschafter müssen auch hier fähig sein, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben, da sowohl der Komplementar als der Kommanditist Kaufleute sind (vgl. bei § 1 Nr. 13). Bei Minderjährigen ist auch hier Zustimmung der Obervormundschaft nötig, auch wenn sie sich nur als Kommanditisten beteiligen (B.G.B. § 1822 Nr. 3, § 1643 Abs. 1, R.G.Z. LI S. 35, K.G. in Entsch. F.G. III S. 20 = Johow-Ring XXIII A 90 = O.L.G. Rspr. IV S. 450, K.G. in Entsch. F.G. X S. 42 = O.L.G. Rspr. XIX S. 318 = Johow-Ring XXXVII A 145). Für Ehefrauen gilt grundsätzlich das gleiche, wie bei offenen Handelsgesellschaften (ob sie sich als Komplementare oder als Kommanditisten beteiligen, anders in letzter Hinsicht viele Autoren). Wie weit sich juristische Personen, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften als Komplementare beteiligen können, ist nach den in § 105 Nr. 3, 4 erörterten Grundsätzen zu beantworten. Als Kommanditist können sie sich sämtlich beteiligen. Beteiligen kann sich auch eine juristische Person einerseits, ihre Mitglieder andererseits (Bayr. Obst.Ld.G. im Recht 1912 Nr. 1233). Eine Erbengemeinschaft kann nicht Kommanditist werden (K.G. in Entsch. F.G. X S. 42 = Johow-Ring XXXVII A 145).

b) **Zweck** der Gesellschaft ist auch hier der Betrieb eines Handelsgewerbes und zwar muß das Gewerbe auch hier ein Großgewerbe sein (§ 4 Abs. 2). In diesen Beziehungen gilt das bei § 105 Nr. 5 Bemerkte. Nicht ausgeschlossen ist auch hier, daß die gleichen Personen zwei verschiedene Kommanditgesellschaften bilden.

Eine nur zum Betriebe eines Kleinhandelsgewerbes oder eines landwirtschaftlichen Betriebes eingegangene Gesellschaft ist nie eine Kommanditgesellschaft im Sinne des H.G.B., auch wenn die Haftung durch Vereinbarung der Beteiligten nach den gleichen Gesichtspunkten geordnet ist. Es geht ihr eine Firma und damit einheitliches Auftreten nach außen ab, es gibt keine vertretenden Gesellschafter im Sinne des H.G.B. u. a. m. (vgl. Renaud, C.G. S. 94, 95).

c) Das Handelsgewerbe muß unter **gemeinschaftlicher** Firma betrieben werden Die Firma ist nicht die des Komplementars, sondern eine gemeinschaftliche. Der Kommanditist ist also wie Mitträger des Handelsgewerbes, so Mitträger der Firma. Dadurch hebt sich die Kommanditgesellschaft scharf ab von der stillen Gesellschaft (§ 335). Auf die gebrauchten Bezeichnungen kommt es nicht an. Als „Kommanditär" wird häufig nur ein stiller Gesellschafter bezeichnet (Bayr. Obst.Ld.G. im Recht 02 S. 353). Über das Aussehen der Firma bei § 19 Nr. 2. Es gilt hier im übrigen dasselbe, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Nr. 6). Hinsichtlich der Haftung, wenn der Name des Kommanditisten in der Firma enthalten ist, bei § 176.

d) Die **Eintragung** in das **Handelsregister** ist auch hier nur notwendig, wenn es sich um ein Unternehmen nach § 2 handelt. Vgl. in dieser Beziehung bei § 123 Nr. 1 Anm. 1.

Nr. 4. 4. Das unterscheidende Merkmal von der offenen Handelsgesellschaft besteht in der **Haftung der Gesellschafter nach außen.** Mindestens ein Gesellschafter (der persönlich haftende, Komplementar) muß unbeschränkt, mindestens ein Gesellschafter (der Kommanditist) beschränkt nach außen gegenüber den Gläubigern haften. Durch den Umstand, daß nicht alle Gesellschafter unbeschränkt nach außen haften, unterscheidet sich die Kommanditgesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft, dadurch, daß mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt haftet, hebt sie sich (von anderen Unterschieden abgesehen) von den Kapitalgesellschaften ab, dadurch, daß der Kommanditist nach außen haftet, scheidet sie sich von der stillen Gesellschaft. Unbeschränkt wie beschränkt haften können aber auch mehrere der Gesellschafter, es kann die Gesellschaft aus einem Komplementar und einem Kommanditisten, aus mehreren Komplementaren und einem Kommanditisten, aus mehreren Kommanditisten und einem Komplementar, endlich aus mehreren Komplementaren und mehreren Kommanditisten bestehen. Dabei gilt:

Nr. 5. a) Nur auf die Haftung **gegenüber den Gläubigern** der Gesellschaft kommt es an, wie die Begriffsbestimmung des § 161 klar ersehen läßt, keineswegs will der § 161 das interne Verhältnis zwischen dem Komplementar und Kommanditisten ordnen. Es gilt hier grundsätzlich das gleiche wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Nr. 7), demnach kann die interne Beitragspflicht durch den Gesellschaftsvertrag so geordnet sein, daß die Hauptlast der Kommanditist trägt. Der Komplementar ist möglicherweise nur zur Leistung von Diensten (B.G.B. § 706 Abs. 3) verpflichtet, während dem Kommanditisten die ganze Herstellung des Gesellschaftskapitals obliegt, sodaß nur er in der ersten Bilanz ein Aktivsaldo hat. Umgekehrt kann der Kommanditist vielleicht nur zur Leistung von Diensten gehalten, oder es kann ihm ein geringerer Beitrag, als die nach außen ausgedrückte Haftsumme darstellt, auferlegt sein, indem wirtschaftlich er nur als eine Art Bürge für den Notfall eintretend gedacht ist. Ja, es ist nicht ausgeschlossen, daß er nach innen zu einem größeren Einlagebetrag als nach außen gehalten ist. Grundsätzlich freilich gehört der von ihm zu leistende Beitrag zum Gesellschaftsaktivum, und da das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegt, würde der Kommanditist insoweit auch zu dem höheren Betrage mittelbar haften. Aber das Gesetz macht, falls die Einlage lediglich nach innen erhöht wird, und die Gläubiger nichts davon offiziell erfahren, eine Ausnahme, die Gläubiger können sich auf die Erhöhung dann nicht berufen (vgl. bei § 172).

Nr. 6 b) Diese Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern drückt sich hinsichtlich des Kommanditisten in einem bestimmten **Geldbetrag** aus (§ 162). Die Gläubiger sollen darauf rechnen dürfen, daß entweder Vermögenswerte bis zu dieser Höhe in die Gesellschaftskasse vom Kommanditisten abgeführt sind, oder daß, soweit solche Abführung nicht stattgefunden hat oder nachträglich redressiert ist, sie das Vermögen des Kommanditisten bis zu diesem Betrage unmittelbar heranziehen können (§ 171). Dagegen ist der Kommanditist keineswegs nach innen nur zu Geldeinlagen

gehalten. Vielmehr kann er ebensowohl Sacheinlagen inferieren (R.G.Z. II S. 306), sei es quoad dominium, sei es quoad usum. Bestimmungen über Sacheinlagen, wie sie sich im Aktienrecht (§ 186) finden, bestehen hier nicht (R.G. in Holdheim 05, S. 199). Die Sacheinlagen können in körperlichen Gegenständen (Mobilien oder Immobilien), aber auch in Forderungen oder anderen Rechten, ferner in faktischen Beziehungen (Geheimnissen, Kundschaft) bestehen. Auch Arbeitsleistungen sind nicht ausgeschlossen, sofern ein Vermögenswert diesen zukommt. Die Gesellschaft kann durch die Arbeitsleistung des Kommanditisten z. B. die sonst notwendige Gehaltssumme für Engagierung eines Gehilfen ersparen. Der Betrag der Kommanditistenhaftsumme kann durch mehrjährige Arbeit in die Gesellschaftskasse fließen, sodaß der Kommanditist, der sie nicht für sich abhebt, damit seiner Haftpflicht nach außen entbunden ist. Natürlich würde unter solchen Umständen eine objektive Wertschätzung zu eruieren haben, ob in Wahrheit die der Gesellschaft zugute gekommenen Vermögenswerte den Betrag der Haftsumme erreichen. Ist dies nicht der Fall, so würde den Gläubigern in Höhe des Defizits der Kommanditist aus § 171 haften (R.G.Z. XVII S. 40, 41; vgl. Behrend § 87 S. 626—628, Renaud, C.G. S. 118, 119; Eröffnung eines Warenkredits keine Vermögenseinlage: Bolze XVI Nr. 486, ebensowenig bloße Verpflichtung zur Deckung des Verlustes R.G. bei Holdheim 09, S. 321).

5. Hinsichtlich der **Errichtung** der Kommanditgesellschaft gilt das bei § 105 Nr. 9 Bemerkte. Eine Errichtung durch konkludente Handlungen wird hier freilich kaum vorkommen, weil es der Festsetzung der Kommanditisteneinlage bedarf. Über den Fall der Umwandlung einer offenen H.G. in eine K.G. bei § 162 Nr. 4. Nr. 7.

6. Anwendbarkeit älteren Rechts. Hier gilt das gleiche, wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Vgl. darüber bei § 105 Nr. 12. Nr. 8.

§ 162.

Die Anmeldung der Gesellschaft hat außer den im § 106 Abs. 2 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; der Name, der Stand und der Wohnort der Kommanditisten sowie der Betrag ihrer Einlagen werden nicht bekannt gemacht.

Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung.

Entw. I § 148, II § 160; Denkschr. I S. 112, II S. 3194; A. D. H.G.B. Art. 151 ff.

Indem auf die §§ 106—108 im ganzen erwiesen wird, ist hier nur Folgendes noch hervorzuheben:

1. Die **Bezeichnung der Kommanditisten in der Anmeldung** hat nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes einzelnen Kommanditisten zu erfolgen. Der Betrag der Einlage ist stets in einer fixen Geldsumme anzugeben (auch dann, wenn es sich um Sacheinlagen oder Einlagen von Arbeitskräften handelt). Wie die Einlage zu leisten ist, ist nicht anzugeben, und wenn es angegeben ist, nicht einzutragen. Denn der Zweck der Eintragung ist lediglich, die Höhe der Haftung der Kommanditisten nach außen festzustellen. Die internen Stipulationen gehören nicht in das Handelsregister. Nr. 1.

2. Die Anmeldung, auch von Zweigniederlassungen (O.L.G. Dresden in Entsch. F.G. XIII S. 28 = Johow-Ring XLV S. 323) ist von **allen Gesellschaftern**, Komplementaren wie Kommanditisten zu bewirken (§ 108 Abs. 1). Auch gegen letztere kann der Registerrichter nach § 14 vorgehen. Nr. 2.

3. Die **Bekanntmachung** darf selbst auf Antrag nicht die Personalien der Kommanditisten angeben, nur ihre Zahl ist zu nennen. Natürlich kann die Gesellschaft selbst ihre Kommanditisten durch Zirkulare angeben (vgl. Puchelt- Nr. 3.

Förtsch zu Art. 151 Nr. 5) und es hat jeder das Recht der Einsicht in das Handelsregister (§ 9).

Nr. 4. 4. **Umwandlungen.** (K. Lehmann in Z.H.R. L S. 37). Die Vorschrift des Abs. 3 findet auch dann Anwendung, wenn ein Kommanditist in eine bestehende offene Handelsgesellschaft eintritt (vgl. hierzu oben § 109 Nr. 6), so daß diese sich damit in eine Kommanditgesellschaft verwandelt, ferner wenn ein bisheriger offener Handelsgesellschafter Kommanditist wird. In solchen Fällen löst sich nach der Auffassung des Gesetzes nicht die offene Handelsgesellschaft auf und es tritt an ihre Stelle eine neu gegründete Kommanditgesellschaft, wie es der Fall wäre bei Umwandlung einer offenen H.G. in eine Aktiengesellschaft oder G. m. b. H. (R.G.Z. LXXIV S. 6), sondern die alte Handelsgesellschaft bleibt trotz Veränderung der Rechtsform bestehen (vgl. R.G.Z. LV Nr. 31, K.G. in O.L.G. Rspr. XIII S. 23). Darum wird, wenn ein Minderjähriger bereits Mitglied war, B.G.B. § 1822 Nr. 3 hierauf nicht anwendbar sein (a. A. K.G. in Entsch. F.G. III S. 20 = O.L.G. Rspr. IV S. 450), darum bedarf es einer Auflassung von Grundstücken der offenen H.G. an die Kommanditgesellschaft nicht, es genügt Berichtigung des Grundbuches (K.G. in Johow-Ring XXVI A 219). Demgemäß ist nicht die Errichtung einer neuen Gesellschaft, sondern nur der Eintritt der Kommanditisten anzumelden, es greifen die Grundsätze der §§ 25, 26, 159 hierfür nicht Platz, vielmehr bleiben die alten Gesellschaftsgläubiger Gläubiger der neuen Gesellschaft, einer besonderen Ausklagung der letzteren bedarf es dann nicht mehr, wenn die Klage gegen die alte Gesellschaft bereits erhoben war. Das gleiche wird man anzunehmen haben, wenn durch Austritt der Kommanditisten nur persönlich haftende Gesellschafter übrig bleiben, also die Kommanditgesellschaft sich in eine offene Handelsgesellschaft umwandelt oder wenn sämtliche Kommanditisten persönlich haftende Gesellschafter werden (vgl. bei § 28 Nr. 6).[1]) Ersterenfalls ist nur der Austritt der Kommanditisten, letzterenfalls der Austritt als Kommanditist und der Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter anzumelden. Wie steht es in solchen Fällen mit der Publikation? Tritt ein neuer Kommanditist ein oder ein alter aus, so ist lediglich die Tatsache, daß die Zahl der Kommanditisten sich vermehrt oder vermindert habe, bezw. daß die bisherige offene Handelsgesellschaft sich durch Eintritt eines Kommanditisten in eine Kommanditgesellschaft oder die bisherige Kommanditgesellschaft sich durch Austritt der Kommanditisten in eine offene Handelsgesellschaft verwandelt habe, zu publizieren. Wird ein persönlich haftender Gesellschafter Kommanditist, so ist sein Austritt als persönlich haftender Gesellschafter mit Namensnennung, sein Eintritt als Kommanditist ohne Namensnennung kundzugeben (vgl. O.L.G. Dresden in Z. XXXVII S. 545, 546). Wird umgekehrt ein Kommanditist persönlich haftender Gesellschafter, so ist sein Austritt als Kommanditist ohne Namensnennung, sein Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter unter Namensnennung zu publizieren. Über den Fall der Erhöhung bezw. Reduktion der Kommanditisteneinlage bei § 175. Da durch Veränderung der Eigenschaft ein Ausscheiden nicht begründet wird, ist § 159 für die früher begründeten Verbindlichkeiten nicht anwendbar.

Nr. 5. 5. Die Vorschrift des § 108 Abs. 2 (vgl. § 125 Abs. 4) bezieht sich hier nur auf Komplementare (§ 170).

Nr. 6. 6. Über die Bedeutung der Eintragung hinsichtlich der Kommanditisten bei den §§ 172, 176.

Nr. 7. 7. Das **ältere** Recht nahm in die Anmeldung nicht die Angabe des Zeitpunktes des Gesellschaftsbeginnes auf. Anmeldungen, die vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt waren, waren ohne solche Angabe gültig. Im älteren Recht wurde ferner vielfach angenommen, daß die Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft (oder umgekehrt) als Neuerrichtung anzusehen sei. Wer sich hierfür entscheidet, muß die §§ 25, 26, 159 auf vor dem 1. Jan. 1900 erfolgte Umwandlung anwenden und dabei Art. 169 des E. B.G.B. berücksichtigen.

---

[1]) Tritt bei nur zwei Gesellschaftern der Kommanditist aus und an seine Stelle ein persönlicher haftender Gesellschafter neu ein, so wird es der Absicht der Parteien entsprechen, die Gesellschaft aufrecht zu erhalten (vgl. den unrichtig behandelten Fall in Seuffert LXIV Nr. 171. Zweifelhaft K.G. in O.L.G. Rspr. XIII S. 23. Dazu oben § 130 Nr. 1).

§ 163.

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 164 bis 169.

Entw. I § 149, II § 161; Denkschr. I S. 113, II S. 3193; A.D.H.G.B. Art. 157.

Lit.: B. Große, Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft 1907.

Entsprechend der bei der offenen Handelsgesellschaft vorgenommenen Scheidung behandelt das Gesetz zunächst das interne Verhältnis der Gesellschafter in den §§ 163—169, um sodann in den §§ 170—176 sich der äußeren Seite zuzuwenden. § 163 enthält vier Sätze.

1. Über das Verhältnis der Gesellschafter zueinander entscheidet, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 109), zunächst der Gesellschaftsvertrag, d. h. sowohl der Gründungsvertrag, als jede spätere Vereinbarung unter den Gesellschaftern. Selbstverständlich gilt die Beschränkung, daß nicht Vorschriften zwingenden Rechts dadurch verletzt werden. Der Gesellschaftsvertrag kann z. B. nach innen eine ähnliche Organisation wie bei der Kommanditaktiengesellschaft vorsehen (R.G. in J.W. 06 S. 144[21]).

2. In Ermangelung besonderer Vereinbarung greifen die §§ 164—169 Platz, denn diese sind speziell für Kommanditgesellschaften aufgestellt.

3. Soweit sich aus den §§ 164—169 nicht ein anderes ergibt, finden nach § 161 Abs. 2 die Bestimmungen der §§ 110—122 über die interne Seite der offenen Handelsgesellschaft Anwendung, z. B. die §§ 110, 111.

4. Endlich greifen, soweit diese nicht ausreichen, die Bestimmungen des B.G.B. Platz (§ 105 Abs. 2), vgl. z. B. B.G.B. §§ 706—708, 717—720. Der Kommanditist kann z. B. nicht seine gesellschaftlichen Ansprüche in toto abtreten, wohl aber Ansprüche auf einen Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben, z. B. durch Kommanditanteilscheine (O.L.G. Colmar bei Kaufmann VII S. 116).

Vergleichen wir die §§ 110—122 mit den besonderen Vorschriften der §§ 164—169, so ergibt sich, daß nur drei Paragraphen, die §§ 110, 111, 119, unbedingte Geltung auch für die Kommanditgesellschaft beanspruchen, von denen zudem der § 110 hauptsächlich für Komplementare praktisch werden wird. Hinsichtlich aller übrigen Bestimmungen gelten Abweichungen. Doch beziehen sich diese Abweichungen fast stets nur auf die Stellung der Kommanditisten, Rechte und Pflichten der Komplementare werden im ganzen von ihnen nicht beeinflußt, insbesondere wird beim Vorhandensein mehrerer Komplementare das Verhältnis unter diesen in Gemäßheit der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft behandelt.

Das ältere Recht (Art. 157) stimmte überein.

Verwandelt sich eine offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, so greifen die Bestimmungen der §§ 163ff. von nun ab für das interne Verhältnis der Gesellschafter Platz, verwandelt sich die Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft, so treten die Bestimmungen der §§ 109ff. für das interne Verhältnis der Gesellschafter in Kraft. Doch können die Parteien an dem früheren Gesellschaftsvertrag festhalten.

§ 164.

Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

Entw. I § 150, II § 162; Denkschr. I S. 113, II S. 3194; A.D.H.G.B. Art. 158.

Der § 164 tritt an Stelle des § 114. Dieser Umstand beeinflußt auch die sonst gegebene Anwendbarkeit der §§ 115—117 in mehrfachen Beziehungen:

Bei der Kommanditgesellschaft sind nicht alle Gesellschafter kraft Gesetzes zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, vielmehr sind geborene Geschäftsführer nur die Komplementare. Der Kommanditist ist von der Geschäftsführung kraft Gesetzes ausgeschlossen, er hat deshalb kein Recht und keine Pflicht, sich in die Geschäftsführung einzumischen. Hat er als Dritter eine Forderung gegen die Kommanditgesellschaft, so liegt ihm nicht ob, Handlungen vorzunehmen, durch die er die Lage der Gesellschaft bessert, z. B. zu mahnen, um die Zinszeit zu kürzen (R.G. im Recht 1910 Nr. 295). Hier tritt als natürlicher Zustand jener Dualismus ein, der bei der offenen Handelsgesellschaft nach § 114 Abs. 2 accidentell ist. Demgemäß würden die Komplementare mangels anderer Vereinbarung den Vorschriften über die geschäftsführenden, die Kommanditisten den Vorschriften über die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter unterstehen. § 164 schränkt aber ihre Stellung noch mehr ein.

Daraus ergibt sich:

Nr. 1. 1. Ist nur ein Komplementar da, so hat er kraft Gesetzes die alleinige Geschäftsführung, er darf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (darüber bei § 116 Nr. 1), allein vornehmen und allein Prokura erteilen sowie widerrufen, die Kommanditisten haben insoweit kein Widerspruchsrecht. Dagegen können sie gegen Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb dieses Handelsgewerbes hinausgehen, Einspruch erheben, und zwar (bei Mehrheit) im Wege der Beschlußfassung nach näherer Maßgabe des § 119. Dem Komplementar kann auf ihren Antrag nach § 117 die Geschäftsführung entzogen werden. Vermögen sich dann beide Teile nicht über die Bestellung eines Dritten als Geschäftsführer zu einigen, so bleibt nichts übrig, als die Gesellschaft aufzulösen. —

Nr. 2. 2. Sind **mehrere** Komplementare da, so hat — mangels anderer Vereinbarung — jeder von ihnen nach § 115 volle Geschäftsführung. Jeder kann also alle Handlungen vornehmen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, muß aber bei Widerspruch eines anderen Komplementars (nicht eines Kommanditisten) die Handlung unterlassen. Prokuristen dürfen die mehreren Komplementare nur zusammen bestellen, nur bei Gefahr im Verzuge darf ein einzelner die Bestellung vornehmen, widerrufen darf die Prokura jeder einzelne Komplementar (§ 116 Abs. 3). Zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Gesellschaftsgewerbes hinausgehen, ist ein Beschluß sämtlicher Komplementare nach Maßgabe des § 119 erforderlich, und die Kommanditisten können dagegen Einspruch erheben. Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem der Komplementare nur auf Antrag aller übrigen Gesellschafter — Komplementare und Kommanditisten — entzogen werden (§ 117).

Nr. 3. 3. **Kollektivgeschäftsführung u. a.** Der Gesellschaftsvertrag — sei es der ursprüngliche, sei es ein Zusatzvertrag — kann für die mehreren Komplementare Kollektivgeschäftsführung anordnen. Dann greift hinsichtlich ihrer § 115 Abs. 2 Platz. Die Stellung der Kommanditisten wird dadurch nicht beeinflußt. Der Gesellschaftsvertrag kann ferner nach Maßgabe von § 114 Abs. 2 einen Teil der Komplementare von der Geschäftsführung ausschließen. Dann sinken die Ausgeschlossenen in die Stellung der Kommanditisten — soweit es sich um die aus §§ 114—117 (nicht § 118) resultierenden Rechte handelt — herab. Der Gesellschaftsvertrag kann endlich alle Komplementare von der Geschäftsführung ausschließen. Dann gäbe es geschäftsführende Gesellschafter kraft Gesetzes überhaupt nicht mehr und die Komplementare hätten die aus §§ 114—117 entspringenden Vorzugsrechte, gegenüber den Kommanditisten nicht mehr. Ein Prokurist dürfte diesenfalls nur durch Beschluß aller Gesellschafter bestellt werden.

Nr. 4. 4. Umgekehrt kann der Gesellschaftsvertrag einem **Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnisse** zugestehen (Bolze XI Nr. 467, R.G. im Bankarchiv VIII S. 43 = L.Z. 08 S. 535 = Recht 08 Nr. 2237). Denn § 164 enthält kein zwingendes, sondern nur dispositives Recht. Dies kann in verschiedener Art geschehen. Der Kommanditist kann mit einem Komplementar oder mit den Komplementaren Kollektivgeschäftsführung erhalten, dann gilt für seine Handlungen § 115 Abs. 2.

Er kann Ganzgeschäftsführung neben den Komplementaren erhalten. Dann greift für ihn § 115 Abs. 1, § 116 Platz. Er kann endlich sogar alleinige Geschäftsführung erhalten, während die Komplementare davon ausgeschlossen werden (R.G.Z. XXXI S. 73, vgl. O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. III S. 277), denn wenn solche sogar einem Dritten übertragen werden kann, ist dies hinsichtlich des Kommanditisten umsoweniger zu bezweifeln. Doch muß sich der Gesellschaftsvertrag darüber klar ausdrücken. Die Bestimmung des § 114 Abs. 2, wonach schon in der Übertragung der Geschäftsführung an einen der Gesellschafter der Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung liegt, läßt sich auf die Übertragung an den Kommanditisten, wie Staub-Pinner Anm. 7 mit Recht bemerken, nicht anwenden. Vielmehr würde im Zweifel in der Übertragung der Geschäftsführung an den Kommanditisten nur die Einräumung der administratio neben den Komplementaren liegen. — Hat der Kommanditist alleinige Geschäftsführung, so haben die sämtlichen übrigen Gesellschafter ein Widerspruchsrecht nur mit Bezug auf Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen.

In allen Fällen würde der mit Geschäftsführung ausgestattete Kommanditist als Gesellschafter tätig werden, deshalb nur für culpa in concreto (B.G.B. § 708) haften. Die Befugnis zur Geschäftsführung könnte ihm nur in Gemäßheit des § 117 entzogen werden.

5. Anders liegt der Fall, wenn der Kommanditist von der Gesellschaft beauftragt wird oder in ein Dienstverhältnis zur Gesellschaft tritt. Dann greifen die allgemeinen Grundsätze über den Auftrag oder Dienstvertrag mit Bezug auf Haftung, Kündigung usw. Platz. Handlungsgehilfe würde der Kommanditist nicht werden können. Nr. 5.

6. Das ältere Recht (Art. 158) stimmte überein. Nr. 6.

§ 165.

Die §§ 112, 113 finden auf die Kommanditisten keine Anwendung.

Entw. I § 151, II § 163; Denkschr. I S. 113, II S. 3194; A.D.H.G.B. Art. 159.

1. Der Kommanditist untersteht nicht dem gesetzlichen Konkurrenzverbot des § 112, auch wenn er sich mit einer hohen Einlage beteiligt. Denn wie bei § 112 ausgeführt ist, soll das Konkurrenzverbot verhüten, daß der Gesellschafter die Gesellschaft, in deren Verhältnisse er Einblick hat, schädigt. Der Kommanditist aber hat weder das gesetzliche Recht der Geschäftsführung, noch das Recht, sich persönlich jederzeit von Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, folglich ist er nicht gehindert, in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen und sich an einer anderen offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Komplementar zu beteiligen. Nr. 1.

2. Das Gesetz befreit generell den Kommanditisten von dem Konkurrenzverbot des § 112, demnach findet das gesetzliche Verbot auch auf den Kommanditisten nicht Anwendung, dem durch Vertrag die Möglichkeit gewährt ist, Einsicht in die Verhältnisse der Gesellschaft zu bekommen, z. B. den mit Prokura versehenen Kommanditisten oder den Kommanditisten, dem der Vertrag die nach § 118 einem nichtgeschäftsführenden Komplementar zustehenden Rechte einräumt. Andererseits ist der Satz des § 165 nur dispositiver Natur. Der Gesellschaftsvertrag kann den Kommanditisten dem Konkurrenzverbot mit den Folgen des § 113 unterwerfen. Es ist Tatfrage, wann dies der Fall ist. Keinesfalls läßt sich behaupten, daß überall, wo dem Kommanditisten durch Vertrag die Einsicht in die Verhältnisse der Gesellschaft gewährt ist, er dem Konkurrenzverbot der §§ 112, 113 damit unterstellt wird. So wenig etwa der Aktionär, der Mitglied des Aufsichtsrates ist, gehindert ist, Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft zu betreiben, so wenig gilt dies von dem Kommanditisten. Wohl aber wird man dann, wenn dem Kommanditisten die Geschäftsführung übertragen wird, mit Wendt (Endemann's Hdb. I S. 451) annehmen müssen, daß er dem Konkurrenzverbot des § 112 und den Folgen des § 113 untersteht, denn was für den Handlungsgehilfen und Vorstand einer Aktiengesellschaft in verstärktem Grade gilt, muß hier für ihn, wo er selbst Gesellschafter ist, angenommen werden (so auch Puchelt-Förtsch zu Art. 159 Nr. 1, Renaud, Nr. 2.

E.G. S. 292, a. A. v. Hahn zu Art. 159, Staub-Pinner Anm. 2, Ritter Anm. 2, Goldmann Anm. 9, Behrend S. 630 Anm. 12).

Nr. 3. 3. Der Komplementar ist dagegen den §§ 112, 113 unterworfen. Dabei ist zu bemerken, daß zu den übrigen Gesellschaftern jener Bestimmungen auch die Kommanditisten gehören. Ist also nur ein Komplementar vorhanden, so kommen als übrige Gesellschafter nur Kommanditisten in Frage.

Nr. 4. 4. Das ältere Recht (Art. 159) stimmte überein.

Verwandelt sich eine offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft (z. B. im Fall des § 139), so zessiert von dem Moment der Verwandlung für den nunmehrigen Kommanditisten mangels besonderer Ausmachungen das Konkurrenzverbot; verwandelt sich umgekehrt eine Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft, so beginnt mangels entgegenstehender Abreden für die ehemaligen Kommanditisten das Verbot des § 112 zu wirken, wobei aber § 112 Abs. 2 zu beachten ist.

§ 166.

Der Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem Kommanditisten nicht zu.

Auf Antrag eines Kommanditisten kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

Entw. I § 152, II § 164; Denkschr. I S. 113, II S. 3194; A.D.H.G.B. Art. 160.

Ist der Kommanditist nach § 164 grundsätzlich dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zu vergleichen, so steht er hinsichtlich der Kontrolle der Geschäftsführung doch hinter diesem zurück. Gleich dem stillen Gesellschafter (§ 338 Abs. 1) und gleich dem Aktionär (§ 263 Abs. 2) ist er nur befugt, Abschrift der Jahresbilanz zu verlangen, bei deren Aufstellung und Unterschrift nur die Komplementäre (§ 41 Abs. 1), nicht er mitzuwirken haben: auch das Recht, die Richtigkeit der Bilanz unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen, ist ihm mit dem stillen Gesellschafter (§ 338 Abs. 1) gemeinsam, wie ein solches zwar nicht der einzelne Aktionär, aber die Gesamtheit der Aktionäre durch Revisoren ausübt (§§ 266, 267, 327). Selbstverständlich greift diese Beschränkung insoweit nicht Platz, als der Kommanditist die Geschäftsführung selbst hat. Dabei gilt:

Nr. 1. 1. **Jeder** Kommanditist hat das ihm durch § 166 gewährte Recht **selbständig für sich.** Bei Mehrheit von Kommanditisten kann also nicht der Komplementar dieselben auf eine nur einmalige Einsicht durch einen von ihnen oder einen bestellten Vertreter beschränken, sondern jeder kann für sich gesondert Einsicht nehmen. Doch kann der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmen, indem er die Kommanditisten zu einem Verbande vereinigt und die Ausübung der Befugnisse ähnlich wie bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gestaltet.

Nr 2. 2. **Alle Bücher** und **Schriften der Gesellschaft** (auch der Zweigniederlassungen, vgl. Bayer. Obst. Ld.G. in L.Z. 1914 S. 499) kann der Kommanditist behufs Prüfung der Richtigkeit der Bilanz einsehen (vgl. darüber bei § 118 Nr. 1), er ist nicht bloß auf Einsicht derjenigen Bücher beschränkt, auf die die Bilanz Bezug nimmt. Er kann sich bei dieser Prüfung aus diesen Büchern auch selbst eine Gegenbilanz anfertigen. Dagegen kann er nicht Inventur selbst aufnehmen, den Kassenbestand selbst untersuchen, persönliche Information über den Stand der Geschäfte begehren, vielmehr ist er lediglich auf Einsicht der Bücher und Papiere beschränkt. Auch darf er nur bei dieser Gelegenheit, nicht sonst (etwa aus § 810

B.G.B.) die Bücher und Skripturen einsehen. Hinsichtlich der Ausübung der Rechte gilt das in § 118 Nr. 2 Bemerkte.

3. Ergeben sich bei der Prüfung **Zweifel über die Richtigkeit** der Jahres- Nr. 3.
Bilanz, z. B. wegen Unvollständigkeit der Bücher oder liederlicher Buchführung oder weil der Komplementar ihm nicht alle Skripturen vorlegt, so kann der Kommanditist, falls ihm der Komplementar nicht freiwillig die Aufklärung verschafft, sich an das Amtsgericht des Sitzes der Gesellschaft mit dem Antrag wenden, im Wege der Verfügung dem Komplementar die Erteilung weiterer Aufklärungen oder die Vorlegung der Bücher und Papiere aufzuerlegen (vgl. K.G. in Entsch. F.G. VI S. 124 = Johow-Ring XXX A 121) oder ihm sonstige Informationsmittel (äußerstenfalls Zuziehung von Sachverständigen) zu gestatten. Das Gericht hat den Komplementar vorher, wenn tunlich, zu hören. Gegen die Verfügung, in welcher über den Antrag entschieden wird, findet sofortige Beschwerde statt (D.F.G.G. §§ 145, 146). Der Richter soll nur, wenn wichtige Gründe vorliegen, dem Antrag Folge leisten. Der Antragsteller wird somit die Behauptung, daß an der Richtigkeit der Bilanz Zweifel bestehen, glaubhaft zu machen haben. Eine Erzwingung der Maßregel durch Ordnungsstrafe nach § 14 besteht nicht. Eine besondere Klage des Kommanditisten gegen den Komplementar auf Rechnungslegung ist ausgeschlossen, das Verfahren vor dem Amtsgericht tritt an Stelle des Prozeßverfahrens. Wohl aber kann der Kommanditist auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns unter der Behauptung, daß die Jahresbilanz unrichtig sei, klagen und der Prozeßrichter die Vorlegung der Bücher nach § 45 anordnen.

4. Auch **außerhalb der jährlichen** Bilanz kann der Kommanditist die Mit- Nr. 4.
teilung von Zwischenbilanzen, die Vorlegung der Bücher und Papiere und die Erteilung sonstiger Aufklärung im gleichen Verfahren durchsetzen, wenn wichtige Gründe vorliegen z. B. notorisch gewagte Spekulationen des Komplementars oder sonstiger ausreichender Anlaß zu Mißtrauen in die Geschäftsführung des Komplementars (K.G. in Entsch. F.G. VI S. 128) oder besorgniserregende, dem Kommanditisten die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft nahelegende Geschäftslage, aber auch das Bedürfnis zu einer Beschlußfassung über außergewöhnliche Handlungen (Puchelt-Förtsch zu Art. 160 Nr. 5).

5. Der Vertrag kann die Rechte des Kommanditisten **erweitern**, ihn insbesondere Nr. 5.
dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Komplementar gleichstellen (Bolze XVI Nr. 485). Umgekehrt kann er sie einengen, z. B. das Kontrollrecht einem „Aufsichtsrat" der Kommanditisten einräumen (R.G. in J.W. 06 S. 144[20]) doch ist dann § 118 Abs. 2 (B.G.B. § 716 Abs. 2) zu beachten (nicht zutreffend K.G. in Entsch. F.G. VI S. 127).

6. § 166 findet, als prozessuale Vorschrift, sofort Anwendung. Nr. 6.

§ 167.

Die Vorschriften des § 120 über die Berechnung des Gewinnes oder Verlustes gelten auch für den Kommanditisten.

Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalanteile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht.

An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil.

Entw. I § 153, II § 165; Denkschr. I S. 113, 114, II S. 3194, 3195; A. D. H.G.B. Art. 161.

1. Die Berechnung des Gewinnes und Verlustes eines Jahres erfolgt auch bei Nr. 1.
der Kommanditgesellschaft, sofern nicht der Vertrag andere Bestimmungen enthält, **nach Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres** und im unmittelbaren Anschluß an die Bilanzierung (vgl. bei § 120 Nr. 1). Sie erfolgt im Zweifel nur durch die Komplementare und zwar durch sämtliche Komplementare, wie diese ja auch die Bilanz

zu unterzeichnen haben (§ 41 Abs. 1). Die Kommanditisten wirken dabei nicht mit. Nach dem Wortlaut des § 166 hätten sie nicht einmal einen Anspruch auf abschriftliche Mitteilung ihres Kontos, doch wird man ihnen solchen auch gewähren müssen, ja sie werden wie die Aktionäre (§ 263) sogar abschriftliche Mitteilung der Gewinn- und Verlustrechnung verlangen dürfen.

Nr. 2. 2. § 167 verweist im ganzen auf § 120, demnach ist auch hier nur Gewinn und Verlust des betreffenden Jahres zu ermitteln und es ist sodann der Anteil jedes Gesellschafters am Gewinn und Verlust zu berechnen. Auch hier hat also jeder Gesellschafter ein Kapitalkonto, das ein aktives, passives oder indifferentes sein kann. Hinsichtlich des Kapitalkontos gilt beim Komplementar buchstäblich das bei § 120 Nr. 2 ausgeführte. Was den Kommanditisten betrifft, so wird die Begrenzung des Kapitalkontos nach positiver und negativer Seite eigentümlich durchgeführt.

Nr. 3. a) **Nach positiver Seite.** Das Kapitalkonto setzt sich, wie in § 120 ausgeführt ist, positiv zusammen aus der gemachten Einlage und den Gewinnanteilen. Dies gilt auch für den Kommanditisten. Andere Aktivposten des Kommanditisten, z. B. Forderungen aus Darlehen, Vorschüssen oder sonstigen Aufwendungen bilden selbständige Buchforderungen. Aber selbst hinsichtlich der Gewinnanteile wird eine Beschränkung gemacht, sie sollen nur so lange dem Kapitalkonto zugeschrieben werden, bis der Betrag der „bedungenen Einlage", d. h. bis diejenige Summe, bis zu der nach außen der Kommanditist den Gläubigern haften solle, und die in das Handelsregister eingetragen wird (anders Staub-Pinner Anm. 1 und Goldmann Anm. 10, die darunter die interne Einlage verstehen), erreicht ist. Das Plus an Dividende soll dagegen als selbständige Buchforderung erscheinen. Betrüge z. B. die wirklich in die Gesellschaftskasse eingezahlte Einlage 10000, dagegen die in das Handelsregister eingetragene Haftsumme 20000, so sind die Gewinnanteile dem Kapitalkonto so lange zuzuschreiben, bis 20000 erreicht sind, das Plus ist dagegen selbständiger Debetposten der Gesellschaft und Kreditposten des Kommanditisten. Hinsichtlich des Mehrbetrages ist der Kommanditist einfacher Gläubiger der Gesellschaft, nimmt deshalb am Konkurse der Gesellschaft als Gesellschaftsgläubiger teil. Vermindert sich durch Verluste der Gesellschaft das Aktivkonto im nächsten Jahre etwa auf 17000, so sind zwar nicht die bestehenden Buchforderungen des Kommanditisten, auch nicht diejenigen, die aus jenen Plusdividenden herrühren, auf das Kapitalkonto zur Ausgleichung zu übertragen, vielmehr bleiben diese Debetposten der Gesellschaft, wohl aber ist der Anteil des Kommanditisten am Gewinn der Folgezeit so lange dem Kapitalkonto dieses Kommanditisten zuzuschreiben, bis der Betrag von 20000 wieder erreicht ist (§ 169 Abs. 1).

Nr. 4. b) **Nach negativer Seite.** Das Kapitalkonto eines Gesellschafters setzt sich negativ zusammen aus den Buchungen der auf diesen Gesellschafter entfallenden Verlustanteile. Nicht dagegen gehören dahin Buchschulden anderer Art, z. B. aus von der Gesellschaft gewährten Darlehen, sie bilden selbständige Debetposten. Während beim Komplementar mangels anderer Vereinbarung eine Grenze für die negative Seite nicht gegeben ist, sein Passivkonto also der Größe nach unbegrenzt sein kann, ist beim Kommanditisten eine solche durch den Betrag der „Einlage", d. h. Haftsumme gezogen. Das Passivkonto kann die Haftsumme nicht überschreiten, aber es braucht sie nicht einmal stets zu erreichen. Ist vielmehr der volle Betrag der Haftsumme in die Gesellschaft eingelegt, so kann sein Konto überhaupt nicht passiv, sondern höchstens indifferent werden. Ist nur eine Quote, etwa von 20000 nur 10000 in die Gesellschaftskasse gelegt, der Rest aber von 10000 durch Zuschreibung von Dividenden ergänzt, so gilt das Gleiche. Wie groß die späteren Gesellschaftsverluste auch sein mögen, auf mehr als den Nullpunkt kann das Kapitalkonto des Kommanditisten nicht sinken. Er riskiert also nicht mehr, als daß er auf Dividenden verzichten muß und bei Auflösung der Gesellschaft nichts heraus erhält.[1]) Ist dagegen nicht die volle Haftsumme eingelegt, so kann sich ein

[1]) Eine Anzahl von Schriftstellern (z. B. Staub-Pinner § 169 Anm. 4, Makower § 169 Anm. II d, Ritter § 167 Anm. 3, Brand § 169 Anm. 2) hat eine andere Auffassung. Nach ihnen ist auch nach voller Einzahlung der Haftsumme in die Gesellschaftskasse ein Passivkonto des Kommanditisten gegeben, sofern sich nach Absorbierung derselben Gesellschaftsverluste herausstellen. Freilich soll dies Passiv-

Passivkonto bis zur Höhe der Differenz zwischen wirklicher Einlage und Haftsumme herausbilden. Hatte z. B. der Kommanditist 10000 eingelegt, während seine Haftsumme 20000 betrug, so kann, falls überhaupt keine Gewinne, sondern nur Verluste erzielt werden, das Aktivkonto des Kommanditisten von 10000 nicht nur auf Null, sondern sogar auf — 10000 reduziert werden, auf einen größeren Passivbetrag dagegen nicht, weil die Haftsumme damit erreicht ist. Dies gilt auch dann, wenn nachträglich Gewinn zugeschrieben wird, so lange nicht das ursprüngliche Aktivsaldo von 10000 wieder hergestellt ist. Erst von der Wiederherstellung des ursprünglichen Aktivsaldos ab würde der zugeschriebene Gewinn als weitere Einlage betrachtet werden, sodaß, wenn die Summe von 20000 im Aktivkonto erreicht ist, nur noch ein Sinken des Kontos auf Null möglich wäre.

3. Durch **Vertrag** können die obigen Regeln geändert werden. Die Gesellschafter können vereinbaren, daß nach innen Dividenden dem Kapitalkonto auch über den Betrag der Haftsumme zugeschrieben werden sollen (rein interne Erhöhung der Einlage, vgl. § 172 Abs. 1). Ebenso liegt der Fall, wenn sie nach innen vereinbaren, daß das Passivkonto des Kommanditisten über den Betrag der Haftsumme gelangen solle. Umgekehrt können sie Auszahlung des Gewinnes vor Erreichung des Haftsummenbetrages vereinbaren (darüber bei § 169). Nr. 5.

4. Das ältere Recht (Art. 161 Abs. 1, 107 Abs. 2) enthielt die Bestimmung des § 167 Abs. 2 nicht, doch wurde sie tatsächlich auch geübt. Nr. 6.

§ 168.

Die Anteile der Gesellschafter am Gewinne bestimmen sich, soweit der Gewinn den Betrag von vier vom Hundert der Kapitalanteile nicht übersteigt, nach den Vorschriften des § 121 Abs. 1, 2.

In Ansehung des Gewinns, welcher diesen Betrag übersteigt, sowie in Ansehung des Verlustes gilt, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis der Anteile als bedungen.

Entw. I § 154, II § 166; Denkschr. I S. 113, 114, II S. 3194, 3195, A. D. H.G.B. Art. 162.

Die über die Prioritätsdividende des Aktivkontos in § 121 Abs. 1, 2 aufgestellten Grundsätze gelten gleichmäßig für Komplementare und Kommanditisten. Eine Abweichung enthält § 168 dagegen von § 121 Abs. 3, indem er die Beteiligung an Gewinn und Verlust nicht, wie bei der offenen Handelsgesellschaft und der bürgerlichen Gesellschaft (B.G.B. § 722 Abs. 1) nach Köpfen verteilt, sondern von den Umständen des Falles, d. h. falls die Parteien in Streit geraten, vom pflichtgemäßen Ermessen des Prozeßrichters abhängig macht, der gewöhnlich Sachverständige darüber zu Rate ziehen wird. Dabei gilt im einzelnen:

1. Die Bestimmung stellt sich **ausdrücklich** selbst als **dispositive** hin. Der Gesellschaftsvertrag kann eine feste Proportion aufstellen. Wird solche nur für Gewinn oder nur für Verlust aufgestellt, so gilt sie im Zweifel für Gewinn und Verlust (B.G.B. § 722 Abs. 2). Nr. 1.

---

konto nur den Sinn haben, daß bis zu seiner Ausgleichung durch nachträgliche Gewinne der Kommanditist auf Dividenden warten muß, während er zu Zuschüssen nicht gehalten sein soll. Allein darin läge doch gegen § 167 Abs. 3 ein Anteil am Verluste der Gesellschaft über den Kapitalanteil und die rückständige Einlage hinaus. Wenn § 169 Abs. 1 bestimmt, daß der Kommanditist den Gewinn nicht ausbezahlt fordern darf, so lange sein Kapitalanteil herabgemindert ist, so sind diese Worte so auszulegen, wie § 167 Abs. 3 gebietet. Die Herabminderung durch Verluste geht aber nur bis zum Betrage der Haftsumme und nicht weiter, folglich ist nur diese Differenz durch die Gewinne späterer Jahre zu decken. — Konsequent müssen diese Schriftsteller auch bei teilweiser Einzahlung der Haftsumme die Möglichkeit eines Passivkontos über den Differenzbetrag mit den gleichen Folgen annehmen.

Nr. 2. 2. Die Bestimmung trifft **alle** Mitglieder der Kommanditgesellschaft. Sind also mehrere Komplementare vorhanden, so greift nicht etwa unter diesen das Prinzip des § 121 Abs. 3 durch, sondern auch in ihrem Verhältnis zu einander hat das richterliche Ermessen freien Spielraum.

Nr. 3. 3. Die **„Umstände"**, denen der Richter bei Bemessung der Anteile Beachtung schenken wird, werden vornehmlich sein: das Maß der persönlichen Tätigkeit des Komplementars einerseits, des Kommanditisten andererseits, die Höhe der Kommanditisteneinlage (die natürlich relativ, unter Vergleichung des Geschäftsumsatzes zu beurteilen ist), die Vermögensverhältnisse beider Teile. Ist der Komplementar nicht vermögend, so drückt ihn seine unbeschränkte Haft möglicherweise weniger, als den Kommanditisten die beschränkte Haft, zumal wenn die Haftsumme das Vermögen des Kommanditisten erschöpft (vgl. Anschütz- v. Völderndorff zu Art. 162). — Die Bemessung von Gewinn- und Verlustanteil braucht nicht in gleicher Proportion zu erfolgen. Der Richter kann z. B. unter Berücksichtigung der persönlichen Arbeit des Komplementars den Gewinnanteil für diesen höher bemessen, als den Verlustanteil, zumal wenn die Prioritätsdividende des § 121 Abs. 1 die Lage des nur Arbeit einlegenden Komplementars ungünstig gestaltet (vgl. R.G. bei Gruchot XXXVIII S. 1132).

Nr. 4. 4. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 168 auf Gesellschaften aus der Zeit des älteren Rechts gilt das bei § 121 Nr. 4 Bemerkte.

§ 169.

Der § 122 findet auf den Kommanditisten keine Anwendung. Dieser hat nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns; er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, so lange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

Entw. I § 155, II § 167; Denkschr. I S. 114, 115, II S. 3195; A.D.H.G.B. Art. 161.

Während für die Komplementare die in § 122 aufgestellten Grundsätze maßgebend sind, ist das Recht des Kommanditisten auf Auszahlung von Geldern aus seinem Kapitalkonto von eigentümlichen Grundsätzen beherrscht, die indessen nur Platz greifen, wenn nicht andere Vereinbarungen getroffen sind.

Nr. 1. 1. Der Kommanditist hat **kein Recht** auf **Rückzahlung der geleisteten Einlage** (darüber bei § 172 Nr. 4). Zur geleisteten Einlage wird auch der seinem Kapitalanteil nach Maßgabe von § 167 Abs. 2 zugeschriebene Gewinn, den er bis zum Schlusse des Jahres, in dem die Zuschreibung erfolgt ist, nicht abhebt. Beträgt z. B. die Haftsumme des Kommanditisten 20000 und hat er bar 10000 in die Gesellschaftskasse eingezahlt, ergibt sich am 1. Jan. 1914 für ihn ein Gewinnanteil von 1000, der seinem Aktivkonto zugeschrieben wird, so beträgt, falls er bis zum 31. Dez. 1914 diesen Gewinn nicht abhebt, von da ab seine geleistete Einlage 11000 und er kann diese 11000 nicht zurückgezahlt begehren. Danach existiert das Recht auf Erhebung von 4%, das dem Komplementar nach § 122 Abs. 1 zusteht, für den Kommanditisten nicht.

Nr. 2. 2. Umgekehrt hat der Kommanditist das **unbedingte Recht auf Auszahlung desjenigen Gewinnes**, der **überhaupt nicht seinem Kapitalkonto zugeschrieben werden darf**, weil dieses die Höhe der Haftsumme voll erreicht hat, der vielmehr als selbständige Buchforderung figuriert. Hinsichtlich dieses ist er einfacher Gläubiger der Gesellschaft, der Anspruch bleibt ihm unter allen Umständen gewahrt, selbst dann, wenn nachträglich sein Kapitalanteil aus einem Aktivkonto sich in ein Passiv-

konto umwandelt. Die Gesellschaft darf auch dann nicht die Buchforderung einseitig dem Kapitalkonto zuschreiben. Der Anspruch ist fällig vom Moment, wo Bilanz und Gewinnberechnung bewirkt sein konnten (vgl. hierüber bei § 337). Da der Kommanditist als solcher Kaufmann ist (oben § 1 Nr. 13), hat er Anspruch auf 5% Zinsen (363).

3. Was den Gewinn der seinem Kapitalkonto zugeschrieben wird, betrifft, so kann er dessen Auszahlung bis zum Schlusse des Zuschreibungsjahres verlangen — oder anders ausgedrückt, er kann den Gewinn des letzten Geschäftsjahres, und nur diesen — ausgezahlt verlangen, gleichgültig, ob die Auszahlung zum Schaden der Gesellschaft gereicht oder nicht, ob der Betrag 4% des Aktivkontos übersteigt oder nicht, ob das Aktivkonto bereits die Höhe der Haftsumme erreicht hat oder nicht. Ja, sollte selbst der Kommanditist überhaupt noch nichts in die Gesellschaft eingelegt haben und arbeitet die Gesellschaft sofort mit Gewinn, so würde er den auf ihn fallenden Teil des Gewinnes ausgezahlt verlangen können. Nr. 3.

4. Nur, wenn sein Aktivkonto durch ihn treffende Verlustanteile von der Höhe, auf der es sich befindet, sinkt, kann er, so lange es diese Höhe nicht wieder erreicht, Gewinn nicht ausgezahlt verlangen, er muß vielmehr die Gewinne der Folgezeit zur Ausgleichung der Differenz verwenden lassen. Beträgt also das Aktivkonto des mit einer Haftsumme von 50000 Mk. beteiligten Kommanditisten Anfang 1914 Mk. 41000 und sinkt es bei der nächsten Berechnung des Jahres 1915 infolge der ihn treffenden Verlustanteile auf Mk. 34000, so muß der Kommanditist die Zuschreibung der Gewinne so lange gestatten, bis sein Aktivkonto wieder Mk. 41000 beträgt; erst von da ab kann er Gewinne ausgezahlt verlangen. Daß das Sinken des Kapitalanteils nur bis zum Betrage der Haftsumme (unter Anrechnung des ehemaligen Aktivsaldos, also im vorliegenden Falle nur bis — 9000) möglich ist, ist in § 167 Nr. 4 ausgeführt worden. Haben die Gewinne die Differenz von — 9000 bis zu + 41000 Mk. wieder ausgeglichen, so hat der Kommanditist den Anspruch auf Gewinnauszahlung von Neuem, so lange das Kapitalkonto nicht wieder unter Mk. 41000 sinkt. Nr. 4.

5. Hat der Kommanditist überhaupt nie eine Einlage geleistet, also überhaupt nicht ein Aktivkonto besessen,[1]) und ergibt sich für ihn ein Passivkonto, so kann er, so lange das letztere besteht, Gewinn eines Jahres nicht ausgezahlt verlangen. Denn was für den Fall gilt, daß ein Aktivkonto durch Verluste vermindert ist, muß auch für den anderen gelten, daß sein indifferentes Konto durch Verluste zum Passivkonto wurde. Nr. 5.

6. Das gleiche gilt, wenn und soweit sein Aktivkonto durch die Auszahlung von Gewinn unter den Betrag der geleisteten Einlage sinken würde. Betrug also sein Aktivkonto Anfang 1912 Mk. 11000 und sinkt es bei der nächsten Abrechnung auf Mk. 10000, während bei der darauf folgenden seine Dividende 2000 beträgt, so kann er von letzterer nur Auszahlung von Mk. 1000 verlangen. Nr. 6.

7. **Den einmal bezogenen Gewinn braucht der Kommanditist wegen späterer Verluste nicht zurückzahlen**, das will besagen: Nr. 7.

a) Hat er den Gewinn in Gemäßheit der obigen Grundsätze zu Recht bezogen, so wird er endgültig sein Vermögen. Der Umstand, daß die Gesellschaft später mit Verlust arbeitet, ist für ihn nachteilig, insofern er keine weiteren Gewinne bezieht oder gar riskiert, seine Einlage zu verlieren, aber er berechtigt weder die Gesellschafter noch die Gläubiger, den zu Recht ausbezahlten Gewinn wieder einzuziehen oder auch nur bei späteren Berechnungen zu Lasten des Kommanditisten zu buchen.

b) Haben die übrigen Gesellschafter ihm Gewinn ausgezahlt, auf dessen Auszahlung er keinen Anspruch hatte, so können sie die Rückzahlung von ihm nur dann verlangen, wenn ihr Willensschluß durch Anfechtung, z. B. wegen Irrtums, rückgängig zu machen ist, und auch hier nur dann, wenn nicht die Voraussetzungen des § 172 Abs. 5 vorliegen. Denn die Gesellschafter können jederzeit ihren Vertrag durch Vereinbarung mit Wirkung nach innen ändern. Wohl aber können die

---

[1]) Der Fall ist praktisch wohl denkbar, wenn er ohne etwas bar einzulegen, die Gewinne stets abhebt und nun ein Verlustjahr kommt.

Gläubiger — soweit nicht § 172 Abs. 5 entgegensteht — die Rückzahlung als nicht geleistet ansehen (darüber bei § 172 Nr. 4ff.).

e) Hat nur der geschäftsführende Gesellschafter ihm Gewinn ausgezahlt, ohne die übrigen zu fragen, so muß der Kommanditist den Gewinn zurückzahlen — denn solche Handlung geht über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinaus.

Nr. 8. 8. Nach älterem Recht konnte der Kommanditist gleich dem Komplementar 4% Zinsen von seinem Kapitalanteil erheben, selbst wenn dieser durch Verlust vermindert war, haftete jedoch den Gläubigern gemäß Art. 165 Abs. 3. Dies hat für Kommanditgesellschaften, die aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1900 stammen, weiter zu gelten, vorausgesetzt, daß die Personen der Gesellschafter unverändert geblieben sind.

§ 170.

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

Entw. I § 163, II § 174; Denkschr. I S. 118, II S. 3197; A.D.H.G.B. Art. 167.

Nr. 1. 1. Vorbemerkung. Mit § 170 beginnt die Regelung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft zu Dritten, die §§ 170—176 entsprechen also den §§ 123—130 bei der offenen Handelsgesellschaft. Wie jene Sätze, besitzen auch sie überwiegend die Natur zwingenden Rechts. Doch ist zu betonen, daß sie (gemäß § 161 Abs. 2) durch die Vorschriften der §§ 123—130 in den wichtigsten Beziehungen ergänzt werden. Denn ihr Inhalt betrifft nur die Stellung, vornehmlich die Haftung der Kommanditisten nach außen. Es sind lediglich die Abweichungen, die mit Bezug auf den Kommanditisten in den §§ 170—176 gegenüber der offenen Handelsgesellschaft hervorgehoben werden. Im übrigen gelten durchaus die Vorschriften des dritten Titels des ersten Abschnittes auch für die Kommanditgesellschaft. Vor allem finden die §§ 123, 124 auf sie unmittelbare Anwendung (vgl. jedoch bei § 176).

Nr. 2. 2. Die **Vertretung** der Kommanditgesellschaft steht nur den Komplementaren zu, für die die §§ 125—127 maßgebend sind[1]). Die Kommanditisten können nicht vertretende Gesellschafter sein, sie sind es weder kraft Gesetzes noch kann ihnen die Vertretung in dem Sinne übertragen werden, daß sie die Stellung von vertretenden Gesellschaftern nach außen erhalten (a. A. Marcus in Holdheim 1909 S. 160). Denn das Gesetz kennt nur die gesetzliche Vertretung, deren Ausschluß und deren zulässige Beschränkung (§ 125). Eine Übertragung der Vertretungsmacht des Gesellschafters läßt es nicht zu. Wohl aber können die Kommanditisten Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten (O.L.G. Bamberg in O.L.G. Rspr. III S. 277), ja es kann ihre Prokura durch Spezialvollmacht derart erweitert werden, daß ihre Vertretungsmacht der des Gesellschafters an Umfang sich annähert. Immer aber sind sie dann Bevollmächtigte, nicht gesetzliche Vertreter, und die Prokura ist stets widerruflich. Im übrigen gelten für den Kommanditisten die allgemeinen Vorschriften über Stellvertretung, insbesondere genügt, daß die Umstände ergeben, daß er im Namen der Gesellschaft handeln soll (B.G.B. § 164 Abs. 1).

Nr. 3. 3. **Hinsichtlich der Vertretungsmacht des Komplementars** gilt einfach das in §§ 125—127 Bemerkte. Insbesondere erstreckt sich die Vertretungsmacht nicht auf die Abänderung des Gesellschaftsvertrages (R.G.Z. LII S. 161, vgl. § 109 Nr. 6). Der Antrag auf Entziehung der Vertretungsmacht (§ 127) muß, falls nur ein Komplementar da ist, von den Kommanditisten gestellt werden. Nach der herrschenden Ansicht (R.O.H.G. XV S. 6) ist im Prozeß der Kommanditgesellschaft der Eid von den vertretenden Komplementaren zu leisten (R.G.Z. LXVII Nr. 266, vgl. bei § 124 Nr. 5). Richtiger Auffassung nach haben dagegen den Eid alle Gesellschafter zu leisten, einschließlich der Kommanditisten. Die Kommanditisten können, da sie Partei sind, nicht als Zeugen vernommen werden (R.G.Z. XXXII S. 399. R.G. im Recht 05 S. 474 Nr. 1879).

---

[1]) Freilich können auch die Komplementare auf die Vertretung verzichten. Dann gilt das bei § 125 Nr. 8 Bemerkte.

4. Das ältere Recht ließ den Kommanditisten, der für die Gesellschaft Geschäfte machte, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handele, aus diesen Geschäften gleich einem Komplementar haften. Diese Beschränkung zessiert für die Geschäfte, die nach dem 31. Dez. 1899 geschlossen werden. Nr. 4.

§ 171.

Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Entw. I § 156, II § 168; Denkschr. I S. 115, 116, II S. 3195; Komm.Ber. S. 3896; A.D.H.G.B. Art. 165.

Literatur: Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht insbesondere S. 322 ff., Schwalb in Z. XXXIV S. 338 ff., v. Hahn z. Art. 165, Nothnagel, Beschränkte Haftung 1900; v. Schwerin, Schuld u. Haftung im geltenden Recht 1911 S. 37; Schreiber, Schuld und Haftung I 1914 S. 210.

1. Vorbemerkung. Die Kommanditgesellschaft ist, wie früher bemerkt wurde, nur eine modifizierte offene Handelsgesellschaft. Hinsichtlich ihrer rechtlichen Struktur greift grundsätzlich dasselbe Platz, was von der offenen Handelsgesellschaft gilt. Auch hier sind es die mehreren Gesellschafter, die unter der Firma einheitlich auftreten, und eine Schuld der Gesellschaft ist im Grunde eine Schuld der Gesellschafter. Die Haftung der Gesellschafter (Komplementare wie Kommanditisten) für Verbindlichkeiten der Gesellschaft läßt sich auch hier nicht als eine Haftung für die Verbindlichkeiten eines Dritten auffassen, Gesellschaft und Gesellschafter stehen auch hier nicht den Gesellschaftsgläubigern als Gesamtschuldner gegenüber, vielmehr sind Gesamtschuldner hier wie dort nur die Gesellschafter. Der Gläubiger der Gesellschaft kann gegen sie unter ihrer Firma klagen und damit Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erzielen, und er kann gegen sie als Einzelpersonen klagen und damit Vollstreckung in das Privatvermögen erzielen. Die im § 128 gezogenen Folgerungen treffen im allgemeinen auch für die Mitglieder der Kommanditgesellschaft zu, nur im Gesellschaftskonkurse sind die Kommanditisten anders gestellt als die Komplementare. Nr. 1.

Die Besonderheit in der Haftung der Kommanditisten (für die Komplementare gilt einfach das bei den §§ 128, 129 Bemerkte), mit der sich die §§ 171 ff. beschäftigen, ändert an den obigen Sätzen nichts. Der Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit dem Komplementar als Gesamtschuldner (nicht als Teilschuldner), und eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam. Nur mit Bezug auf die Heranziehung des Kommanditistenvermögens zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeiten ist eine Schranke gezogen. Der Kommanditist haftet nicht unbeschränkt, sondern beschränkt, d. h. er haftet auch mit seinem ganzen Privatvermögen (nicht etwa bloß mit einzelnen Vermögensobjekten), aber er haftet nur bis zu einem gewissen Höchstbetrage. Die Gesellschaftsgläubiger können unter keinen Umständen aus seinem Privateigentum mehr als jenen Höchstbetrag exequieren[1]). Er haftet also, um einer Terminologie Ehrenbergs's zu folgen, zwar persönlich, aber persönlich beschränkt (vgl. Renaud, C.G. S. 412). Die Schranke bildet die Höhe der „Einlagen", d. h. der ziffernmäßige Betrag der Haftsumme, die nach außen angegeben wird und in das Handelsregister eingetragen ist (§ 162, vgl. auch bei § 176). Nur dieser kommt in Frage, nicht der nach interner Vereinbarung zu leistende Betrag, der höher oder niedriger als die Haftsumme sein kann (§ 172, vgl. Behrend S. 635, 636). Mehr Vermögenswerte, als jener Betrag angibt, können also die Gesellschaftsgläubiger zu ihrer Befriedigung

[1]) Auf die konstruktive Frage, ob dann für ihn eine Schuld ohne Haftung übrig bleibt, soll hier nicht eingegangen werden.

aus dem Privatvermögen unter keinen Umständen heranziehen. Ihr Anspruch ist also dem Geldbetrage nach durch jene Haftsumme begrenzt. Aber sie können Vermögenswerte bis zu jenem Betrage auch nur dann aus dem Privatvermögen des Kommanditisten heranziehen, wenn und soweit er solche nicht der Gesellschaftskasse zugeführt oder zur Tilgung von Gesellschaftsschulden verwendet hat (R.G.Z. LI S. 36).

Nr. 2. 2. Der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten ist **ein unmittelbarer.** Der Kommanditist haftet gleich dem Komplementar primär für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft kraft zwingenden Rechts. Es gelten in dieser Beziehung auch für ihn die bei § 128 erörterten Grundsätze, und zwar hat jeder Gesellschaftsgläubiger gesondert das Recht, den Kommanditisten bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar anzusprechen. Er kann aber auch die Gesellschaft und den Kommanditisten zugleich verklagen (nicht richtig R.G.Z. XXX S. 384). Nur wenn über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs eröffnet ist, haben kraft positiver Bestimmung[1]) während der Dauer des Verfahrens die Konkursgläubiger ihr Recht gemeinsam durch den Konkursverwalter auszuüben (vgl. bei § 177). Der Konkursverwalter kann die Einlage am Sitz der Gesellschaft einklagen (R.G. bei Holdheim 01 S. 23). Als Gesellschaftsgläubiger können auch hier Mitgesellschafter, aber nur in ihrer Eigenschaft als Dritte auftreten (vgl. bei § 128 Nr. 12). Nach Beendigung des Konkursverfahrens kann jeder Gläubiger wieder selbständig auftreten, soweit nicht durch die inzwischen erfolgten Handlungen des Konkursverwalters sein Recht eingeschränkt ist (R.G.Z. XXXIX S. 64).

Nr. 3. 3. Die als Kläger auftretenden Gesellschaftsgläubiger müssen ihren Anspruch gegen den Kommanditisten **durch besondere Klage** geltend machen. Ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel gewährt so wenig gegen den Kommanditisten, wie gegen den Komplementar Vollstreckung, in dieser Beziehung gilt das bei § 129 Nr. 6 Bemerkte auch für den Kommanditisten.

Nr. 4. 4. Dieser Klage gegenüber hat der Kommanditist grundsätzlich dieselbe Stellung wie der Komplementar. Er kann grundsätzlich alle Einwendungen aus § 129 vorbringen, aber er hat auch den weiteren, von ihm zu beweisenden (R.O.H.G. XXV S. 279, R.G. in L.Z. 07 S. 500) Einwand, **daß er die Einlage geleistet habe.** Der Kläger braucht also nur den Nachweis der Gesellschaftsverbindlichkeiten und der Höhe der Haftsumme zu erbringen. Der Beklagte muß den Nachweis führen, daß aus seinem Privatvermögen ein Betrag von Vermögenswerten, der die Haftsumme erreicht, zum Besten der Gesellschaft ausgeschieden ist (vgl. Renaud, C.G. S. 415, v. Hahn zu Art. 165, § 17). In letzterer Beziehung gilt:

Nr. 5. a) Die Einlage kann geleistet sein durch Abführung **entsprechender Vermögenswerte aus dem Privatvermögen in die Gesellschaftskasse.** Auf welche Weise die Abführung erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann geschehen durch Barzahlung, Sacheinlage, Leistung von Diensten, durch Stehenlassen von Dividenden nach § 167, ja auch der Fall der Aufrechnung gehört hierher, z. B. der neu eintretende Kommanditist läßt sich den dem austretenden Kommanditisten auszuzahlenden Anteil abtreten und rechnet auf (O.L.G. Colmar bei Kaufmann III S. 77). Wenn der Kommanditist Forderungen, die er gegen die Gesellschaft hat, gegen seine Einlageverbindlichkeit aufrechnet, so hat er den entsprechenden Vermögenswert ebenfalls an die Gesellschaft abgeführt (R.G.Z. XXXVII S. 87, R.G. bei Holdheim 07, S. 144). Denn die Befugnis zur Aufrechnung ist ihm nicht, wie etwa dem Aktionär (§ 221), entzogen. Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag sie ausschließen. Auch wird man diejenigen Forderungen auszunehmen haben, die aus der Zeit vor Anmeldung der Gesellschaft herstammen (z. B. Forderungen aus Gründungskosten, aus betrügerischer Verleitung zum Beitritt). Denn indem der Eintrag auf eine bestimmte Summe begehrt wurde, lag die Erklärung vor, bis zu diesem Betrage, nicht bis zu einem niedrigeren, um den Betrag der Forderungen gekürzten Betrag, haften zu wollen (R.G.Z. XVII S. 40, a. A. Puchelt-Förtsch zu Art. 165 Anm. 3a

[1]) Diese Bestimmung rechtfertigt die Denkschrift damit, daß der Gläubiger sonst der Konkursmasse den Anspruch auf die rückständige Einlage entziehen würde. Aber Haftsumme und interne Einlage brauchen sich ja gar nicht zu decken, und Einreden aus dem internen Verhältnis gelten nicht ohne weiteres gegenüber den Gläubigern. Die Bestimmung führt auf R.G.Z. I Nr. 33 zurück.

und, wie es scheint, R.G.Z. LXIII Nr. 65). Notwendig ist nur, daß effektiv der Vermögenswert der Gesellschaft zugeführt ist, darum würden Sacheinlagen und Dienste nach ihrem objektiven Wert abzuschätzen sein (vgl. § 161 Nr. 6). Auch kommt es nicht darauf an, was der Kommanditist einbüßte, sondern darauf, was die Gesellschaft erhielt (R.G. im Recht 09 Nr. 139). Die Aufrechnung mit fiktiven Forderungen gegenüber der Gesellschaft würde den Gläubigern gegenüber wirkungslos sein usw. (R.G.Z. LXIII Nr. 65, O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. VIII S. 258, R.G. in L.Z. 09 S. 140, Holdheim 1911 S. 147). Selbstverständlich ist, daß die Einlage nicht wieder an den Kommanditisten zurückbezahlt sein darf (darüber bei § 172). Gleichgültig ist dagegen, ob die der Gesellschaft zugeführten Vermögenswerte von dieser später wieder verloren sind. Die Haftung hat insbesondere nichts mit dem Aktivsaldo zu tun.

b) Die Einlage kann auch geleistet sein durch **Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern** (R.G.Z. VII S. 49, L.Z. 07 S. 500), sei es freiwillig, sei es zwangsweise. Nr. 6. Die Befriedigung kann auch hier im Wege der Barzahlung, datio in solutum, Aufrechnung, geschehen sein. Dagegen würde Erlaß und Klageverjährung nicht in Betracht kommen, denn hier ist nichts aus dem Privatvermögen des Kommanditisten zum Besten der Gesellschaft ausgeschieden. Noch weniger würde die Berufung des Kommanditisten auf die bloße Klageerhebung seitens eines anderen Gesellschaftsgläubigers, ja nicht einmal auf die rechtskräftige Verurteilung in einem anderen gegen ihn gerichteten Prozesse genügen. Es muß ferner die Tatsache, daß ein Gesellschaftsgläubiger befriedigt ist, feststehen. Dies wird jedenfalls der Fall sein, wenn der Befriedigte vorher ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft erstritten hatte, sonst liegt dem Kommanditisten der Nachweis ob (zu weitgehend Ehrenberg S. 366). Die Befriedigung muß vom Kommanditisten als solchem, nicht von ihm lediglich in dritter Eigenschaft (z. B. weil er sich daneben besonders verbürgt hat R.G. bei Warneyer 09 Nr. 151) geschehen sein. Daß er zugleich in dritter Eigenschaft handelt, steht nicht im Wege (R.G.Z. VII S. 49). Welchen der Gesellschaftsgläubiger der Kommanditist befriedigt hat, ist gleichgültig, sofern nicht die Voraussetzungen der Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners gegeben sind. Im Falle des Gesellschaftskonkurses darf er nur an den Konkursverwalter zahlen (R.G.Z. XXXVII S. 86).

c) Dagegen genügt **nicht** die Berufung des Beklagten darauf, daß er einem Nr. 7. **Mitgesellschafter**, der nicht Gläubiger der Gesellschaft ist, Vermögenswerte zugeführt hat, sei es in der Form von Vorschüssen oder Erfüllung von Regreßverbindlichkeiten, denn darin liegt nicht eine Leistung an die Gesellschaft. Ebensowenig genügt die Berufung auf interne Vereinbarungen, durch die die Leistung der Einlage an die Gesellschaft hinausgeschoben ist (Stundung, Gestattung von Teilzahlungen), es sei denn, daß der Kläger selbst Gesellschafter ist. Dies gilt sogar dann, wenn derartige Modalitäten in das Handelsregister eingetragen waren (Ehrenberg S. 390).

d) Gleichgültig ist, ob die Leistung der Einlage erfolgt ist vor oder nach Nr. 8. Erhebung der Klage durch den Gesellschaftsgläubiger. Auch die während des Prozesses, ja sogar nach Erlaß des Urteils erfolgte Leistung würde der Exekution entgegenstehen (letzterenfalls wäre Z.P.O. § 767 anzuwenden).

5. Auch **einredeweise** kann der vom Kommanditisten verklagte Gesellschafts- Nr. 9. gläubiger den Anspruch geltend machen, insbesondere im Wege der Kompensationseinrede (natürlich nur bis zur Höhe der Haftsumme). Der Kommanditist hätte dann replicando die Leistung der Einlage nachzuweisen. Diesenfalls würde naturgemäß die nach erhobener Kompensationseinrede erfolgte Leistung der Einlage in die Gesellschaftskasse dem Gläubiger gegenüber rechtlich unwirksam sein (B.G.B. § 384).

6. Der Anspruch des Gläubigers geht auf **Zahlung an ihn**, nicht etwa auf Nr. 10. Zahlung zum Gesellschaftsfonds. Und zwar wird der Anspruch durch die Haftsumme nach oben begrenzt. Keineswegs ist der Gläubiger berechtigt, den Kommanditisten unmittelbar so in Anspruch zu nehmen, wie es die Gesellschaft könnte. Schuldet z. B. der Kommanditist der Gesellschaft nach § 111 Verzugszinsen oder Vertragsstrafen, so gehören diese Ansprüche zwar zum Gesellschaftsvermögen, und der Gesellschaftsgläubiger, der Exekution in letzteres erwirkt, kann sie kraft Überweisung geltend machen, ebenso kann er sie sich von der Gesellschaft abtreten lassen, aber unmittelbar aus § 171 kann

er gegen den Kommanditisten nicht vorgehen (Renaud, C.G. S. 404, 405, Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 379). Das gleiche gilt natürlich für Schulden des Kommanditisten als Dritten (Ehrenberg S. 340).

Nr. 11. 7. Da der Kommanditist bis zu jenem Höchstbetrag mit seinem ganzen Vermögen haftet, so kann der Gesellschaftsgläubiger auch in die Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft auf diejenige Dividende, die dem Kapitalanteil nicht zugeschrieben ist, Vollstreckung nehmen (vgl. bei § 167 Nr. 3), denn auch diese gehören zum Vermögen des Kommanditisten. Doch wird dies kaum praktisch werden, da der Gesellschaftsgläubiger die Exekution in den Gesellschaftsfonds vorziehen wird.

Nr. 12. 8. Über den Fall der Erhöhung der Einlage bei § 172, der Herabsetzung derselben bei § 174.

Nr. 13. 9. Hinsichtlich des **Regresses** des Kommanditisten gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter gilt das bei § 128 Nr. 13 Bemerkte.

Nr. 14. 10. Das ältere Recht, wie es in der Praxis gehandhabt wurde, stimmte im ganzen überein. Nur war ihm die Vorschrift des Absatz 2 unbekannt (R.G.Z. I Nr. 33 erklärt den Konkursverwalter für legitimiert, aber nicht für ausschließlich legitimiert). Vor dem 1. Jan. 1900 für Gläubiger erworbene Rechte werden nicht durch Abs. 2 tangiert. — Im übrigen vgl. bei § 129.

§ 172.

Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist.

Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Entw. I § 157, II § 169; Denkschr. I S. 116, 117, II S. 3196; A.D.H.B. Art. 165.

Wie früher bemerkt wurde, ist zwischen der nach außen maßgebenden Haftsumme des Kommanditisten und dem internen Beitrag zu scheiden. Beide brauchen sich nicht dem Betrage nach zu decken. Insbesondere kann die Haftsumme größer als der Beitrag sein.

Nr. 1. 1. **Bedeutung der Eintragung überhaupt.** Da die Kommanditgesellschaft — von dem Falle des § 2 abgesehen — zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit Dritten gegen-

über der Eintragung nicht bedarf (§§ 161 Abs. 2, 123), so ist der Eintritt der beschränkten Haftung des Kommanditisten nicht davon abhängig, daß der Betrag der Haftsumme eingetragen wird. Wird die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister unterlassen, so genügt es, daß die Beteiligung als Kommanditist dem Dritten, mit dem die Gesellschaft in rechtliche Beziehungen tritt, bekannt ist, gleichgültig, ob die Kenntnis des Dritten auf offizieller Kundgebung oder Mitteilung seitens der Gesellschafter an ihn beruht oder ihm sonst vermittelt wurde. Dem Dritten muß dabei bloß bekannt sein, daß der betreffende Kommanditist, nicht auch, welches der Betrag der Haftsumme sei (R.G.Z. XII S. 135, K.G. bei Kaufmann II S. 17). Diese Sätze erkennt § 176 unter Verteilung der Beweislast in dem Dritten günstigem Sinne (in Übereinstimmung mit § 15 Abs. 1) ausdrücklich an.

2. **Abs. 1.** Nach der Eintragung soll nach außen lediglich der eingetragene Betrag der Haftsumme entscheiden, gleichgültig ob der Eintrag richtig oder unrichtig ist und letzterenfalls, ob die Schuld den Anmeldenden oder die Registerbehörde trifft. Selbst die Kenntnis des Gläubigers von einer andersartigen internen Vereinbarung soll bei der Anmeldung entsprechendem Eintrag einflußlos sein. Der Gläubiger braucht nicht auf interne Vereinbarungen Rücksicht zu nehmen, er darf und soll sich darauf berufen, daß, was von den Gesellschaftern zum Register angemeldet ist, maßgebend sein soll (R.G.Z. XVII S. 40). Ja selbst, wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig ist, würde der die Eintragung anerkennende Kommanditist sie gegen sich gelten lassen müssen (R.G.Z. LI S. 37). Entspricht der Eintrag der Anmeldung nicht, so würde freilich dem wissenden Gläubiger die exceptio doli entgegenstehen. — Als Gläubiger im Sinne des § 172 Abs. 1 kann aber nur ein Nichtgesellschafter in Frage kommen. Nr. 2.

Unter Eintragung in das Handelsregister ist nicht bloß die Eintragung in das Register des Sitzes der Gesellschaft zu verstehen. Besitzt die Gesellschaft Zweigniederlassungen, so würde für den Geschäftsverkehr der Zweigniederlassung der dort eingetragene Betrag maßgebend sein. Zwar trifft § 15 Abs. 3 hier nicht direkt zu, weil § 172 Abs. 1 nicht den Moment der Publikation, sondern den der Eintragung entscheiden läßt, aber die ratio des Satzes ist auch auf diesen Fall anwendbar. Die Gläubiger der Zweigniederlassung sollen sich auf ihr Register verlassen dürfen (anders Staub-Pinner Anm. 1, Ritter Anm. 5, Goldmann Anm. 5).

3. **Erhöhung der Haftsumme.** Die Durchführung des eben besprochenen Grundsatzes müßte dahin führen, daß jede Änderung des eingetragenen Haftsummenbetrages erst mit der Eintragung[1]) in das Register nach außen wirkte. Indessen hat das Gesetz diese Folge nur für die Herabsetzung der Einlage in § 174 gezogen. Für den Fall der nachträglichen Erhöhung der Haftsumme stellt es der Eintragung zwei andere Tatsachen gleich: Kundmachung in handelsüblicher Weise oder direkte Mitteilung seitens der Gesellschaft an den Gläubiger. Über den Begriff der handelsüblichen Kundmachung bei § 25 Nr. 10. Die direkte Mitteilung an den Gläubiger muß von der „Gesellschaft" erfolgt sein, d. h. entweder von allen Gesellschaftern oder von den Komplementaren mit Zustimmung des beteiligten Kommanditisten (vgl. § 176 Abs. 1), welche Zustimmung bei Bestreiten der Gläubiger zu beweisen hätte. Die einseitige Mitteilung durch den vertretenden Gesellschafter würde den Kommanditisten nicht über den ursprünglichen Betrag hinaus haftbar machen. Kundgemacht, bezw. mitgeteilt werden muß die Erhöhung, d. h. der Erhöhungsbetrag in fixer Geldsumme, die Angabe muß also die für die Eintragung vorgeschriebene Bestimmtheit haben, die allgemeine Angabe der Erhöhung würde nicht genügen. Die Kundmachung bezw. Mitteilung kann im Gegensatz zur Eintragung sich auch auf die Zukunft beziehen, indem z. B. den Gläubigern eröffnet wird, daß vom nächsten Geschäftsjahre ab der Kommanditist X. sich statt der bisherigen 100000 mit 200000 Mark beteiligen werde. Diesenfalls würde die nachträgliche, gehörig publizierte Rückgängigmachung der Einlageerhöhung vor Eintritt jenes Termines zur Folge haben, daß die Gläubiger sich auf die Erhöhung nicht berufen können. Nr. 3.

---

[1]) Die Anmeldung der Erhöhung der Haftsumme behufs Eintragung hat von sämtlichen Gesellschaftern zu erfolgen (§ 175).

Dagegen genügt nicht, daß ein Gläubiger von dem internen Abkommen der Erhöhung einer eingetragenen Einlage zufällige Kenntnis erhält (anders für das frühere Recht R.O.H.G. XXV S. 116). Wohl aber würde bei Erhöhung einer nichteingetragenen Haftsumme schon Kenntnis des Gläubigers von der Erhöhung genügen, sofern die Absicht der Gesellschafter wirklich auf Erhöhung der Haftsumme nach außen, und nicht bloß Erhöhung des internen Beitrages, ging. Dieser Fall ist nur denkbar, so lange die Gesellschaft sich nicht hat eintragen lassen (z. B. indem der Kommanditist mit solcher Absicht Gewinn über seinen Kapitalanteil stehen läßt).

Nr. 4. **4. Erlaß, Stundung rc. der Kommanditisteneinlage.** In Höhe der Haftsumme ist der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet. Diese können ihn unmittelbar belangen, es sei denn, daß er die Einlage geleistet, d. h. den Betrag der Haftsumme an Vermögenswerten aus seinem Privatvermögen zum Besten der Gesellschaft ausgeschieden hat (§ 171). Lediglich eine Ausführung dieser Grundsätze ist es, wenn § 172 eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, sowie die Zurückzahlung der Kommanditisteneinlage für unwirksam gegenüber den Gläubigern erklärt.

a) Gänzlicher oder teilweiser Erlaß, Stundung und Zurückzahlung sind keineswegs nichtig, sie wirken unter den Gesellschaftern durchaus. Die Gesellschafter können den Gesellschaftsvertrag ändern und über das Gesellschaftsvermögen disponieren. Mit ihrer Zustimmung kann der Kommanditist auch ganz ausscheiden und sich mit ihnen auseinandersetzen. Die diesen Vereinbarungen zustimmenden Gesellschafter können aus § 172 nicht Rechte für sich ableiten. Zuzustimmen haben aber alle Gesellschafter, ein einzelner geschäftsführender Komplementar ist nicht befugt, solche Vereinbarung mit dem Kommanditisten mit Wirkung für die übrigen einzugehen.

b) Dagegen sind sie unwirksam gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft soweit diese nicht selbst zustimmten.

c) Die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern bedeutet, daß für letztere durch Erlaß, Stundung und Rückzahlung der Erfolg eintritt, daß der Kommanditist nun so haftet, als ob er das Zurückerhaltene nicht geleistet hätte. Sie können trotz Erlasses den Kommanditisten auf den vollen Betrag der Haftsumme, trotz Stundung den Kommanditisten jederzeit belangen und sie können die rückgezahlte Einlage als nicht geleistet ansehen, demnach insoweit nunmehr wieder unmittelbar den Kommanditisten in Anspruch nehmen und seinem Einwand, er habe an die Kasse eingezahlt, die Replik der Zurückzahlung an ihn entgegenhalten (vgl. Bolze XVII Nr. 516). Dagegen können sie nicht Rückgabe der erhaltenen Vermögenswerte an die Gesellschaft verlangen, soweit nicht die Voraussetzungen des R.G. vom 21. Juli 1879 gegeben sind. Der Beweis, daß die Einlage zurückgezahlt sei, liegt dem Gläubiger ob (Ehrenberg S. 385).

d) In welcher Form sich die Rückzahlung der Einlage vollzieht, ist gleichgültig. Sie kann durch Barzahlung, Herausgabe der inferierten Objekte, Hingabe an Zahlungsstatt, Gewährung besonderer Sicherheiten (R.G. bei Kaufmann VII S. 120), Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Tilgung von Schulden des Kommanditisten (Behrend § 89 A. 26) oder Befriedigung der Abfindungsansprüche des Kommanditisten gegen seine Mitgesellschafter (O.L.G. Dresden in Seuffert LXIV Nr. 171) geschehen, sofern nur der Betrag aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen des Kommanditisten übergeht und als Zweck die Rückzahlung der Einlage erstrebt ist. Gleichgültig ist auch, ob die Rückzahlung während des Bestandes oder nach Auflösung der Gesellschaft oder deren Umwandlung in eine offene H.G. erfolgt. Zahlt ein Dritter die Einlage zurück, ohne dadurch eine Forderung gegen die Kommanditgesellschaft auf Erstattung zu erhalten, so wäre natürlich die Zurückzahlung wirksam (Mitter in D.J.Z. 08, S. 703). Über den Fall des Austritts bei § 174 Nr. 1.

e) Stets muß es sich um die Einlage, sei es die ursprüngliche, sei es die erhöhte, handeln. Nicht kommen in Frage die nach Leistung der Einlage vom Kommanditisten nicht erhobenen Dividenden. Hinsichtlich dieser ist der Kommanditist Gläubiger und kann ihre Auszahlung (vorbehaltlich der Bestimmung des § 169) verlangen, noch weniger kommen Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Kommanditisten in Frage, z. B. aus Darlehen, Vorschüssen für die Gesellschaft usw.

Ja auch die Einlage kann insoweit zurückgezahlt werden, als der interne Einlagebetrag höher als die externe Haftsumme ist. Hier steht einer Verminderung der ersteren bis zum Betrage der letzteren nichts im Wege. Die Gläubiger haben sich lediglich an die externe Haftsumme zu halten (praktisch für Erhöhungen vgl. oben Nr. 3).

5. **Abs. 4.** Nach § 169 kann der Kommanditist Auszahlung des Gewinns nicht fordern, so lange sein Aktivkonto durch Verluste der Gesellschaft unter den Betrag der von ihm geleisteten Einlage herabgemindert ist oder soweit es durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde. Diese, für das interne Verhältnis aufgestellte Bestimmung wird in Abs. 4 des § 172 nach der äußeren Seite wiederholt. Die Gläubiger brauchen, auch wenn alle Gesellschafter mit der Auszahlung des Gewinns einverstanden sind (z. B. sie in dem Gesellschaftsvertrag Minimalbeträge jährlicher Dividenden garantiert haben, vgl. Puchelt-Förtsch zu Art. 165 Nr. 11), die Auszahlung nicht anzuerkennen, der Kommanditist haftet ihnen so, als ob er den betreffenden Betrag als Einlage nicht geleistet habe. Seinem Einwand, er habe die Einlage geleistet, stellen die Gläubiger die Replik der unbefugten Entnahme von Gewinnanteilen entgegen. Nr. 5.

6. **Abs. 5.** Eine Ausnahme von den Grundsätzen unter Nr. 4 und 5 macht Abs. 5 für den Fall, daß der Kommanditist auf Grund einer bona fide errichteten Bilanz Vermögenswerte bona fide als Gewinn bezieht. Solche braucht er den Gläubigern gegenüber in keinem Falle zurückzuzahlen, d. h. Nr. 6.

a) er muß die Vermögenswerte wirklich erhalten haben, sei es durch effektive Leistung oder in der Form der Aufrechnung. Bloße Buchung des Gewinnes genügt nicht, da von einer Zurückzahlung hier keine Rede sein könnte.

b) er muß sie als Gewinn (Dividende) entgegengenommen haben, nicht als Zins oder als Teil der Einlage.

c) er muß sie bona fide entgegengenommen haben, d. h. er darf bei der Entgegennahme weder gewußt haben noch grob fahrlässig damit unbekannt gewesen sein (B.G.B. § 932 Abs. 2), daß ihm diese Bezüge als Gewinn nicht zukamen. Nachträgliche mala fides schadet nicht, den Beweis der mala fides hat der Gläubiger zu führen (O.L.G. Dresden in Z. XXXXVI S. 516).

d) die Bilanz, auf Grund deren er sie entgegennahm, muß in gutem Glauben errichtet gewesen sein, d. h. die sämtlichen Komplementare, die sie unterschrieben (§ 41), müssen über ihren Inhalt, insbesondere hinsichtlich der Bewertung der Vermögensobjekte, sei es, daß sie diese selbst schätzten, sei es, daß sie nur prüften, bona fide gewesen sein. Mala fides auch nur eines von ihnen schadet. Auch hier hat die mala fides der Gläubiger nachzuweisen.

e) Die Ausnahme betrifft sowohl den Fall, daß erzielte Dividenden widerrechtlich ausgezahlt werden, als den anderen, daß gar keine Dividende erzielt wurde, in Wahrheit also Einlagen zurückbezahlt wurden. Dies ergibt die Absatzeinteilung. Absatz 5 umfaßt die gesamten Teile des Absatz 4.

f) Der Kommanditist wird die ihm durch Absatz 5 gewährte Begünstigung gewöhnlich duplicando geltend machen. Hatte der Gläubiger ihn die Höhe der Haftsumme aus § 171 belangt, er einwandsweise die Leistung der Einlage vorgeschützt, der Gläubiger replicando unzulässige Rückzahlung der Einlage oder unbefugte Verteilung von Dividenden behauptet, so wird er sich duplicando auf den Absatz 5 zurückziehen.

7. Die Grundsätze unter 4 und 5 greifen auch nur so lange Platz, als die Verminderung des Gesellschaftsvermögens durch rechtswidrige Auszahlung an den Kommanditisten andauert. Wird durch spätere Einzahlungen oder zugeschriebene Dividenden der Fehlbetrag wieder ausgeglichen, so können die Gläubiger sich auf jene Zahlung nicht weiter berufen (Renaud, C.G. S. 421). Auch spätere Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern kann die Ausgleichung wieder bewirken (R.G.Z. VII S. 49), sofern es sich um eine andauernde Herstellung des alten Zustandes, nicht bloß einen ganz vorübergehenden, in der Bilanz gar nicht zum Ausdruck gelangenden Einschuß handelt (v. Hahn zu Art. 165 Anm. 11). Nr. 7.

8. § 172 findet auf alle unter der Herrschaft des neuen Rechts entstandenen Ansprüche der Gläubiger Anwendung. Nr. 8.

§ 173.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§ 171, 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Entw. I § 158, II § 170; Denkschr. I S. 116, II S. 3196; A. D. H.G.B. Art. 166.

Was § 130 für den Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft festsetzt und was nach § 161 Abs. 2 für den Eintritt eines solchen in eine Kommanditgesellschaft gleicherweise gilt, wendet § 173 entsprechend für den Eintritt des Kommanditisten an. Dabei gilt:

Nr. 1. 1. Der Eintritt muß in eine **bestehende** offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft stattfinden. Über den Fall des Eintritts in das Geschäft eines Einzelkaufmanns bei § 28.

Nr. 2. 2. Daß der Eintretende als Kommanditist eingetragen wird, ist nicht notwendig. Es genügt für die Begründung der Haftung die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nach dem Eintritt, doch greift hinsichtlich der zwischen Eintritt und Eintragung von der Gesellschaft kontrahierten Verbindlichkeiten die besondere Bestimmung des § 176 Abs. 2 Platz.

Nr. 3. 3. Für **alle** vor dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist nach Maßgabe der §§ 171, 172. Doch gilt eine Ausnahme im Falle des § 139, s. daselbst Nr. 7.

Nr. 4. 4. Hinsichtlich der **Änderung der Firma** ist § 19 Abs. 4 zu beachten.

Nr. 6. 5. Die Aufnahme eines Kommanditisten bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter. Der geschäftsführende Gesellschafter ist nicht einseitig befugt, die Aufnahme zu bewirken.

Nr. 7. 6. Die Anmeldung des neu aufgenommenen Kommanditisten zum Handelsregister hat von sämtlichen Gesellschaftern einschließlich des neu eingetretenen zu erfolgen (§§ 162 Abs. 1, 161 Abs. 2, 108 Abs. 1). Der Kommanditist ist nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort zu bezeichnen und der ziffermäßige Betrag seiner Einlage anzugeben (§ 162 Abs. 3). Über die Publikation bei § 162 Nr. 3.

§ 174.

Eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten ist, so lange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam; Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen.

Entw. I § 159, II § 171; Denkschr. I S. 117, II S. 3196; A.D.H.G.B. Art. 171.

Nr. 1. 1. **Gänzliches Ausscheiden des Kommanditisten.** Scheidet ein Kommanditist aus der Gesellschaft gänzlich aus, so haftet er für die nach dem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr, soweit nicht nach § 143 Abs. 2, § 15 Abs. 1, 3 aus der publica fides des Handelsregisters zugunsten des Dritten sich Ausnahmen ergeben. Dagegen haftet er für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach den §§ 171, 172 fort. Die Gesellschaftsgläubiger können ihn also unmittelbar belangen, und ihm liegt der Beweis ob, daß er die volle Haftsumme aus seinem Privatvermögen zum Besten der Gesellschaft ausgeschieden hat. Ist ihm bei der Auseinandersetzung von der Gesellschaft die Einlage rechtswidrig zurückgezahlt worden, so würden die Gesellschaftsgläubiger insoweit die Einlage als nicht geleistet ansehen dürfen. Dies gilt gleichmäßig in

dem Fall, wo die Kommanditgesellschaft erhalten und in dem Fall, wo sie durch Austritt des Kommanditisten in eine offene H.G. umgewandelt ist, da die Identität der Gesellschaft geblieben ist (nicht zutreffend O.L.G. Dresden in Seuffert LXIV Nr. 171). Über den Betrag seiner Haftsumme hinaus könnten sie ihn aber auch dann nicht belangen, wenn er mehr bei der Auseinandersetzung erhalten hätte, als ihm nach den internen Verhältnissen zukam (es sei denn, daß die Voraussetzungen der paulianischen Anfechtung vorliegen). Dem Ausscheidenden kommt die fünfjährige Verjährung des § 159 zugute. Hinsichtlich der Anmeldung des Ausscheidens zum Handelsregister vgl. § 143 Abs. 2, 1, hinsichtlich der Publikation § 162 Abs. 3. Über das interne Auseinandersetzungsverfahren gilt das oben S. 481 ff. Bemerkte. — Was das Ausscheiden eines Komplementars betrifft, so greifen einfach die für das Ausscheiden eines Mitgliedes der offenen Handelsgesellschaft aufgestellten Grundsätze Platz.

2. **Herabsetzung der Einlage.** Beim Kommanditisten ist auch ein teilweises Ausscheiden möglich, indem er einen Teil seiner Einlage herauszieht und nur mit dem Restbetrag den Gläubigern haften zu wollen erklärt. Von diesem Falle der Herabsetzung der Einlage handelt § 174. Selbstverständlich kann solche Herabsetzung nur für die Zukunft wirken. Bereits begründete Rechte der Gläubiger können dadurch nicht beeinträchtigt werden. Dies erkennt § 174 Satz 2 ausdrücklich an, der Kommanditist haftet also für alle vor der Rechtswirksamkeit der Herabsetzung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe des ursprünglichen Einlagebetrages, es kommt ihm auch nicht die Verjährung des § 159 zugute, denn formell scheidet er nicht aus, sondern bleibt er Mitglied der Gesellschaft. Dagegen haftet er für die nachträglich begründeten Verbindlichkeiten nur in Höhe des reduzierten Betrages und an ihn von der Gesellschaft bewirkte Zurückzahlungen der Einlage können, soweit sie jenen Betrag nicht berühren, von den Gläubigern, deren Forderungen nachträglich entstanden sind, aus keinem Grunde angefochten werden. Nr. 2.

3. Die Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten ist nur im Wege **der Vereinbarung aller Gesellschafter** zulässig. Einseitig kann der Kommanditist sie nicht herbeiführen, eine Kündigung durch ihn oder seinen Gläubiger ist nicht möglich, ebensowenig eine Klage auf teilweise Ausschließung nach Analogie des § 140. Nr. 3.

4. Die **Herabsetzung** der Einlage muß, wenn sie den Gläubigern gegenüber wirken soll, nach außen **kundgegeben werden.** Rein interne Vereinbarungen unter den Gesellschaftern haben den Gläubigern gegenüber, soweit diese nicht selbst Gesellschafter sind, keine Rechtswirkung. Das Gesetz begnügt sich aber, weitergehend, nicht mit jeder Art von Kundgabe, sondern es stellt in Durchführung des im § 172 Abs. 1 aufgestellten Gedankens die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft als den die Rechtswirksamkeit nach außen erzeugenden Akt hin. Vor dieser Eintragung wirkt die Herabsetzung auf keinen Fall, sofern der ursprüngliche Einlagebetrag eingetragen war; war dieser nicht eingetragen (§ 176), so wird man von dem Erfordernis des § 174 absehen dürfen, und jede Kenntnis des Gläubigers von der erfolgten Reduktion für genügend erklären müssen. Über den Einfluß des § 15 bei § 175 Nr. 4. Nr. 4.

5. Das **ältere** Recht ging nicht so weit. Es ließ in Gemäßheit allgemeiner Prinzipien die Kenntnis des Gläubigers von der Herabsetzung genügen (Art. 171). § 174 findet auf Ansprüche von Gläubigern, die nach dem 31. Dez. 1899 entstehen, unbedingte Anwendung. Nr. 5.

§ 175.

Die Erhöhung sowie die Herabsetzung einer Einlage ist durch die sämtlichen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2. Auf die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

Entw. I § 160, II § 172; Denkschr. I S. 117, II S. 3196; A.D.H.G.B. Art. 171.

1. **Anmeldung.** Wie die ursprüngliche Haftsumme des Kommanditisten (§ 162), so sind Veränderungen in deren Höhe von allen Gesellschaftern zur Eintragung Nr. 1.

in das Handelsregister des Sitzes und der Zweigniederlassungen der Gesellschaft anzumelden, vorausgesetzt, daß in der Tat eine Veränderung nach außen (gegenüber den Gläubigern) und nicht bloß nach innen beabsichtigt ist. Demgemäß hätte der Registerrichter nach § 14 an sich das Recht, durch Ordnungsstrafen die Anmeldung zu erzwingen, stets dann, wenn Tatsachen vorliegen, die die Erstreckung der Wirkung nach außen erhärten, z. B. handelsübliche Kundmachung der Erhöhung oder Reduktion durch die Gesellschaft (vgl. § 172 Abs. 2). Weitergehend sieht jedoch § 175 von richterlichem Zwang auch in diesem Falle ab. Der Registerrichter des Sitzes kann die Anmeldung der Erhöhung und Reduktion überhaupt nicht erzwingen. Erst wenn die Eintragung in das Register des Sitzes erfolgt ist, greift das Zwangsrecht des § 14 für die Registerbehörde der Zweigniederlassung Platz. Dagegen hat jeder Gesellschafter den klagbaren Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Mitwirkung bei der Anmeldung mit den Folgen des § 16. Die Gläubiger haben dagegen kein Recht, die Eintragung zu erzwingen, sie können sich lediglich auf die aus § 172 Abs. 2, § 174 ihnen erwachsenen Rechte stützen.

Nr. 2. 2. Die **Eintragung** beschränkt sich auf die Konstatierung der Veränderung im Betrage der Haftsumme dieses Kommanditisten. Handelt es sich um eine Erhöhung, so wird die Angabe eines früheren Zeitpunktes, an dem die Erhöhung nach außen in Wirksamkeit getreten ist (z. B. durch die Kundmachung des § 172 Abs. 2), zulässig sein (§§ 162 Abs. 1, 106 Abs. 2 Nr. 3), bei Reduktion ist dies dagegen ausgeschlossen (§ 174). In beiden Fällen ist aber unzulässig, einen späteren Termin der Wirksamkeit anzugeben (§ 123 Abs. 3). Unzulässig ist ferner die Hinzufügung von Bedingungen, Nebenberedungen oder dgl.

Nr. 3. 3. Die **Bekanntmachung** hat lediglich zu konstatieren, daß die Einlage des (bezw. eines) Kommanditisten (dessen Name nicht genannt werden darf) erhöht, bezw. herabgesetzt ist. Zahlenangaben sind ausgeschlossen (§ 162 Abs. 2).

Nr. 4. 4. § 15 greift auch hier grundsätzlich Platz. Jedoch gilt:

a) Hinsichtlich der Erhöhung gestattet § 172 Abs. 2 den Gläubigern sich, auch wenn eine Eintragung nicht erfolgt ist, auf die Erhöhung unter gewissen Voraussetzungen zu berufen.

b) Die Herabsetzung einer eingetragenen Einlage wirkt unter keinen Umständen nach außen vor der Eintragung in das Register des Sitzes. § 15 Abs. 1 kann hier also auch gegenüber dem wissenden Gläubiger nicht zur Anwendung kommen, es sei denn, daß dieser zugleich Gesellschafter ist. Dagegen würde, wenn die Herabsetzung zwar eingetragen, aber nicht bekannt gemacht ist, der Gläubiger sich auf § 15 Abs. 1 stützen können. Und die Gläubiger der Zweigniederlassung könnten sich den § 15 Abs. 2 zunutze machen. Unterblieb also Eintragung und Bekanntmachung der Herabsetzung in bezug auf die Zweigniederlassung, so kann die Herabsetzung den im Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung stehenden Gläubigern nur dann entgegengesetzt werden, wenn sie diesen bekannt ist.

Nr. 5. 5. Die Bestimmungen des älteren Rechts hierüber waren lückenhaft. § 175 findet auf alle Erhöhungen und Herabsetzungen von Einlagen, die nach dem 31. Dez. 1899 erfolgen, Anwendung.

§ 176.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus dem § 2 ein anderes ergibt.

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen

seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Entw. I § 161, II § 173; Denkschr. I S. 117, 118, II S. 3196, 3197; A.D. H.G.B. Art. 163.

Die Kommanditgesellschaft bedarf, soweit nicht ein Unternehmen nach § 2 in Frage steht, zu ihrer Entstehung nicht der Eintragung. Sie tritt nach außen in Wirksamkeit schon mit dem Zeitpunkt ihres Geschäftsbeginnes (§§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2). In dieser Beziehung gilt grundsätzlich das bei § 123 Nr. 2 Bemerkte. An sich hätte somit der Kommanditist für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor der Eintragung kontrahiert sind, nur bis zum Betrage seiner Haftsumme unmittelbar den Gläubigern zu haften und er könnte die Haftung ablehnen, soweit er die Einlage geleistet hat. Darüber hinausgehend statuiert § 176 Abs. 1 eine unbeschränkt persönliche Haftung des Kommanditisten für die bis zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, falls nicht dem Gläubiger die Beteiligung des Kommanditisten als solchen bekannt war. Den Grund bildet, daß die Kommanditgesellschaft, die ausnahmsweise Gestaltungsform gegenüber der Regelform der offenen Handelsgesellschaft, nach außen feierlich als solche dokumentiert sein muß. Solche Dokumentierung erblickt das Gesetz in der Eintragung in das Register des Sitzes. Bis dahin soll die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft von jedem, dem nicht das Gegenteil bekannt ist, angesehen werden dürfen. Auch vom rechtspolizeilichen Standpunkt aus soll die Androhung der unbeschränkten Haftung die schleunige Eintragung der Kommanditgesellschaft erzwingen. — Daß der gesetzlichen Regelung eine gewisse Willkür innewohnt, ist nicht zu verkennen. Denn der Gläubiger wird im Leben nicht durch die Eintragung, sondern durch die Bekanntmachung des Registerrichters in die Lage gesetzt, die Stellung des Gesellschafters als Kommanditist zu erkennen und für den Geschäftsverkehr der Zweigniederlassung kann ohnehin die Eintragung beim Register des Sitzes praktisch nicht bedeutungsvoll sein (vgl. R.O.H.G. XXIII S. 283). Im einzelnen gilt:

1. Die Gesellschaft kann ihre Geschäfte nur mit Zustimmung aller Gesellschafter beginnen. Insofern ist der gesetzliche Vorbehalt, daß nur der Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, unbeschränkt hafte, überflüssig. Indessen ist er nicht bedeutungslos. Es ist einmal denkbar, daß die uneingetragene Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft bereits vor dem Eintritt des Kommanditisten existiert hatte. Diesenfalls würde der neu eintretende Kommanditist für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der uneingetragenen Handelsgesellschaft nicht unbeschränkt, sondern nur beschränkt haften, denn er hatte dem vorherigen Geschäftsbeginne nicht zugestimmt (siehe unter Nr. 5). Aber weiter erklärt das Gesetz, indem es die Zustimmung des Kommanditisten zum Geschäftsbeginn besonders hervorhebt, sich gegen die Auffassung, wonach in dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages schon solche Zustimmung liege. Es bedarf somit nicht eines Vorbehaltes des Kommanditisten, daß die Gesellschaft nicht vor der Eintragung ihre Geschäfte beginnen solle (so Gareis-Fuchsberger S. 292 Nr. 26), vielmehr müßte umgekehrt der Kommanditist in den Geschäftsbeginn ausdrücklich oder stillschweigend willigen. Nr. 1.

2. Nur für die **bis zur Eintragung** begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist unbeschränkt. Wird also eine Verbindlichkeit zwischen Eintragung und Bekanntmachung eingegangen, so kann er sich auf seine beschränkte Haftung berufen. Andererseits bedarf es der Eintragung, die Anmeldung genügt nicht (R.O.H.G. XXIII S. 284). Unter Eintragung ist auch hier nur die Eintragung in das Register des Sitzes zu verstehen. Ist diese erfolgt, so tritt auch für den Geschäftsverkehr der Zweigniederlassung die beschränkte Haftung als Kommanditist ein. Das Prinzip des § 15 Abs. 3 greift hier also auffälligerweise nicht Platz (a. A. Wiegand, zur Auslegung des H.G.B. § 15 Diss. 1910 S. 28). Die Eintragung muß die Eigenschaft des Kommanditisten als solchen angeben. Wird irrtümlich der Kommanditist als offener Gesellschafter eingetragen, so trifft ihn die Haftung aus § 176 (R.O.H.G. XXIII S. 281). Nr. 2.

Nr. 3. 3. Der Rechtsgrund der Gesellschaftsverbindlichkeit ist gleichgültig (R.G. bei Holdheim 02 S. 127].

Nr. 4. 4. Eine **Ausnahme** gilt nur in dem Falle, daß dem Gläubiger die Beteiligung als Kommanditist **bekannt war** und zwar im Moment der Entstehung der Forderung. Nachträgliche Kenntnis schadet dem Gläubiger nichts. Auf welchem Wege der Gläubiger Kenntnis erhielt, ist gleichgültig. Notwendig ist wirkliche Kenntnis, selbst verschuldete Unkenntnis genügt nicht. Die Höhe der Kommanditisteneinlage braucht der Gläubiger nicht zu kennen (R.G.Z. XII S. 135).

Nr. 5. 5. Tritt ein Kommanditist in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ein, so gilt das Entsprechende für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung als Kommanditist (§§ 161 Abs. 2, 107) begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[1]) Die unbeschränkte Haftung bezieht sich dagegen nicht auf die vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten (R.O.H.G. XII Nr. 5 S. 14).

Nr. 6. 6. Sonstige Fälle persönlicher unbeschränkter Haftung des Kommanditisten kennt das Gesetz nicht. Daß insbesondere für ihn kein Sonderrecht gilt, wenn er als Prokurist oder sonstiger Bevollmächtigter der Gesellschaft auftritt, ist bei § 170 Nr. 2, 4 bemerkt worden. Und ebensowenig ist die Bestimmung des alten Gesetzbuches (Art. 168), wonach der Kommanditist, dessen Name in die Firma der Gesellschaft rechtswidrig aufgenommen ist, den Gläubigern wie ein Komplementar hafte, beibehalten worden. Wie vielmehr solch Name darin stehen bleiben darf, wenn etwa der bisherige geschäftsführende Mitinhaber der Gesellschaft sich von der Geschäftsführung zurückzieht und nur als Kommanditist beteiligt — so würde selbst bei direktem Verstoß gegen § 19 Abs. 4 zwar der Registerrichter die Eintragung der Firma ablehnen können und es träten trotz der Eintragung die Folgen des Gebrauches unbefugter Firmenführung nach § 37 ein, aber eine generelle unbeschränkte Haftung des Kommanditisten ist nicht statuiert (Denkschr. II S. 3196, 3197).

Nr. 7. 7. Hinsichtlich des Gerichtsstandes gilt das bei § 128 Nr. 3 Bemerkte. Vgl. R.G.E. bei Holdheim VII S. 171.

Nr. 8. 8. Das ältere Recht (Art. 163 Abs. 3) stimmte mit § 176 überein. Die Haftung des Kommanditisten aus Art. 168 des alten H.G.B. zessiert für alle nach dem 31. Dez. 1899 entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

§ 177.

Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Entw. I § 164, II § 175; Denkschr. I S. 118, II S. 3197; A.D.H.G.B. Art. 170, 172.

Die Auflösung der Kommanditgesellschaft wird im ganzen von denselben Normen beherrscht, wie die der offenen Handelsgesellschaft, gleichgültig ob es sich um gänzliche Auflösung oder Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters handelt. Dies gilt sowohl von den Auflösungsgründen als von der Auseinandersetzung (Liquidation, sonstige Art der Auseinandersetzung, Konkurs), als endlich von der besonderen Verjährung des Abschnittes I Titel XI. Insbesondere ist im Auge zu behalten, daß alle Rechte und Pflichten, die einem „Gesellschafter" eingeräumt sind, in gleicher Weise für den Kommanditisten wie für den Komplementar bestehen, sodaß, so verschieden die rechtliche Lage beider während des Bestandes der Gesellschaft war, im Auflösungsstadium grundsätzliche Gleichheit für sie besteht. Naturgemäß ist, daß die geringere ökonomische Beteiligung des Kommanditisten auch hier eine Rolle für die richterliche Beurteilung der Wichtigkeit von Tatsachen spielen

[1]) Verwandelt sich ein bis dahin persönlich haftender Gesellschafter in einen Kommanditisten, so würde er bis zur Löschung als persönlich haftender Gesellschafter nach §§ 143, 15 und bis zu seiner Eintragung als Kommanditist nach § 176 dem dritten Nichtwissenden unbeschränkt haften.

kann, z. B. bei der Klage auf Auflösung der Gesellschaft nach § 133, aber formell juristisch besteht für beide Teile die Gleichheit der rechtlichen Position.

1. Auflösungsgründe. Die in § 131 aufgezählten Auflösungsgründe treffen mit Ausnahme des unter Nr. 4 auch für die Kommanditgesellschaft zu. Insbesondere ist auch Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kommanditisten (Nr. 5) Auflösungsgrund und kann nicht bloß der Kommanditist bei für unbestimmte Zeit eingegangener Kommanditgesellschaft, sondern auch dessen Privatgläubiger unter den Voraussetzungen des § 135 kündigen. Nicht minder können aber die Gesellschafter auch hier die Auflösung rückgängig machen und die Gesellschaft fortsetzen, so lange dies bei der offenen Handelsgesellschaft möglich ist (O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. Rspr. XI S. 407). Weiter kann das Ausscheiden eines Gesellschafters auch hier unter denselben Voraussetzungen, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§§ 140, 141) herbeigeführt werden, gleichgültig, ob der Ausscheidende Komplementar oder Kommanditist ist. Freilich ist für den letzteren Fall zu beachten, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben müssen, und daß von den Übrigbleibenden mindestens einer persönlich unbeschränkt haften muß. Blieben infolge des Ausscheidens des Komplementars nur Kommanditisten übrig, so wäre Auflösung der Gesellschaft unvermeidlich; denn das Gesetz kennt keine Personalhandelsgesellschaft, die nur aus Kommanditisten besteht. Wohl aber ist der umgekehrte Fall, daß nur persönlich haftende Gesellschafter übrig bleiben, wohl zu verwirklichen. Diesenfalls verwandelt sich die Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft, ohne daß die Vorschriften über Neuerrichtung zu beachten wären (vgl. bei § 162 Nr. 4). Das Ausscheiden also auch aller Kommanditisten führt nicht zur Auflösung, sondern die Gesellschaft besteht als offene Handelsgesellschaft fort. — Und endlich kann, falls die Kommanditgesellschaft nur aus einem Komplementar und einem Kommanditisten bestand, nicht bloß der Komplementar, sondern auch der Kommanditist vom Gericht für berechtigt erachtet werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktivis und Passivis zu übernehmen (§ 142), ein Fall, der praktisch freilich nicht häufig vorkommen wird. In allen Fällen ist die Auflösung bezw. das Ausscheiden von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister nach § 143 Abs. 1 anzumelden. Im einzelnen gilt: Nr. 1.

a) Tod eines Komplementars ist im Zweifel Auflösungsgrund. Doch kann der Gesellschaftsvertrag festsetzen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle (§ 138), sofern mindestens ein Komplementar noch übrig bleibt. Der Gesellschaftsvertrag kann ferner bestimmen, daß im Falle des Todes eines Komplementars die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden solle (§ 139). Solche Bestimmung würde auch dann wirken, wenn der einzige Komplementar stürbe, vorausgesetzt, daß unter den Erben desselben mindestens einer als Komplementar in der Gesellschaft verbleibt. Machen alle Erben von dem ihnen nach § 139 zustehenden Recht Gebrauch, so tritt, da nunmehr kein Komplementar mehr da ist, Auflösung der Gesellschaft mit der Folge des § 139 Abs. 4 ein. Nr. 2.

Dagegen ist Tod eines Kommanditisten nach § 177 nicht gesetzlicher Auflösungsgrund. Es scheidet auch nicht etwa der Verstorbene aus, sodaß nur die übrig bleibenden Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen. Denn solche Auslegung des § 177 würde in den Fällen, wo nur ein Komplementar und ein Kommanditist die Gesellschaft bildeten, unmöglich sein. Vielmehr treten die Erben des Verstorbenen und zwar ohne weiteres mit Erwerb der Erbschaft an seine Stelle. Doch können sie zusammen nicht mehr Rechte haben, als der Verstorbene. Demgemäß können sie nur zusammen (nach B.G.B. § 432) eine Abschrift der jährlichen Bilanz nach § 166 verlangen und haben sie nur zusammen eine Stimme bei Beschlußfassung über ungewöhnliche Geschäftshandlungen (§ 164). Sie haften den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe der Haftsumme ihres Erblassers und zwar je nach der Sachlage als Gesamtschuldner (B.G.B. § 2058) oder Teilschuldner (B.G.B. § 2060 ff.). Sie werden aber nicht lauter einzelne Kommanditisten (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 229 = Johow-Ring XLIV S. 133). Der Fall liegt hier anders, als in § 139 Nr. 10. Die entgegengesetzte Annahme würde dazu führen, an Stelle des einen Kommanditisten (Erblassers) mehrere (Erben) zu setzen, was z. B. mit Bezug auf Beschlußfassung, Antrag auf Auflösung oder Ausschließung zu anderen, dem Komplementar schädlichen Folgerungen führen würde (vgl. auch Keyßner, Erhaltung

der Handelsgesellschaft S. 59). Deshalb sind auch nicht die einzelnen Erben an Stelle des Erblassers als Kommanditisten einzutragen (a. A. Staub-Pinner Anm. 1, Goldmann Anm. 11, Makower IIb, Brand Anm. 2). Wollen sie einzeln Kommanditisten werden, so bedarf es vertraglicher Vereinbarung.

Löst sich eine juristische Person auf, die Kommanditist ist, so würde, falls an den Fiskus nach B.G.B. § 46 das Vereinsvermögen fällt, dieser an Stelle der juristischen Person treten. Fände Liquidation der juristischen Person statt, so bliebe der Liquidationsverein nach B.G.B. § 49 Abs. 2 als Kommanditist fortbestehen. Das letztere gilt auch bei Handelsgesellschaften, die Kommanditisten sind (§§ 156, 158). Zu den Dritten, denen gegenüber solche Abwicklungsgesellschaft als Gesellschaft sich erhält, gehört dann eben der Komplementar. Dieser Zustand dauert so lange an, bis die Kommanditgesellschaft sich auflöst oder die Liquidationsgesellschaft ausscheidet und abgefunden wird. Denn, so lange sie zur Kommanditgesellschaft gehört, besitzt sie noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen in ihren Ansprüchen als Kommanditist (Behrend § 94 Anm. 3).

Nr. 3. b) Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen gilt grundsätzlich das bei § 144 Bemerkte (vgl. dazu Bolze XVII Nr. 515, R.G.Z. LVI Nr. 88). Besonderheiten sind nur:

α) Der Kommanditist als solcher ist nicht zu dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens legitimiert (K.O. § 210).

β) K.O. § 212 gilt für den Kommanditisten nicht, hier greift vielmehr § 171 Abs. 2 ein. Der Kommanditist bleibt also trotz Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen gemäß § 171 weiter verhaftet. Nur übt das Recht der Gläubiger der Konkursverwalter aus. Er kann vor dem Gericht des Sitzes der Kommanditgesellschaft die Klage erheben (R.G.Z. XLVI Nr. 96). Der Kommanditist kann ihm entgegenhalten, daß die von ihm geforderte Einlage zur Tilgung von Schulden, für die er haften müsse, nicht erforderlich sei (R.G.Z. LI S. 38). Ist der Kommanditist selbst in Konkurs, so hat der Konkursverwalter des Gesellschaftsvermögens namens der Gläubiger deren Ansprüche im Privatkonkurse zum vollen Betrage anzumelden. Die Verteilungen sind an den Konkursverwalter vorzunehmen, von einer Zurückbehaltung, bis der Ausfall im Gesellschaftskonkurse feststeht, ist hier keine Rede. Der Konkursverwalter seinerseits hat die Beträge der Masse des Gesellschaftskonkurses zuzuführen (vgl. dazu R.G.Z. I S. 72—74); Vereinbarungen sind ihm gegenüber ausgeschlossen, denn er tritt für die Gläubiger auf (R.G.Z. XXXVII S. 84ff.).

γ) Die Zustimmung der Kommanditisten zum Zwangsvergleich ist nicht erforderlich (K.O. § 211).

c) Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Kommanditisten gilt das bei § 131 Nr. 5 Bemerkte.

Nr. 4. 2. Die Liquidation der Kommanditgesellschaft vollzieht sich in derselben Weise, wie die der offenen Handelsgesellschaft. Jeder Kommanditist hat Recht auf Liquidation und jeder Kommanditist ist geborener Liquidator, die Anmeldung der Liquidatoren zum Register hat auch von den Kommanditisten zu geschehen. Jeder Kommanditist hat jetzt ferner das volle Recht der Einsicht in Bücher und Skripturen der Gesellschaft usw. Über den Fall der beendigten Auflösung der Gesellschaft während eines gegen sie anhängigen Rechtsstreites R.G.Z. LXIV S. 77.

Nr. 5. 3. Auch bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Kommanditgesellschaft finden die oben S. 481ff. dargelegten Grundsätze entsprechende Anwendung (vgl. R.G.Z. LVI Nr. 4, Entsch. des pr. O.V.G. LIV S. 112ff.).

Nr. 6. 4. Die Verjährung des § 159 greift auch gegenüber dem Kommanditisten Platz, und zwar auch, soweit dieser persönlich unbeschränkt haftet (Fall des § 176). Abs. 3 des § 159 wird hier praktisch werden, wenn im Liquidationsstadium ungesetzliche Rückzahlungen von Einlagen an den Kommanditisten (§ 172) stattfinden (vgl. Behrend § 90 Anm. 12).

Nr. 7. 5. Das ältere Recht (Art. 170—172) stimmte überein.

Ergänzungen und Berichtigungen zu Bd. I.

S. 7 Nr. 10. Hierzu Starck im Recht 1914 S. 135.
S. 49 Nr. 1 am Schluß. Vgl. auch O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XXVII S. 307.
S. 72 Nr. 3a. Hierzu auch K.G. in Johow-Ring XLV S. 164.
S. 99 erste Zeile von unten l.: Rpr.
S. 103 Nr. 4 Schluß. Vgl. OLG. Hamburg in OLG. Rspr. XXVIII S. 341.
S. 105 Z. 1. Hierzu Bayer. Obst.Ld.G. in L.Z. 1914 S. 90.
S. 117 Z. 21 von unten l. in statt im.
S. 119 Nr. 9 Z. 7. Vgl. K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 309.
S. 120 Z. 12 hinter auszulegen: (anders K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 309).
„ „ Z. 24. Vgl. auch K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 300.
S. 121 zu § 23. Hierzu auch O.L.G. Nürnberg in O.L.G. Rspr. XXVII S. 313.
S. 127 Z. 23, 24. Vgl. R.G. in L.Z. 1914 S. 1209.
„ „ Z. 7 von unten. Hierzu K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 301.
S. 130 Z. 34. Hierzu auch O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XXVII S. 303.
S. 132 Nr. 9 am Schluß. — Liegen die Voraussetzungen des § 419 BGB. vor, so würde übrigens auch die abweichende Vereinbarung gegenüber dieser gesetzlichen Bestimmung ohne Wirkung sein.
S. 134 Z. 11. Vgl. R.G. im Recht 1914 Nr. 1457.
S. 148 Z. 20. Vgl. O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XXVII S. 307.
S. 160 Z. 9 des Textes von unten. Vgl. K.G. in Johow-Ring XLV S. 168.
S. 165 Nr. 10. Hierzu O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXVII S. 314.
S. 173 Nr. 1. Hierzu R.G. im Recht 1914 Nr. 667, O.L.G. München in L.Z. 1914 S. 1228.
S. 215 Nr. 7a. Hierzu Citron in D.J.Z. 1914 S. 365.
S. 218 Nr. 11. Bei freiwilliger Gewährung von Gewinnanteilen liegt einfache oder remuneratorische Schenkung vor (Schiedsspruch in L.Z. 1914 S. 1012).
S. 294 zu 2a. Vgl. auch K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 317, O.L.G. München ebenda S. 318.
S. 299 Z. 4 von unten (Anmerkung). Vgl. R.G. im Recht 1914 Nr. 1458.
S. 300 Z. 19. Hierzu noch O.L.G. München in O.L.G. Rspr. XXVII S. 323.
S. 305 Z. 12, 13. Hierzu noch O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XXVII S. 324.
„ „ Z. 26. Hierzu noch K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 325.
S. 308 Z. 12, 13 des Textes von unten. Vgl. O.L.G. Dresden in O.L.G. Rspr. XXVII S. 326.
S. 310 Z. 17, 18 von unten: Anders R.G. in L.Z. 1914 S. 947.
S. 342 Nr. 9 am Ende l. Tarif 1 Ac 1.
S. 366 Nr. 1 die Entsch. in LZ. 1914 S. 1117 ist jetzt abgedruckt in RGZ. LXXXIV Nr. 24.
S. 373 bei Nr. 2. Vgl. auch Bayer. Obst.Ld.G. in L.Z. 1914 S. 499.
S. 386 Nr. 4. Nicht Billigung verdient das Urteil des R.G. in L.Z. 1914 S. 1202 Nr. 7. Vgl. Flechtheim in LZ. 1914 S. 1260.
S. 458 (zu § 147). Hierzu Bayer. Obst.Ld.G. im Recht 1914 Nr. 1148, 1149.

Ergänzungen und Berichtigungen zu Bd. II.

Die Änderung der Stempelgesetzgebung sowie zahlreiche, inzwischen ergangene Entscheidungen, endlich inzwischen erfolgte literarische Publikationen veranlassen die nachfolgenden Ergänzungen.

S. 6 bei Nr. 6. Über Interimsscheine vgl. jetzt die Schrift von H. V. Simon, Die Interimsscheine 1913.

S. 7 bei Nr. 9. Über Besteuerung ausländischer Aktien und Interimsscheine jetzt R.St.G. von 1913 Tarif 1C und dazu Ausf.Best. des Bundesrats vom 15. September 1913 §§ 21 ff.

S. 15 Nr. 7. Zur Literatur noch A. Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen von juristischen Personen 1912, Krecht, Aktienerwerb und Willensmängel in J.W. 1913 S. 177.

S. 16 Z. 25 lies R.G.Z. LXXI statt R.G.Z. LXXII.

S. 16 Nr. 18. Jetzt ist maßgebend R.St.G. von 1913 Tarif 1Aa. Die landesrechtlichen Vorschriften sind beseitigt (R.St.G. § 7).

S. 18 Nr. 5. Jetzt R.St.G. von 1913 Tarif 1Aa. Hierzu R.G.Z. LXXXIV Nr. 4, R.G. in L.Z. 1913 S. 312, R.G.Z. LXXX S. 118, LXXVI S. 139, LXXIX S. 219, ferner Seyffert im B.A. XIII S. 254, Weinbach in Holdheim XXI S. 114f.

S. 19 Nr. 2. Über Vorzugsaktien und Nachbezugsrecht R.G.Z. LXXXII Nr. 32, 33, LXXXIII Nr. 91.

S. 20 Nr. 4. Hierzu Dalberg in J.W. 1913 S. 519; vgl. R.G. im Recht 1912 Nr. 3136.

S. 22 Nr. 3. Hierzu K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 345. Vgl. ferner R.G. im Recht 1913 Nr. 1205.

S. 22 Note. Jetzt: Reichsrechtlicher Stempel bei der Einbringung von Wertpapieren, Patentrechten u. dgl. R.St.G. von 1913 §§ 7, 30, Tarif 4a, 1 Ad Nr. 2; reichs- und landesrechtlicher Stempel bei Einbringung von Grundstücken und Ähnlichem R.St.G. von 1913 § 7, Tarif 1 Ad Z. 1, 3, 4; nur landesrechtlicher Einbringungsstempel in sonstigen Fällen. Vgl. hierzu R.G.Z. LXXXIII S. 67.

S. 23 Nr. 5. Hierzu R.G. im Recht 1913 Nr. 2165.

S. 23 Nr. 6. Hierzu R.G.Z. LXXXI Nr. 89.

S. 27 Nr. 5. Jetzt R.St.G. von 1913 Tarif 1 Aa (Urkundenstempel), 4a Abs. 2 (Geschäftsstempel).

S. 29 Z. 9 von unten l. 362 statt 326.

S. 30 Nr. 9. Jetzt R.St. von 1913 Tarif 1 Aa, 4a Abs. 2.

S. 37 Z. 17 von unten l. Johow-Ring XXXI A 158.

S. 38 Nr. 9. Hierzu K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 343.

S. 46 Z. 23 l. LXXII statt LXII.

S. 68 Nr. 3. Gegen Unterlassungen als wiederkehrende Leistungen K.G. in O.L.G. Rspr. XXVII S. 345.

S. 68 Nr. 5. Hierzu R.G. in L.Z. 1914 S. 949.

S. 68 Nr. 6. Hierzu R.G.Z. LXXXII Nr. 18.

S. 69 Nr. 10 Abs. 2. Hierzu R.G. in J.W. 1914 S. 474[16].

S. 69 Nr. 11. Vgl. noch R.G. in J.W. 1913 S. 647[11].

S. 70 Nr. 2. Gegen die Auffassung von H. V. Simon in L.Z. 1913 S. 11 ff. Breit in L.Z. 1913 S. 337. Vgl. auch Fürst in L.Z. 1914 S. 270.

S. 70 Nr. 3. Hierzu O.L.G. München in Seuffert LXVIII Nr. 84. R.G.Z. LXXXIII Nr. 84 läßt zu, daß die A.G. durch den Vorstand einem Dritten gegenüber sich verpflichtet, die Verteilung der Dividende über einen bestimmten Betrag hinaus von seiner Einwilligung abhängig zu machen (bedenklich).

S. 72 Nr. 6. Vgl. hierzu R.G. in J.W. 1913 S. 688[6].
S. 72 Nr. 6. Über Stempel von Gewinnanteilscheinen R.St.G. von 1913 Tarif 3 A, Gesetz §§ 15—17 und dazu Ausf.-Best. des Bundesrats vom 15. Sept. 1913 §§ 37ff.
S. 89 Nr. 5. R.G. in L.Z. 1913 S. 765 (§ 222 Abs. 4 bezieht sich nicht auf das Verpflichtungs-, sondern nur auf das Verfügungsgeschäft).
S. 96. Zu § 227 vgl. noch Leist in Holdheim 1914 S. 1, 30, Neuburger in L.Z. 1913 S. 262, 431.
S. 96 Nr. 3 Abs. 2. Im Sinne des Textes auch K.G. in Johow-Ring XLV S. 172.
S. 98 Nr. 9. Über Stempel von Genußscheinen R.St.G. von 1913 Tarif 1 Aa Anm. 4.
S. 99 Nr. 10. Hierzu R.G.Z. LXXXIII Nr. 65.
S. 102 Nr. 2. Hierzu R.G.Z. LXXXII S. 349.
S. 104 Nr. 11. Hierzu R.G. im Recht 1912 Nr. 2703.
S. 107 Nr. 3. Unzulässig ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß ein Vorstandsmitglied, welches die Gesellschaft zusammen mit einem anderen Vorstandsmitglied vertritt, sie vor dem Grundbuchamt allein zu vertreten habe (K.G. in Entsch. F.G. XII S. 225 = Johow-Ring XLIV S. 137).
S. 108 Nr. 6. Das O.L.G. Dresden (L.Z. 1914 S. 967) nimmt an, daß Gesamtprokura auch in der Weise erteilt werden kann, daß der Prokurist die Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit dem vorhandenen einzigen Vorstandsmitglied vertreten kann (schwerlich zutreffend).
S. 112 Nr. 3. Hierzu R.G.Z. LXXXI Nr. 6.
S. 116. Zur Literatur über § 237: Weill, Die Tantieme des Vorstandes und Aufsichtsrates einer A.G. 1913. Über die Frage, ob der Gewinnvortrag Rücklage sei, Rehm in Z.H.R. LXXV S. 68ff., Richter im B.A. XII S. 278, O.L.G. Kiel im B.A. XIII S. 261 (verneinend), Leist im B.A. XII S. 397 (bejahend). Vgl. auch O.L.G. München in Seufferts Bl. LXXVIII S. 45 = O.L.G. Rspr. XXVII S. 346.
S. 117 Nr. 5. R.G.Z. LXXXIII Nr. 72 versagt dem einzelnen tantiemeberechtigten Vorstandsmitglied das Recht, Beschlüsse der Generalversammlung über Gewinnverteilung, soweit nicht ein Verstoß wider Treu und Glauben vorliege, anzugreifen.
S. 118 Nr. 3. Hierzu O.L.G. München in L.Z. 1914 S. 1398.
S. 129 Nr. 7. Hierzu O.L.G. Düsseldorf in L.Z. 1913 S. 789.
S. 129 Nr. 9. Hierzu R.G.Z. LXXXI Nr. 34.
S. 130 Nr. 10. Hierzu K.G. in Entsch. F.G. XII S. 40.
S. 128 Nr. 4. Abreden von Aktionären wie Dritten, diese in den Aufsichtsrat zu wählen, sollen nach der Entsch. des O.L.G. Naumburg in O.L.G. Rspr. XXVII S. 349 nicht ohne weiteres unsittlich sein (bedenklich).
S. 139 bei Nr. 1 (siebente Zeile) l. 579 statt 132.
S. 139 bei Nr. 2 (zwölfte Zeile) l. 43[13].
S. 140. Zur Literatur: Horrwitz, Das Recht der Generalversammlungen der A.G. und K.G. auf A. 1913 (dazu K. Lehmann in Z.H.R. LXXIV S. 546); P. Marcuse in L.Z. 1913 S. 111.
S. 140 Z. 12 l. Dresden statt Breslau.
S. 146 Nr. 8 am Schlusse: Das gleiche gilt von der Abberufung (R.G.Z. LXXXI Nr. 10).
S. 148. Zur Literatur: Wenck, Die Einberufung der Generalversammlungen der A.G. 2c. 1914.
S. 159 Nr. 2. Hierzu R.G.Z. LXXXII Nr. 43, O.L.G. Colmar in L.Z. 1914 S. 405.
S. 161 Nr. 6. Hierzu O.L.G. Celle in O.L.G. Rspr. XXVII S. 350.
S. 168 Z. 2 l. 8 statt 87.
S. 168 Nr. 15. Hierzu R.G.Z. LXXXIII Nr. 38.
S. 171 Nr. 4. Hierzu Dalberg in L.Z. 1913 S. 881.
S. 171 Nr. 5. Nicht zu den „Zuzahlungen" gehören der Aktiengesellschaft von den Aktionären gewährte Darlehen, deren Rückzahlung nur aus dem Reingewinn zu erfolgen hat (R.G.Z. LXXXI Nr. 6).
S. 176 (§ 265). Hierzu O.L.G. Colmar in L.Z. 1913 S. 566.
S. 177 Z. 12 l. O.L.G. Hamburg in Entsch. F.G. II S. 235ff. = Seuffert LVII Nr. 109.
S. 183 Nr. 7. R.G.Z. LXXXIII Nr. 55 gewährt den Sondervertretern das Recht auf Vorlegung von Geschäftsbüchern und Geschäftspapieren, einen Anspruch gegen die A.G. auf Duldung und Unterstützung ihrer Tätigkeit.

S. 187 Z. 15 von unten l. R.G. statt K.G.
S. 188 Nr. 5. Vgl. auch R.G. im Recht 1912 Nr. 3134.
S. 188 Nr. 7. Hierzu O.L.G. Düsseldorf in L.Z. 1914 S. 273.
S. 188 Nr. 8. Ein Generalversammlungsbeschluß liegt nach K.G. in Johow-Ring XLIII S. 105 = Entsch. F.G. XII S. 134 = O.L.G. Rspr. XXVII S. 351 dann nicht vor, wenn die statutenmäßig zur Beschlußfähigkeit erforderliche Anzahl nicht vorhanden ist.
S. 190 Nr. 16. Hierzu R.G. in Seuffert LXVIII S. 329.
S. 191 Nr. 1. Hierzu R.G.Z. LXXXIII S. 414ff.
S. 192 Nr. 1. Hierzu O.L.G. Bamberg in L.Z. 1913 S. 870.
S. 194 bei Nr. 5. Z. 4 l. 258 statt 161.
S. 194 Nr. 5. Hierzu noch Pinner in L.Z. 1913 S. 44.
S. 209 Nr. 2. Zur Literatur: Winckler in L.Z. 1913 S. 48, 456 und Breit in L.Z. 1914 S. 368, ferner Hollaender in Holdheim 1914 S. 88ff.
S. 217 Z. 13 l. vornehmen statt annehmen.
S. 218 (§ 286). Hierzu O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXVII S. 352.
S. 223 Nr. 10. Hierzu Lilie in Z. f. H.R. LXXV S. 344.
S. 228 Z. 12 von oben l. 288 statt 280.
S. 228 Nr. 2. Hierzu R.G. im Recht 1912 Nr. 3135.
S. 236 Nr. 8. Hierzu R.G. im Recht 1913 Nr. 563, 564 = L.Z. 1913 S. 212.
S. 236 Nr. 10. Vgl. R.G Z. LXXXI Nr. 78: Durch den Konkurs der A.G. wird das Amt des Aufsichtsrates nicht beendet. Der Konkursverwalter kann nur mit Zustimmung der Generalversammlung dem Aufsichtsratsmitglied kündigen. Der Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder auf Vergütung fällt mit dem Konkurse fort Hierzu auch E. Jaeger in L.Z. 1913 S. 355.
S. 247 Nr. 2. Hierzu K.G. im Recht 1913 Nr. 1370.
S. 256 Nr. 5. Hierzu Bayer. Obst.Lb.G. in Entsch. F.G. XII S. 218 = L.Z. 1913 S. 163 = Joh.-Ring XLV S. 325. Dagegen Josef in L.Z. 1914 S. 657.
S. 257 Nr. 6. Hierzu Labes in L.Z. 1914 S. 743.
S. 269 Nr. 6. Nach der Entsch. der R.G. im Recht 1914 Nr. 1329 soll der Konkursverwalter der fusionierten Gesellschaft nicht berechtigt sein, Dritte auf Rückgabe solcher Vermögensgegenstände zu verklagen, welche die aufnehmende Gesellschaft zur Sicherung eigener Verbindlichkeiten veräußert hat.
S. 270 Nr. 6. Hierzu O.L.G. Hamburg in O.L.G. Rspr. XXIV S. 140.
S. 271 Nr. 10. Hierzu O.L.G. Cöln im Recht 1913 Nr. 1798, R.G. in L.Z. 1913 S. 303 = J.W. 1913 S. 334[21].
S. 272 Nr. 14. Stempel: jetzt R.St.G. von 1913 § 7 und Tarif 1 Aa, 1 A d, 4 a.
S. 279 Nr. 8. Nichtigkeit kann auch nachträglich durch Fortfall eines wesentlichen Erfordernisses eintreten (Marcus in Holdheim 1912 S. 52).
S. 279 Z. 22 von unten l. 100 statt 180.
S. 287 Nr. 2. Hierzu R.G.Str. in D.J.Z. 1914 S. 171.
S. 294 Nr. 3. Hierzu K.G. bei Kaufmann XIV S. 63, R.G. im B.A. XIII S. 30.
S. 319 Nr. 11. Das R.G. in J.W. 1913 S. 1040[10] entscheidet sich für Anwendbarkeit des § 142.
S. 327 Nr. 2. Hierzu R.G. im Recht 1914 Nr. 1459 (die Witwe des verstorbenen Gesellschafters, die nach dem Gesellschaftsvertrag auf $^1/_3$ des Reingewinns Anspruch gegen den überlebenden, das Geschäft allein fortführenden Gesellschafter hat, ist nicht stiller Gesellschafter.

Sachregister.

A.

Abberufung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft 458f.
Abgeleitete Firmen 113ff.
Ablauf der Zeit — als Endigungsgrund der offenen Handelsgesellschaft 417.
Abschlagsverteilungen während der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft 472f.
Abschlußagent 294, 298, 300.
Abschreibungen in der Bilanz 174f.
Abschriften — Recht auf Erteilung von A. aus dem Handelsregister 68f.
Absolute Handelsgeschäfte 2.
Absoluter Charakter der Prokura 191f., — der Vertretungsmacht des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 398.
Abstrakter Charakter der Prokura 191.
Abtretung s. Übertragbarkeit.
Abwicklungsgeschäfte bei der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft 464.
Adoption — Fortführung der Firma bei A. und bei Aufhebung der A. 113, 114.
Afteragent 297, 306.
Agent 293, s. Handlungsagent.
Agenturbureau 36, 39, 43.
Agenturvertrag 294f.
Agio — in der Bilanz 176.
Aktienbücher 168.
Aktiengesellschaft — Firma der A. 109f., — Fortführung der Firma bei Erwerb eines Handelsgeschäftes 117, Umgründung einer offenen Handelsges. in eine A. 481. — Vgl. ferner S. 520—522.
Aktiva in der Bilanz 174ff., — des Handelsgeschäftes 125, Übertragung der A. 127f., 129.
Alleinvertreter 307.
Amtliche Makler 35, 37, 311.
Amtsgericht — als Registergericht 61.
Amts wegen, von — Eintragungen in das Handelsregister 66, des Erlöschens der Firma 153, — der Konkurseröffnung 154, 156, — der Vorstandsmitglieder u. Liquidatoren einer jur. Person 156, der Liquidatoren bei der offenen Handelsges. 460.
Änderung in den Verhältnissen der jur. Person — Anmeldung zum Handelsregister 156f., der Firma 152, — der Vertretungsmacht des Gesellschafters der offenen Handelsges. 394, der Prokura 197.
Aneignung 22.
Anfechtung des Dienstvertrages mit dem Handlungsgehilfen 243, — des Gesellschaftsvertrages 337, 427, — eines Beschlusses der offenen Handelsges. 375.
Anfechtungsrecht des Dritten bei Betrug des Vermittlungsagenten 297, — der offenen Handelsgesellschaft, Ausübung des A. 412.
Angestellte — Begriff der A. 210f., Vollmacht der im offenen Laden A. 206f.
Anmeldung der Eintragung zum Handelsregister 72f., — Inhalt der A. 72, — Bewirkung 72, — Bevollmächtigte bei der A. 72f., — bei mehreren Hauptniederlassungen 80, — bei Haupt- und Zweigniederlassung 80f., — der Firma 144f., — des Ortes der Handelsniederlassung 145, — der Änderung der Firma 152f., — der Änderung der Inhaber der Firma 152, — der Verlegung der Niederlassung 152f., — der jur. Person und ihrer Rechtsverhältnisse 154ff., 156ff., — des Unternehmens des Reichs, Bundesstaates, Kommunalverbandes 158f., — der Prokura 196f., — der offenen Handelsges. 343ff., — der Fortsetzung der offenen

Handelsges. mit den Erben einer Ges. 440 f., — der Auflösung und des Ausscheidens eines Ges. bei der offenen Handelsges. 447 f., — der Liquidatoren einer offenen Handelsges. 459 f., — des Erlöschens der Firma einer offenen Handelsges. 478, — der Kommanditges. 493 f., — der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage der Kommanditisten 513 f.

Annoncenbureau 39.

Anrechnungspflicht des Handlungsgehilfen bei der Konkurrenzklausel 271 f., — bei unverschuldeter Nichtleistung der Dienste 230.

Anschaffungsgeschäfte 22 ff.

Anteil des Gesellschafters bei der offenen Handelsges. 333 ff.

Antrag auf Entziehung der Geschäftsführung bei der offenen Handelsges. 370 ff., — auf Entziehung der Vertretungsmacht eines offenen Handelsges. 403 f., — auf Auflösung der offenen Handelsges. 423 f., — auf Ausschließung eines Ges. bei der offenen Handelsges. 441 f., — auf Bestellung von Liquidatoren 457 f., — auf Abberufung der Liquidatoren 459.

Anzeigepflicht des Handlungsagenten 296, — des Maklers bei Schlußnote mit Vorbehalt 318 f.

Apotheker als Kaufmann 27

Apothekergehilfen als Handlungsgehilfen 214.

Arbeitszeit des Handlungsgehilfen 227.

Armenrecht — Gewährung des A. an die offene Handelsges. 388.

Arzt — Gewerbebetrieb des A. 39, — Untersuchung der Handlungsgehilfen durch A. des Prinzipals 249.

Aufbewahrung der Handelsbücher 180, — der offenen Handelsges. nach beendeter Liquidation 479, — der Urkunden beim Registergericht 64, — der Probe durch den Handelsmäkler 320.

Aufgabe — Vorbehalt der A. in der Schlußnote 317.

„an Aufgabe" 317.

Auflassung bei Einbringen von Grundstücken in die offene Handelsges. 357 f., — bei Übernahme des Geschäftes durch einen Gesellschafter 446, 480.

Auflösung der offenen Handelsges. 417 ff. s. offene Handelsges., — der Kommanditges. 516 ff. s. diese, — des Handelsgewerbes bei Minderjährigkeit des Kaufmanns 11 f.

Aufrechnung bei der offenen Handelsges. 390, — des Gesellschafters mit Forderungen der Gesellschaft 412, — des Kommanditisten 506.

Aufwendungen des Gesellschafters — Ersatz der A. 354 f., — des Maklers 323, — des Agenten 308.

Auktionator 36, 39.

Ausbuchung 176.

Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Ges. aus der offenen Handelsges. 481 ff., — Stellung des Ausscheidenden zu dritten, — Zweck der A. 483 f., — Zeitpunkt der A. 483, — Feststellung des Kapitalkontos 483, — schwebende Geschäfte 484, — Rechenschaftspflicht 485, — bei Übernahme des Geschäftes durch einen Ges. 485, — Konkurrenzbeschränkungen 485 f., — bei der Kommanditgesellschaft 518.

Aushändigung der Vereinbarung über die Konkurrenzklausel an den Handlungsgehilfen 260.

Aushilfsangestellte 239.

Auslagen des Handlungsgehilfen 231 f., — des Agenten 308, — des Maklers 323.

Auskunftsbureau 39.

Ausländer — Zweiggeschäft im Inland 81, — Firma 101 f., — Firmenschutz des Ausländers 165, — Kaufmann 19, — offene Handelsges. 342, — Fiskus, Eintragungspflicht des A. 158.

Auslandsagent 297, 298, 300.

Ausscheiden des Gesellschafters, — Bedeutung für die Fortführung der Firma 122 f., — bei der offenen Handelsges. 433 f., — Stellung des ausgesch. Ges. 410, — des Kommanditisten 512, — eines Ges. bei der Kommanditges. 518.

Ausschließlichkeit des Firmenrechts 147 ff.

Ausschließung des Gesellschafters 441 f.

Ausschlagung der Erbschaft, — Bedeutung für die Fortsetzung der offenen Handelsges. 437.

Außereuropäische Handelsniederlassung — Handlungsgehilfen in A. 238, 276.

Austritt des Gesellschafters 143.

Auswanderungsagent 36.

B.

Bäcker als Kaufmann 27.

Bank 32.

Bankagent 36.

Bankier 31 f.

Bankkommissionsgeschäft 31.

Baubücher 168.

Bauhandwerker 27, 29.

Bautischler 40.

Bauunternehmer 27, 29.

Beamter als Kaufmann 5, 60.
Bearbeitung — Begriff der B. 27.
Beendigung der Liquidation der offenen Handelsges. 477.
Beginn der offenen Handelsges. 382ff., — der Kommanditges. 514f.
Beibücher 168.
Beiträge des Gesellschafters 356f.
Bekanntmachung der Eintragung in das Handelsregister 69f., — Publikationsblätter 71, — Wirkung der B. 90f., — Wirkung der Nichtbekanntmachung 88f., — des Ausschlusses der Haftung des Erwerbers des Handelsgeschäftes 131, — der Kommanditges. 493f., — der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten 513f., — s. auch Handelsregister.
Belastung von Grundstücken durch den Prokuristen 190, — durch den Handlungsbevollmächtigten 202, — durch den vertretungsberechtigten Ges. einer offenen Handelsges. 401.
Beleidigung als wichtiger Grund zur Aufkündigung des Dienstvertrages mit dem Handlungsgehilfen 245, 249.
Benachrichtigung der Beteiligten durch das Registergericht 64.
Bergwerksgesellschaft 40.
Berichtigung des Zeugnisses — Anspruch des Handlungsgehilfen auf B. 252.
Bescheinigungen aus dem Handelsregister — Recht auf Erteilung von B. 69.
Beschluß auf Auflösung der offenen Handelsges. 418f.
Beschlußfassung bei der offenen Handelsges. 374f., — bei der Kommanditges. 496.
Beschränkte Haftung des Kommanditisten 505ff.
Beschränkung der Vollmacht des Prokuristen 191f., — der Handlungsvollmacht 202f., — der Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters 399, — der Vertretungsmacht der Liquidatoren 467.
Beschwerde gegen Verfügungen des Registerrichters 65, — im Ordnungsstrafverfahren 85f., vgl. 162.
Bestellungsbücher 168.
Betreiben des Gewerbes 6f.
Bewegliche Sachen als Gegenstand des Handelsgewerbes 24f.
Beweiskraft der Handelsbücher 181.
Beweislast bei behaupteter Einschränkung der Handlungsvollmacht 203, — bei Behauptung des Vorhandenseins eines wichtigen Grundes für die Aufhebung des Engagementsvertrages 242, — bei Behauptung der Unwirksamkeit der Konkurrenzklausel 263, — bei Geltendmachung des Anspruchs auf Agentur- und Maklerprovision 305, 326, — bei Geschäften der Liquidatoren der offenen Handelsges. 465, — bei Behauptung des Bestehens der offenen Handelsges. 384, — bei Behauptung des Handelns für die offene Handelsges. 400.
Bewertung in der Bilanz 174ff.
Bezahlte Karenz bei der Konkurrenzklausel 255, 260f.
Bezirksagent 306f.
Bilanz 170ff., — Aufstellung in Reichswährung 174, — Zeitpunkt der Bewertung 174, — Bewertung 174ff., Unterzeichnung 177f., — im Liquidationsstadium der offenen Handelsges. 469f., — Anspruch des am Gewinn beteiligten Handlungsgehilfen auf Vorlegung der B. 218, des Handlungsagenten (?) 309, — des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters einer offenen Handelsges. auf Anfertigung einer B. 373, — des Kommanditisten auf Erteilung einer Abschrift der B. 498f.
Binnentransportanstalten 32f.
Börsenremisiers 36, 296.
Böttcher als Kaufmann 27.
Brauer als Kaufmann 27.
Buchauszug — Recht des Handlungsagenten auf B. 308f.
Bücher s. Handelsbücher, — Recht des tantiemeberechtigten Handlungsgehilfen auf Einsicht der B. 218f., des Agenten 300f., 308f., — des Gesellschafters bei der offenen Handelsges. 373, — des Kommanditisten 498.
Buchhalter als Handlungsgehilfe 212.
Buchhandel — Geschäfte des B. 38.
Bucketshop 60.
Bürgerliche Ehrenrechte und Befugnis zur Haltung von Lehrlingen 291.

C.

Chancen des Handelsgeschäftes 125.
commis interessé 218, 309.
Contumacia des Handlungsgehilfen 248.
croupier 351.

D.

Dampfschiffahrtsunternehmungen 33.
Darlehn — Aufnahme eines D. durch Handlungsbevollmächtigten 202.
Dauerkontenbücher 179.
Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft 386.

Delkrederekonto 176.
Delkrederestehen des Agenten 296.
Depotgeschäft 31.
Depotnummernbuch 169.
Depositengeschäft 31.
Detektivinstitut 39.
Deutsches Reich als Unternehmer 158, 178.
Dienstbote 292.
Dienste als Einlage des offenen Handelsges. 356, — des Kommanditisten 493.
Dienstkaution — Aufnahme ins Inventar 170.
Dienstmannsinstitut 39.
Dienstvertrag — Vertrag des Handlungsgehilfen als D. 214ff., — Agenturvertrag als D. 295.
Dienstverweigerung des Handlungsgehilfen 248f.
Disagiokonto 176.
Dispositionsstellung gegenüber dem Handlungsreisenden 205f., — gegenüber dem Agenten 301f.
Dissociatio 418.
Distanzkauf — Behandlung im Inventar 171.
Doppelte Buchführung 168f.
Droschkenunternehmungen 33.
Druckereien — Geschäfte der D. 38.
Durchstreichungen in Handelsbüchern 179.

E.

Edition von Handelsbüchern 181f.
Ehefrau s. Handelsfrau, — Firma der E. 114, — als Mitglied einer offenen Handelsges., Rechte des Ehemanns 13, 350, 352, 372, — Beteiligung an einer Kommanditges. 491.
Ehemann, Kündigungsrecht des E. bei Beteiligung der Ehefrau an einer offenen Handelsgesellschaft 422f., — Rechte am Geschäftsvermögen der Ehefrau 13ff., — s. Ehefrau, Handelsfrau.
Ehrenwort — Vereinbarung einer Konkurrenzklausel unter E. 267.
Ehrverletzung der Handlungsgehilfen 245f., 249f.
Eidesleistung im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft 388, — der Liquidationsgesellschaft 466, — nach Beendigung der Liquidation 477f., — im Prozesse der Kommanditgesellschaft 504.
Eigentümergrundschuld — -hypothek — Verfügung des Prokuristen über E. 190.
Einführungsprämie des Agenten 303.
Eingebrachtes Gut der Ehefrau — Haftung des 14ff., — s. Handelsfrau.
Einkaufskommissionär — Gut des E., Aufnahme im Inventar 171.
Einlage des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft 356ff., — Leistung der E. 357f., — Rückgewähr der E. 471f., 483, — Einforderung der E. durch Liquidatoren 463, — des Kommanditisten 492f, 502, 510, — Leistung der E. des K. 506, — Erlaß, Stundung, Rückzahlung der E. des K. 510f., — Erhöhung der E. des K. 509, — Herabsetzung 513.
Einlageversprechen 357.
Einsicht in das Handelsregister 68, — in Handelsbücher 183, — der Bücher und Papiere der offenen Handelsgesellschaft 373, — der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft 479, — der Bücher und Papiere der Kommanditgesellschaft 498.
Einspruch des Ehemanns 15, — im Ordnungsstrafverfahren 85, bei unbefugtem Firmengebrauch 162.
Einstellung des Geschäftsbetriebes der Erben 138ff.
Einstweilige Fortführung des Geschäfts durch die Erben 138ff.
Einstweilige Verfügung — Löschung einer Firma durch e. V. 153, 165, bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft 424, auf Entziehung der Geschäftsführung des Gesellschafters 371f., — auf Entziehung der Vertretungsmacht 404, — bei Ernennung von Liquidatoren 457.
Eintragung ins Handelsregister 61ff., — Bedeutung der E. 86ff., 91f., — des Ausschlusses der Haftung für die Geschäftsschulden bei Übernahme des Handelsgeschäfts 131, — der Prokura 196f., — des Nebengewerbes 46f., — der Firma 56ff., 144ff., — der offenen Handelsgesellschaft, Beginn der Wirksamkeit durch E. 382f., — eintragungsbedürftige Tatsachen bei der offenen Handelsgesellschaft 344, 394, 447, der Liquidatoren 460, — der Kommanditgesellschaft 493f., 515, — der Haftsumme des Kommanditisten 508f., 512, 513, s. Handelsregister.
Eintritt als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns 142ff., — in eine offene Handelsgesellschaft 413f., — Haftung bei E. 413f., — als Kommanditist 512, 516.
Eintrittsrecht des Prinzipals bei Übertretung des Konkurrenzverbotes durch Handlungsgehilfen 224f.

Einwendungen des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 411 ff., — des Kommanditisten 506.
Einwilligung des Prinzipals in eigene Geschäftstätigkeit des Handlungsgehilfen 221 f., — der Mitgesellschafter in eigene Tätigkeit des Gesellschafters 361.
Einzelgeschäftsführung 366.
Einzelhandlungsvollmacht 198, 201.
Einzelvertretung des Gesellschafters 393 f., — der Liquidatoren 466.
Eisenbahnfiskus als Kaufmann 9, 32.
Eisenbahnunternehmungen 33.
Elterliche Gewalt, — Einfluß auf den Kaufmann 10 ff.
Emissionsgeschäft 31.
Engagementsvertrag 214 f.
Entlassung des Handlungsgehilfen 240. 246 ff.
Entnahmebefugnis des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 380 f., — bei der Kommanditgesellschaft 502 f.
Entziehung der Geschäftsführung des Gesellschafters 370 f., — der Vertretungsmacht 403 f., — bei der Kommanditgesellschaft 504.
Erbe — Haftung desselben für Geschäftsschulden 137 ff., — Einwilligung in die Fortführung der Firma durch E. 117 f., — Fortführung des Geschäftes mit Firma durch E. 138 f., — Fortführung ohne Firma 140, — Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit E. 435 ff., — Einstellung des Betriebes durch E. 130.
Erbauseinandersetzung — Übernahme des Geschäfts durch einen Erben bei der E. 141.
Erbengemeinschaft und offene Handelsgesellschaft 336 f., 340.
Erbschaftskauf — Fortführung der Firma bei E. 118.
Erbschaftskäufer 26
Erfindungen des Handlungsgehilfen 216 f.
Erfüllung durch einen offenen Handelsgesellschafter, — Einfluß auf die Schuld der Gesellschaft 407.
Erfüllungsort für die Verpflichtungen der Gesellschafter 349.
Erhöhung der Haftsumme des Kommanditisten 509 f.
Erlaß der Einlage d. Kommanditisten 510.
Erlöschen der Firma 152 f., — Anmeldung des E. 153 f., — der Prokura 195 f. — Eintragung des E. 197, — der Handlungsvollmacht 208.
Ermächtigung der im offenen Laden Angestellten 205 f.
Ernennung der Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft 457.
Eröffnungsbilanz — Inventar 171 f., — der Liquidatoren 469 f.
Errungenschaftsgemeinschaft — Einfluß auf die Stellung der Handelsfrau 17.
Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen durch Konkurrenzklausel 266.
Ersitzung des Firmenrechts (?) 163.
Erteilung der Prokura 186 f., 196 f. — bei der offenen Handelsgesellschaft 369, 401 f.
Erwerb des Handelsgeschäftes 115 f., 126 ff., — durch Minderjährige 11 f.
Erwerbsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft 385 f.
Erwerbsgesellschaften 9.
Erwerbsversicherung 30.
Erziehungspensionat 41.
Etablissementsname 53, 102, 104.
Expedient als Handlungsgehilfe 212.
Exportkommissionär 34.
Extraprovision des Agenten 305 f.

F.

Fabrik — Gegensatz zum Handwerk 50.
Fabrikant 27.
Fähranstalten 33.
Fahrnisgemeinschaft — Einfluß auf die Stellung der Handelsfrau 17.
Fälligkeit des Anspruchs des Handlungsagenten 305.
Familienname in der Firma 103.
Feiertage — Handlungsgehilfe 249; Lehrling 285.
Fernreisende siehe Reisende.
Feststellungsklage des Handlungsgehilfen 243, 264.
Fest zu Händen (Mäkler) 324.
Filiale 78.
Fiktive Kaufleute 21.
Firma 95 ff., — rechtliche Natur 96, — Begriff 96 f., — Entstehung, Eintragung 97, — Auftreten unter der F. 97 f., — Gebrauchen der F. 98, — Firmenpflicht 98, — im Prozesse 99, — Sprache und Schriftzeichen der F. 101, — Ausländische F. 101, — und Etablissementsname 102, — des Einzelkaufmanns 102 ff., — der juristischen Person 106, — der offenen Handelsgesellschaft 107 f., 334, 341, — der Kommanditgesellschaft 108, 492, — der Aktiengesellschaft 109 f., — der Kommanditgesellschaft auf Aktien 109 f., — Gewerbepolizeiliche Vorschriften 111 ff., — Fortführung der

F. 113 ff., — bei Änderung des Namens 113 f., — bei Erwerb des Handelsgeschäftes 114 ff., 121, — bei teilweisem Wechsel der Geschäftsinhaber 122 f., — Bedeutung der Fortführung der F. für die Schuldenhaftung 129 ff., — Pflicht zur Anmeldung der F. 144 f., — Bedeutung der Anmeldung der F. 146, — Zeit, Ort, Form der Anmeldung der F. 145 f., — Pflicht zur Zeichnung der F. 146, — Ausschließlichkeit des Firmenrechts 147 ff., — Abänderung der F. bei Kollision 150 f., — Verlust der F. 151, — Anmeldung der Änderung der F. 152, — Anmeldung des Erlöschens der F. 153 f., — Unbefugter Gebrauch der F. 159 ff., — Einschreiten des Registerrichters 159 f., — Ansprüche des Verletzten 163 ff., — Die Firma in der Bilanz 177, — Bedeutung der Eintragung und Löschung der F. für das Bestehen der Kaufmannseigenschaft 20, — bei Minderkaufleuten 52 f., — Bedeutung der Eintragung der F. in das Handelsregister 56 ff., — der Zweigniederlassung 151.

Firmenwahrheit, Prinzip der F. 103.

Fiskus als Kaufmann 8 f., 158.

Forderungen, Übergang der F. bei Veräußerung des Handelsgeschäfts 133 f., — in der Bilanz 175 f.

Form des Gesellschaftsvertrages 342, 493, des Engagementsvertrages 214, — der Vereinbarung eines Wettbewerbverbotes 259 f., des Lehrvertrages 284.

Formkaufleute 21, 59.

Forstwirtschaft 43 ff.

Fortbildungsschule, Besuch durch Lehrling 286.

Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft 415, 433 ff.

Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft 415 f.

Fortsetzungsbeschluß der offenen Handelsgesellschaft bei Kündigung durch einen Gesellschafter 422, — mit den Erben des gestorbenen Ges. 435 f., — bei Auflösung durch gerichtliche Entscheidung 427 f., — bei Kündigung durch einen Privatgläubiger 430, — bei Konkurs 452 f.

Frachtbestätiger 36.

Frachtflößer 32.

Frachtführer 32.

Frachtmakler 36

Frist, Überlegungsfr. des Erben des Kaufmanns 140, 437, — der Kündigung beim Engagementsvertrag 235, 236, — beim Wettbewerbverbot 262 ff., 273 ff., 275 ff.

Fürsorgepflichten des Prinzipals 226 ff., 285, 291.

Fusion zweier Einzelgeschäfte 142 f.

G.

Gärtnerei 44.

Gastwirtschaft 27, 111, — Verpflichtung zur Anbringung des Namens auf dem Ladenschild 111 f.

Gefälligkeitsakzept in der Bilanz 176 f.

Gehalt des Handlungsgehilfen 217, — der Agenten 303, 306.

Geldwechslergeschäfte 31 f.

Gelegenheitsagent 294

Gelegenheitsgesellschaft 331

Gemischte Firmen 103.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei Minderjährigkeit des Kaufmanns 11 f., 338, 491, 214 f., 283, — der Geschäfte des Vermittlungsagenten durch den Geschäftsherrn 298 f.

Genehmigung von Handlungen eines Prokuristen bei der Gesamtprokura 187, — bei Handlungen eines Gesellschafters bei Gesamtvertretung 395 f.

Generalagent 293 f., 297.

Generalhandlungsbevollmächtigter 198, 200 f.

Gerber als Kaufmann 27.

Gericht, Führung des Handelsregisters durch G. 61 ff., — Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch G. 423 f., — Ausschließung eines G. durch G. 441 f., — Entziehung der Geschäftsführung eines Ges. durch G. 370 f., — der Vertretungsmacht des Ges. 403 f., — Ernennung und Abberufung der Liquidatoren durch G. 457, 458.

Gerichtssprache 67.

Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschafter 389, 406.

Gesamtgeschäftsführung bei der offenen Handelsgesellschaft 367.

Gesamtgut — Aufnahme ins Inventar 170, — in die Bilanz 176.

Gesamthand — siehe offene Handelsgesellschaft.

Gesamtprokura 187 f. Prokura.

Gesamtvertretung bei der offenen Handelsgesellschaft 393, 394 f.

Geschäftsbeginn der offenen Handelsgesellschaft 383 f., — der Kommanditgesellschaft 515 f.

Geschäftsfähigkeit — beschränkte G. des Kaufmanns 10 ff., — des Prokuristen 186, — des vertretungsberechtigten Gesellschafters 392.

Geschäftsführung bei der offenen Handelsgesellschaft 363ff., — und Vertretung 363, — Fortbestand der G. trotz Auflösung der Gesellschaft 430f., — bei der Kommanditgesellschaft 496, — s. offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft.
Geschäftsgeheimnis — Verrat durch Handlungsgehilfen 223.
Geschäftsname des Minderkaufmanns 53, — Veräußerung des G. 54.
Geschäftsräume — Fürsorgepflicht des Prinzipals für G. 226ff.
Geschäftsschulden — Begriff der G. 125, — Haftung für G. 130ff., 137ff., 142ff.
Geschäftsunfähiger Kaufmann 10.
Geschäftsunfähigkeit — Einfluß auf die Beendigung der Prokura 195.
Gesellschafter als Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft 409ff.
Gesellschaftsvertrag bei der offenen Handelsgesellschaft 347ff., — Inhalt 347f., — als gegenseitiger Vertrag 348f.
Gesundheit — Fürsorgepflicht des Prinzipals 226f.
Gewerbe 4ff.
Gewerbliches Unternehmen 39f.
Gewerbliche Arbeiter 212, 292.
Gewinn — bei der offenen Handelsgesellschaft 378, — bei der Kommanditgesellschaft 499f., — Beteiligung des Handlungsgehilfen am G. 218.
Giroverbindlichkeiten in der Bilanz 177.
Gratifikationen des Handlungsgehilfen 219, — Verpflichtung zur Herausgabe 216.
Großhandwerker 50.
Großreederei 40.
Grundbuch und Handelsregister 86f.
Grundstück — Verfügung über G. durch Prokuristen 190, — durch Handlungsbevollmächtigten 202, — Einbringung von G. in die offene Handelsgesellschaft 357, — Veräußerung und Belastung von G. durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter 401.
Grundstückskommissionär 34.
Grundstücksspekulant 25, 39.
Grundstücksvermittler 39.
Gut 25, 32, 34.
Gute Sitten — Wettbewerbverbot und G. 268, Verträge gegen die guten Sitten 215, 313, 337.
Guter Glaube — bei Erwerb einer Firma 118, 163, — bei Gewinnziehung durch den Kommanditisten 511.
Gütergemeinschaft — Einfluß auf die Stellung der Handelsfrau 17.
Güterrecht — Einfluß auf die Stellung der Handelsfrau 14ff.
Güterrechtsregister 63.
Gütertrennung — Einfluß auf die Stellung der Handelsfrau 17.

H.

Haftung der Ehefrau 14ff., — des Übernehmers eines Handelsgeschäftes 129ff., — des Erben des Vollkaufmanns 138ff., — des Agenten gegenüber Dritten 297, — des Maklers gegenüber beiden Parteien 320ff., — des Handlungsgehilfen gegenüber dem Prinzipal 216, — bei Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns 142ff., — des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft 341, 404ff., — im internen Verhältnis 352f., — des Kommanditisten 492, 505ff., — des Prinzipals für unerlaubte Handlungen des Prokuristen 191; der offenen Handels-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen der Gesellschafter 386.
Halbseitige Gesamtprokura 188.
Handelsbriefe 169, — Aufbewahrung der H. 180, 479, 518.
Handelsbücher 166ff., — Verpflichtung des Kaufmanns zur Führung von H. 166ff., — Bedeutung der Vorschriften über H. als Ordnungsvorschrift 166, — bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft 167, — bei der Aktiengesellschaft 167, 169, — bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft m. b. H. 167, 169, — Besorgung der H. durch Angestellte 167, — Kontrollbücher 167f., — Zweck und Inhalt 168, — Pfändbarkeit 169, — Inventar und Bilanz 170ff., — Sprache und äußere Form der H. 179f., — Aufbewahrungspflicht 180; nach Beendigung der Liquidation 479, — Beweiskraft der H. 181, — Edition der H. 181f., — Übergabe der H. bei Übertragung des Geschäftes 125, 128f., — der Minderkaufleute 54. — Siehe Einsicht.
Handelsfirma s. Firma.
Handelsfrau 13ff. — Recht des Ehemanns auf Untersagung des Geschäftsbetriebes 13, — Kündigungsrecht des Ehemanns 14, — Einfluß des Güterrechts 14ff., — Verwaltungsgemeinschaft 14ff., — Haftung für Geschäftsschulden 14f., — Prozessuale Stellung 16f., — Gütertrennung 17, — Gütergemeinschaft 17, — Fahrnisgemein-

schaft 17, — Nutznießung und Verwaltungsrecht des Ehemanns 18f., — Ausländische H. 19, — Übergangsbestimmungen 19.
Handelsgeschäfte 115, 124ff., — Bestandteile des H. 124ff., — Erwerb des H. 115f., 124ff., — Bedeutung des Erwerbes 126ff., — im internen Verhältnis 127ff., — im Verhältnis zu den Gläubigern 129ff., — im Verhältnis zu den Schuldnern 133f., — Stellung der Gläubiger beim Erwerb 135ff., — Verjährung der Ansprüche 136f., — Vererbung des H. 138ff., — Vermächtnis des H. 141.
Handelsgefälle 2.
Handelsgesellschaften 331, — als Kaufleute 58, — Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine H. 142ff., — Firma 107ff., 122f.
Handelsgesetzbuch — Entstehung des H. IXff.
Handelsgewerbe 7f., — natürliche und künstliche 8, 22ff., — fingierte 8, — Voraussetzung für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft 340, 491.
Handelsmäkler 35f., 294, 311ff. — Begriff 312ff., — und Agent 313, — Eingehung und Beendigung des Vertrages 313f., — Pflicht zur Ausstellung einer Schlußnote 314ff., — Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe 317f., — Wirkung der Annahme einer Sch. 317f., — Rechtzeitigkeit der Anzeige 318f., — Einwendungen gegen den Kontrahenten 319, — Selbsteintrittsrecht des Maklers 319, — Anspruch auf Schadensersatz 319, — Pflicht zur Aufbewahrung der Probe 320, — Inkassovollmacht des M. — 320, — Haftung des M. gegenüber den Parteien 320f., — Inhalt der Haftung 321f., — Anspruch auf Provision 332ff., — Höhe 323, — Zahlung 323, — Voraussetzungen des Anspruchs 323f. — Verjährung 328, — Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen 323, — Verpflichtung zur Führung eines Tagebuches 328f., — Verpflichtung zur Erteilung von Auszügen aus dem Tagebuch 329f., — Vorlage des Tagebuches 330, — Strafe bei Nichtführung 330, — Krämermakler 330.
Handelsniederlassung 76f., — Hauptniederlassung 77f., — Zweigniederlassung 78, — Mehrheit von H. 77.
Handelsregister 60ff., — Zuständigkeit der Amtsgerichte zur Führung der H. 61, — Führung des H. 62f., — Zulässigkeit der Eintragungen 63, — Eintragungen und Löschungen 63f., Verfahren 65f., — Öffentlichkeit des H. 68f., — Bekanntmachung der Eintragungen 69f., — Bezeichnung der Blätter 71, — Anmeldungen zum H. 72ff., — Anmeldungen zum H. der Zweigniederlassung 80f., — Ordnungsstrafverfahren 65f., — materielle Publizität 86ff., — Bedeutung der Eintragung und Bekanntmachung 87f., 90f., — Bedeutung der Nichteintragung 88ff., — bei der Zweigniederlassung 91, — Eintragung der Formkaufleute in das H. 42f., — der land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbe 46f., — Bedeutung der Eintragung der Firma ins H. 56ff., — s. Anmeldung, Eintragung, Registerrichter.
Handelsstand 1ff.
Handelsvermögen 124f.
Handlungsagent 35f., 293ff., — und Makler 313, — Begriff 293f., — Agenturvertrag 294f., — rechtliche Natur des H. 295, — Pflichten des H. 295f., — Haftung gegenüber Dritten 297, — Hauptagent und Unteragent 297, — Zuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten des H. mit dem Geschäftsherrn 297, — Vertretungsbefugnis 298, 301, — Vermittlungsagent 298f., — Abschlußagent 300, 301, — Inkassovollmacht des H. 301, — Befugnis zur Empfangnahme von Mängelanzeigen, Dispositionsstellungen rc. 301, — als Handlungsreisender 302, — Anspruch des H. auf Provision 303ff., Voraussetzungen des A. 303f., — Höhe der P. 305, — Fälligkeit der P. 305, Extraprovision 305f., — Selbsteintrittsrecht des H. 306, — Bezirksagent 306f., — Provisionsanspruch des Bezirksagenten 306f., — Verpflichtungen des Geschäftsherrn 307, — Anspruch des H. auf Ersatz von Kosten und Aufwendungen 308, — Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges 308f., — Beendigung des Vertrages 309ff., — Anspruch auf Schadensersatz und Vergütung bei H. 310f., — Konkurrenzklauseln beim H. 311.
Handlungsbevollmächtigte s. Handlungsvollmacht, — Gesellschafter als H. 402.
Handlungsgehilfe 209ff., — Begriff 210ff., — Vollmacht der H. 214, — Anstellungsvertrag 214f., — Art und Umfang der Leistungen des H. 215f., — Haftung des H. gegenüber dem Prin-

zipal 216, — Vergütung des H. 217 ff., — Zeitpunkt der Fälligkeit 217 f., — Tantième 218, — Provision 219, 232 f., — Gratifikationen 219, — Gesetzliches Konkurrenzverbot 221 ff., — Bedeutung der Einwilligung des Prinzipals in eigene geschäftliche Tätigkeit 221 f., — Inhalt des K. 222, — Eintritt in fremde Dienste 222, — Verrat von Geschäftsgeheimnissen 223, — Wirkung der Übertretung 224 f., — Anspruch der Geschäftsherrn auf Schadensersatz 224, — Eintrittsrecht des Geschäftsherrn 224, — Verjährung der Ansprüche 225 f., — Kündigungsrecht des Geschäftsherrn 225, — Pflicht des Prinzipals zur Einrichtung und Unterhaltung der Geschäftsräume und Vorrichtungen 226 f., — zur Regelung des Geschäftsbetriebes und der Arbeitszeit 227, — Fürsorgepflicht des Prinzipals bei in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen H. 227, Verletzung der Pflichten 227 f., — Rechte des H. bei Verhinderung infolge unverschuldeten Unglücks 228 ff., — Anrechnungspflicht des H. 230, — Urlaub des H. 230, — Zahlung des Gehalts 231 f., — Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Spesen 231, — Rechte bei vereinbarter Provision 232 f., — Beendigung des Verhältnisses 233 ff., — durch Ablauf der Zeit 233, — durch Kündigung 233 ff., Kündigungsfrist 234 f., — Kündigungstermin 233, — Vertragsmäßige Regelung der Kündigung 235 f., — bei Handlungsgehilfen mit mehr als 5000 M. Gehalt und außerhalb Europas Angestellten 237 f., — bei Aushilfsanstellungen u. Probeanstellungen 237 f., — Kündigung wegen wichtigen Grundes 240 ff., — Wirkung der gerechtfertigten Kündigung 242, — Wirkung der unrechtmäßigen Kündigung 243, — Wichtige Gründe für Austritt des Gehilfen 244 ff., — Unfähigkeit 244, — Nichtgewährung von Gehalt und Unterhalt 245, — Verletzung der Sorgfalts- und Fürsorgepflichten des Prinzipals 245, — Tätlichkeiten, Ehrverletzungen 2c. des Prinzipals 245 f., — Tod des Prinzipals 246, — Konkurs des Prinzipals 246, — Wichtige Gründe für Entlassung durch den Prinzipal 246 ff., — Verletzung der Treuverpflichtung 247, — Verletzung der Gehorsamspflicht 248, — Dauernde Verhinderung 249, — Verletzung der Respektspflicht 249 f., — Sonstige 250, — Feststellungsklage des Gehilfen bezw. Prinzipals 243, — Anfechtung des Engagementsvertrages 243, — Anspruch auf Zeugniserteilung 251 f., — Wettbewerbverbot 253 ff., s. Konkurrenzklausel, — Anstellung von H. bei der offenen Handelsgesellschaft 370.

Handlungslehrling 281 ff., — Begriff 282 f., — juristische Natur des Vertrages mit H. 283., — Abschluß des Vertrages 283, — Form des Vertrages 284, — Inhalt 284 ff., Rechte des Lehrherrn 284 f., — Gesetzliches Konkurrenzverbot, Konkurrenzklausel bei H. 285, — Pflichten des Lehrherrn 285 f., — Beendigung des Vertrages 286 f., — durch Ablauf der Lehrzeit 286 f., — durch Kündigung während der Probezeit 287, — durch Kündigung wegen wichtigen Grundes 287 f., — durch Tod bezw. Konkurs des Lehrherrn 288, Übertritt zu einem andern Gewerbe oder Beruf des H. 288 f., — Wirkung der mißbräuchlichen Ausnutzung des Übertrittsrechts 289 f., — Ansprüche des Lehrherrn bei unbefugtem Austritt 290, — Anspruch des H. auf Zeugnis 290, — Bedeutung des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte für den Lehrherrn 290 f., — Strafbestimmungen 291.

Handlungsreisender 203., — an auswärtigen Orten 204., — Vollmacht des H. 204 f., — Dienstleistungen des H. 215; Spesen und Provision 219, 231 ff., 232 f.

Handlungsvollmacht 198 ff., — Erfordernisse 198, — Erteilung der H. 198, 199 f., — Fähigkeit 198, — Kollektivvollmacht 199, — Kausaler Charakter der H. 199, — Umfang der H. 200, 202, — Generalhandlungsvollmacht 200 f., — Spezialhandlungsvollmacht 201, — Einzelhandlungsvollmacht 201 f., — Besondere Vollmachten 202, — Beschränkungen der H. 202 f., 205, — Wirkung der H. 203, — Erlöschen der H., 208, — Zeichnung der H. 208, — Übertragung der H. 208.

Handwerker 27, 29, 40, 50 f.

Hauptagent 297.

Hauptbevollmächtigter 186.

Hauptniederlassung 77.

Hausdiener 212.

Häusliche Gemeinschaft des Handlungsgehilfen 227.

Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten 513.

Höker 49.

Hypotheken an Grundstücken der offenen Handelsgesellschaft und des Gesellschafters 409.
Hypothekenbanken 31, — Agenturen der H. 36.
Hypothekenmakler 37, 39.

J.

Jahresbilanz 172.
Jahresinventar 172 f.
Ideelle Werte in der Bilanz 177.
Identitätstheorie bei der Liquidationsgesellschaft 474
Illation, Illationsversprechen bei der offenen Handelsgesellschaft 357 f.
Industrielle Betriebe 27, 39 f.
Inkassobureau 39.
Inkassogeschäft 31.
Inkassovollmacht des Handlungsreisenden 204, — des Agenten 301, — des Maklers 320.
Inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Hauptniederlassung 81 f., — Firma 82, — einer juristischen Person 82, — Prokura 83, — einer offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft 83.
Intabulationsprinzip 63.
Inventar 170 f., — Unterzeichnung und Eintragung 177 f.
Juristische Person — Handelsgewerbe einer J. 8 f., — Einfluß des Konkurses auf J. 20 f., — Einfluß der Liquidation auf J. 21, — offene Handelsgesellschaft als (?) 338 f, — Zweigniederlassung einer ausländischen 82, — Firma der J. 106, — Gewerbepolizeiliche Vorschriften für J. 112, — Anmeldung zum Handelsregister 154 ff, 156 f., — Zeichnung der Mitglieder des Vorstandes und der Liquidatoren 157, — als Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft 338 f., — einer Kommanditgesellschaft 491, — Auflösung der J., Wirkung auf die Kommanditgesellschaft 518.

K.

Kameralistische Buchführung 178.
Kapitalanteil bei der offenen Handelsgesellschaft 376 f.
Kapitalhandelsgesellschaft 331.
Kapitalkonto bei der offenen Handelsgesellschaft 334, 335, — des Kommanditisten 500 f., 502 f.
Kastellanvertrag 116 f., 129.
Kaufmann — Begriff 2 ff., — Einfluß der Geschäftsfähigkeit 10 ff., — Ehefrau als K. 13 ff., — juristische Person als K. 8 f. — Einfluß öffentlich-rechtlicher Vorschriften 19, 59 f., — Tragweite und Dauer der Eigenschaft als K. 19 ff., — Fiktiver K. 21, — Natürliche K. 22 ff., — kraft Eintragung ins Handelsregister 38 ff., — land- und forstwirtschaftliche Betriebe 43 ff., — Vollkaufleute und Minderkaufleute 48 ff., — Handelsgesellschaften als K. 58 f., — Formkaufleute 58 f., — Buchführungspflicht des K. 166 ff., — Firma des K. 102 ff., — Übergangsfragen 21 f.
Kaufmännische Dienste des Handlungsgehilfen 212 f.
Kaufmännischer Geschäftsbetrieb 40 f.
Kaufmannsgericht 210.
Kellner als Handlungsgehilfen 213.
Kenntnis — Kennenmüssen des Dritten von Eintragungen im Handelsregister und von eintragungsbedürftigen, nicht eingetragenen Tatsachen 86 ff., — von Beschränkungen der Prokura 192, — von Beschränkungen der Handlungsvollmacht 202 f., — von Beschränkungen der Vertretungsmacht der offenen Handelsgesellschaft 398 f.
Klageänderung — Ausdehnung der gegen die Gesellschaft erhobenen Klage auf die Gesellschafter 406 Anm. 1, — nach Beendigung der Liquidation 478.
Kleingewerbe 40, 49 ff., — Bestimmung durch die Landesregierungen 51.
Kollektivgeschäftsführung 367, — bei der Kommanditgesellschaft 496.
Kollektivprokura 187 f.
Kollektivvertretung bei der offenen Handelsgesellschaft 394 f.
Kommandite 78.
Kommanditgesellschaft 490 ff., 332, — rechtliche Natur 490 ff., — Erfordernisse 490 f. — Gesellschaft 491. — Betrieb eines Handelsgewerbes 491 f., — gemeinschaftliche Firma 492, — Haftung der K. 492, — Anmeldung zum Handelsregister und Bekanntmachung 493 f., — Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft und umgekehrt 494, 495, — Verhältnisse nach innen 495 ff., — Geschäftsführung 496 f., — Konkurrenzverbot 497, — Recht des Kommanditisten auf Abschrift der Jahresbilanz und Vorlegung der Bücher 498 f., — Berechnung von Gewinn und Verlust 499 f., — Beteiligung am Gewinn und Verlust 501 f., — Recht auf Auszahlung des Gewinns 502 f., — Vertretung der K. 504, — Haftung der K. 505 ff., —

Bedeutung der Eintragung der Einlage des Kommanditisten in das Handelsregister 508 ff., — Erhöhung der Haftsumme 509 f., — Erlaß, Stundung, Rückzahlung der Einlage 510 f., — Eintritt als Kommanditist in eine offene Handelsgesellschaft 512, — Ausscheiden des Kommanditisten 512, — Herabsetzung der Einlage 513, — Anmeldung der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage zum Handelsregister 513 f., — Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten 515 f., — Auflösung 516 ff., — Konkurs des Kommanditisten 517, — Kündigung 517, — Ausscheiden eines Gesellschafters 517, — Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter 517, — Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister 517, — Tod des Komplementärs 517, — Tod des Kommanditisten 517, — Konkurs der K. 518, — Liquidation 518, — Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters 518, — Verjährung aller Ansprüche der Gläubiger einer K. 518, — als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft 339, — unter Minderkaufleuten 55, — inländische Zweigniederlassung einer ausländischen K. 83, — Firma der K. 108, — Gewerbepolizeiliche Vorschriften 112.

Kommanditgesellschaft auf Aktien 9 f., — Firma 109 f.

Kommanditist als Kaufmann 9 Anm. 1, 20, — Verbleiben der Erben in der offenen Handelsgesellschaft als K. 435 ff., — s. Kommanditgesellschaft.

Kommissionär 34, 294.

Kommissionsagent 294.

Kommissionsbücher 168.

Kommissionsverleger 38.

Kommunalverband — Unternehmen des K. Eintragung ins Handelsregister 158 f., — Rechnungsabschlüsse des K. 178.

Komplementar — Geschäftsführung des K. 496 f., — Vertretungsmacht des K. 504, — Tod des K. 517.

Konkurrenzbetrieb des Handlungsagenten 296.

Konkurrenzklausel im Vertrage mit Handlungsgehilfen 253 ff., — nach dem A.H.G.B. 254, — nach dem H.G.B. 254, 256 f., — nach der Novelle vom 10. Juni 1914 254 ff., — Geschichte 255 f., — Begriff 257 f., — Inhalt 258 f., — Abschluß 259 f., — Voraussetzungen der Wirksamkeit 260 ff., — bezahlte Karenz 260 f., — Vorhandensein eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Geschäftsherrn 262 f., — örtliche, zeitliche, gegenständliche Beschränkung 266, — Vorhandensein einer Mindestvergütung 266 f., — Minderjährigkeit des Gehilfen 267, — Abgabe des Versprechens unter Ehrenwort 267, — Übernahme der Verpflichtung durch einen dritten 267 f. — Verstoß gegen die guten Sitten 268, — Zahlung der Entschädigung 269 f., — Anrechnungspflicht 270 f., — Kündigung des Gehilfen 273 f., — Kündigung des Prinzipals 274 f., — Sonstige Beendigung des Vertrages 275, — Verzicht des Prinzipals 275 f., — bei Handlungsgehilfen mit über 8000 M. Einkommen und für eine Tätigkeit außerhalb Europas Angenommene 276 f., — Konventionalstrafe bei K. 277 f., — Abweichende Vereinbarungen 279, — Konkursprivileg der Entschädigungsforderung 280, — Pfändbarkeit der Entschädigungsforderung 280, — Geheime Konkurrenzverbote 280, — Uebergangsbestimmungen 281, — Zuständigkeit der Gerichte für Ansprüche aus K. 261, 278, — bei Lehrlingen 285, — bei Volontären 291 f., — bei Agenturverträgen 311; bei Veräußerung des Geschäfts 129; bei Gesellschaften 485 f., 497.

Konkurrenzverbot gesetzliches des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft 360 f., — des Kommanditisten 497, — des Handlungsgehilfen 221 ff., — des Handlungslehrlings 285, — des Prokuristen 194.

Konkurs — Einfluß auf die Kaufmannsqualität 20 f. — des Geschäftsherrn — Einfluß auf den Agenturvertrag 309, — auf den Maklervertrag 314, — auf den Vertrag mit dem Handlungsgehilfen 246, 250, — Firma im K. 96, 117, — Eintragung ins Handelsregister 154, — Einfluß auf die Prokura 195, — der offenen Handelsgesellschaft 407 f., 449 ff, — des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft 419 f., — Fortsetzung der Gesellschaft im Falle des K. 433 f., 449 ff., — der Kommanditgesellschaft 518, 506, — des Kommanditisten 517, — Handelsbücher im K. 184, 180.

Konkursprivilegien — der Ansprüche der Angestellten 219, 280, — der Agenten 305, — der Mäkler 328.

Konkursverwalter — Bestellung von Prokuristen 186, — Erklärung der Ausschließung eines Gesellschafters gegenüber dessen K. 443 f., — Stellung im Konkurse der offenen HG. und Kommanditgesellschaft 452, 506; im Konkurs eines Gesellschafters 450 ff.
Konsignation — Aufnahme von in — gegebenen Waren in die Bilanz 170, —
Kontokorrentgeschäft 31.
Kontrabücher 168.
Kontrahieren mit sich selbst — durch den Prokuristen 192, — durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft 399, —
Kontrollbücher 167 f.
Kontrollrechte des offenen Handelsgesellschafters 373 f., — der Gesellschafter während der Liquidation 470, — des Kommanditisten 498 f.
Konventionalstrafe bei der Konkurrenzklausel 277 f., — bei Aufhebung des Vertrages mit dem Handlungsgehilfen 244.
Konzession und Handelsgewerbe 59.
Kopierbuch 169.
Kosten in der Bilanz 177.
Kraftfahrzeugunternehmungen 33.
Krämermakler 37, 329, 330, 54.
Krankheit des Handlungsgehilfen 229, 244 f., 249, — des Agenten 310.
Kündigung beim Handlungsgehilfenvertrag 233 ff., — wegen wichtigen Grundes 240 ff., — beim Lehrvertrag 287 f., — beim Agenturvertrag 309 f., — der offenen Handelsgesellschaft 421 ff., — durch den Privatgläubiger des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft 428 ff., — des Ehemanns 14, — bei Beteiligung der Frau an einer offenen Handelsgesellschaft 422, 444.
Kundschaft in der Bilanz 177.
Künstler als Kaufmann 39.
Kunsthandel 38.
Kursmakler 311 f.

L.

Laden, Angestellte im offenen 206, — Anbringung des Namens bezw. der Firma 111 f.
Lagerhalter 34 f.
Landesgesetze XXI f.
Landesregierung — Bestimmung des Kleingewerbes durch L. 50 f., — Bestimmung benachbarter Orte durch L. 148.
Landwirtschaft 43 ff.
Lebenszeit — Anstellung des Handlungsgehilfen auf L. 235, — Eingehung der offenen Handelsgesellschaft auf L. 428.
Leihbibliothek 38, 39.
Liquidation — der offenen Handelsgesellschaft 453 ff., — der Kommanditgesellschaft 518, — Einfluß der L. auf die Kaufmannsqualität 21, — Bestellung von Prokuristen während der L. 186, 464.
Liquidationsbilanz 178, 469 f.
Liquidationsgesellschaft 415, 474 ff., — Interne Rechtsverhältnisse 475 f., — Stellung nach außen 476.
Liquidatoren — Stellung der L. 211, 461 ff.
Locatio conductio irregularis 29
Lohndrusch 45.
Lohnhandwerker 29, 50.
Lombardgeschäft 31
Löschung der Firma 63 f., — von Amts wegen bei unbefugtem Gebrauch 162, — bei Nebengewerben 47 f.
Lotteriekollekteur als Kaufmann 26, 36, 39.
Luftschiffahrtsunternehmungen 33.

M.

Mehrheit von Handelsniederlassungen 77, — der Erben — Übergang des Geschäftes an M. 140, — von Handelsgewerben 6, — von offenen Handelsges. derselben Personen 340 f.
Menglagergeschäft 35.
Minderjähriger Kaufmann 10 ff., — Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft 338, — an einer Kommanditgesellschaft 491, — Konkurrenzklausel bei m. Handlungsgehilfen 267, Buchführung des M. 167, 172.
Minderkaufmann 49 ff., — Begriff 49 f., — Sonderstellung 52 ff., — Firma 52 f., — Handelsbücher 54, — Prokura 55, — offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft 55.
mise 30
Möbelleihvertrag 23.
Molkerei — Kaufmann 27
Montanbetrieb — Kaufmann 39
Müller als Kaufmann 27.

N.

Nachorders — Provisionsansprüche des Agenten bei N. 303.
Name und Firma 96 ff., — Schutz 165, — des Minderkaufmanns 52 f.
Namensänderung — Einfluß auf die Firma 113 f.

Natürliche Handelsgewerbe 8, 22ff.
Nebengewerbe der Land- u. Forstwirtschaft 44f., — Berechtigung zur Eintragung ins Handelsregister 46f, — Löschung der Firma 47f.
Nebenintervenient — Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft als N. 388 Anm.
Nebensache 27.
Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft 337, 416, — des Beschlusses einer offenen Handelsgesellschaft 375.
Niederlegung des Amts als Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft 459, — der Prokura 196.
Nießbrauch am Handelsgeschäft 116f., 118, 119, 121, 128f.
Notar — Ermächtigung zur Stellung der Anträge beim Handelsregister 73, 74.
Notwendige Streitgenossen — Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft als 408.
Nutznießung des Vaters am Handelsgeschäft 12, — des Ehemanns 18f.
Nutzungspfand am Handelsgeschäft 127, 128f.

O.

Oberagent 297.
Oberkellner als Handelsgehilfe 213.
Offene Handelsgesellschaft 332ff., — rechtliche Natur 332ff. und Ges. des bürgerlichen Rechts 332f., — Errichtung der O. H. 336ff., — Voraussetzungen der Errichtung 55, 336f., — Vorhandensein einer Gesellschaft 336, — Betrieb eines Handelsgewerbes 340, — Gemeinschaftliche Firma 341, — Unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter 341, — als Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft 339f., — Errichtung mehrerer O. H. durch dieselben Personen 340f., — Eintragung ins Handelsregister 341f. — Form des Vertrages 342, — Ausländische O. H. 342, — Anmeldung der O. H. zum Handelsregister 343ff., 345, — Zeit der Anmeldung 344, — Inhalt der Eintragung 344, — bei Änderung der Firma und Verlegung des Sitzes oder Neueintritt eines Gesellschafters 345, — Zeichnung der O. H. 346, — Verhältnis der Gesellschafter zu einander 347ff., — Bedeutung und Natur des Gesellschaftsvertrages 347f., — Gesellschaft und Gesellschafter 349, — Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis 350f., — Aufnahme eines neuen Gesellschafters, eines Kommanditisten, eines stillen Gesellschafters 351f., — Unterbeteiligung eines dritten 351f., — Maß der zu vertretenden Sorgfalt 352f., — Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen 354ff., — Anspruch auf Verzinsung des aufgewendeten Geldes 355, — Anspruch auf Befreiung von für die Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten 354, — Anspruch auf Ersatz von Verlusten aus der Geschäftsführung 355, — Einlageversprechen und Einlage des Gesellschafters 356f., — Nichtrechtzeitige Einzahlung der Geldeinlage 356f., — Nichtrechtzeitige Ablieferung von eingenommenem Gesellschaftsgeld an die Gesellschaftskasse 358f., — Unbefugte Entnahme von Geld aus der Gesellschaftskasse 359, — Gesetzliches Konkurrenzverbot der Gesellschafter 360ff., — Einwilligung der Gesellschafter in die Konkurrenztätigkeit 361, — Folgen der Übertretung 361f., — Verjährung der Ansprüche wegen K. 362, — Geschäftsführung 363ff. und Vertretung 363, — Recht und Pflicht zur Geschäftsführung 364f., — Besorgung der Geschäftsführung 365, — Einzelgeschäftsführung und Kollektivgeschäftsführung 366f., — Umfang der Geschäftsführung 368, — Vornahme außergewöhnlicher Handlungen 368, — Bestellung und Widerruf von Prokuristen 369, — Erteilung von Vollmachten und Anstellung von Handlungsgehilfen 370, — Entziehung der Geschäftsführung 370ff., — Wirkung der Entziehung der Geschäftsführung 371f., — Sonstige Endigungsgründe 372, — Kontrollrechte des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters 373, — Beschlußfassung der Gesellschafter 374f., — Nichtigkeit und Anfechtung von Beschlüssen 375, — Vornahme des Rechnungsabschlusses 375f., — Gewinn- und Verlustverteilung 376f., 378, — Bedeutung des Kapitalanteils des Gesellschafters 376f., — Verzinsung des Kapitalanteils 377f., — Prioritätsdividende 378ff., — Recht zur Entnahme von Geld und Erhebung des Gewinns 380f., — Rechtsverhältnis gegenüber dritten 382ff., — Beginn der Wirksamkeit 382ff., — Erwerbsfähigkeit der O. H. 385f., — Verpflichtungsfähigkeit 386, — Parteifähigkeit 386f.,

— Eidesleistung im Prozesse der O. H. 388, — Gerichtsstand 389, — Vollstreckung 389, — Aufrechnung 390 f., — Vertretung der O. H. 391 ff. — Gesellschafter als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft 391 f., — Fähigkeit zur gesetzlichen Vertretung 392 f. — Beginn und Dauer der V. 393, — Ganzvertretung und Gesamtvertretung 393 f., 394 f., — Änderung der Vertretungsmacht 394, — Erlöschen der Kollektivvertretung 395, — Umfang der Vertretungsmacht 398, — Absoluter Charakter der Vertretungsmacht 398 f., — Beschränkungen der V. 399, — Ausübung der V. 399 f., — Vornahme gerichtlicher Geschäfte und Rechtshandlungen 401, — Vornahme außergerichtlicher Geschäfte und Rechtshandlungen 401, — Veräußerung und Belastung von Grundstücken 401, — Erteilung und Widerruf der Prokura 401 f., — Gesellschafter als Prokurist und Handlungsbevollmächtigter 402, — Entziehung der Vertretungsmacht 403 f., — Wirkung der Entziehung 404, — Haftung der Gesellschafter der O. H. 404 ff., — rechtliche Natur der H. 404 ff., — Art der H. 408 ff., — Einwendungen des Gesellschafters 411 f., — Vollstreckung in das Privatvermögen 412 f., — Haftung des eintretenden Gesellschafters 413 f., — Auflösung der O. H. 414 ff. — Begriff der Auflösung, Fortbestand, Fortsetzung 415 f., — durch Ablauf der Zeit 414, — durch Beschluß der Gesellschafter 418, — durch Eröffnung des Gesellschaftskonkurses 419, 449 ff., — durch Tod des Gesellschafters 419, — durch Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters 419 f., — durch Änderung der Gesetzgebung 420, — durch Herabsetzung des Betriebes 420 f., — durch Kündigung 420, 421 ff., — vertragliche und gesetzliche Kündigung 421, — rechtliche Natur und Form der Kündigung 422, — Zurücknahme der Kündigung und Fortsetzungsbeschluß 422, — Kündigung durch den Ehemann 422 f., — durch gerichtliche Entscheidung 423 ff., — Natur der Klage und des Urteils 423 f., — Recht zur Erhebung der Klage 424, — Vorliegen eines wichtigen Grundes als Voraussetzung der Klage 424 f., — Fortsetzung nach Auflösung durch K. 427 f., — Anfechtung des Gesellschaftsvertrages 427, — Kündigung des Privatgläubigers eines Gesellschafters 428 ff., — Voraussetzungen 429, — Frist 430, — Wirkung der K. 430, — Fortsetzung der Gesellschaft trotz K. 430, — Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis trotz Auflösung der Gesellschaft 431 f., — Verpflichtungen des Erben des verstorbenen Gesellschafters zur Anzeige des Todes und Fortführung der Geschäfte 431 f., Fortbestand der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters durch Kündigung, Tod oder Konkurseröffnung 433 f., — Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters 435 ff., — Voraussetzungen 435 f., — Wirkung 436 f., — Stellung des Erben bei Ausschlagung und Annahme der Erbschaft 437 ff., — Anmeldung zum Handelsregister 440 f., — Ausschließung des Gesellschafters bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes 441 ff., — Klage auf A. 442, — Wirkung des Urteils 442, — vertragliche Bestimmungen auf A. 442 f., — Ausschließung des Gesellschafters bei Kündigung durch den Privatgläubiger 443 f., — Ausschließung des Gesellschafters infolge der Konkurseröffnung über sein Vermögen 443 f., — Recht des Gesellschafters auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven 444 ff., — Voraussetzungen des Übernahmerechts 445, — Verzicht auf Ü. 445, — Vollziehung der Übernahme 445 f., — Ausschluß des Rechtes durch Vertrag 446, — Anmeldung der Auflösung und des Ausscheidens eines Gesellschafters zum Handelsregister 447 f., — Bedeutung der Eintragung 448 f., — Konkurs der G. 449 ff., — Eröffnungsverfahren 450, — Teilnahme am K. 451, — Haftung der Gesellschafter 451, — Zwangsvergleich 452, — Fortsetzung nach Aufhebung des K. 452, — Liquidation nach Aufhebung durch Zwangsvergleich oder sonstige Beendigung des Konkurses 452 f., — Liquidation der O. H. 453 ff. und Konkurs 454, — Voraussetzungen des Eintritts 454 f., — Liquidatoren 456 ff., — kraft Gesetzes 456, — kraft Bestellung 457, — kraft richterlicher Ernennung 457 f., — Abberufung der Liquidatoren 458 f., — Tod der Liquidatoren 459, — Niederlegung des Amtes der Liquidatoren 459, — Anmeldung der Liquidatoren, der Änderung ihrer Personen und ihrer Vertretungsmacht zum

Handelsregister 459 f., — Zeichnung der Liquidatoren 461. — Rechtliche Stellung der Liquidatoren 461 ff., — Beendigung der laufenden Geschäfte durch die Liquidatoren 462, — Einziehung der Forderungen durch die Liquidatoren 463, — Versilberung des Vermögens durch die Liquidatoren 463 f., — Befriedigung der Gläubiger durch die Liquidatoren 464, — Eingehen neuer Geschäfte durch die Liquidatoren, insbes. Erteilung von Prokuren und Handlungsvollmachten 464, — Unstatthafte Geschäfte der Liquidatoren 465, — Vertretungsmacht der Liquidatoren 465 f., Stellung der Liquidatoren im Prozesse 465 f., — Gesamtgeschäftsführung und Vertretung mehrerer Liquidatoren 466 f., Beschränkungen des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren 467, — Verhältnis der Liquidatoren zu den Beteiligten 467 f., — Zeichnung der Liquidatoren 469, — Liquidationsbilanzen 469 f., Rechnungslegung der Liquidatoren 470, — Kontrollrechte der Gesellschafter während der Liquidation 470, — Verteilung des Vermögens durch die Liquidatoren 470 ff., — Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft 474 ff., — Interne R. 475 f., — Stellung nach außen 476 f., — Beendigung der Liquidation 477 f., — Wirkung der Beendigung auf anhängige Prozesse 477 f., — Anmeldung des Erlöschens der Firma zum Handelsregister 478 f., — Aufbewahrung der Bücher und Papiere nach beendigter Liquidation 479, — Besondere Arten der Auseinandersetzung 479 f., — durch Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter 479 f., — durch Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen dritten, insbesondere durch Umgründung 481., — durch Anwendung der Grundsätze über die Aufhebung einer Gemeinschaft 481, — Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters 481 ff. siehe Auseinandersetzung, — Verjährung der Ansprüche gegen den Gesellschafter 486 ff., — Inländische Zweigniederlassung einer ausländischen O. H. 83, — Firma der O. H. 107. — Gewerbepolizeiliche Vorschriften bei O. H. 112.

Offener Laden — Angestellte im O. 206, — Gewerbepolizeiliche Vorschriften für O. 111 ff.

Öffentlichkeit des Handelsregisters 68 ff., — materielle Bedeutung der Ö. 86 ff.

Öffentliches Recht u. Handelsgewerbe 59 f.

Omnibusunternehmen 33.

Ordnungsstrafverfahren in Registersachen 84 f., — bei unbefugtem Firmengebrauch 161 f.

Ortsgebrauch — beim Engagementsvertrag 215, — beim Lehrlingsvertrag 286. — beim Maklervertrag 317, 320, 323.

P.

Pacht des Handelsgeschäftes 116, 128.

pacta de ineunda societate 348, — cum tertio 436.

Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft 386 f.

Parzellierungsgesellschaft 342.

Passiva in der Bilanz 171, 176.

Passivsaldo der offenen Handelsgesellschaft 376, 473.

Patentanwalt 37, 39.

Patente in der Bilanz 177.

Pensionat 39.

Personalhandelsgesellschaft 331.

Personenfirma 102 ff.

Pfändbarkeit der Handelsbücher 169, — der Ansprüche aus dem Engagementsvertrag 219 f., — der Provision des Agenten 305, — der Entschädigungsansprüche bei der Konkurrenzklausel 280, — der Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage 350, 428 f.

Pfandbriefe in der Bilanz 176.

Pfandleihbücher 169.

Pfandleihgewerbe 32.

Pfandleihinstitut 40.

Pfandrechte — gesetzliche — wegen Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft 409.

Platzagent 301, 302.

Post 32.

Prämienreserve 176.

Preuß.-Hess. Eisenbahngemeinschaft 158, 339.

Prinzipal und Handlungsgehilfe 211.

Prioritätsdividende bei der offenen HG. 378.

Privatgläubiger der offenen Handelsgesellschaft — Kündigungsrecht des P. 428 f.

Privatklage der offenen Handelsgesellschaft 386.

Privatkrankenanstalten 39, 41.

Privatschulden des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft 412.

Probe — Anstellung des Handlungsgehilfen auf P. 239.

Probezeit des Lehrlings 287.
Prokura, Prokurist 184 ff., — Begriff 185, Erteilung der Prokura 185 f., Erfordernisse 186, — Form der Erteilung 186, — Klage auf Erteilung 186 f., Mehrheit von Prokuristen 187, — Gesamtprokura 187 f., — Inhalt der P. 188 ff. — Beschränkungen des Inhalts 191 f., — Kontrahieren mit sich selbst 192, Beschränkung der P. auf eine Handelsniederlassung 192 f., — Bestellung durch in der Geschäftstätigkeit Beschränkte 193, — Zeichnung der P. 193 f., — Konkurrenzverbot 194, — Widerruf der P. 194 f., — Unübertragbarkeit 195, — Einfluß des Konkurses 195. — Einfluß des Todes und der Geschäftsunfähigkeit 195 f., — Niederlegung der P. 196, — Anmeldung der P., des Erlöschens und der Änderung der P. zum Handelsregister 196 f., — bei Minderkaufleuten 55, — Bestellung des gesetzlichen Vertreters zum P. 12, — Prokurist der inländischen Zweigniederlassung eines Ausländers 83, — Bestellung und Widerruf der Prokura durch den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft 369 f., 401 f. — offener Handelsgesellschafter als P. 402, — Gesamtvertretung des Gesellschafters mit einem P. 395, — Haftung des Prinzipals für unerlaubte Handlung des P. 191.
Proprehändler 294.
Provision des Handlungsgehilfen 219, 232 f., des Agenten 303 ff., — des Maklers 323 ff.
Prozeß — Stellung der offenen Handelsgesellschaft im P. 386 ff., 408, — Stellung der Handelsfrau im P. 16, — Firma im P. 99 f., — Einfluß der Übernahme eines Handelsgeschäftes auf P. 135, — Einfluß der Vererbung des Handelsgeschäftes auf P. 141, — Einfluß der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft auf P. 465 f., — Einfluß der Beendigung der Liquidation auf P. 476, 477 f., — Stellung des Prokuristen im P. 189, — Stellung des Handlungsbevollmächtigten im P. 202, — Stellung des vertretungsberechtigten Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft im P. 401.
Prozeßgericht — und Registergericht 92 ff., Ausschließung eines Gesellschafters durch P. 403 f., — Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft durch P. 423 ff., — Entziehung der Geschäftsführung durch P. 370 f. — Entziehung der Vertretungsbefugnis durch P. 403 f.
Prüfungsrecht und Pflicht des Registerrichters 73 f., — bei der Zweigniederlassung 81, — bei Anmeldung der Firma 145 f.
Pseudonym als Firma 103, 107.
Publizitätsprinzip beim Handelsregister 86 f.

Q.

Quittung — Vollmacht des Überbringers einer Q. 209.

R.

Rechnungslegungspflicht der geschäftsführenden Gesellschafter 374, — der Liquidatoren 470.
Rechtshängigkeit — Einrede der R. bei Klagen gegen den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft 408.
Rechtskonsulentenbureau 39.
Rechtskraft der Entscheidungen in Registersachen 67, — des Urteils gegen die offene Handelsgesellschaft 408, 411.
Regent — Eintragungspflicht des R. 158.
Registerrichter, Registergericht 61, — und Prozeßgericht 92 ff., — und Organe des Handelsstandes 62, — und Güterrechtsregister 63, — Funktionen des R. 64 f., — Verfahren 65 ff., — Prüfungsrecht und -Pflicht 73 f., — bei der Zweigniederlassung 81, — Zwangsrecht des R. 84 f.
Regreß siehe Rückgriff.
Reich — Unternehmen des R., — Eintragung 158 f., — Rechnungsabschlüsse des R. 178.
Reichsbank — Eintragungspflicht 159.
Reisender 205, 215, 293, — Agent als 302.
Relative, jur. Person — offene Handelsgesellschaft als R. 333.
Religion — Fürsorge des Prinzipals für die religiöse Ausbildung des Handlungsgehilfen 227., — des Lehrlings 285.
Res incorporales 26.
Rollkutscher 32.
Rückgriffsrechte der Gesellschafter 410, 471, 508.
Rückzahlung der Einlage an den Kommanditisten 502, 510.

S.

Sacheinlage des Kommanditisten 492 f.
Sachfirma 109 f.
Sachverständiger — Zuziehung bei Ausübung der Kontrollrechte 373, 498 f.
Sanatorium 39.

Schadensersatzpflicht — bei unbefugtem Firmengebrauch 165, — des Handlungsgehilfen bei Übertretung des gesetzlichen Konkurrenzverbotes 224, — des Prinzipals bei Verletzung der Fürsorgepflichten 227, — bei ungerechtfertigter Kündigung des Engagementsvertrages 242f., — des Maklers 322, — des Gesellschafters bei Nichtleistung der Einlage und unbefugter Entnahme von Geld 359, — der Gesellschafter bei Übertretung des gesetzlichen Konkurrenzverbotes 362.
Schankwirt 111f., — Verpflichtung zur Anbringung des Namens auf dem Geschäftsschild 111.
Scheidung — Einfluß der Sch. auf die Firma der Handelsfrau 114.
Scheingesellschaft 338f.
Scheinkaufmann 7.
Schiffer 292.
Schiffsexpedient 36.
Schiffsmakler 36.
Schiffsklarierer 36.
Schiffsmannschaft 292.
Schiffsprokureur 36.
Schleppschiffahrtsunternehmungen 33f.
Schlußbilanz der Liquidatoren 469.
Schlußnote des Handelsmaklers 314ff., — rechtliche Bedeutung der Sch. 315, — Inhalt der Sch. 315f., — an Aufgabe 317ff.
Schmiergelder des Handlungsgehilfen 248.
Schneider als Kaufmann 27.
Schriftform des Lehrvertrages 290, — der Wettbewerbsvereinbarung 260f.
Schuhmacher als Kaufmann 27.
Schulden s. Passiva.
Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäftes 129ff.
Schwebende Geschäfte der offenen Handelsgesellschaft — Erledigung durch die Liquidatoren 462.
Selbsteintritt des Agenten 306, — des Maklers 316, 319, 328.
Selbstverleger 38
Seefrachtgeschäft 32.
Sicherungsübereignung eines Warenlagers 126, — im Inventar 171.
Sitz der offenen Handelsgesellschaft 343.
Societas leonina 337, — socius admissus 351.
Sondervermögen 132.
Sorgfaltspflichtung des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 352f.
Sparkassen — Gewerbebetrieb der S. 4.
Spediteur 34.
Spesen — des Handlungsgehilfen — Anspruch auf Erstattung 231f.
Spezialhandlungsvollmacht 198, 201.
Staat als Kaufmann 8f., — Eintragungspflicht 158f., — Rechnungsabschlüsse 178, — Buchführung des St. 167, 171.
Stadtreisende — Vollmacht der St. 204.
Statutenkollision — Kaufleute 19, 43, — Zweigniederlassungen 81ff., — Übernahme des Handelsgeschäftes 134, — Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns 144, — Firmenschutz 166, — Buchführung 178, — Prokura 188, — Handlungsgehilfen 221, — Handlungsagenten 297f., — Handelsmakler 314, — Offene Handelsgesellschaften 342.
Stellenvermittler 37, 39, 41.
Stille Gesellschaft — Stiller als Kaufmann 10, Aufnahme eines St. durch einen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft 351.
Strafantrag — Recht zur Stellung des St. bei der offenen Handelsgesellschaft 402, — Stellung durch den Prokuristen 189.
Strafrechtliche Bestimmungen gegen den Lehrlingshalter 291, — gegen den Makler 330.
Strafrechtliche Verantwortlichkeit der offenen Handelsgesellschaft 386.
Stundung der Kommanditisteneinlage 510.
Syndikat 331.

T.

Tagebuch des Maklers 168, 328f.
Tantieme — Anspruch des Handlungsgehilfen auf T. 218f.
Tätlichkeiten des Prinzipals als Austrittsgrund 245, — des Handlungsgehilfen als Entlassungsgrund 249f.
Teilschuldverschreibungen in der Bilanz 176.
Telephon — und Vollmacht 199f.
Testamentsvollstrecker — Bestellung eines Prokuristen durch T. 185.
Theateragent 293.
Theaterunternehmen 39.
Tod — Einfluß des T. auf den Agenturvertrag 309, 310, — auf den Maklervertrag 314, — Einfluß auf die Prokura 195, — des Prinzipals 246, — des Lehrherrn 287, — des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 419, — des Komplementärs 517, — der Kommanditisten 517.
Transportagent 36.
Transportunternehmungen 32f.
Trödler als Kaufmann 49.

Ü.

Übergangsfragen — Kaufmann 21f., — Handelsfrau 19, — s. Schlußanmerkungen zu den einzelnen Paragraphen.
Überlegungsfrist der Erben eines offenen Handelsgesellschafters 437f., — der Erben eines Kaufmanns 140f.
Übernahme von Aktien 22f., — eines Handelsgeschäftes 126ff., — Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Ü. des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter 480, — durch Ü. durch einen Dritten 481.
Übernahmerecht des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft 444ff.
Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage 350f., — der Prokura 195, — der Handlungsvollmacht 208.
Umgründung s. Umwandlung.
Umwandlung eines Einzelgeschäftes in eine offene Handelsgesellschaft 142, — einer offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Ges. m. b. H. 481, — einer Kommanditgesellschaft 494, 495.
Unbefugter Gebrauch der Firma 159ff.
Unbeschränkte Haftung des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft 341.
Unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen bei der Konkurrenzklausel 266.
Unfähigkeit des Handlungsgehilfen zur Fortsetzung der Dienste 244f., — des Gesellschafters zur Geschäftsführung 371, — zur Vertretung 403.
Unglück — unverschuldetes des Handlungsgehilfen 228f.
Unleserlichkeit der Handelsbücher 180.
Unpfändbarkeit der Ansprüche des Handlungsgehilfen 219f., 280.
Unteragent 36, 297.
Unterbeteilung an der offenen Handelsgesellschaft 350f.
Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft 406, 489f., — der Prozesse der offenen Handelsgesellschaft durch Auflösung 476.
Untergesellschafter 351.
Unterlassungsklage des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen 224, 225, 243, 277.
Untermakler 328.
Unterrichtsanstalten 39, 41.
Urlaub — Anspruch des Handlungsgehilfen auf U. 230.

V.

Valutengeschäft 31.
Veränderung in Handelsbüchern 179.
Verarbeitung 27.
Veräußerung der Firma 121, — des Handelsgeschäftes 114ff., 124ff., — eines Minderjährigen 11, — Einfluß auf die Prokura 195, — auf den Handlungsgehilfen 246.
Verein — nichtrechtsfähiger als offene Handelsgesellschaft 337, — als Kaufmann 9.
Vereinigung von Minderkaufleuten 55.
Vererbung des Handelsgeschäftes 138ff.
Vergütung des Handlungsgehilfen 217ff., — des Agenten 303f.
Verjährung der Ansprüche bei Übernahme eines Handelsgeschäftes 136, — des Anspruchs des Handlungsagenten auf Provision 305, — der Makleransprüche 328, — der Ansprüche gegen den Gehilfen bei Übertretung des Konkurrenzverbotes 225, — der Ansprüche gegen den Gesellschafter bei Übertretung des Konkurrenzverbotes 362, — der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger 406, — nach Auflösung der Gesellschaft, bezw. Ausscheiden eines Gesellschafters 486ff., — der Ansprüche gegen die Kommanditgesellschaft 518.
Verlagsgeschäfte 37f.
Verlagsrechte in der Bilanz 177.
Verlegung der Handelsniederlassung 152.
Verlust bei der offenen Handelsgesellschaft 376, — Beteiligung am V. 378, — aus der Geschäftsführung, — Anspruch auf Ersatz 355, — bei der Kommanditgesellschaft 499f.
Vermächtnis eines Handelsgeschäftes 141.
Vermittlungsagenten 298f.
Vermögensauseinandersetzung — Vorlage der Handelsbücher bei V. 183f.
Vermögensübernahme 132.
Verpachtung des Handelsgeschäftes 116f., 118, 119, 121, 128f.
Verpfändung des Handelsgeschäftes 116, 129f., — der Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage 350.
Verpflichtungsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft 386.
Verschwiegenheitspflicht des Handlungsgehilfen 247, — des Agenten 295, — des Maklers 321.
Versicherungsagent 36, 293, 298.
Versicherungen gegen Prämie 30, — auf Gegenseitigkeit 30.

Versicherungsgesetze und Handlungsgehilfe 228.
Versicherungskommissionär 34, 43.
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 30.
Vertragsstrafe bei der Konkurrenzklausel 277 f.
Vertrauensmißbrauch des Handlungsgehülfen 247.
Vertrauensspesen des Reisenden 231 f.
Vertretung, Vertretungsbefugnis — des Agenten 298, — bei der offenen Handelsgesellschaft 363, 391 ff., — im Prozeß 387, — der Liquidatoren 465 f., — bei der Kommanditgesellschaft 504.
Verwaltungsdepositum 31.
Verwaltungsgemeinschaft 14 ff.
Verwaltungsrecht des Ehemanns 18 f., — an den Ansprüchen der Ehefrau als Teilhaberin einer offenen Handelsgesellschaft 350.
Verzeihung der Verfehlungen beim Engagementsvertrag 251, 246.
Verzicht des Prinzipals auf die Konkurrenzklausel 275 f.
Viehtreiber 32.
Viehzucht 44.
Vollkaufmann 49 ff.
Vollmacht s. Prokura, Handlungsvollmacht, offene Handelsgesellschaft, — der im offenen Laden Angestellten 206, — Erteilung von V. bei der offenen Handelsgesellschaft 370.
Vollstreckung s. Zwangsvollstreckung.
Volontär 212 f., — Konkurrenzklausel beim V. 291 f.
Vorbehaltsgut 14 f.
Vormund — Stellung des V. 11 f.
Vorschußverein — gewerblicher Betrieb eines V. 4.
Vorstand der juristischen Person — Anmelde- und Eintragungspflicht 155, 157 f.
Vorzugsrecht der Handlungsgehülfen im Konkurs 219, 280, — kein V. des Handlungsagenten 305.

W.

Waren als Gegenstand des Handelsgewerbes 24 f.
Warenagent 36.
Warenhandwerker 50.
Warenlager — Angestellte im offenen W. 206.
Warenzeichen — bei Übergang des Geschäftes 129, — in der Bilanz 177.
Wechsel — Eingehung von Wechselverbindlichkeiten durch den Handlungsbevollmächtigten 202, — Ausstellung von W. durch die offene Handelsgesellschaft 400.
Wechseldiskontierung 31.
Wechselprozeß — Klage im W. gegen die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft 406.
Wechselrimesse in der Bilanz 176.
Wechselverpflichtungen in der Bilanz 176, 177.
Weitere Beschwerde in Registersachen 65.
Weiterveräußerung — Begriff der W. 23 f.
Werklieferungsvertrag 29.
Werkvertrag 28.
Wertansätze in der Bilanz 174 ff.
Wertpapier als Gegenstand des Handelsgewerbes 26 f.
Wettbewerbsverbot s. Konkurrenzklausel
Wichtiger Grund für die Kündigung des Engagementsvertrages 240 ff., 244 ff., 246 ff., — für die Kündigung des Lehrvertrages 287 f., — bei Kündigung des Agenten 309 f., — bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft 424 f., — bei Ausschließung eines Gesellschafters 441 f., — bei der Entziehung der Geschäftsführung 370 f., — der Entziehung der Vertretungsbefugnis 403 f., — bei Bestellung von Liquidatoren durch das Gericht 457.
Widerruf der Einwilligung des Ehemanns in den Geschäftsbetrieb der Ehefrau 15, — der Prokura 194 f., 369, — der Handlungsvollmacht 208.
Widerspruch des Gesellschafters bei der Geschäftsführung 366, — des Kommanditisten 496.
Willensmängel bei der offenen Handelsgesellschaft 402.
Wirt als Kaufmann 27, 49.

Z.

Zahlkellner 213.
Zahlung an Angestellte 206 f., — an Handlungsreisende 204, — an Agenten 301 f.
Zahlungsfrist — Bewilligung durch Handlungsreisende 204, — durch Agenten 301 f.
Zeichnung zum Handelsregister — Form der Z. 73, — der Firma 146, — der juristischen Person 157, — der offenen Handelsgesellschaft 346, — der Liquidatoren 461, 469, — des Prokuristen 193 f., 197, — des Handlungsbevollmächtigten 208, — von Aktien 22 f., — Partialobligationen 23.
Zeitablauf — Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch 417.

Zeitprämie 30.
Zeitungsdebit 38.
Zettelgeschäft 31.
Zeuge — Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft als Z. 388 Anm.
Zeugnis des Handlungsgehilfen 251f., — Art und Inhalt 252f., — Berichtigung 253, — des Handlungslehrlings 290.
Ziegeleibesitzer 39, 41.
Zinsen — Verzinsung der Kapitalanteile der offenen Handelsgesellschaft 377f.
Zubehör 27, — von zum Vermögen der offenen Handelsgesellschaft gehörigen Grundstücken 409.
Zurückbehaltungsrecht des Prinzipals 220, — des Gehilfen 220, — hinsichtlich des Zeugnisses 252, — gegenüber der offenen Handelsgesellschaft 409, — der Agenten 305.
Zusätze zur Firma 103f.
Zwangsvergleich im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 452, 407, 411.
Zwangsvollstreckung gegen Handelsfrau 16, — in das Firmenrecht 116, 117, — gegen die offene Handelsgesellschaft 389, — in das Privatvermögen des Gesellschafters 412f.
Zweiggeschäft 78.
Zweigniederlassung 78f., — Anmeldungen zum Handelsregister der Z. 80f., — Prüfungsrecht des Registerrichters der Z. 81, — ausländische — inländischer Hauptniederlassungen 81, — inländische — ausländischer Hauptniederlassung 81f., — Publizitätsprinzip beim Handelsregister der Z. 91, — Anmeldung der Firma zum Handelsregister der Z. 146, — der Beschränkungen der Vertretungsmacht des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft 399, — Erwerb der Z. 115, — Bestellung von Prokuristen für Z. 192f.
Zwischenbilanz 172.
Zwischenmakler 322.