



Endemann,
Handels-, See-
und
Wechselrecht.

FA
148

LIBRERIA JIMENEZ

Mayor, 66

MADRID

ENDEMANN, Wilhelm

MANUAL DEL DERECHO ALEMAN MERCANTIL, MARITIMO Y DEL
CAMBIO.

(Principios generales - El Negocio de la compra.- Los
objetos del trafico comercial - Los asuntos de comercio)
Leipzig, Fues's Verlag, 1881-84, 4 tomos en 4º holandesa
XIV+886, XI+738, VIII+476, VIII+350 y XII+1223 págs.

MERCANTIL

Herbert H. Fordson Personal University

FA
148

α 15266348

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

FRUIT

FRUIT

FRUIT

FRUIT

FRUIT

FRUIT

UNIVERSIDAD DE ALCALA



5901291879

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

UNTER MITWIRKUNG

DER HERREN

Prof. Dr. BRUNNER in Berlin, Prof. Dr. COHN in Heidelberg, Prof. Dr. GAREIS in
Giessen, Prof. Dr. GRÜNHUT in Wien, Geh. Bergrath Prof. Dr. KLOSTERMANN in Bonn,
Geh. Ober-Finanzrath KOCH in Berlin, Prof. Dr. KÖNIG in Bern, Prof. Dr. KUNTZE
in Leipzig, Prof. Dr. LASTIG in Halle, Prof. Dr. LEWIS in Berlin, Justizrath
PRIMKER in Berlin, Rechtsanwalt Dr. REATZ in Giessen, Prof. Dr. REGELSBERGER
in Breslau, Prof. Dr. SCHOTT in Kiel, Prof. Dr. SCHROEDER in Würzburg,
Ministerialrath Dr. Frhr. von VÖLDERNDORFF in München, Prof. Dr. WENDT in Jena,
Prof. Dr. WESTERKAMP in Marburg, Prof. Dr. WOLFF in Göttingen

HERAUSGEGEBEN

VON

Wilhelm
DR. W. ENDEMANN,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BONN.

RÜTTGERS II
RECHTSANWALT
AACHEN.

ERSTER BAND.

EINLEITUNG. BUCH I: DIE PERSONEN DES HANDELSRECHTS.

R 129 1879

LEIPZIG,

FUES'S VERLAG (R. REISLAND).

1881.

PLANTING

Introduction

PLANTING. THE ART OF CULTIVATING PLANTS.

The art of planting is a science that has been practiced for centuries. It involves the selection of suitable plants for a particular location, the preparation of the soil, and the careful attention to the needs of the plants during their growth. The most important factors in successful planting are the choice of the right plant, the right time, and the right place. The soil must be prepared in advance, and the plants must be planted at the right depth and in the right position. The plants must be watered and fertilized as they grow, and they must be protected from pests and diseases. The art of planting is a science that has been practiced for centuries, and it is one that is still being developed and improved today.

Vorwort.

Als vor mehr als drei Jahren das Projekt eines umfassenden Handbuchs des Handels-, See- und Wechselrechts angeregt wurde, bedurfte es einigen Zuredens, um den Unterzeichneten zur Uebernahme der Herausgabe zu bestimmen. Schliesslich entschied die auch von Anderen getheilte Ueberzeugung, dass es in der That wünschenswerth sei, den grossen Stoff zu einer systematisch geordneten Darstellung zu vereinigen. Dazu liessen die vorhandenen Kommentare des Handelsgesetzbuchs und der Wechselordnung, sowie die vorhandenen Lehr- oder Handbücher, jedenfalls Raum. Das gross angelegte Werk Goldschmidts könnte nur, wenn es vollendet wäre, eine vollständige und ausführliche Bearbeitung, wie sie hier geboten werden soll und für die Praxis wie die Wissenschaft Bedürfniss ist, überflüssig machen. Auch schien es dem gewaltigen Umfang der Aufgabe gegenüber, wenn anders das Ziel in nicht zu ferner Zeit erreicht werden sollte, geboten, in Anwendung des Grundsatzes der Arbeitstheilung die Ausführung durch Theilnahme einer Mehrzahl von Fachgenossen herbeizuführen.

Es wurde deshalb ein „Plan für die Bearbeitung“ aufgestellt. Dieser sprach sich über die Richtung des ganzen Unternehmens folgendermaassen aus:

„Was beabsichtigt wird, ist eine eingehende **Darstellung des Handelsrechts, einschliesslich des Seerechts, und des Wechselrechts in seinem dermaligen Bestande.** Das geltende Recht nachzuweisen, und zwar so vollständig als möglich, ist das Hauptziel. Insofern handelt es sich wesentlich um ein für den praktischen Gebrauch bestimmtes Buch. Allein es kann keineswegs die Absicht sein, nur eine äusserliche Zusammenstellung der Resultate der handelsrechtlichen Literatur und Judikatur zu liefern, die sich von mehreren derartigen Versuchen nur durch den grösseren Umfang unterscheiden würde. Vielmehr ist, worauf auch schon die systematische Anordnung des Stoffs hindeutet, überall auf den Zusammenhang und die innere Begründung der Lehren volle Rücksicht zu nehmen und neben dem praktischen der wissenschaftliche Charakter durchaus zu wahren.

Zu diesem Behufe ist selbstredend, so weit als thunlich, die **dogmengeschichtliche Begründung** nicht ausser Augen zu setzen. Man wird sich freilich hierbei auf die Grundzüge, Nachweise des vorhandenen Materials und der Literatur beschränken müssen. Detailirte geschichtliche Darstellung auf der Basis der von der Wissenschaft bis jetzt gewonnenen Resultate, geschweige denn breitere Entwicklung selbständiger Forschungen und Ansichten verbieten sich bei der Weitschichtigkeit des Materials von selbst.

Auch im Uebrigen ist in der **doktrinellen Begründung** Maass zu halten. So wenig es ausgeschlossen sein kann, die von den Schriftstellern des Handelsrechts aufgestellten oder besprochenen „Theorien“, z. B. die Personifikationstheorie der Gesellschaften, die Repräsentationstheorie der Stellvertretung, Werththeorie u. dgl., zu berühren, ja so nothwendig es sich mitunter erweisen wird, sie zu erwähnen und zu kritisiren, so ist doch stets festzuhalten, dass das Hauptziel darein gesetzt wird, den Bestand des geltenden Rechts zu schildern. Soweit es zur Erklärung und Begründung des letztern nöthig ist, fordern die von der Doktrin aufgestellten Theorien, Definitionen und Rubriken gebührende Berücksichtigung. Aber die Darstellung soll darum nicht den Zuschnitt annehmen, als ob die doktrinelle Entwicklung eine Hauptaufgabe sei. Es genügt, wenn die in der Wissenschaft vertretenen Theorien in ihren Grundzügen angegeben und durch Literaturnachweise dem Leser die Gelegenheit geboten wird, den Stand der Lehrmeinungen genauer zu prüfen.

Von demselben Standpunkt aus bestimmt sich ferner die den **Kontroversen gegenüber** zu beobachtende Haltung. Dieselben dürfen natürlich nicht übergangen werden, und es ist nöthig, eine bestimmte Ansicht über deren Entscheidung aufzustellen. Aber es kann nicht als Aufgabe gelten, sich in eine langwierige Auseinandersetzung der abweichenden Meinungen zu vertiefen und die eigene Meinung mit weit ausholenden Begründungen zu vertreten. Vielmehr hat sich die Lösung der bestehenden Zweifel auf die Vorführung der unentbehrlichen Gründe in knapper Form zu beschränken.

Was die Benutzung des reichen **literarischen Materials** des Handelsrechts anlangt, so darf nicht übergangen werden, was irgend von Erheblichkeit ist. Es ist bereits bemerkt worden, in welcher Weise für die theoretische Begründung und die schwebenden Streitfragen die nöthigen Nachweise zu geben sind. Ebenso wird durchweg zu verfahren sein, wenn es sich darum handelt, die in dem Text entwickelten Sätze zu begründen. Unstreitig wird jeder Bearbeiter darauf Bedacht nehmen, darin nicht blos dem nächsten praktischen, sondern auch dem wissenschaftlichen Bedürfniss Genüge zu leisten.

Ebendeshalb ist da, wo dies sich nothwendig erweist, die Anknüpfung und **Anlehnung an das bürgerliche Recht** nicht zu vernachlässigen, mithin bei wichtigen Punkten der Nachweis aus den Quellen und der Literatur des letztern nicht zu vergessen.

Dass aber insonderheit auf die **Quellen und Literatur des Handelsrechts** Gewicht zu legen ist, braucht kaum betont zu werden. Als Quellen sind für ein Werk, welches eine getreue Uebersicht des dermaligen Rechtsbestandes bezweckt, selbstredend auch die Entscheidungen der Gerichtshöfe, namentlich die des obersten Reichsgerichtshofes zu betrachten. Ausserdem verdient besonders hervorgehoben zu werden, dass es wünschenswerth ist, an den geeigneten Stellen auch die Usanzen der Haupthandelsplätze nicht übergangen zu finden. Hinsichtlich der Anführung der Quellen und Literatur muss, wenn nicht absolute Vollständigkeit, doch soviel erzielt werden, dass nichts Wesentliches übergangen bleibt und durch Citate die Gelegenheit geboten ist, sich nach jeder Richtung hin weiter zu informiren.

Endlich ist es nützlich, so viel als thunlich die parallelen Institute und Rechtssätze der **fremden Handelsrechte** zu berücksichtigen, wenn man sich auch bescheiden wird, dass eine tiefer eingehende, geschweige denn eine erschöpfende Darstellung des fremden Rechts und seiner Behandlung in Theorie und Praxis füglich nicht verlangt werden kann.

Ein Hauptaugenmerk möchte auf die **Art der Darstellung** zu legen sein. Aus dem bereits Bemerkten ergibt sich, dass das Werk keineswegs etwa ausschliesslich oder vorwiegend für die Kreise der Geschäftsleute oder anderer sog. Laien geschaffen werden soll. Es ist vielmehr zunächst für die Fachmänner des Handelsrechts, Theoretiker wie Praktiker, bestimmt. Allein, wenn demgemäss keine populäre Darstellung in dem gewöhnlich damit verbundenen Sinn, so wird doch eine gemeinverständliche Darstellung, die unbeschadet der wissenschaftlichen Gründlichkeit auch dem gebildeten Nichtjuristen die Lektüre und den Gebrauch des Buchs möglich macht, dem letztern zur Zierde und zum Vortheil gereichen.“

Zugleich schloss sich eine genaue Aufstellung des Inhaltes in systematischer Ordnung an. Sie ist bei der Bearbeitung bis auf wenige untergeordnete Abänderungen festgehalten worden.

Unverkennbar bereitete diese systematische Eintheilung besondere Schwierigkeiten in Betreff der **Vertheilung der Materien unter die Mitarbeiter**. Konnte und wollte man das Ganze mit Verzicht auf eine wirklich systematische Ordnung in eine Serie höchstens lose verbundener Abhandlungen zerlegen, so liess sich die Vertheilung verhältnissmässig leicht bewirken. Galt es dagegen, systematische Ordnung und systematischen Zusammenhang aufrecht zu erhalten, so erschien es keineswegs leicht, die einzelnen Abschnitte so zu vertheilen, dass einerseits eine selbständige Bearbeitung ermöglicht, andererseits die Gleichmässigkeit und innere Verbindung gewahrt wird. Gewisse Abschnitte oder Kapitel bilden allerdings selbständige Aufgaben und könnten unbedenklich verschiedenen Bearbeitern überlassen werden. Dies gilt insbesondere von den Hauptgruppen der Handelsgeschäfte, die den Gegenstand des dritten Buchs bilden. Allein an anderen Stellen zeigt sich nothwendig zwischen Materien, die um des Systems willen an verschiedenen Stellen behandelt werden

müssen, eine so enge, ja untrennbare Verbindung einzelner Theile, die aus Gründen der Systematik an verschiedenen Punkten einzureihen sind, dass sie nicht wohl in verschiedene Hände gelegt werden durften. Darauf weist ganz besonders der Zusammenhang hin, der theilweise zwischen dem Stoff des zweiten und des dritten Buchs besteht und der deshalb nöthigte, einzelne Theile des zweiten Buchs demselben Bearbeiter zu übertragen, der gewisse Partien des dritten Buchs übernahm.

Ueberhaupt erschien es nicht zweckmässig, den Stoff in zu kleinen Partien unter die Mitarbeiter zu vertheilen. Daraus würde leicht eine mosaikartige Zusammensetzung von lauter Detailbeiträgen entstehen, die weder dem Bearbeiter Befriedigung gewähren, noch auch, weil es fast unmöglich sein würde, dabei für die gehörige innere Verbindung zu sorgen, dem Werke erspriesslich wäre. Es ist daher darauf Bedacht genommen worden, soweit als thunlich umfassendere Abschnitte zu formiren, die für die Bearbeitung immerhin möglichst ein Ganzes bilden.

Daran ist dann auch im Ganzen festgehalten worden. Abgesehen von der Vertheilung der Materien in dem dritten Buch, bei der ein Uebergreifen von einem Abschnitt in den andern nicht ganz zu vermeiden war, aber auch nach der Bedeutung der betreffenden Gegenstände vollkommen statthaft erscheint, wird nur die Vertheilung der Lehre von den Handelsgesellschaften in Buch I Abschnitt 3 dieses ersten Bandes einer Erläuterung bedürfen. Dass die Darstellung der Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft einem besonderen Bearbeiter überwiesen wurde, liegt in der Natur der Sache. Nicht so, dass die Kommanditgesellschaft einen anderen Bearbeiter gefunden hat, als die übrigen Handelsgesellschaften und namentlich die offene. Dies erklärt sich daraus, dass Herr Professor Dr. Lastig aus bestimmten Gründen die Bearbeitung der ersteren ablehnte. Für die bereitwillige Uebernahme dieses einzelnen Stücks muss der Herausgeber Herrn Professor Dr. Wendt besonders dankbar sein.

Mit Genugthuung kann erwähnt werden, dass der Plan überall bei den Fachgenossen, denen er mitgetheilt wurde, Anklang fand. Für die meisten Abschnitte liessen sich rasch erprobte Mitarbeiter gewinnen.

Ueber die Bedenken, die der Herstellung eines solchen Sammelwerks entgegengetreten, durfte man sich freilich nicht täuschen. Abgesehen von mancherlei praktischen Schwierigkeiten minder wichtiger Art war voraussehen, dass die allgemeinen Direktiven, die der Plan gab, natürlich nicht im Stande sein würden, Ungleichmässigkeiten in der Bearbeitung der einzelnen Theile je nach der Eigenart und der Auffassung des einzelnen Bearbeiters, Unzulänglichkeiten in Bezug auf den inneren Zusammenhang mit anderen Theilen und selbst Widersprüche in Bezug auf manche Fragen, die in verschiedene Theile einschlagen, unter den verschiedenen Verfassern zu verhüten. Eine Vereinigung von Autoren zu einem Zweck, wie dem vorliegenden, kann nicht Konferenzen abhalten oder Korrespondenzen pflegen, um eine Verständigung über einheitliche Hauptgrundsätze, ge-

schweige denn über untergeordnetere Punkte zu erzielen. Eben so wenig stehen dem Herausgeber Mittel zu Gebote, um auch nur annähernd diejenige Einheit der Methode in Auffassung, Begründung und Darstellung herbeizuführen, die einem aus der Hand eines einzigen Verfassers hervorgegangenen Werk beiwohnt.

In dieser Hinsicht sei ausdrücklich hervorgehoben, dass der Herausgeber nach seiner im Plan abgegebenen und strikt befolgten Erklärung, sich nur die Befugniss zu rein äusserlichen Dispositionen, Abänderungen oder Zusätzen der eingesandten Beiträge vorbehalten hat. Im Uebrigen hat derselbe von vorn herein darauf verzichtet, irgend welche Aenderungen von materieller Bedeutung an den letzteren vorzunehmen. Die Leistungen der Mitarbeiter sind also als durchaus selbständige zu betrachten.

Immerhin gelingt es vielleicht, dass trotz dieses offen angedeuteten Mangels, der dem Sammelwerk nothwendig eigen ist, durch das Ganze das Ziel, welches vorschwebte, nemlich ein vollständiges Bild des bestehenden Handelsrechts in wissenschaftlich und praktisch brauchbarer Form zu liefern, erreicht wird.

Die Fortsetzung des auf vier Bände berechneten Werks wird sich in rascher Folge anschliessen und das Ganze im Laufe des nächsten Jahres vollendet werden können.

Bonn, im Oktober 1881.

Der Herausgeber

Professor Dr. W. Endemann.

Inhaltsverzeichnis

zum ersten Band.

Einleitung.

(Bearbeitet von Professor Dr. Endemann zu Bonn.)

	Seite
I. Der Handel.	
A. Begriff und Wesen des Handels. § 1	1
B. Arten und Zweige des Handels. § 2	5
II. Das Handelsrecht.	
A. Begriff desselben. § 3	8
B. Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung des Handelsrechts.	
1. Die leitenden Gesichtspunkte. § 4	10
2. Die Quellen und Literatur des historischen Handelsrechts seit dem Mittelalter. § 5	17
III. Das heutige deutsche Handelsrecht.	
A. Die Quellen desselben.	
1. Uebersicht der Arten. § 6	26
2. Die positiven Gesetze.	
a. Das Handelsgesetzbuch.	
aa. Entstehung und Einführung desselben. § 7	27
bb. Text, Inhalt und Auslegung. § 8	34
b. Weitere handelsrechtliche Reichsgesetze. § 9	38
3. Das Handelsgewohnheitsrecht. § 10	41
4. Rechtssprechung und Wissenschaft. § 11	47
B. Die Literatur des heutigen deutschen Handelsrechts. § 12	49
C. Gegenstand und Umfang des Handelsrechts.	
1. Grundbegriffe. § 13	53
2. Die Handelsgeschäfte.	
a. Die absoluten Handelsgeschäfte. § 14	56
b. Die relativen Handelsgeschäfte.	
aa. Handelsgeschäfte unter der Voraussetzung gewerbemässigen Betriebs.	
§ 15	68
bb. Handelsgeschäfte abhängig von der Kaufmannseigenschaft. § 16	80
c. Geschäfte über Immobilien. § 17	88
3. Die Handelssachen. § 18	92
IV. Der Charakter des Handelsrechts und die Methode seiner Anwendung. § 19	93
V. Verhältniss des Handelsrechts zu dem bürgerlichen Recht. § 20	102
VI. Anwendung des Handelsrechts.	
A. Nach seinen zeitlichen Grenzen. § 21	105
B. Nach seinen räumlichen Grenzen.	

	Seite
1. Die allgemeinen Gesichtspunkte. § 22	108
2. Anwendung im Einzelnen. § 23	111
VII. Das ausländische Handelsrecht. § 24	119

Erstes Buch.

Die Personen des Handelsrechts.

Abschnitt 1.

Von den Kaufleuten.

(Bearbeitet von Ministerialrath Dr. Freiherr von Völderndorff zu München.)

I. Der Kaufmann.	
A. Begriff desselben.	
1. Begriff im Allgemeinen. § 25	131
2. Die Begriffsbestimmung des H.G.Buchs. § 26	135
3. Wirkung und Anwendung des Begriffs. § 27	139
B. Unterarten.	
1. Gross- und Kleinkaufleute. § 28	147
2. Stellung der Kleinkaufleute. § 29	150
C. Insbesondere.	
1. Die Handelsfrau.	
a. Begriff derselben. § 30	152
b. Rechtliche Stellung derselben. § 31	155
c. Die Ehefrau als Gehülfin. § 32	157
2. Der Minderjährige.	
a. Fähigkeit. § 33	158
b. Kaufmannseigenschaft desselben. § 34	159
c. Rechtliche Folgen. § 35	162
d. Ausübung des Gewerbes durch Stellvertreter. § 36	163
II. Die Ausübung des Gewerbes.	
A. Recht dazu.	
1. Im Allgemeinen. § 37	165
2. Nach der Reichsgewerbeordnung. § 38	167
3. Arten des Gewerbebetriebs nach der Gewerbeordnung. § 39	171
B. Das Geschäft.	
1. Begriff und Wesen desselben. § 40	181
2. Der Sitz des Geschäfts. § 41	183
3. Das Geschäft als Subjekt. § 42	188
4. Das Geschäft als Objekt. § 43	189
C. Das Firmenrecht.	
1. Die Bedeutung der Firma. § 44	192
2. Die Pflicht der Firmenführung nach dem H.G.Buch. § 45	194
3. Das Recht an der Firma. § 46	199
4. Der Gebrauch und die Uebertragung der Firma. § 47	205
D. Das Waarenzeichen und der Markenschutz.	
1. Die Bedeutung des Waarenzeichens. § 48	208
2. Wesen und Grundlage des Markenschutzes. Anmeldung. § 49	210
3. Die Wahl des Zeichens. § 50	213
4. Landesgesetzlich, im Verkehr allgemein anerkannte oder im Gebrauche der Gewerbetreibenden befindliche Zeichen. § 51	216
5. Beendigung des Rechts am Waarenzeichen. § 52	218
6. Bezeichnung mit dem Namen oder der Firma. § 53	219

	Seite
7. Subjekt des Markenschutzrechtes. Inländer und Ausländer. § 54	220
8. Die Rechtsmittel des Markenschutzes. § 55	223
III. Rechte und Pflichten des Kaufmanns.	
A. Uebersicht. § 56	225
B. Veröffentlichungspflicht.	
1. Bedeutung derselben. Das Handelsregister. § 57	226
2. Umfang der Anmeldung und Eintragung. § 58	229
3. Vorschriften und Wirkung der Eintragung. § 59	232
C. Buchführung und Handelsbücher.	
1. Bedeutung derselben. § 60	233
2. Beschaffenheit der Buchführung. § 61	237
3. Die Vorschriften des H.G.Buchs über die Buchführung. § 62	240
4. Inventur und Bilanzziehung. § 63	242

Abschnitt 2.

Die Hilfspersonen.

(Bearbeitet von Professor Dr. Wendt zu Jena.)

I. Der Handlungsgehilfe.	
A. Begriff. § 64	247
B. Das Dienstverhältniss der Handlungsgehülfen zum Prinzipal. § 65	252
C. Das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen. § 66	254
D. Die Auflösung des Dienstverhältnisses. § 67	261
II. Die Fabrikarbeiter. § 68	268
III. Die Stellvertretung.	
A. Wesen derselben. § 69	274
B. Die Prokura. § 70	278
C. Die Handlungsbevollmächtigung. § 71	287
D. Die Rechtsgeschäfte der bevollmächtigten Personen. Artikel 52. § 72	295
E. Eigene Haftung des Bevollmächtigten. Artikel 55. § 73	301

Abschnitt 3.

Die Handelsgesellschaften.

I. Allgemeine Uebersicht über den Bestand des Gesellschaftswesens. (Bearbeitet von Professor Dr. Lastig zu Halle.)	
A. Wissenschaftlicher und positiv rechtlicher Begriff der Handelsgesellschaft. § 74	310
B. Der Begriff Gesellschaft. § 75	316
C. Uebersicht der bisher aufgestellten Klassifikationen der vor dem A. d. H.G.Buch normirten Gesellschaften. § 76	318
D. Ein anderer Versuch der Klassifikation.	
1. Einleitung. Die einseitigen Handelsgesellschaften. § 77	324
2. Die gegenseitige Handelsgesellschaft. § 78	329
3. Korporationen als Handelsgesellschaften u. die Gelegenheitsgesellschaft. § 79	342
II. Die offene Handelsgesellschaft. (Bearbeitet von Professor Dr. Lastig zu Halle.)	
A. Einleitung. § 80	343
B. Errichtung der offenen Handelsgesellschaft. § 81	343
C. Firma und Eintragung in das Handelsregister. § 82	344
D. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander.	
1. Normirung derselben. § 83	349
2. Die Einlage der Gesellschafter. § 84	350
a. Kapitaleinlage. § 85	351
b. Die Arbeitseinlage und Einlagetheilung. § 86	356

3. Die Stellung der einzelnen Gesellschafter zu Gewinn und Verlust der Gemeinwirthschaft. § 87	366
4. Das Aufsichtsrecht. Das Konkurrenzverbot. § 88	370
5. Die Aufnahme neuer Mitglieder. Verträge eines Gesellschafters mit dritten Personen über seinen Geschäftsantheil. § 89	379
E. Rechtsverhältniss zwischen dritten Personen und den Gesellschaftern.	
1. Normirung desselben. § 90	382
2. Abschluss von Verträgen und Vornahme anderer Rechtshandlungen. § 91	383
3. Geltendmachung der Rechte. § 92	391
F. Auflösung der Gesellschaft. § 93	403
G. Die Liquidation. § 94	414
H. Verjährung der Klagen dritter Personen. § 95	425
III. Die Kommanditgesellschaft. (Bearbeitet von Professor Dr. Wendt zu Jena.)	
A. Begriff der Kommanditgesellschaft. § 96	428
B. Der Gesellschaftsvertrag. § 97	432
C. Nur mit Vermögenseinlage betheiligt. § 98	435
D. Die Vermögenseinlage. § 99	440
E. Das Gesellschaftsvermögen. § 100	444
F. Gegenseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter. § 101	447
G. Zeitdauer der Gesellschaft und Auflösung derselben. § 102	451
H. Die rechtliche Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft im Verhältniss zu dritten Personen.	
1. Allgemeines. § 103	452
2. Der Kommanditist haftet nur mit der Einlage. Art. 165. § 104	457
3. Persönliche Haftung des Kommanditisten. § 105	467
IV. Die Aktiengesellschaft. (Bearbeitet von Justizrath Primker zu Berlin.)	
A. Einleitung.	
1. Das Wesen der Aktiengesellschaft. § 106	471
2. Die Vorstufen der Aktiengesellschaft. Die Bank von Genua. § 107	476
3. Die Systeme der Aktiengesellschaft. § 108	487
4. Die oktroyirten Aktiengesellschaften. Die freien deutschen Aktiengesellschaften im achtzehnten Jahrhundert. § 109	490
5. Die Aktiengesellschaft in Frankreich. § 110	501
6. Die Gesetzgebung über die Aktiengesellschaft in England. § 111	504
7. Die Aktiengesellschaft in Deutschland. § 112	510
8. Die Quellen der Aktiengesellschaft. Die fremden Gesetze. Die Literatur. § 113	515
B. Die Entstehung der Aktiengesellschaft.	
1. Die Elemente der Aktiengesellschaft. Die Registrirung. § 114	523
2. Die die Errichtung betreffenden Normativbestimmungen. § 115	532
3. Die Aktienzeichnung. § 116	539
4. Der Gründungsvertrag und die Gründungsgesellschaft. § 117	546
5. Die Publizität der Aktiengesellschaft. Die Zweigniederlassung. § 118	552
C. Die Rechtsverhältnisse der bestehenden Aktiengesellschaft.	
1. Die Organisation der Aktiengesellschaft. § 119	556
2. Das System der Generalversammlung. § 120	562
3. Das Sonderrecht des Aktionärs. § 121	567
4. Vorstand und Aufsichtsrath. § 122	575
5. Das Vermögen der Aktiengesellschaft. § 123	592
6. Das Grundkapital. Das System der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht der Aktiengesellschaft. § 124	602
7. Die Bilanz und die Dividende. § 125	617
8. Die Aktie. § 126	628

	Seite
9. Der Aktienbrief § 127	643
D. Die Beendigung der Aktiengesellschaft.	
1. Die Auflösung derselben. § 128	650
2. Die freiwillige Liquidation. § 129	654
3. Konkurs der Aktiengesellschaft. § 130	661
4. Die Fusion. § 131	664
E. Die öffentlichen Aktiengesellschaften. § 132	666
F. Die juristische Natur der Aktiengesellschaft. § 133	668
V. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. (Bearbeitet von Justizrath Primker zu Berlin.)	
A. Begriff und Wesen derselben. § 134	686
B. Die Errichtung und die Rechtsverhältnisse derselben während der Dauer des Vertrags. § 135	688
C. Die Auflösung derselben. § 136	700
VI. Die stille Gesellschaft. (Bearbeitet von Professor Dr. Lastig zu Halle.)	
A. Begriff. § 137	704
B. Zur Geschichte der stillen Gesellschaft.	
1. Bis zum Code de commerce. § 138	710
2. Die weitere Entwicklung in Deutschland. § 139	728
C. Das geltende Recht der stillen Gesellschaft.	
1. Rechtsverhältnisse der Parteien unter einander. § 140	734
2. Rechtsverhältnisse der Parteien zu dritten Personen. § 141	745
3. Die Bekanntmachung der stillen Gesellschaft. § 142	747
VII. Die Gelegenheitsgesellschaft. (Bearbeitet von Professor Dr. Lastig zu Halle.)	
§ 143	759

Abschnitt 4.

Die eingetragenen Genossenschaften.

(Bearbeitet von Professor Dr. Wolff zu Göttingen.)

I. Die Entwicklung. § 144	774
II. Das Gesetz vom 4. Juli 1868. § 145	780
III. Die Deklaration vom 19. Mai 1871 und die späteren Gesetze. § 146	791
IV. Begriff und rechtliche Natur. § 147	794
V. Die Errichtung. § 148	806
VI. Die Betheiligung an der Genossenschaft. § 149	813
VII. Die konstituirte Genossenschaft.	
A. Der Vorstand. § 150	820
B. Der Aufsichtsrath. § 151	832
C. Prokuristen und andere Bevollmächtigte. § 152	835
D. Die Zweigniederlassung. § 153	837
E. Die Hilfsstationen. § 154	841
F. Die Generalversammlung. § 155	842
G. Die Rechte und Verpflichtungen der Gesellschaft. § 156	849
H. Rechte und Verpflichtungen der Genossenschafter. § 157	857
VIII. Aufhebung der Genossenschaft.	
A. Durch Zeitablauf, Beschluss, richterliches Urtheil, Ausscheiden. § 158	866
B. Durch Konkurs. § 159	869
IX. Die Liquidation. § 160	873
X. Das Vertheilungsverfahren. § 161	877
XI. Die Verjährung. § 162	883

Einleitung.

I. Der Handel.

§ 1.

A. Begriff und Wesen des Handels.¹⁾

Im Sinne der Volkswirtschaft ist Handel der gesammte Umsatz von wirtschaftlichen Gütern jeder Art, welcher die Verbindung zwischen Produktion und Konsumtion bewirkt.²⁾ Handel ist mithin, objectiv genommen, identisch mit der gesammten Bewegung der Güter, mit dem gesammten Verkehr derselben. An diesem weitesten und objektiven Begriff kann festgehalten werden, wenn das Recht des Handels im allgemeinen Verkehrsrecht aufgeht. Es bedarf alsdann keiner spezielleren Definition; wie dies der Standpunkt des römischen Rechts ist.³⁾

Wird aber das Handelsrecht als ein getrennter Theil des Verkehrsrechts hingestellt, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer engeren Begrenzung des Begriffs. Es liegt dann nahe, denselben im subjektiven Sinne, als die auf die Vermittlung des Güterumlaufs, und zwar des Erwerbes halber, gerichtete Thätigkeit zu definiren.⁴⁾ Der Handel ist darnach das Handeln, die Thätigkeit des Händlers, d. h. desjenigen, welcher den Güterumsatz um des Erwerbes willen treibt. Und folgeweise umfasst der objektive Begriff des Handels die Summe der aus jener Thätigkeit entspringenden Verkehrsakte und Verkehrsgeschäfte.

Handel als Thätigkeit des Umsatzes bildet einen eigenen Erwerbszweig

¹⁾ Es kann sich nach dem Zwecke unseres Werks nicht darum handeln, diese Materie so eingehend zu behandeln, wie es von Goldschmidt Hdb. § 40, 41 mit den reichsten Literaturangaben geschieht. Hier nur soviel, als zur näheren Bezeichnung des Gegenstandes des Handelsrechts erforderlich ist.

²⁾ Endemann, H.R., § 1, Not. 1. — Unbestimmt Thöl H.R. § 1 z. A.

³⁾ Es findet das Wesen der mercatura in dem emere und vendere, ohne irgend eine technische Abscheidung vorzunehmen. Vgl. Goldschmidt § 41 Not. 2.

⁴⁾ So Goldschmidt § 40 z. A., woraus dann die Polemik in Not. 2 folgt. Vgl. aber auch den Text bei Not. 2b. — Auch Thöl § 1 geht davon aus „Der Handel ist ein Gewerbe.“

erst, nachdem der ursprünglichste und rohste Zustand des Verkehrs, der des Tausches um des blossen Gebrauchswerthes willen, überwunden ist. Die Entstehung des Handels in diesem Sinne ist bereits Ausfluss des Prinzips der Arbeitstheilung. Ebendeshalb wird nun nach bestimmenden Momenten gesucht, um diejenige Unterscheidung von anderen Thätigkeiten zu finden, die bestimmt erkennen lassen, was Händler und Handel ist.⁵⁾

Mit dem Begriff des Umsatzes oder Absatzes der Güter um des Erwerbs willen ist aber das Wesen des Handels noch nicht erschöpft. An die Thätigkeit, welche den Umsatz selbst durch die Tausch-, Kauf- oder sonstigen Uebertragungsgeschäfte, sei es zu definitivem, sei es zu leihweisem Erwerb eines Andern, bezweckt, schliesst sich, je weiter die Arbeitstheilung durchgeführt, je umfassender und verwickelter der Handelsverkehr wird, eine Reihe von anderen Geschäften und speziellen Thätigkeiten zur Beförderung der Umsatzthätigkeit an.

Letztere kann man **den eigentlichen Handel** nennen und innerhalb desselben denjenigen unterscheiden, der sich unmittelbar durch Umsatz zwischen dem Produzenten und dem Konsumenten vollzieht, und denjenigen, bei welchem zwischen diesen beiden Betheiligten der Gegenstand des Umsatzes verschiedene Hände durchläuft.⁶⁾ **Objekt** eines solchen direkten oder indirekten Umsatzes ist Alles, was Tauschwerth hat; mithin nicht nur Sachengut im weitesten Sinn, wozu nicht blos das Geld und dessen Surrogate, sondern auch Kredit, Firma, Urheberrecht, Forderungen und Schulden⁷⁾ als unkörperliche Güter gehören, sondern auch Arbeitsleistung jeder Art.⁸⁾ Die Güter werden, insofern sie Gegenstand des Handels sind, Waaren genannt.⁹⁾ Allein auch dieser Begriff pflegt bei seiner Bestimmung behufs der rechtswissenschaftlichen Definition des Handels enger genommen zu werden. Man bezeichnet nicht leicht die Arbeit als Waare oder Gegenstand des handelsmässigen Umsatzes, denkt vielmehr dabei regelmässig nur an Sachengut.¹⁰⁾ Allerdings kann die Bethätigung der Arbeitskraft nicht in gleicher Weise Objekt des Umsatzes werden, wie Sachengut. Sie ist eben wesentlich Gegenstand jenes anderen Haupttheils des Handels, welcher neben dem eigentlichen Handel zu berühren ist.

Auch nicht jedes Sachengut gilt als Gegenstand des Handelsumsatzes; nicht jedes unkörperliche, aber auch nicht einmal jedes körperliche. Denn es wird,

⁵⁾ Während bei den Römern die mercatura ein ungetrenntes Stück der negotiatio st; s. Goldschmidt § 41, Not. 1.

⁶⁾ Goldschmidt § 40, Not. 2b.

⁷⁾ Goldschmidt § 41, Not. 8a.

⁸⁾ Goldschmidt § 40, Not. 5a. ff. und Not. 25.

⁹⁾ Goldschmidt § 40, Not. 24.

¹⁰⁾ Vergl. über die Bedeutung der merx im römischen und mittelalterlichen Recht. Goldschmidt § 40, Note 24. Die kanonistischen Schriftsteller mussten den noch engeren Begriff der merx legalis suchen, mit der allein ein rechtlich erlaubter Handel existiren konnte; Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 344 und H.R. § 75, Not. 4. Geld war namentlich keine Waare im rechtlichen Sinn. Daran erinnert das auch noch von Neueren aufgestellte Erforderniss der Handelswürdigkeit. Goldschmidt das. Note 25.

wenn auch keineswegs mit voller Durchführung, doch prinzipiell der Umsatz, der sich mit unbeweglichen Gütern befasst, vom Begriffe des Handels ausgeschlossen. Nach altem Herkommen soll, so wenig dies begrifflich geboten erscheint, der Handel nur mit beweglichen Sachen zu thun haben.¹¹⁾

Für bewegliche Sachen besteht keine andere Schranke, als diejenige, die etwa durch besondere den Umsatz verbietende Rechtsvorschriften gesteckt wird. Namentlich ist nach heutiger Auffassung der Begriff des Handels nicht mehr von der Unterscheidung abhängig, ob der Umsatz körperlicher Waaren in veränderter oder unveränderter Gestalt vor sich geht. Die kanonistische Doktrin erachtete streng genommen nur denjenigen Handel für legitim, welcher die Sachgüter in veränderter Gestalt, also nach Bearbeitung oder Verarbeitung, umsetzte. Hier war der Gewinn um der Zuthat von Arbeit willen gerechtfertigt, während der Geldgewinn aus Umsatz ohne Veränderung als Ergebniss blosser Geldspekulation mindestens bedenklich erschien.¹²⁾ Später haben dann, nachdem dieser der Wucherlehre entstammende Grund hinfällig geworden war, Viele gerade umgekehrt nur den Umsatz in unveränderter Form für echten Handel erklären wollen.¹³⁾ Jetzt steht fest, dass der Begriff des handelsmässigen Umsatzes, wenn er auch zunächst und hauptsächlich auf Umsatz in unveränderter Form bezogen wird, auch den Umsatz nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung in sich schliesst.¹⁴⁾ Diese letztere Verbindung führt dann, wenn man nicht will, dass jeder Umsatz derjenigen, die sich mit Bearbeitung oder Verarbeitung beschäftigen, zum Gebiet des Handels gerechnet wird, nothwendig zu einer weiteren Unterscheidung; nemlich zu der des bloß handwerksmässigen Betriebs, bei dem die Bearbeitung als das vorwiegende, der Absatz als das untergeordnetere Moment erscheint, und des grösseren, fabrikmässigen Betriebs, bei dem Bearbeitung und Absatz mindestens gleich wichtig sich darstellen.

Ausser dem eigentlichen Handel gehören zum Begriffe des Handels, den das Handelsrecht unterstellt, alle diejenigen Thätigkeiten und Geschäfte, welche nicht den Umsatz selbst ausführen, wohl aber dessen Ausführung mittelbar unterstützen oder ermöglichen. Man mag in diesem Sinn von **Hilfsgewerben und Hilfsgeschäften** des Handels reden;¹⁵⁾ freilich ohne damit die Meinung zu verbinden, als ob in dem Ganzen des Handels dieser Theil von untergeordneter, nebensächlicher Bedeutung wäre. Es liegt in der Natur der Sache, dass auf minder entwickelter Stufe der Handelsverkehr solcher Thätigkeiten nur in geringerem Maasse bedarf oder sie wenigstens nicht als eigene Zweige der Handelsthätigkeit kennt. Je mehr sich der Handel ausbreitet und vervollkommnet, desto mehr weist das Bedürfniss auf Arbeitstheilung hin, desto mehr lassen sich selbständige Thätigkeiten unterscheiden, welche insofern nur mittelbar auf das Ziel des Handels gerichtet sind, als ihr nächster Zweck nicht der

¹¹⁾ Goldschmidt § 41, Not. 16 ff. Davon das Nähere unten in § 17.

¹²⁾ Endemann, nationalökonomische Grundsätze der kanonischen Lehre. S. 171.

¹³⁾ S. die Citate bei Goldschmidt § 41, Not. 1.

¹⁴⁾ Goldschmidt § 41, nach Not. 7.

¹⁵⁾ Goldschmidt § 41, Not. 4 ff.; Thöl § 1, S. 5.

Umsatz selbst ist. So hat sich die ganze Menge der Transport-, Vermittlungs-, Sicherungs- und Erleichterungsgeschäfte¹⁶⁾ gebildet, die sämmtlich zum Handel gehören und nach heutigen Verhältnissen grossentheils besondere Gewerbezweige darstellen. Zugleich sind sie aber ihrem Wesen nach auch Umsatzgeschäfte, indem sie die Anschaffung und die Verwerthung namentlich von Arbeitsleistung, jedoch zum Theil auch anderer Güter oder Leistungen enthalten. Indessen werden die Hilfgeschäfte, welche unter die berührten Rubriken fallen können, nicht sämmtlich und nicht unbedingt, vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere unter der des gewerbmässigen Betriebs oder der Kaufmannseigenschaft, für handelsmässig erklärt.¹⁷⁾

Hiernach ergibt sich, dass der **Begriff des Handels**, den das Handelsrecht zu Grunde legt, um dessen Umfang juristisch zu bestimmen, keineswegs einfach und überall sicher ist. Die Künstlichkeit der Abscheidung zeigt sich auch schon in den darauf bezüglichen Bestimmungen früherer Partikularrechte.¹⁸⁾ Sie zeigt sich ebenso nach dem H.G.Buch, dessen verwickelte Bestimmungen über die Handelsgeschäfte und die Zuständigkeit des Handelsrechts¹⁹⁾ auf dem dargestellten Begriff des Handels beruhen.²⁰⁾

Mag der Umfang des Handels weiter oder enger genommen werden, so steht soviel fest, dass nur der Umsatz oder Verkehr **gegen Entgelt** gemeint ist.²¹⁾ Dem Handel ist es um den Tauschwerth aller von ihm umgesetzten Güter, auch der Arbeit, zu thun. Der Tauschwerth drückt sich aus in dem Preise, der in Geld oder anderer Gestalt als Gegenwerth unmittelbar genommen oder kreditirt wird. Daraus folgt, dass wenn nicht jeder Umsatz, sondern nur die der Vermittlung des Güterumlaufs zugewendete Erwerbsthätigkeit Handel zu nennen ist, zu dem Wesen des letzteren entweder auf der Seite des Veräusserers, oder auf der Seite des Erwerbers, oder auch bei beiden **Gewinn- oder Spekulationsabsicht** gehört.²²⁾ Gewinnabsicht ist regelmässig und von selbst der Grund jeder Erwerbsthätigkeit. Indem darüber die heutige Lehre einverstanden ist, wie sich namentlich bei der Entwicklung der Handelsgeschäfte zeigt, steht sie auch hier wieder in vollem Gegensatz zu der kanonistischen Lehre. Diese musste die Absicht, aus dem puren Umsatz Geldgewinn zu machen, gerade als das Moment ansehen, welches den Handel wucherisch und daher widerrechtlich machte.²³⁾

Aus dem engeren Begriff des Handels entspringt ferner dessen Gegensatz

¹⁶⁾ Goldschmidt § 40 nach Not. 5. Thöl a. a. O. — Dahin gehören die Geschäfte der Makler, Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer, Rheder u. s. w.

¹⁷⁾ Eine Uebersicht der Handelsgewerbe, eingetheilt in sechs „Massen“, gibt Thöl § 26—28.

¹⁸⁾ Deren Thöl § 1, Not. 1 eine Reihe anführt.

¹⁹⁾ S. darüber unter § 13 ff.

²⁰⁾ v. Hahn, Komm. zu Art. 1, § 2.

²¹⁾ Goldschmidt § 40, Note 8.

²²⁾ Goldschmidt § 40, Note 13 und die zahlreichen Citate das. Note 14.

²³⁾ Endemann, nat. Grundsätze S. 92 ff., insbesondere über das Verbot *carius vendere quam emere*. S. 25 ff.

zur Produktion. Der Handel soll eben nur die Vermittlung des Güterumlaufs sein.²⁴⁾ Mithin scheidet sich sowohl die Veräusserung, die der Produzent mit den von ihm erzeugten Produkten vornimmt, als auch die Veräusserung an den Konsumenten und der Erwerb von Seiten des letzteren²⁵⁾ aus.

Dass für das Wesen des Handels, wenn gleich der gesammte Handel als Umlauf oder Bewegung der wirtschaftlichen Güter bezeichnet werden kann, im juristischen Sinne nicht nothwendig Ortsveränderung und folglich Transport Erforderniss ist, darf jetzt als allgemein anerkannt gelten.²⁶⁾

Endlich ist auch die Gewerbemässigkeit kein nothwendiges Element des Handelsbegriffs mehr.²⁷⁾ Das Handelsrecht und damit der juristische Begriff des Handels ist nicht mehr auf die Kaufleute beschränkt, wie da, wo das Handelsrecht lediglich als Standesrecht der gewerbmässigen Kaufleute auftritt. Darum ist jedoch nicht ausgeschlossen, die Gewerbemässigkeit und die Kaufmannseigenschaft als Maassstab mit zu benutzen,²⁸⁾ wenn es gilt, den Umfang der Handelsgeschäfte zu bestimmen.

§ 2.

B. Arten und Zweige des Handels.

Man unterscheidet verschiedene Arten und verschiedene Zweige des Handels. Indessen haben für das Privatrecht des Handels die betreffenden Unterscheidungen¹⁾ nur theilweise Werth.

1. Nach der Richtung, die der Handel nimmt, wird in Gegensatz gestellt **Binnen- oder inländischer** und **Aussen- oder auswärtiger Handel**, je nachdem er sich innerhalb eines einzigen Staatsgebietes bewegt, oder die Grenze überschreitet. Der Aussenhandel ist entweder Einfuhr- oder Importhandel, oder Ausfuhr- oder Exporthandel, oder Transit-, Zwischen- oder Durchfuhrhandel.²⁾ So wichtig dieser Gegensatz in wirtschaftlicher und handelspolitischer Beziehung werden kann, so wenig verdient er besondere Berücksichtigung im Handelsprivatrecht.

2. Der Unterschied von Landhandel, der die Transportwege des Landes, Landstrassen, Eisenbahnen, Flüsse, Kanäle und Binnenseen benutzt, und von Seehandel, der mittelst Transportes auf dem Meere stattfindet, wird insofern

²⁴⁾ Goldschmidt § 40, Not. 16. Vgl. Not. 22b. — Die wirtschaftliche Frage, ob der Handel, der keine Güter erzeugt, Werthe erzeugt, ist hier nicht zu besprechen.

²⁵⁾ Endemann H.R. § 1, Note 5.

²⁶⁾ Anders nach den kanonist. Doktrin. Transport war wirkliche Arbeit und daher erschien, wo Transport war, der Gewinn aus dem Handel legitim, während er sonst, wenn der Kaufmann nicht einmal transportirte, dem Bedenken der usura ausgesetzt war. Daher die Hauptrechtfertigung des cambium als transportatio imaginaria. Endemann, Studien I, S. 110.

²⁷⁾ Goldschmidt § 40, Not. 18.

²⁸⁾ S. unter § 16.

¹⁾ Endemann H.R. § 2; Goldschmidt Hdb. § 46. Thöl § 37.

²⁾ Goldschmidt a. a. O. IV; Thöl a. a. O. IV. — Vollends braucht vom Aktiv- und Passivhandel oder der Handelsbilanz des Imports und Exports hier nicht die Rede zu sein.

bedeutsam, als der letztere zu besonderen Erscheinungen führt, welche den Gegenstand des Seerechts bilden.³⁾

3. Eine ganze Reihe von Unterarten lässt sich aufstellen nach dem Gegenstand, wie **Waaren-, Geld-, Effekten-, Buchhandel** u. s. w.⁴⁾ Der Natur der Sache nach ergeben sich aus der Verschiedenheit des Objekts leicht auch Verschiedenheiten der damit befassten Geschäfte, die für die Rechtsbehandlung wichtig werden.

4. Ebenso verhält es sich mit der Unterscheidung von **Proper- oder Eigenhandel** und **Kommissionshandel**, je nachdem der Handel auf eigene oder auf fremde Rechnung getrieben wird. Der Kommissionshandel führt zum Kommissionsgeschäft, das sich seinerseits von demjenigen Betrieb unterscheidet, welcher nur in Stellvertretung oder behufs Vermittlung stattfindet, und besonderer rechtlicher Regelung bedarf.⁵⁾

5. Nicht minder entspringen im Gegensatz zu dem **Platzhandel**, der unter an demselben Ort anwesenden Beteiligten vor sich geht und zu dem ebensowohl der vom Käufer aufgesuchte Laden-, als auch der vom Verkäufer aufgesuchte Hausir- und der von beiden an einem fremden Ort gesuchte Mess-, Markt- oder Börsenhandel gehört,⁶⁾ aus dem **Distanzhandel** eigenthümliche Vorkommnisse, die zu besonderen Rechtssätzen Anlass geben; wie sich namentlich an dem Distanzkaufgeschäft zeigt.

6. Von hervorragender Wichtigkeit erscheint endlich der Gegensatz von **Gross- und Kleinhandel**.⁷⁾ Der natürliche Einfluss, den man, wie die geschichtliche Betrachtung lehrt, stets diesem Gegensatz in Bezug auf die soziale und wirtschaftliche Stellung der Gross- und Kleinhändler,⁸⁾ sowie auch der Unterscheidung von Fabrik und Handwerk⁹⁾ beigemessen hat, bedarf hier keiner näheren Ausführung; ebensowenig die Verschiedenheit der Behandlung, die sich daraus für das Verwaltungsrecht ergibt. Eine prinzipielle Abgrenzung ist zwar mehrfach versucht oder angestrebt worden, hat sich aber, soweit davon die Anwendung des Handelsrechts bedingt, namentlich auf den Grosshandel beschränkt sein soll, immer mehr als undurchführbar erwiesen.¹⁰⁾ Die Ueberzeugung von der Undurchführbarkeit wurde auch bei der Berathung des H.G.Buchs gewonnen. Man konnte sich nicht entschliessen, eine Scheidung in der Weise vorzunehmen, dass das H.G.Buch nur auf den Grosshandel berechnet wäre.¹¹⁾

³⁾ Dass die Küstenschiffahrt oder Cabotage in mehreren Richtungen eine besondere Stellung einnimmt, s. Goldschmidt Not. 2.

⁴⁾ Goldschmidt a. a. O. I.

⁵⁾ Goldschmidt a. a. O. IIa.

⁶⁾ Goldschmidt a. a. O. III.

⁷⁾ Goldschmidt a. a. O. VI.

⁸⁾ Goldschmidt das. Not. 5.

⁹⁾ Goldschmidt Not. 9.

¹⁰⁾ Siehe darüber Goldschmidt Not. 5a; vgl. auch Not. 14 und insbesondere über das am meisten auf Gleichstellung abzielende französische Recht Note 16, über die daraus entsprungenen Uebelstände Not. 17.

¹¹⁾ Ueber die Anträge und den Gang der Berathungen s. den Bericht bei Goldschmidt a. a. O. Not. 19—24; zur Kritik Not. 24a.

Unter solchen Umständen ist es vom rechtlichen Standpunkt aus nicht notwendig, innerhalb des eigentlichen Handels eine genauere Begriffsbestimmung des Gross- und des Kleinhandels zu suchen.¹²⁾

Allein, wenn auch das H.G.Buch an sich gleichmässig auf den Gross- und Kleinhandel bezogen werden muss und wenn demgemäss nicht bloss die Grosshändler, sondern auch die Kleinhändler unter den Begriff der Kaufleute nach Art. 4 fallen, so hat es doch nach einigen Richtungen hin unterschieden zwischen Handelsbetrieb von grösserem und Handelsbetrieb von geringem Umfang, und ebenso zwischen grösserem fabrikmässigem Betrieb und Handwerk.¹³⁾ Die rechtlichen Folgen erweisen sich in Art. 272, Nr. 1, 3, 5 und Art. 273 bei der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte, sowie an dem Gegensatz der Voll- und Minderkaufleute, auf welchen Art. 10 führt.¹⁴⁾

7. Endlich ist auch der Unterschied von **gewerbemässigem und nicht gewerbemässigem Handel** zu erwähnen.¹⁵⁾ Gewerbemässig ist der Handel, welcher durch Einrichtung eines dazu bestimmten Geschäfts oder Etablissements zu dem Zweck betrieben wird, um daraus eine dauernde Erwerbsquelle zu machen. Der Zusammenhang mit der Gewinn- oder Spekulationsabsicht ist klar. Nicht gewerbemässiger Handel ist die Summe derjenigen Geschäfte, welche, sei es auch in der Absicht, Gewinn zu erzielen, vereinzelt von solchen gemacht werden, die den Handel nicht als ständige Erwerbsquelle und seine Ausübung nicht als Beruf betrachten.

Die nach dem Verwaltungsrecht bestehenden Vorschriften über den gewerbemässigen Betrieb sind hier nicht darzustellen.¹⁶⁾ Wohl aber ist schon hier darauf hinzuweisen, dass von der Gewerbemässigkeit des Betriebs theilweise der Charakter der Geschäfte als Handelsgeschäfte und folgeweise die Zuständigkeit des Handelsrechts abhängt.¹⁷⁾

¹²⁾ Goldschmidt Not. 6—8.

¹³⁾ Thöl § 37, III.

¹⁴⁾ S. darüber unten in Abschnitt 1 des ersten Buchs das Nähere.

¹⁵⁾ Thöl § 30.

¹⁶⁾ S. auch darüber unten Abschnitt 1 des ersten Buchs.

¹⁷⁾ S. unten § 15.

II. Das Handelsrecht.

§ 3.

A. Begriff desselben.

Handelsrecht ist im weiteren Sinn die Summe aller derjenigen Normen, welche sich auf die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs beziehen.¹⁾ Dazu gehört auch ein grosser Theil des sonstigen Rechts. Wenn ein von dem letzteren getrenntes Handelsrecht existirt, so ist dieses im engeren Sinne zu definiren als die Summe aller der eigenthümlichen Normen, welche in Handelssachen gelten.

Ausgeschlossen wird hier das öffentliche Recht des Handels, das Verwaltungsrecht, welches lediglich die administrativen, finanziellen, prozess- und strafrechtlichen Beziehungen des Handels regelt, sowie das Völkerrecht desselben, welches sich namentlich in Staatsverträgen verkörpert.²⁾

Die vorliegende Darstellung beschäftigt sich nur mit dem Privatrecht des Handelsverkehrs, neben welchem aber theilweise auch dem öffentlichen oder Verwaltungsrecht angehörige Bestimmungen in Betracht kommen.³⁾ Als selbständiger Theil des Handelsrechts wird herkömmlich das Seerecht angesehen;⁴⁾ und mit dem Handelsrecht steht nahe in Verbindung das freilich keineswegs nur für den Handelsverkehr existirende Wechselrecht.

Die Kenntniss des Handelsrechts setzt Kenntniss des Handels voraus. Für die wissenschaftliche Erklärung ist letztere nicht bloss Hülfswissenschaft, sondern vielfach geradezu Grundlage.

Die Kenntniss alles dessen, was zu dem Handelsbetrieb gehört, ist die Handelswissenschaft, die, wenn sie im weitesten Sinn genommen wird, auch das Handelsrecht mit umfasst. Als Bestandtheile gehören ihr an die Waaren-

¹⁾ Vgl. über die folgenden Definitionen Thöl § 4; Goldschmidt § 1; Endemann § 3.

²⁾ Eine Uebersicht der 1879 bestehenden Handelsverträge des deutschen Reichs, siehe nach dem Reichsanzeiger in Hirth's Annalen 1879, S. 562 ff.

³⁾ Endemann Not. 5. Goldschmidt Not. 5.

⁴⁾ Allenfalls auch das Versicherungsrecht, wozu jedoch minder Ursache. Seerecht und Wechselrecht bilden daher im Folgenden besondere Abschnitte. Das Versicherungsrecht s., abgesehen von der Seeversicherung, unten in Buch 3, Abschn. 9.

Maass-, Gewichts-, Geld- und Münz-, Wechselkunde, die Lehre von der Buchführung, Korrespondenz, Komtoirwissenschaft überhaupt, die Lehre des Handelsbetriebs, seiner Einrichtungen und seiner Ausführung nach rationellen Grundsätzen (Privathandelspolitik).⁵⁾ Ebenso die Handelsstatistik und Handelsgeographie.

Von besonderer Wichtigkeit für die geschichtliche Entwicklung des Handelsrechts wird die Geschichte des Handels und insbesondere für die dogmengeschichtliche Darstellung des Handelsrechts die Geschichte der nationalökonomischen Ansichten.⁶⁾ In gleicher Weise ist für die Erklärung und Begründung des bestehenden Handelsrechts die Kenntniss der gegenwärtig herrschenden wirthschaftlichen Prinzipien unentbehrlich.⁷⁾

In der Gestaltung des Rechts, die kein Willkürprodukt ist und niemals von der Doktrin nach theoretischen Prinzipien geleitet wird, muss sich das Wesen des Handels und der Erscheinungen, welche er hervorruft, ausprägen. Die Uebereinstimmung mit dem realen Leben aufrecht zu erhalten, ist die erste Aufgabe der Gesetzgebung, aber nicht minder auch die Aufgabe der Theorie. Ueberall lehrt die Vergangenheit und die Gegenwart, wie schwer es der Theorie fällt, diesen Zusammenhang zu wahren. Sie würde sonst nicht so häufig sich der Meinung hingeben, als ob die Rechtsbildung durch die von ihr gefundenen doktrinellen Sätze beherrscht würde, und nicht immer wieder versuchen, die von ihr aufgestellten Rubriken als unumstössliche Axiome zu betrachten, denen sich die Wirklichkeit zu fügen hätte, während es sich gerade umgekehrt verhalten muss.

Und soviel sollte sich, was das Handelsrecht betrifft, von selbst ergeben: das Recht, welches den Verkehr mit den wirthschaftlichen Gütern, Sachengut aller Art und Arbeit, zum Gegenstande hat, muss nothwendig beeinflusst, ja abhängig sein von den wirthschaftlichen Prinzipien, welche für diesen seinen Gegenstand maassgebend sind. Wie Geld und Gut und Arbeit nach den im Verkehr herrschenden Ansichten betrachtet werden, darin liegt die beste Erklärung auch der Rechtsgrundsätze, die sich mit ihnen beschäftigen.

⁵⁾ Thöl § 3. Goldschmidt § 2 und über Encyclopädien der Handelswissenschaft § 7, I a. E.

⁶⁾ S. über beides weiter § 4.

⁷⁾ Goldschmidt § 2, Not. 4; vgl. dazu auch § 3, Not. 11, 12. Siehe über die Literatur dieser Wissenszweige die Angaben bei Thöl § 2 und Goldschmidt § 2. Sie hier zu wiederholen erscheint überflüssig. Sodann mag darauf hingewiesen werden, dass die Z. f. H.R. in ihren Literaturübersichten auch alle erheblicheren Erscheinungen der Handelswissenschaft und Nationalökonomie aufzählt. Siehe z. B. Bd. 19, S. 333; Bd. 20, S. 319, 661; Bd. 21, S. 614. Ueber die Bedeutung insbesondere der nationalökonomischen Dogmatik siehe Endemann H.R. § 11.

§ 4.

B. Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung des Handelsrechts.

1. Die leitenden Gesichtspunkte.

Das Handelsrecht hat sich allmählich von dem übrigen Verkehrsrecht als ein Sonderrecht¹⁾ abgetrennt. Unser Verkehrsrecht ruht, wenn auch nicht ausschliesslich, doch zum weitaus grössten Theil auf dem römischen Recht.²⁾ Nur in geringem Maasse haben auf die Bildung desselben, zumal im Gebiete des Obligationenrechts, deutschrechtliche Ideen eingewirkt. Das Meiste zur Entwicklung des Handelsrechts in seiner neueren Gestalt haben freilich die im Vergleich zu dem römischen Recht wesentlich veränderten realen Zustände des Handels, die in diesen sich bildenden Gewohnheiten und die in verschiedenen Perioden wechselnden, oft geradezu entgegengesetzten wirthschaftlichen Begriffe beigetragen, deren Einfluss die Rechtslehre und die Gesetzgebung sich nicht entziehen konnte.

I. In dem bürgerlichen Recht der Römer³⁾ existirte keine Abtrennung des Handelsrechts. Erst allmählich entwickelte sich aus den primitiven Kulturzuständen der ältesten Zeit heraus ein Handelsverkehr, der sich zugleich mit der Ausdehnung der politischen Herrschaft immer mehr ausdehnte.⁴⁾

Selbst auf seinem Höhepunkte reicht er jedoch nicht an den Umfang des heutigen Handels. Zugleich unterscheidet er sich von demselben wesentlich durch die zu Grunde liegenden wirthschaftlichen Verhältnisse und Auffassungen.⁵⁾

¹⁾ S. über die Bedeutung dieses Begriffs unten § 20.

²⁾ Thöl § 5, der jedoch die Bedeutung und den Werth des röm. Rechts übertreibt; s. auch Goldschmidt § 37 Not. 11.

³⁾ Literatur über Handel und Handelsrecht des Orients im Alterthum und Griechenlands s. bei Goldschmidt § 4, I u. II.

⁴⁾ An einer eingehenden Spezialdarstellung der Handelszustände im röm. Reich fehlt es noch immer. Vieles von Erheblichkeit findet sich bes. bei W. A. Becker, Handbuch der röm. Alterthümer, fortgesetzt von Marquardt; in Mommsen, Röm. Geschichte, s. hauptsächlich Buch I, Kap. 11. 12; Buch III, 1. 12. 19; Buch IV, 2. 31; Buch V, 11; in Ihering Geist des Röm. Rechts, in Bd. 2. 3. zerstreut. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, 3 Bde. 1862—1871. Arnold, Kultur und Recht der Römer 1868. Interessant für die Stellung der Handwerker und Händler in den Munizipien: Nouv. revue historique. Juill. Août 1879 p. 371.

⁵⁾ S. über diese, Herrmann, diss. exhibens sententias Romanorum ad oeconomiam universam v. nationalem pertinentes, 1823; Tydemann, disquisitio juridico-politica de oeconomiae publicae notionibus in corpore juris civilis Justin. 1839; v. Scheel, die wirthsch. Grundbegriffe im Corpus juris civ. in Hildebrands Jahrb. für Nationalökonomie, Jahrg. 4. Bd. 1 S. 324; Buder, zur ökonom. Charakteristik des röm. Rechts, in der Zeitschr. für die ges. Staatswiss. Jahrg. 33.

Handel, namentlich in Getreide, wurde zwar gern geübt und das Geldgeschäft so reichlich gepflegt, dass der nationalökonomische Charakter des römischen Lebens sehr wohl als ausgeprägte Geldwirtschaft bezeichnet werden darf.⁶⁾ Auch wurde das Wesen des Sachengutes, vor Allem das des Geldes, des Kapitals und was damit zusammenhängt, von den Römern bereits richtig erkannt, theilweise sogar zu hoher Ausbildung gebracht. Dagegen fehlte viel an der gehörigen Würdigung der Arbeit. Nicht als ob die Bedeutung dieses Hauptfaktors der Produktion und des Handels gänzlich verkannt worden wäre.⁷⁾ Aber Arbeit um Lohn erschien des Freien unwürdig, die Ansichten von der wirtschaftlichen Arbeit beruhten stets auf der Unterstellung, dass die Lohndienste von Unfreien zu verrichten seien, auf dem Vorhandensein der Sklavenarbeit. Darnach ziemte dem Freien wohl und wurde von ganzen Klassen mit Vorliebe geübt die Unternehmung. Wie in dem Gebiete der Landwirthschaft der Latifundienbetrieb, so herrschte auch im Handel der Grossbetrieb. Die ausführenden Kräfte waren vorwiegend Sklaven und Freigelassene. Man vermisst daher bei unfreier Arbeit die Folgen der Arbeitstheilung, welche nothwendig bei höherer Entwicklung der freien Arbeit eintreten, die Reihe selbständiger Geschäftszweige, welche das heutige Verkehrswesen so mannigfaltig machen und sich in eigenen Verkehrsgeschäften des Handelsrechts wiederspiegeln. Wenigstens erweisen sich in dem römischen Recht nur einzelne besonders gepflegt; darunter bezeichnend genug vor Allem das Geschäft der Argentarien. Der Charakter, der dem Recht die Existenz unfreier Arbeit eingepflanzt hatte, blieb auch dann noch erhalten und wurde nur in untergeordnetem Maasse modifizirt, als das Christenthum die Sklavenwirtschaft zu lockern begann.⁸⁾

Das römische Verkehrsrecht, das sich auf dem Boden dieser Zustände entwickelte,⁹⁾ hat seine Wurzeln in dem, wenn auch noch so dürftigen, Civilrecht der römischen Bürger, insofern dort bereits die Grundlagen des Sachen- und Obligationenrechts gegeben sind. Mit Zunahme des Verkehrs erwiesen sich jedoch die Begriffe und Formen desselben zu eng. Durch die Verkehrsbeziehungen zu anderen Gebieten und die daraus entspringenden Erfahrungen angeregt, bildete die Praxis, insbesondere die prätorische Rechtsprechung, und die Thätigkeit der Juristen allmählich ein freieres Verkehrsrecht aus, das nicht bloß für römische Bürger, sondern für Jedermann vor den römischen Gerichten Geltung besass, das *jus gentium*. Indem so mit vollstem Verständniss den Forderungen des erweiterten Verkehrs Genüge geleistet wurde, entstanden mancherlei Rechtsinstitute, welche wesentlich oder sogar ausschliesslich auf den

⁶⁾ Vgl. über den Gegensatz der Natural- und Geldwirtschaft Endemann H.R. § 74, II.

⁷⁾ Zeugnisse s. Endemann § 74. No. 1.

⁸⁾ S. darüber Studien zur Geschichte der alten Kirche, Chemnitz 1879, Heft I, Nr. III.

⁹⁾ S. darüber Goldschmidt Z. f. H.R. Bd. I. S. 5 ff. u. H.R. § 37 Not. 3. — Vgl. auch Pardessus, collection tom. I; dann Puchta, Kurs. der Institutionen 3 Bd. 1872; Ihering, Geist (s. oben Not. 4); und M. Voigt, das *jus naturale, aequum et bonum* und *jus gentium* der Römer. 3 Bde., 1856—1871.

Handelsverkehr und die damit befassten Personen berechnet waren.¹⁰⁾ Allein weil sich durchweg in der klassischen Periode das Recht dem realen Bedürfniss anpasste, konnte kein Grund sein, die dem Handel eigenthümlichen Rechtstheile von dem übrigen Verkehrsrecht auszuscheiden. Ohnehin galt ein grosser Theil des letzteren ebenmässig für den Handel wie für den sonstigen Verkehr. Dazu kam ferner, dass nicht minder die Gerichtseinrichtung und das Prozessverfahren allen Ansprüchen auch des Handelsverkehrs zu entsprechen vermochte. Endlich existirte keinerlei Abgeschlossenheit eines besonderen Handelsstandes. Die Uebung des Handels war Jedermann zugänglich und wurde von den verschiedensten Klassen ergriffen.¹¹⁾ Niemand dachte daher an administrative oder polizeiliche Ordnung des berufsmässigen Handels. Mit einem Wort: es war weder eine objektive noch eine subjektive Veranlassung vorhanden, das Handelsrecht als ein Sonderrecht darzustellen.

Dabei bewendete es selbst noch in der späteren Kaiserzeit, wo neben mancher Verquickung des Verkehrsrechts allerdings sich die Neigung zeigte, von dem immer weiter sich ausbreitenden System aus auch den Handel spezieller administrativer und juristischer Regelung nach einigen Richtungen hin zu unterwerfen.¹²⁾

II. Ganz anders lagen die Dinge im Mittelalter. Der Handel, der sich nach der Völkerwanderung namentlich in Italien und an den Küsten des Mittelmeeres zu heben begann, hatte einen von dem römischen wesentlich verschiedenen Charakter. Unter dem Einfluss des Christenthums unterlagen vor Allem die Ansichten über die wirthschaftliche Arbeit einer grossen Wandlung. Nicht mehr die Sklavenarbeit, sondern freie, ihres Lohnes und voller Achtung würdige Arbeit war nun das bewegende Element.¹³⁾ Nun war, als sich der Handel mächtiger entwickelte, die Grundlage zu der in der römischen Epoche vermissten Arbeitstheilung und Fülle verschiedener Geschäftszweige gegeben.¹⁴⁾

Schon darum musste bei gesteigertem Verkehr das römische Recht ungenügend erscheinen. Dasselbe erschien ungenügend, in der überkommenen Gestalt, weil es auf ganz anderen Kulturzuständen beruhte. In dem erstarkenden Handel treten neue Vorkommnisse, neue Thätigkeiten, neue Vertragsarten auf, für die es in dem römischen Recht an einer bestimmten juristischen Formel fehlte und die daher zu eigener rechtlicher Betrachtung aufforderten. Der Beweglichkeit des Handels entsprechend bildeten sich neue Uebungen und Rechtsgewohnheiten in grosser Zahl und rasch; und schon desshalb war ein sicht-

¹⁰⁾ Beispiele s. bei Goldschmidt § 37, Not. 11.

¹¹⁾ Dass damit die Definitionen der mercatura und des mercator übereinstimmen, s. Endemann H.R. § 4, Not. 6.

¹²⁾ Endemann das. Not. 9; Goldschmidt § 37, Not. 11 a. E.

¹³⁾ Endemann, die nationalök. Grundsätze der kanon. Lehre, in Hildebrands Jahrb. Bd. 1 und Separatabdruck S. 158. 197 fg.; einige zerstreute Bemerkungen s. auch bei L. Felix, die Arbeiter und die Gesellschaft 1874.

¹⁴⁾ Ueber die Literatur der Handelsgeschichte in dem Mittelalter s. die Angaben bei Goldschmidt § 5 nach Not. 1. u. auch § 3, Not. 11.

licher Gegensatz gegen das ungleich weniger bewegliche Recht des Grundbesitzes, der Landwirthschaft und anderer ausserhalb des Handels gelegener Gebiete des wirtschaftlichen und sozialen Lebens bedingt.

Ihre Hauptgrundlage fand aber die Entwicklung eines besonderen Handelsrechts in der das Mittelalter beherrschenden standesmässigen Gliederung, die nach vielen Seiten hin zu einer Zersplitterung des Rechts in einzelne Standesrechte führte. Die mit dem Handel berufsmässig befassten Personen bildeten den Kaufmannsstand.¹⁵⁾ Derselbe hatte als eigener Stand die Befugnis sich korporativ abzuschliessen, bei solcher Abgeschlossenheit innerhalb seines Kreises eine eigene Gerichtsbarkeit auszuüben¹⁶⁾ und seine Rechtsbeziehungen durch autonome Satzungen zu ordnen. Von dieser Befugnis wurde vielfach Gebrauch gemacht und so entstanden durch die Uebung der Kaufleute, die Rechtsprechung ihrer Gerichte und die Anerkennung ihrer Statuten Rechtsinstitute und Rechtsregeln, die eben nur diesem Kreise angehörten, also ein besonderes Recht der Kaufleute (*jus mercatorum*) darstellten. Nichts war natürlicher, als dass in denjenigen Städten, welche sich hauptsächlich dem Handel hingaben, die kaufmännischen Rechtsregeln häufig auch in die städtischen Statuten oder Stadtrechte aufgenommen wurden. Ja es gab sogar Handelsstädte, in denen von einer besonderen Gerichtsbarkeit und Rechtsbildung der Kaufleute nicht zu reden ist, deren Recht aber nichts destoweniger den Charakter eines kaufmännischen Rechts annahm, indem gleichsam die ganze Bevölkerung an dem Handelsbetrieb beteiligt erschien.¹⁷⁾ Vorerst ergab sich daraus, da diese Rechtsbildung sich in dem engen Kreise der einzelnen Stadt oder eines einzelnen Territoriums bewegte, eine Menge von Spezialrechten.¹⁸⁾ Freilich blieb es nicht aus, dass Manches von einem Gebiet in das andere übertragen wurde. Es entstanden Zusammenhänge. Aber an ein einheitliches Zusammenfassen der kaufmännischen oder handelsrechtlichen Einrichtungen und Vorschriften zu einem allgemeinen Gesetz wurde in Italien nicht gedacht. Das Streben nach Zusammenfassen zeigt sich erst in den allmählich auftretenden wissenschaftlichen Bearbeitungen.¹⁹⁾

Haben solchergestalt erst die Schriftsteller den Gesamtbegriff eines besonderen *jus mercatorum* s. *mercaturae* aufgebracht, so lag die Veranlassung dazu, wie die Geschichte der Literatur deutlich nachweist, wesentlich in der Lage des Verkehrsrechtes gegenüber den strengen Grundsätzen des kanonischen Rechts. Auf Grund aus der Bibel entnommener Glaubenssätze war die Lehre vom

¹⁵⁾ Es wird hier die Auffassung wiedergegeben, von der die älteren Schriftsteller des Handelsrechts ausgehn. Vgl. Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 347 ff.

¹⁶⁾ Endemann das. S. 355. Zu erwähnen ist auch bes. die Messgerichtsbarkeit. — Vgl. auch Dahn Z. f. H.R. Bd. 16, S. 397.

¹⁷⁾ Diese doppelte Bahn weist an Genua, wo die Kaufmannsgilden keine bes. Rolle, und Florenz, wo sie eine solche spielten, nach Lastig, die Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, 1877.

¹⁸⁾ An deren Durchforschung noch viel zu thun bleibt.

¹⁹⁾ S. über diese § 5, I.

Verbote der usura entstanden, welche nicht etwa blos die Verzinslichkeit des Darlehns, sondern jeden Gewinn aus Geld untersagte und in ihren immer mehr auch in das praktische Recht erstreckten Folgesätzen geradezu den gesammten Verkehr und dessen Rechtsübung nach ihren Normen zu leiten suchte.²⁰⁾ So gross war der Einfluss der kanonischen Dogmatik auf das gesammte soziale und geistige Leben, auf wirthschaftliche wie rechtliche Ansichten, dass auch der Handel die Herrschaft derselben empfinden musste. Den Beweis liefern die Statuten, in denen überall die kanonistischen Grundsätze durchklingen.

Die Stellung des Handels war darnach eine eigenthümliche. Streng genommen durfte der Handel, der auf Geldgewinn spekulierte, gar nicht existiren.²¹⁾ Allein völlige Unterdrückung durfte doch selbst der grösste Eifer für die Aufrechthaltung der kanonischen Prinzipien nicht erwarten. War der Handel nicht hinwegzuschaffen, so musste man umsomehr das Gebahren desselben, zumal die zahlreichen neuen Erscheinungen, die er hervorrief, von dem Standpunkte der Wucherlehre aus einer sorgfältigen Prüfung unterwerfen. Dabei ergab sich nun, dass der Handelsverkehr, der darum, wenn auch geduldet, doch stets verdächtig erschien, an vielen Stellen gegen die strenge kanonische Lehre sich auflehnte, sie umging, oder geradezu verletzte. Auch hier stand es jedoch für die korrekte, den kanonischen Prinzipien getreue Doktrin, die theologische wie die durchweg von denselben nicht minder beherrschte juristische, wiederum so, dass nicht daran zu denken war, Alles, was der Usuralehre widersprach, zu verdammen und von dem Verkehr thatsächlich fern zu halten! Eine Menge von Verkehrsinstituten waren durch die Verhältnisse des realen Lebens zu bedeutend geworden, als dass sich mit der scharfen Konsequenz der kanonischen Grundsätze durchkommen liess. Es erwuchs mithin der kanonisch gefärbten Jurisprudenz nicht minder wie den zugleich juristisch gebildeten Moralisten die doppelte Aufgabe, einerseits möglichst die Usuralehre auch gegenüber dem Handel und seinen neuen Gebilden zu wahren, andererseits aber, wenn demselben dennoch nothgedrungen viele Konzessionen gemacht werden mussten, diese mit dialektischer Kunst zu rechtfertigen und mit solchen Beschränkungen oder Garantien zu umgeben, dass immerhin, wenn auch nach heutigem Urtheil oft blos scheinbar, die Beobachtung der Wucherlehre im Prinzip gerettet erschien. Der Handelsverkehr machte in dieser Beziehung der orthodoxen Jurisprudenz, und eine andere gab es Jahrhunderte hindurch nicht,²²⁾ ungleich mehr Noth, als irgend ein anderes Gebiet des menschlichen Lebens; und eben daraus ging die Neigung hervor, das Recht desselben nicht blos um der Eigenheit zahlreicher Vorkommnisse desselben, sondern auch um der Eigenheit ihrer Behandlung in der Rechtslehre und folgeweise auch in der von dieser beeinflussten Gesetzgebung willen als ein besonderes Recht zu betrachten.

²⁰⁾ Diese weist nach Endemann nat. Grunds. und Studien. Bd. 1; s. auch Goldschmidt § 3, Not. 12. u. theilweise S. 15.

²¹⁾ Endemann nat. Grunds. S. 34 ff.

²²⁾ Wie sich in § 8 ergeben wird.

Dazu kommt der Widerstreit des Handelsstandes gegen das bis zur Un-erträglichkeit künstlich und weitläufig gewordene Prozessrecht und die in der Rechtspflege herrschende schematistische Methode. Stets wird von den Autoren des Handelsrechts hervorgehoben, dass in den Streitsachen der Kaufleute ohne die Solennitäten des förmlichen Prozesses zu verfahren und nach Billigkeit ohne Rücksicht auf die Subtilitäten des sonstigen Rechts zu urtheilen sei.²³⁾

Das Alles hinderte freilich nicht, wie die Literatur zur Genüge lehrt, dass auch die Behandlung des Handelsrechts trotz der anerkannten Abweichungen und trotz des anerkannten Bedürfnisses in der Doktrin demselben Schematismus verfiel, der auf der gesammten Wissenschaft lastete.

III. In dem älteren **deutschen Recht** lässt sich von einem besonderen Handelsrecht nicht reden. Als der Handel und mit ihm das Städtewesen aufblühte, waren die Ursachen zu eigenartigen Rechtsbildungen dieselben wie in Italien und anderen romanischen Ländern. Auch in Deutschland herrschte die Standesgliederung und gab es daher eigenthümliche Gewohnheiten und Satzungen des Kaufmannsstandes, die vielfach in die Stadtrechte der Handelsplätze aufgenommen wurden. Auch über Deutschland erstreckte die kanonische Wucherlehre ihre Geltung²⁴⁾ und regte sich der gleiche Widerspruch des Handels gegen dieselbe.

Bei der sogenannten Rezeption des römischen Rechts wirkte wesentlich der Umstand mit, dass das einheimische Verkehrsrecht dem Bedürfniss nicht genügte. Rezipirt aber wurde niemals das reine römische, sondern das romanische Recht in der Gestalt, wie es zur Zeit der Rezeption wissenschaftlich und praktisch gehandhabt wurde. Folgeweise wurden auch die besonderen Grundsätze und die besondere Behandlung des Kaufmanns- oder Handelsrechts, welche in Italien entstanden waren, auf Deutschland übertragen²⁵⁾ und konnten übertragen werden, da die wirthschaftlichen Grundansichten der Kanonisten und Romanisten über Handel, Geld und Gut, Arbeit und Kapital u. s. w. noch bis tief in das 16. Jahrhundert hinein²⁶⁾ die maassgebenden blieben.

Allein mit der Zeit veränderten sich die Verhältnisse wesentlich. Das kanonische Zinsverbot wurde seit der Reformation immer entschiedener bekämpft, schliesslich verworfen. Indem dieser Kern der Wucherlehre getroffen wurde, streifte man auch sonst, wenn nicht vollständig, doch grösstentheils die Fesseln der kanonischen Doktrin ab.²⁷⁾ Von dieser Seite her war also kein Bedürfniss mehr, die Eigenartigkeit des Handelsrechts aufrecht zu erhalten. Zugleich lockerte sich und verschwand schliesslich die Geschlossenheit des Kaufmanns-

²³⁾ Ausführlicher stellt die Grundsätze des Verfahrens dar Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 362 ff.; s. auch Goldschmidt § 34 Not. 11; § 37 Not. 4.

²⁴⁾ Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865.

²⁵⁾ S. über deutsche Stadtrechte, welche Grundsätze die italienischen bestätigen, Laband, Z. f. H.R. Bd. 20, S. 17.

²⁶⁾ Wiskemann, Darstellung der zur Zeit der Reformation herrschenden nationalök. Ansichten, 1861; Schmoller, Zeitschr. für die ges. Staatswiss. Bd. 16, Heft 3. 4.

²⁷⁾ S. über diese Wandlung Laspeyres, Geschichte der volkswirthschaftlichen Ansichten der Niederländer und ihrer Literatur zur Zeit der Republik, 1863.

standes. Die Zünfte und Gilden zerfielen. Damit ging denn auch der Boden für die Entstehung korporativer Gebräuche und autonomischer Satzungen verloren. Zugleich brachte es die politische Gestaltung der Neuzeit, welche die Selbständigkeit der Städte absorbirte, mit sich, dass die rechtliche Regelung des Handels, die früher hauptsächlich in Stadtrechten und städtischen Ordnungen ihren Sitz hatte, immer mehr in die Hand der landesherrlichen und Staatsgesetzgebung kam.²⁸⁾

Wenn trotz der Hinfälligkeit vieler der Gründe, welche nach den früheren Verhältnissen für das Bestehen eines besonderen kaufmännischen oder Handelsrechts angeführt werden konnten, der Handel noch immer eigene Rechtsgesetze verlangte, so kann dies in der Neuzeit nur noch aus der Unzulänglichkeit des sonstigen Civilrechts und Civilprozesses erklärt werden. Der Handel hat es verstanden, in dieser Richtung seine Forderungen geltend zu machen und die Gesetzgebung hat bei dem grossen Interesse, welches der Staat an der Zufriedenheit und dem Gedeihen des Handels hegen muss, denselben nachgegeben. Zunächst in mancherlei Erlassen über einzelne Materien, dann aber auch in umfassenden Kodifikationen. Unstreitig ist gerade durch die Kodifikationen, die mit dem Code de commerce begannen, die von dem übrigen Civilrecht abgetrennte Stellung des Handelsrechts wesentlich befestigt worden.

Die Unzulänglichkeit des sonstigen bürgerlichen Rechts erweist sich wie vormals noch heute theils darin, dass es für viele neue Gebilde des Handelsverkehrs nicht mehr passt oder lückenhaft erscheint, theils aber auch darin, dass sein System und seine Methode dem Bedürfniss nicht entspricht. Da das Handelsrecht nicht mehr Standesrecht sein, vielmehr im Wesentlichen nur noch als Spezialrecht des Handels im objektiven Sinn auftreten kann, lässt sich schwer genug eine Abgrenzung gegen das übrige Civilrecht in zuverlässiger und innerlich befriedigender Weise geben.²⁹⁾ Der Handel ist nur ein Theil des Gesamtverkehrs und das Handelsrecht hängt nothwendig mit dem allgemeinen Civilrecht zusammen, hat in ihm seine Wurzeln. Kann daher das Privathandelsrecht nicht anders denn als ein Bestandtheil des Civilrechts betrachtet werden, so erweist es sich als derjenige Zweig des bürgerlichen Rechts, der, dank der Rührigkeit des Handels, am meisten mit der Entwicklung des realen Lebens Schritt gehalten hat und am meisten den Forderungen der Gegenwart entspricht. Nothwendig übt die Gestaltung des Handelsrechts auch wieder ihre Rückwirkung auf das andere Civilrecht. Durch diesen Einfluss und durch zeitgemässe Reform des allgemeinen bürgerlichen Rechts muss mithin die Verschiedenheit immer mehr verwischt und die Wiedervereinigung des Handelsrechts mit dem bürgerlichen Recht herbeigeführt werden.³⁰⁾

²⁸⁾ S. darüber auch § 8, VI. z. A.

²⁹⁾ Wie sich unten in § 13 ff. ergeben wird.

³⁰⁾ Endemann H.R. § 4 a. E. So auch Goldschmidt § 37, Not. 6. 7. Ein interessanter Beleg ist der Entwurf eines Schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts; s. unten § 24 Nr. 15.

§ 5.

2. Die Quellen und Literatur des historischen Handelsrechts seit dem Mittelalter.

Eine umfassende Geschichte des Handels und des Handelsrechts existirt so wenig für die nachrömische wie für die römische Zeit. Indessen fehlt es nicht an einer langen Reihe von neueren Darstellungen, welche die Handelsgeschichte, die Geschichte der für das Handelsrecht wichtigen wirthschaftlichen Verhältnisse und Grundsätze, sowie einzelne Theile der Rechtsgeschichte des Handels vorführen.¹⁾ Sie auch nur einigermaßen vollständig hier aufzuzählen erscheint unthunlich und entbehrlich. Man kann füglich auf die reichen Zusammenstellungen in Goldschmidts Handbuch § 5 und § 6 verweisen. Dort wird neben der Anführung von Hauptwerken für die allgemeineren Gesichtspunkte

a) in § 5 die Literatur, welche die **allgemeinen Zustände des Handels und des Handelsrechts** betrifft, nachdem eine Mehrzahl von Hauptwerken für das Ganze angeführt worden sind, unter folgenden Rubriken geordnet. Zunächst 1. Beziehungen zum Orient; 2. Juden und deren Verhältnisse; 3. das kanonische Zinsverbot; die Wuchergesetze; 4. Innungswesen; 5. Handelsrecht und Handelsprozess; 6. Handelspapiere; 7. Seerecht; 8. Seeversicherungsrecht; 9. Konkurs- und Bankrottrecht.

b) Eine zweite Zusammenstellung in § 6 weist die Literatur für **einzelne Länder** nach; nemlich: I. für das Byzantinische Reich; II. für Italien und zwar zunächst für ganz Italien, dann 1. für Süditalien, 2. für Venedig, 3. für Pisa, 4. für Genua, 5. für Florenz, 6. für Lucca; weiter III. für Spanien und Portugal; IV. für Frankreich; V. für die Niederlande; VI. für Grossbritannien; VII. für Skandinavien; VIII. für Deutschland.

Diese Zusammenstellungen werden, was die seit 1874 erschienene neueste Literatur anbelangt, vervollständigt durch die weiteren Zusammenstellungen, die in jedem Bande der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht enthalten sind.

Hier sollen nur die wichtigsten **Quellen und Werke** der Vorzeit, welche das **Handelsrecht** betreffen, bezeichnet werden. So nahe es hierbei zu liegen scheint, der übersichtlichen Eintheilung halber verschiedene Zeitabschnitte zu bilden und dabei insbesondere die Entdeckung des Seewegs nach Ostindien und die Entdeckung Amerikas als Grenzscheide zu benutzen, so erweist sich zwar für den Charakter des Handels jenes Moment überaus bedeutend, aber dasselbe begründet keineswegs unmittelbar für die Dogmatik und Methode des Handelsrechts in Gesetzgebung und Doktrin eine neue Epoche. Ihrem inneren Wesen nach blieb die Literatur auch noch über das Ende des

¹⁾ Die beste Zusammenstellung der Handelsrechtsliteratur liefert der Katalog der Commerz-Bibliothek zu Hamburg; neue Ausgabe 1864 mit Fortsetzungen. Die übrigen unvollständig und nur theilweise brauchbar; s. Goldschmidt § 3 Not. 9.

15. Jahrhunderts hinaus in den vorher betretenen Bahnen. Eine der Methode nach neue Epoche könnte nur von dem Bruche einerseits mit dem kanonischen Wucherdogma und andererseits mit der schematistischen Richtung des Mittelalters datirt werden. Allein hierbei wäre es schwer, einen einigermaßen bestimmten Zeitabschnitt zu finden, da es sich um Wandlungen handelt, die erst sehr allmählich sich vollzogen. Der nachfolgende Ueberblick mag sich deshalb darauf beschränken, einen summarischen Gesamtüberblick der Entwicklung darzubieten.²⁾

I. Die Anfänge eines eigenen Handelsrechts liegen in Italien, wo zuerst der Handel aufblühte. Es entstanden selbständige Handelsgebräuche. Davon gibt **Pegoletti** in seiner Schrift *pratica della mercatura* 1343 und später **Uzzano**, *la pratica della mercatura* 1442 einige Aufzeichnungen.³⁾ Dem Gebrauch verdankten ferner die zahlreichen städtischen Statuten ihre Entstehung, unter denen die für wesentlich am Handel beteiligten Plätze selbstredend von grosser handelsrechtlicher Bedeutung sind.⁴⁾

Von Anfängen wissenschaftlicher Behandlung oder auch nur Berührung handelsrechtlicher Fragen in eigenthümlichem Sinne lässt sich erst reden, seit das kanonische Wucherverbot seine Herrschaft auch in der Rechtslehre geltend machte.⁵⁾ Zunächst waren die theologischen **Kasuisten**, insbesondere gestützt auf **Thomas von Aquino**, bemüht, die Wucherlehre für das Gewissensforum auszubilden; ihnen schlossen sich Doktoren des kanonischen Rechts an.⁶⁾ Zunächst nahmen die **Legisten**, die Glossatoren und Postglossatoren, von dieser Richtung wenig Notiz.⁷⁾ Indem sie sich mit dem überlieferten römischen Recht beschäftigen, ergreifen sie zwar auch die handelsrechtlichen Bestandtheile desselben, finden aber kaum Anlass, besondere Eigenthümlichkeiten hervorzuheben.

Anders jedoch, seit im 14. Jahrhundert die kanonische Lehre auch das in den Gerichten zu handhabende Recht zu durchdringen⁸⁾ und im 15. Jahrhundert bereits das Verkehrsrecht zu beherrschen begann.⁹⁾ Je mehr solcher-

²⁾ Auch hier kann von Vollständigkeit der Aufzählung abgesehen werden, indem es genügt auf die Stellen, namentlich bei **Goldschmidt**, hinzuweisen, die mit bekannter Gründlichkeit alles Nöthige enthalten.

³⁾ **Goldschmidt** S. 34.

⁴⁾ S. über diese nur erst unvollständig erschlossene Quelle und die hauptsächlichsten gedruckten, von Verona seit 1319, Mailand seit 1396, Florenz seit 1415, Brixen seit 1429, Bergamo, Bologna, Siena, Civita Vecchia, **Goldschmidt** § 8a, I. Ueber die Statuten von Genua und Florenz enthält Vieles **Lastig**, *Entwicklungswege und Quellen des H.Rechts* 1877.

⁵⁾ S. über das Folgende überall **Endemann**, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre* 1874 Bd.1. Abschn. I. Uebersicht über die Geschichte der Wucherlehre, woselbst auch die nöthigen Nachweise.

⁶⁾ S. über diese u. die **Summisten** **Endemann** a. a. O. § 2; noch vollständiger v. **Schulte**, *Gesch. d. Quellen u. der Literatur des kanon. Rechts* Bd. 2.

⁷⁾ S. über **Accursius** **Endemann** das. S. 18.

⁸⁾ Spuren davon bei **Bartolus** und **Baldus** s. **Endemann** S. 27—28, vgl. S. 24.

⁹⁾ **Endemann** S. 30.

gestalt die von dem kanonischen Dogma ausgehende Strömung mit dem römischen Verkehrsrecht in Konflikt gerieth, desto mehr hatten auch die Civilrechtsschriftsteller, wie Bartholomaeus de Saliceto, Alexander Tartagnus, Jason de Mayno, Paulus de Castro u. A. Ursache, von Besonderheiten des Rechtes der Kaufleute zu reden.¹⁰⁾

Hauptsächlich aber sind aus diesem Grunde für das gesammte Verkehrs-, und in diesem insonderheit auch für das Handelsrecht, die Schriften der **Theologen** — **Juristen über die Wucherlehre**, Summen und Monographien, beachtenswerth. Man kann geradezu sagen, dass in ihnen die ersten Schritte zu einer Absonderung des Handelsrechts gethan wurden. Der Summisten mag, obgleich sie auch bei den juristischen Autoren der Folgezeit sich oft citirt finden, nur beiläufig gedacht werden.¹¹⁾ Ungleich mehr interessiren die Monographisten, die schon im 15. Jahrhundert zahlreich auftraten und keineswegs nur der italienischen Nation angehören. Unter ihnen sind zu nennen der Schwabe **Johannes Nider** († 1438), von Deutschen ferner **Conrad Summenhart** und **Christoph Kuppener** am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts,¹²⁾ von Italienern **Laurentius de Rudolffis**, **Antonius de Rosellis**, **Antonius von Florenz**, **Hieronimus de Luca** u. s. w., von Franzosen **Guido Papa**.¹³⁾

Diese Richtung der Literatur, die von der kanonischen Dogmatik aus dialektisch-schematistisch nach und nach alle Verkehrserscheinungen in ihr Bereich zog, um zu untersuchen, ob sie vor dem forum internum s. conscientiae, zugleich aber auch, ob sie vor dem forum externum, sei es der geistlichen, sei es der weltlichen Gerichtsbarkeit, bestünden, setzte sich in das 16., ja sogar in das 17. Jahrhundert hinein fort. Es genügt die Namen des **Johannes Baptista Lupus**, der Spanier **Martinus Navarrus** und **Didacus Covarruvias**, sowie vorzugsweise der zu hoher Autorität gelangten Jesuiten **Molina**, **Lessius**, **Azorius** und allenfalls **Gibalinus**¹⁴⁾ zu nennen.¹⁵⁾ Bei allen diesen Schriftstellern ist noch an eine förmliche Ausscheidung des Handelsrechts aus dem Verkehrsrecht nicht zu denken. Allein immer zahlreicher werden die Besonderheiten, die man namentlich um dem System der Wucherlehre getreu zu bleiben, unter den künstlichsten Unterscheidungen den Kaufleuten, deren Rechtsverhältnissen und Verträgen zugestehen musste.

Es lag mithin nahe, dass nunmehr auch **juristische Schriftsteller**, wie theo-

¹⁰⁾ Endemann S. 31.

¹¹⁾ Einige der gebräuchtesten sind angeführt bei Endemann S. 31; Goldschmidt S. 35 nennt mit Namen nur den Johannes Lector (le Liseur), dem indessen eine bes. Bedeutung nicht zukommt.

¹²⁾ S. über deren Werke, die keineswegs besondere Auszeichnung in der Reihe dieser Autoren verdienen, Endemann S. 31. 38. — Diese werden unter Angabe der Titel ihrer Schriften auch von Goldschmidt S. 35 erwähnt.

¹³⁾ Endemann S. 32—36. — Ueber den Charakter aller dieser Werke s. das. S. 39.

¹⁴⁾ Den Goldschmidt S. 35 allein erwähnt, obgleich er an Ansehen weit hinter den andern zurücksteht.

¹⁵⁾ S. über deren meist sehr umfängliche Werke Endemann S. 47—51.

logische schon früher gethan hatten, die für die Kaufleute und deren Handelsschaft geltenden Rechtssätze zum Gegenstand besonderer Darstellung machten. Indem dies geschah, war der Anfang gemacht, das Kaufmanns- und Handelsrecht als eine eigener Betrachtung fähige und würdige Materie von dem übrigen Civilrecht auszuseiden. Freilich darf dabei nicht vergessen werden, dass selbst bei den Schriftstellern, namentlich den romanischen, die als juristische bezeichnet werden können, theilweise auch die Rücksicht auf das Dogma und auf die Ausführungen der Theologen noch eine grosse Rolle spielt. Das beweisen die Zeugnisse kanonischer Korrektheit, welche für mehrere gesucht und ertheilt wurden. In der juristischen Methode folgen sie vorerst der traditionellen dialektischen und schematistischen Behandlungsweise.

A. Hierher gehören als die bedeutendsten Theoretiker: 1. **Benvenuto Straccha** aus Ancona mit seinem tractatus de mercatura s. mercatore, um 1550; nebst mehreren Anhängen;¹⁶⁾ 2. **Sigismundus Scaccia** (jurisconsultus Romanus), tractatus de commerciis et cambiis, 1618, dann öfter aufgelegt. Ein grosser Theil des Werks beschäftigt sich mit dem Wechsel; indessen werden auch die anderen Verkehrsgeschäfte, zum Theil sehr ausführlich vom orthodoxen Standpunkt aus¹⁷⁾ und unendlich dialektisch in Positionen, Ampliationen, Limitationen, Sublimitationen u. s. w. behandelt.¹⁸⁾ 3. Erwähnenswerth ist ferner **Raphael de Turri**, ein Genueser, mit seinem tractatus de cambiis, zuerst 1661 erschienen, der zwar eigentlich das Wechselrecht zum Gegenstand hat, aber auch sonst viel handelsrechtliches Material darbietet und sich ungleich freier gegenüber dem kirchlichen Dogma bewegt, als Scaccia.¹⁹⁾

B. Sodann gibt es Werke von Italienern, welche sich mit der, oft sehr ausführlichen und darum auch für die theoretische Kenntniss erheblichen Ausführung einzelner Fälle befassen. So 1. des **Francisco Rocco** reponsorum legalium cum decisionibus centuriae duo, 1655;²⁰⁾ 2. Die grosse Gutachtensammlung des **Joannes Baptista Cardinalis de Luca** († 1683), theatrum veritatis et justitiae, 15 Bände in Folio, von der einzelne Abschnitte wesentlich in das Handelsrecht einschlagen;²¹⁾ 3. **Ansaldus de Ansaldis** aus Florenz, discursus legales de commercio et mercatura, von 1670 ab erschienen.²²⁾

Macht sich schon bei Ansaldus eine viel grössere Unabhängigkeit von der Usuralehre bemerklich, so ist dies in noch höherem Maasse der Fall bei 4. **Josephus Martin Laurentius de Casaregis**, einem Genueser, in seinen dis-

¹⁶⁾ S. das Nähere über Titel und äussere Eintheilung bei Goldschmidt S. 36; zur Charakteristik Endemann a. a. O. S. 53. Erwähnt auch bei Thöl § 24, I. 1.

¹⁷⁾ Endemann S. 56 a. E. ff.

¹⁸⁾ S. über die Bedeutung des Buchs Endemann S. 54. Thöl § 24 übergeht dasselbe ganz.

¹⁹⁾ Goldschmidt S. 37; Endemann S. 54.

²⁰⁾ Goldschmidt S. 37.

²¹⁾ Goldschmidt S. 37; Endemann S. 55.

²²⁾ Goldschmidt S. 37; Endemann S. 56 a. E.; von Thöl § 24, S. 93 nicht genügend gewürdigt.

cursum legales de commercio, zuerst 1719 erschienen, die sich auch sonst durch gesunde praktische Auffassung auszeichnen.²³⁾

C. Daran schliessen sich endlich als sehr beachtenswerth an **Sammlungen von gerichtlichen Entscheidungen**. Unter diesen stehen an erster Stelle 1. Die **Decisiones rotae Genuensis de mercatura et rebus ad eam pertinentibus**, aus der Mitte des 16. Jahrhunderts. Ihre Wichtigkeit für das Handelsrecht deutet schon den Titel an.²⁴⁾ Eine weitere, von den älteren Autoren häufig benutzte Sammlung sind 2. **Decisiones sacrae rotae Romanae**, mehrfach zusammengestellt und erschienen seit dem 16. Jahrhundert,²⁵⁾ die jedoch das Handelsrecht nur theilweise betreffen, und an Werth den vorerwähnten entschieden nachstehen.

Später hat die Bedeutung der italienischen Literatur sehr abgenommen. Das 18. Jahrhundert ist daran arm und von der allgemeinen Wirkung, welche die frühern Schriften über Italien hinaus hatten, kaum noch die Rede. Die literarischen Erscheinungen des 19. Jahrhunderts sind unten in § 24 Nr. 3 zu berühren. Als eine beachtenswerthe Leistung der Legislation des vorigen Jahrhunderts ist allenfalls noch der für Neapel verfasste *codice maritimo compilato per ordine di S. M. Ferdinando IV 1781* zu nennen.²⁶⁾

II. Von einer besonderen Betheiligung **Spaniens und Portugals** an der Fortbildung des Handelsrechts ist wenig zu erwähnen. Als Gesetzgebungsarbeit die einflussreichen Handelsordnungen von Bilbao, seit 1560 gesammelt, mehrfach in der Folge modificirt und ergänzt, zuletzt 1737 von Philipp V. bestätigt unter dem Titel: *Ordenanzas de la illustre univervidad y casa de contracion de la villa de Bilbao*.²⁷⁾ An der Literatur sind die Spanier insofern betheiligt, als sich unter den Autoren der Wucherlehre auch Spanier befinden. Namentlich nimmt der Jesuit Molina besondere Rücksicht auf spanische Zustände. Als handelsrechtliche Darstellung im eigentlichen Sinn ist nur zu nennen **Juan Hevia de Bolaños**, *labyrinthus commercio terrestris et navalis*, 1619;²⁸⁾ ein keineswegs bedeutendes, den italienischen verwandtes Werk.

III. In **Frankreich** wurde an Stelle der Provinzial- und Stadtordnungen zufolge der politischen Entwicklung bald die Gesetzgebung des Königs die eigentliche Quelle. Durch ein **Edikt Karls IX. von 1563** wurde der Handelsgerichtsbarkeit eine feste Grundlage gegeben.²⁹⁾

²³⁾ S. über den Verfasser und die Ausgaben Goldschmidt S. 37 a. E. — 38. Z. f. H.R. Bd. 10, S. 468.

²⁴⁾ S. im Näheren über diese bedeutende Erscheinung Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte S. 96 u. wechselrechtl. Abhandl. S. 82; Goldschmidt S. 36; Endemann S. 55.

²⁵⁾ Goldschmidt S. 38.

²⁶⁾ Goldschmidt § 8a I a. E.

²⁷⁾ Goldschmidt § 8a II u. § 6, III.

²⁸⁾ Goldschmidt S. 36; Endemann a. a. O. S. 56, Not. 63.

²⁹⁾ Goldschmidt § 8a Not. 9, woselbst auch die Hauptschriften angegeben sind, die sich über diese Materie verbreiten.

Es folgte 1673 das Edikt Ludwigs XIV., das unter dem Namen *Ordonnance du commerce* bekannt ist. An der Bearbeitung war namentlich Savary sen. beteiligt. Dieses Edikt wurde bei allen späteren Erlassen stets als Ausgangspunkt betrachtet. Daran schliesst sich an das Edikt Ludwigs XIV. von 1681, das als *Ordonnance de la marine* bezeichnet zu werden pflegt.³⁰⁾

Die französische Literatur des Handelsrechts bewegte sich ursprünglich in denselben Bahnen wie die italienische. Dass unter denen, welche die Verkehrsgeschäfte von der Wucherlehre aus beleuchteten, auch Franzosen waren, versteht sich von selbst. Als einer der ersten entschiedenen Gegner trat, wenn auch vorerst wenig erfolgreich, auf *Carolus Molinaeus* (Charles Dumoulin). In mehreren Abhandlungen, die auch juristisch bedeutend sind und sich durch ihre Argumentation in Gegensatz zu der scholastischen Methode stellen, also den Verfasser als Gesinnungsgenossen der Humanisten, wie in seinen dogmatischen Ansichten als Gesinnungsgenossen Calvins kennzeichnen, war er bemüht, den Widersinn der seitherigen Lehre darzulegen. Seine Ausführungen greifen hierbei vielfach in das Gebiet des Handelsrechts ein. Die in dieser Hinsicht bedeutendste Schrift ist der *tractatus contractuum et usurarum etc.* 1546.³¹⁾

Als Darstellung des Handelwesens verdient *Jacques Savary le parfait negociant*, 1675, bis in dieses Jahrhundert öfter neu edirt,³²⁾ Erwähnung. Neue Anregungen und Richtungen erhielt die Literatur durch die erwähnten neuen Ordnungen. Unter einer ziemlich langen Reihe von Schriftstellern, welche die dadurch geschaffenen Rechtszustände auseinandersetzten und so immer mehr dazu beitrugen, das Handels- und Seerecht als einen selbständigen Zweig des Civilrechts zu betrachten, genügt es hervorzuheben *Bornier*, *Toubeau*, *Rogue*, *Emerigon*. Durch ihre Arbeiten haben sie die Abfassung des *Code de commerce* wesentlich vorbereitet.³³⁾

IV. In den Niederlanden liefern Quellenmaterial namentlich Gesetze Karls V. und Philipps II. Dazu kommen Gesetze der Generalstaaten, viele Provinzial- und Stadtrechte.

Für das Verkehrsrecht, ungetrennt von dem allgemeinen Civilrecht, arbeiteten erfolgreich die Civilrechtsschriftsteller, wie *Vinnius*, *Voet*, *Noodt*, *Damhouder* u. A. Wichtiger aber war es, dass gerade niederländische Autoren mit dem kanonischen Wucherdogma brachen und unter dessen Konsequenzen, wenn auch nicht ganz vollständig, doch zum grössten Theil energisch aufräumten. So an erster Stelle *Hugo Grotius*, nach ihm *Salmasius*.³⁴⁾

Umfassende Bearbeitungen des ganzen Handelsrechts sind nicht vorhanden.

³⁰⁾ Goldschmidt a. a. O. Not. 10, 11; Sammlungen der älteren Gesetze und Darstellungen der historischen Zustände s. auch das. § 6, IV.

³¹⁾ Näheres s. Endemann a. a. O. S. 62 ff.; vgl. auch Goldschmidt S. 35.

³²⁾ Goldschmidt S. 34; vgl. auch S. 31.

³³⁾ S. über deren Werke und andere Goldschmidt S. 43.

³⁴⁾ S. über diese und ihre Schriften *Laspeyeres*, Geschichte der volkswirtschaftlichen Anschauungen der Niederländer, 1863; Endemann a. a. O. S. 65 ff.; Goldschmidt § 8a IV.

Dagegen fehlt es nicht an einer grösseren Anzahl von Darstellungen einzelner Institute.³⁵⁾

V. In Grossbritannien entwickelte sich das Handelsrecht mit manchen Besonderheiten innerhalb des Civilrechts hauptsächlich aus der Gewohnheit, welche durch die Uebung der Gerichte und die Literatur bezeugt wird. Man bezeichnet das Recht, das dort seine Quelle hat, als *law merchant* und *common law*.³⁶⁾ Indessen wurde auch, namentlich seit dem 17. Jahrhundert nach manchen Richtungen die Gesetzgebung thätig und schuf so neben dem *common law* ein *statute law*.³⁷⁾

Unter den Bearbeitern, welche das Handels- und Seerecht als einen besonderen Theil des Civilrechts darstellen, ragen im 17. und 18. Jahrhundert hervor *Malyne*, *Molloy*, *Windham Beawes*, vor Allem aber haben bis in die neueste Zeit *Blackstone's commentaries on the laws of England*, zuerst 1765 erschienen, die auch das Handelsrecht erläutern, grosses Ansehen erworben.³⁸⁾

VI. Für Deutschland sind als handelsrechtliche Quellen zuerst zu nennen, die Stadtrechte der an dem Handel³⁹⁾ hauptsächlich beteiligten Städte, die Rezesse und Privilegien der Hanse,⁴⁰⁾ sowie eine grosse Menge von *Merkantil-, Markt-, Mess-, Handelsgerichts-, Firmen-, Prokurenordnungen* u. dgl., die im Wesentlichen Aufzeichnungen der Handelsgebräuche darstellen. Umfassende Sammlungen existiren nicht; dieser Theil des Quellenmaterials ist sehr zerstreut. Daneben kommen für das Handelsrecht manche Reichsgesetze und, meist denselben Prinzipien folgend, Landesgesetze in Betracht.⁴¹⁾ Das Preussische allgemeine Landrecht von 1794 betrachtet das Handelsrecht noch als ungetrennten Theil des Civilrechts, indem es eine Mehrzahl von dasselbe betreffenden Abschnitten aufgenommen hat.⁴²⁾ In den übrigen deutschen Staaten ist es, soweit nicht das französische Recht Eingang fand, vor dem H.G.Buch zu einer umfassenderen Regelung nicht gekommen.⁴³⁾

Die Literatur erweist sich bis zu dem 19. Jahrhundert hin dürftig. Einige deutsche Autoren, die der Gruppe der mit der Wucherlehre befassten Schriftsteller angehören, wurden bereits an anderer Stelle bezeichnet. Von einer eigenen juristischen Darstellung des Handelsrechts war zunächst nichts zu bemerken.⁴⁴⁾ Dass man nach Rezeption des romanischen Rechts auch in handels-

³⁵⁾ Vgl. über die niederländ. Literatur bez. die Nachweise bei de Wal, *het Nederlandsche Handelsregt*. 1861—1869.

³⁶⁾ S. darüber eingehend, mit Berücksichtigung der einschlagenden englischen und deutschen Literatur, *Goldschmidt* § 30, Nr. 1.

³⁷⁾ Ueber Sammlungen s. *Goldschmidt* das. Not. 6.

³⁸⁾ S. darüber u. weitere Literatur *Goldschmidt* S. 273.

³⁹⁾ Ueber dessen Entwicklung und Zustände s. die reiche Literatur bei *Goldschmidt* § 6, VIII.

⁴⁰⁾ *Goldschmidt* § 8 b Not. 7.

⁴¹⁾ *Goldschmidt* § 8 b z. A. u. Not. 6.

⁴²⁾ *Goldschmidt* § 21 z. A.

⁴³⁾ Vgl. *Goldschmidt* § 22 u. über die deutsch-österreichischen Zustände § 23 z. A.

⁴⁴⁾ Ueber die Stellung der Civilisten zur Wucherlehre s. *Endemann* S. 68 ff.

rechtlichen Dingen der Autorität der romanischen Rechtslehre folgte, braucht kaum bemerkt zu werden. In dieser Weise findet sich Manches in den hier nicht aufzuführenden Bearbeitungen des Civilrechts. An eine Abtrennung des Handelsrechts dachte man bis in das 17. Jahrhundert hinein noch nicht. So auch nicht **Meyius** in seinen *commentarii ad jus Lubecense* und *decisiones*, so viel Handelsrechtliches auch darin enthalten ist. Das erste ausschliesslich dem Handelsrecht gewidmete Werk war das des **Johannes Marquard**, *tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum*, 1662,⁴⁵⁾ zwar auch deutsche Eigenthümlichkeiten berücksichtigend, aber doch im Ganzen sich an die romanischen Vorgänger anschliessend.

Hauptsächlich bestand die handelsrechtliche Literatur des 17. Jahrhunderts aus Dissertationen und anderen akademischen Schriften, welche Besonderheiten oder Privilegien des kaufmännischen Standes oder des Handelsverkehrs darstellten. Auch noch das 18. Jahrhundert weist deren eine ganze Reihe auf.⁴⁶⁾

Ein allgemeines Werk, in dem auch allerlei Gutachten und Pareres, namentlich nach **Savary**, mitgetheilt werden, ist erst **P. J. Marpergers** neueröffnetes Handelsgericht oder wohlbestelltes *Commerciën-Collegium*, 1709. In demselben ist nicht blos Handelsrecht, sondern auch Vieles, was zur Handelswissenschaft gehört, enthalten. In der letzteren Beziehung schliessen sich viele andere Namen und Schriften an, die jedoch, allenfalls mit Ausnahme von **C. G. Ludovici's** eröffneten Akademie der Kaufleute 1752—1765 und **J. G. Büsch's** sämtlichen Schriften über die Handlung 1824, kaum bemerkenswerth erscheinen.⁴⁷⁾

Was die juristischen Darstellungen anlangt, so wurden solche des Handelsrechts im vorigen Jahrhundert häufig in den Lehrbüchern als integrierende Bestandtheile des deutschen Privatrechts gegeben. Die ersten Kompendien des abgesonderten Handelsrechts sind 1. **J. D. H. Musäus**, *Anfangsgründe des Handlungs- und Wechselrechts*, 2. Aufl. 1799 und ungleich werthvoller⁴⁸⁾ 2. **G. F. von Martens**, *Grundriss des Handelsrechts*, 1797, 3. Aufl. 1820.

Lebhafteren Aufschwung nahm die handelsrechtliche Literatur⁴⁹⁾ in dem 19. Jahrhundert.⁵⁰⁾ In die Zeit vor Erlass des H.G.Buchs⁵¹⁾ fallen: 1. **G. A. Heise's** *Handelsrecht*, erst 1858 herausgegeben, ein Abdruck der 1814—1817 in Göttingen auf Grundlage des Kompendiums von Martens gehaltenen Vorlesungen;⁵²⁾ 2. **J. H. Bender**, *Grundsätze des deutschen Handlungsrechts* 2. Bde. 1814, 1828; 3. **Meno Pöhls**, *Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts*, 1828—1833, in 4 Bänden, Bd. 1 das Handels-

⁴⁵⁾ Goldschmidt S. 37; Endemann S. 56.

⁴⁶⁾ Einen Theil derselben führt Goldschmidt S. 53—54 auf; und zeichnet S. 49 des **L. Langermann** *theses de jure in curia mercatorum usitato* 1655 aus.

⁴⁷⁾ S. im Uebrigen Goldschmidt S. 54; zur Würdigung Büsch's S. 50.

⁴⁸⁾ Vgl. Goldschmidt S. 51.

⁴⁹⁾ S. auch Thöl § 24; Endemann § 10, III A; Goldschmidt § 23a I, 1.

⁵⁰⁾ Zur Charakteristik s. Goldschmidt S. 51.

⁵¹⁾ Ueber die Zeit nach demselben s. § 12.

⁵²⁾ Ueber dessen Bedeutung vgl. Thöl S. 95.

recht, Bd. 2 das Wechselrecht, Bd. 3 das Seerecht, Bd. 4 das Assekuranzrecht enthaltend, wozu noch kommt: das Recht der Aktiengesellschaften mit bez. Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften 1842; 4. **H. Thöl**, das Handelsrecht, 1841, 2. Aufl. 1847, 3. Aufl. 1854; ⁵³⁾ 5. **K. E. Morstadt**, Kommentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs Bd. 1, 1849; 6. **C. H. L. Brinckmann**, Lehrbuch des Handelsrechts, 1850—1857, fortgesetzt von **W. Endemann** 1860.

Alle die bisher genannten Werke behandeln ihren Stoff vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus. Ebenso verfahren die zahlreichen bis 1860 erschienenen Werke über das deutsche Privatrecht, welche das Handelsrecht in den Kreis ihrer Betrachtung ziehen, wie die Lehr- oder Handbücher von **Runde**, **Danz**, **Eiehorn**, **Mittermaier**, **Kraut**, **Bluntschli**, **Gengler**, **Beseler**, **Walter** u. A., ⁵⁴⁾ die zum Theil auch für die Zeit seit Erlass des H.G.Buchs in Betracht kommen. ⁵⁵⁾

Ausserdem gibt es Bearbeitungen des Handelsrechts vor dem H.G.Buch, welche dasselbe vom partikularen Standpunkt aus behandeln.

Für Oesterreich sind zu nennen: 1) **J. von Sonnleithner**, Lehrbuch des Oesterreichischen Handels- und Wechselrechts, 2. Aufl. 1832; 2) **F. Fischer**, Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts 1827, dann bearbeitet von **Ellinger**, die 4. Aufl. besorgt von **Blodig** 1860; 3) **M. von Stubenrauch**, Lehrbuch des Oesterreichischen Privathandelsrechts, 1859. ⁵⁶⁾

Für Preussen: 1) **Miruss**, Die Grundsätze der Preussischen Handelsgesetzgebung, 1834, das Seerecht und die Flussschifffahrt nach den Preussischen Gesetzen, 1855; 2) **Hiersemenzel**, Preussisches Handelsrecht, 1856; 3) **F. Fischer**, Preussens kaufmännisches Recht, 1856. Das Preussische Handelsrecht ist ferner mit enthalten 4) in den Ergänzungen und Erläuterungen der Preussischen Rechtsbücher von **Gräff**, **C. F. Koch**, von **Rönne** und **Simon**, in den 4 ersten Auflagen 1837—1858; 5) in **C. F. Koch**, Allgemeines Landrecht mit Kommentar in Anmerkungen, in den ersten 2 Auflagen, 1854 ff. ⁵⁷⁾

Auch in manchen anderen deutschen Staaten gab es theils besondere, theils in die Darstellungen des gesammten Privatrechts aufgenommene Bearbeitungen des Handelsrechts. ⁵⁸⁾

⁵³⁾ Die weiteren Auflagen sind nach Publikation des H.G.Buchs erschienen, s. unter § 12, I. 4.

⁵⁴⁾ **Goldschmidt** § 23 a III.

⁵⁵⁾ S. unten § 12, I.

⁵⁶⁾ S. noch andere Werke bei **Goldschmidt** § 23, Not. 5.

⁵⁷⁾ S. auch **Goldschmidt** § 21, Not. 7.

⁵⁸⁾ **Goldschmidt** § 22 führt die wichtigsten an; s. auch für die russischen Ostsee-provinzen § 28, Not. *.

III. Das heutige deutsche Handelsrecht.

A. Die Quellen desselben.

§ 6.

1. Uebersicht der Arten.

Das Handelsrecht weist dieselben Arten von Quellen auf, wie das sonstige bürgerliche Recht.¹⁾

Man hat daher zu unterscheiden

1. **positive oder geschriebene Gesetze**, unter denen nicht blos die Gesetze im engeren Sinn, d. h. die von dem Souverän, im konstitutionellen Staat unter Mitwirkung der Volksvertretung, ergangenen Erlasse, sondern alle ausdrückliche Willenserklärungen der zum Erlass berechtigten Stellen, welche Rechtsnormen enthalten, also auch Verordnungen, selbst Reglements u. s. w., zu verstehen sind. Welche Voraussetzungen für den Erlass bestehen und namentlich von wem sie ausgehen können, ist hier nicht darzustellen.

Die Befugniss zur Gesetzgebung über das Handelsrecht ist durch die Reichsverfassung Art. 4 N. 13 der Reichsgewalt beigelegt worden. Auf Grund dieser Kompetenz ist das Handelsgesetzbuch zum Reichsgesetz erklärt worden.²⁾ Ausserdem sind zahlreichere weitere legislative Erlasse von der Reichsregierung aus erfolgt.³⁾ Wenn auch darum noch nicht das gesammte positive Handelsrecht als Reichsrecht bezeichnet werden darf, wenn vielmehr auch noch positive Landesgesetze als Quelle des Handelsrechts mit in Betracht kommen können, so besteht doch gegenwärtig der weitaus bedeutendste und wichtigste Theil des geschriebenen Handelsrechts in Erlassen, die von Reichswegen ergangen sind.

2. Das **Gewohnheitsrecht**, das, einstmals die erste und umfassendste Quelle des Handelsrechts, als Handelsgewohnheit hier dieselben Voraussetzungen und Wirkungen hat, wie im übrigen Civilrecht, aber zu dem H.G.Buch in einem

¹⁾ Brinckmann H.R. § 7; Thöl § 11 ff.; Goldschmidt § 33 ff.; Endemann § 6.

²⁾ S. darüber § 7, Not. 25 ff.

³⁾ Vgl. unten § 9.

besonderen Verhältniss steht.⁴⁾ Daran anschliessend muss von der Usanz als Geschäftsgebrauch und der Privatautonomie der grösseren Faktoren des Handelsverkehrs die Rede sein.

3. Endlich muss auch die Bedeutung der Rechtsprechung und Wissenschaft für den Bestand des Handelsrechts erwähnt werden.⁵⁾

1. Die positiven Gesetze.

a. Das Handelsgesetzbuch.

§ 7.

aa. Entstehung und Einführung desselben.

Der Erlass eines gemeinsamen Handelsrechtsgesetzes wurde bereits unter der Herrschaft des alten Deutschen Bundes im Jahre 1836 von der Württembergischen Regierung auf der Konferenz der Zollvereinsstaaten angeregt; indessen erfolglos. Auch die partikularen Entwürfe eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg vom Jahre 1839 und für Nassau von 1842 führten nicht zu einem Erlass desselben als Gesetze. Auf der Zollvereinskonferenz wurde dagegen auf Antrag Württembergs 1846 die Ausarbeitung einer Wechselordnung in Angriff genommen.¹⁾ Die Ausführung derselben und ihre weiteren Schicksale²⁾ sind an anderer Stelle zu schildern.³⁾

Ernstlichere Schritte zur Abfassung eines Handelsgesetzbuchs wurden 1848 von dem damaligen Reichsministerium gethan.⁴⁾ Allein die begonnene Arbeit wurde fallen gelassen, als die Reichsverfassung aufgehoben und der Bundestag wieder eingesetzt wurde.

Nach einigen Vorverhandlungen in den Jahren 1853 und 1854⁵⁾ brachte jedoch am 21. Februar 1856 die Bayerische Regierung bei dem Bundestag den Vorschlag ein, eine Kommission zur Entwerfung eines Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten zu berufen. Die Entscheidung über denselben verzögerte sich einigermaßen, da auf die Fertigstellung eines von Preussen unternommenen Entwurfs gewartet wurde. Am 18. Dezember 1856 wurde der Beschluss gefasst, eine Kommission von Sachverständigen, welche die Regierungen der Bundesstaaten abzuordnen haben würden, zur Ausarbeitung in Nürnberg zusammentreten zu lassen. Dieselbe sollte unter angemessener Benutzung des vorhandenen Materials einen vollständigen Entwurf herstellen.⁶⁾ Die Kommission konstituirte sich am

⁴⁾ Vgl. unten § 10.

⁵⁾ Davon handelt § 11.

¹⁾ S. über das bisherige Goldschmidt § 11.

²⁾ Goldschmidt § 12.

³⁾ S. unten Buch 5.

⁴⁾ Thöl § 18, Not. 3. Goldschmidt § 13.

⁵⁾ Goldschmidt § 13a.

⁶⁾ Thöl § 18, Not. 5 ff.; Goldschmidt § 13a; v. Hahn Komm. Einl. § 1 und die dortigen Nachweise.

15. Januar 1857.⁷⁾ Als Grundlage der Berathung dienten ein Oesterreichischer und der 1857—1859 mit Motiven erschienene zweite⁸⁾ Preussische Entwurf.⁹⁾ Bis zum 2. Juli 1857 wurde die erste, bis zum 17. Dezember 1857 die zweite Lesung der drei ersten Bücher, enthaltend das materielle Handelsrecht mit Ausschluss des Seerechts, beendet. Das Resultat beider Lesungen wurde publizirt.¹⁰⁾

Zur Berathung des Seerechts begab sich die zum Theil anders zusammengesetzte Kommission nach Hamburg und vollendete dort die erste und zweite Lesung dieses Abschnitts im Laufe der Jahre 1858 bis 1860.¹¹⁾ Eine dritte Lesung des Seerechts hatte die Kommission nicht in Aussicht genommen.

Wohl aber war eine dritte Lesung des übrigen, in vier Bücher getheilten Handelsrechts vorbehalten worden, die sich jedoch unter Vermeidung aller Wiederholungen nur auf die gegen den Entwurf zweiter Lesung erhobenen Erinnerungen beschränken sollte. Letzteren hatte eine Mehrzahl von Kritiken beleuchtet.¹²⁾ Hauptsächlich aber galt es, bei der nochmaligen Lesung die Noten zu berücksichtigen, welche von Oesterreich, Preussen und Bayern zu dem Entwurfe gemacht worden waren.¹³⁾ Von der Berathung wurden überhaupt ausgeschlossen das Versicherungsrecht mit Ausnahme der Seeversicherung, die ursprünglich beabsichtigten Bestimmungen über das Konkursverfahren und die Handelsgerichtsbarkeit, sowie das Recht der Binnenschiffahrt.¹⁴⁾ Die dritte Lesung wurde in der Zeit vom 20. November 1860 bis 27. Februar 1861 zu Nürnberg erledigt.¹⁵⁾ Ueber die Berathungen der Kommission sind ausführliche Protokolle vorhanden.¹⁶⁾ Dieselben wurden sammt Beilagen zunächst für die Regierungen und Mitglieder in neun Foliobänden gedruckt, sind aber dann auch im Buchhandel erschienen.¹⁷⁾ Sie liefern ein mehr als reiches Material, das zur Auslegung des Gesetzes benutzt zu werden pflegt.

Mit Bericht vom 14. März 1861 konnte von der Kommission der fertig gestellte Entwurf, einschliesslich des Seerechts in fünf Büchern,¹⁸⁾ dem Bundestage überreicht werden. Dort fand er keineswegs einstimmige Billigung. Indessen

⁷⁾ S. über deren Zusammensetzung nach Staaten und Personen Thöl Not. 6; Goldschmidt § 14, Not. 1 u. v. Hahn § 17.

⁸⁾ Im Gegensatz zu dem 1856 erschienenen ersten, der nur als Manuskript gedruckt war.

⁹⁾ Näheres über diese Entwürfe s. bei v. Hahn § 3; Goldschmidt § 14.

¹⁰⁾ Goldschmidt § 14a; v. Hahn § 4, 5; Thöl § 18, III.

¹¹⁾ Goldschmidt § 14b; Thöl § 18, IV; v. Hahn § 6.

¹²⁾ Aufgezählt bei Goldschmidt § 14c, Not. 3.

¹³⁾ Thöl § 18, V; v. Hahn § 8; Goldschmidt § 14c. S. auch insbesondere über diese Vorgänge Thöl, zur Geschichte des Entwurfs eines allg. D. H. G. Buchs 1861. — Eine Zusammenstellung der Regierungseinwendungen findet sich in der Beilage zu den Prot. 548—598.

¹⁴⁾ Goldschmidt § 15; v. Hahn § 10—12.

¹⁵⁾ Goldschmidt § 14c a. E. v. Hahn § 9.

¹⁶⁾ S. über die Art und Weise der Abfassung Thöl § 18, VI.

¹⁷⁾ Protokolle der Kommission zur Berathung eines allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrage der Kommission herausgegeben von Lutz. 9 Thle. mit Register und Beilagen in 3 Thln. Würzburg 1858—1863. S. über die Protokolle v. Hahn § 18.

¹⁸⁾ S. über die Redaktion Thöl § 18, VII.

wurde auf Majoritätsvorschlag des handelspolitischen Ausschusses durch Majoritätsbeschluss der Bundesversammlung vom 31. Mai 1861 erklärt, dass der vorgelegte Entwurf als befriedigende Ausführung des Bundesbeschlusses vom 18. Dezember 1856 erscheine und sämtliche höchste und hohe Bundesregierungen eingeladen seien, demselben baldigst und unverändert Gesetzeskraft in ihren Landen zu verschaffen.¹⁹⁾

Demgemäss wurde **das Handelsgesetzbuch eingeführt**²⁰⁾ und ist in Kraft getreten:

1. **im Königreich Preussen** durch Einf.-Ges. vom 24. Juni 1861 am 1. März 1862. Ueber die Einführung in den 1866 neu erworbenen Landestheilen u. s. unten No. 2. 5. 11. 13. 18. 29. 31. 34. 35; im Jahdegebiet Not. 25.

2. **im Herzogthum Nassau** durch Einf.-Ges. vom 2. Oktober 1861 am 1. März 1862. Dieses Einf.-Ges. ist, auch nach dem Anschluss an Preussen in Kraft geblieben. Doch wurden die Art. 10 und 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes unter Aufhebung der entgegenstehenden Bestimmungen eingeführt.

3. **im Königreich Sachsen** durch Einf.-Ges. vom 30. Oktober 1861 am 1. März 1862.

4. **im Herzogthum Sachsen-Coburg** durch Einf.-Ges. vom 19. Februar 1862 am 1. Juli 1862.

5. **im Königreich Bayern** durch Einf.-Ges. vom 10. November 1861 am 1. Juli 1862. Dieses Gesetz gilt auch noch in den 1866 von Bayern an Preussen abgetretenen Gebietstheilen mit Ausnahme der Enklave Kaulsdorf, wo durch Preuss. V.-O. vom 22. Mai 1867 das Preuss. Einf.-Gesetz eingeführt wurde.

6. **im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen** durch Einf.-Ges. vom 30. Mai 1862 am 1. September 1862.

7. **im Herzogthum Sachsen-Meiningen** durch Einf.-Ges. vom 25. Juni 1862 am 1. September 1862.

8. **im Fürstenthum Waldeck** durch Einf.-Ges. vom 11. Februar 1862 am 1. Oktober 1862.

9. **im Herzogthum Anhalt-Bernburg** durch das auch nach der Vereinigung mit Anhalt-Dessau (s. No. 19) fortbestehende Einf.-Ges. vom 14. Juli 1862 am 1. Oktober 1862.

10. **im Herzogthum Sachsen-Gotha** durch Einf.-Ges. vom 11. Juli 1862 am 1. Dezember 1862.

11. **im Grossherzogthum Hessen** durch Einf.-Ges. vom 1. August 1862, welches auch in den 1866 an Preussen abgetretenen Landestheilen mit der Modifikation, dass die Art. 10 und 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes eingeführt worden sind, noch gilt, am 1. Januar 1863.

¹⁹⁾ S. über die betr. Verhandlungen Goldschmidt § 17; v. Hahn § 13.

²⁰⁾ Uebersichten der unter Nr. 1—32 anzuführenden Einf.-Gesetze enthält 1) die Ausgabe der Prof. von Lutz (s. Not. 17) Beilagenband, Thl. 3; 2) die Separat-Ausgabe aus dem Beilagenband von Lutz 1866 herausgegeben; 3) v. Salpius, die Ergänzungen der D. W.-O. und des D. H.G.Buchs, Berlin 1870. — S. über die Einführung Thöl § 19; v. Hahn § 14; Goldschmidt § 17, Not. 7 ff. und eine sehr genaue Uebersicht nach den einzelnen Bundesstaaten das. §§ 21. 22; Oesterreich und Liechtenstein § 23.

12. im **Grossherzogthum Baden** durch Einf.-Ges. vom 6. August 1862 am 1. Januar 1863.

13. in **der freien Stadt Frankfurt** durch Einf.-Ges. vom 17. Oktober 1862, welches auch nach dem Anschluss an Preussen noch gilt, am 1. Januar 1863.

14. im **Grossherzogthum Sachsen-Weimar** durch Einf.-Ges. vom 18. August 1862 am 1. April 1863.

15. im **Kaiserthum Oesterreich** mit Ausnahme von Ungarn, Croatien, Slavonien, Siebenbürgen durch Einf.-Ges. vom 17. Dezember 1862 am 1. Juli 1863, in der Militärgrenze nach V.-O. vom 14. Juni 1863 am 1. Oktober 1863. Doch erstreckte sich die Einführung dort nur auf die vier ersten Bücher des H.G.Buchs.

16. im **Fürstenthum Reuss jüngerer Linie** durch Einf.-Ges. vom 23. Februar 1863 am 1. Juli 1863.

17. im **Herzogthum Braunschweig** durch Einf.-Ges. vom 14. September 1863 am 1. November 1863.

18. in **der Landgrafschaft Hessen-Homburg** durch Einf.-Ges. vom 25. August 1863 am 1. Januar 1864. Das Einf.-Ges. gilt im Uebrigen noch; indessen ist nach dem Anschluss an Preussen in dem Oberamte Meisenheim durch V.-O. vom 22. Mai 1867 das Preuss. Einf.-Gesetz eingeführt worden.

19. im **Herzogthum Anhalt-Dessau-Cöthen** durch Einf.-Ges. vom 1. September 1863 am 1. April 1864. Vgl. Nr. 9.

20. in **Lübeck** durch Einf.-Ges. vom 26. Oktober 1863 am 1. Mai 1864.

21. im **Herzogthum Sachsen-Altenburg** durch Einf.-Ges. vom 21. November 1863 am 1. Mai 1864.

22. im **Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin** durch Einf. V.-O. vom 28. Dezember 1863 am 1. Juli 1864.

23. im **Grossherzogthum Mecklenburg-Strelitz** durch Einf. V.-O. vom 28. Dezember 1863 am 1. Juli 1864.

24. im **Grossherzogthum Oldenburg** durch Einf.-Ges. vom 18. April 1864 am 1. Oktober 1864.

25. im **Fürstenthum Lippe-Debnold** durch Einf.-Ges. vom 30. April 1864 am 1. Oktober 1864.

26. im **Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt** durch Einf.-Ges. vom 13. Mai 1864 am 1. Oktober 1864.

27. im **Fürstenthum Reuss älterer Linie** durch Einf.-Ges. vom 26. April 1862 am 1. Januar 1865.

28. in **der freien und Hansestadt Bremen** durch Einf.-Ges. vom 11. Mai 1864 am 1. Januar 1865.

29. im **Königreich Hannover** durch Einf.-Ges. vom 5. Oktober 1864, welches auch nach dem Anschluss an Preussen, jedoch mit der Modifikation, dass Art. 10. 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes eingeführt worden sind, noch gilt, am 1. Januar 1865.

30. im **Königreich Württemberg** durch Einf.-Ges. vom 13. August 1865 am 15. Dezember 1865.

31. im **Kurfürstenthum Hessen** durch Einf.-Ges. vom 3. Mai 1865, mit derselben Modifikation wie zu Nr. 29 noch jetzt geltend, am 1. Januar 1866.

32. im **Fürstenthum Liechtenstein** durch Einf.-Ges. vom 16. September 1865 am 1. Januar 1866.

33. in der **freien und Hansestadt Hamburg** durch Einf.-Ges. vom 22. Dezember 1865 am 1. Mai 1866.

34. in **Schleswig-Holstein** durch Preuss. Einf. V.-O. vom 5. Juli 1867 am 30. September 1867.²¹⁾

35. im **Herzogthum Lauenburg** durch Einf.-Ges. vom 21. Oktober 1868 am 1. Januar 1869.²²⁾

Nicht eingeführt bis zum Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 war das H.G.Buch im Fürstenthum Schaumburg-Lippe und dem Preussischen Jahdegebiet.

Nach diesen Einführungsgesetzen galt das H.G.Buch in den einzelnen Deutschen Staaten, wenn auch im Wesentlichen unverändert in denselben angenommen, doch formell nur als Landesgesetz. Auch fehlte es nicht in den Einführungsgesetzen an Verschiedenheit der Bestimmungen ergänzender oder modifizirender Art, zumal da, wo das H.G.Buch der Landesgesetzgebung ausdrücklich Raum verstattete.²³⁾ Einige dehnten den Wirkungskreis mancher Vorschriften des H.G.Buchs erheblich aus. Einige erliessen auch Bestimmungen, die als im Widerspruch mit dem H.G.Buch stehend bezeichnet werden mussten.²⁴⁾

Unter solchen Umständen war es begreiflich, dass nach Gründung des Norddeutschen Bundes bald daran gedacht wurde, das H.G.Buch zum auch formell allgemeingültigen Bundesgesetz zu erheben. Die Bundesverfassung gab in Art. 4 Nr. 13 ausdrücklich dem Bunde die Zuständigkeit zur Gesetzgebung über das Handels- und Wechselrecht. Nachdem bereits in der Sitzung des Jahres 1868 vom Reichstag dazu Anregung gegeben war, legte der Bundeskanzler im Jahre 1869 einen Entwurf vor, aus dem das **Bundesgesetz vom 5. Juni 1869**, betreffend die Einführung der allg. D. W.-O., der Nürnberger Novellen und des allg. D. H.G.Buchs als Bundesgesetze hervorging.²⁵⁾

Durch dasselbe wurden in § 1 die genannten Gesetze zu **Bundesgesetzen** erklärt und als solche in das ganze Bundesgebiet eingeführt. Der Vorsicht halber hob § 1 zugleich hervor, dass die Bundesgesetze vom 25. Oktober 1867, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe, und vom 29. Mai 1868, betreffend die Aufhebung der Schuldhaf, in unberührter Geltung blieben.²⁶⁾

²¹⁾ S. Preuss. Gesetzblatt von 1867 S. 1133.

²²⁾ Wochenblatt für Lauenburg 1868 S. 473.

²³⁾ Goldschmidt § 17 a. E.

²⁴⁾ S. unten Not. 28.

²⁵⁾ Thöl § 20, Nr. 1; Goldschmidt § 19; v. Hahn § 15. S. über die Verhandlungen dieses Gesetzes Endemann, Arch. Bd. 17. S. 1 ff.

²⁶⁾ Zur näheren Erläuterung s. Endemann a. a. O. S. 6—17.

Die W.-O., die Nürnberger Novellen und das H.G.Buch wurden dem Gesetz als Anlagen beigegeben.²⁷⁾

Nach § 2 sind diejenigen, zur Ein- und Ausführung des H.G.Buchs erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen,²⁸⁾ welche eine Abänderung enthalten, aufgehoben, wie dies dem Charakter des Bundesgesetzes entspricht. Dagegen bleiben diejenigen, welche nur eine Ergänzung enthalten, in Kraft.²⁹⁾

Der § 3 führt deklarierend eine Anzahl landesgesetzlicher Vorschriften auf, die jedenfalls in Kraft bleiben, bei denen also nicht zu prüfen ist, ob sie als Ergänzungen oder als Abänderungen erscheinen. In Betreff des Handelsgesetzbuches sollen fortbestehen die Vorschriften:

1) nach denen unter den Landesgesetzen im Sinne des H.G.Buchs das gesammte Landesrecht verstanden sein soll und in Ansehung der betreffenden Vorbehalte des H.G.Buchs die Erlassung massgebender Vorschriften auf anderem, nach Landesrecht zulässigem Wege, als auf dem der förmlichen Gesetzgebung vorbehalten wird;³⁰⁾

2) welche noch andere Eintragungen in das Handelsregister zulassen oder gebieten;³¹⁾

3) welche den Prokuristen zur Ertheilung von Konsensen vor den die Eigenthums- und Hypothekenbücher, Schuld- und Pfandprotokolle führenden Behörden nur dann befugt erklären, wenn ihnen diese Befugniss besonders beigelegt ist;

4) welche die Vorschriften des Landesrechts über den Eigenthumserwerb unbeweglicher Sachen für unberührt erklären;

5) welche Art. 295 des H.G.Buchs insoweit beschränken, als sie die abweichenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts für die zum Eintrag in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden aufrecht erhalten;³²⁾

6) welche die Art. 306. 307 auf die ausser Kurs gesetzten Inhaberpapiere nicht angewendet wissen wollen;³³⁾

7) welche bestimmen, dass unter Konkurs im Sinne des H.G.Buchs auch das Falliment des Rheinischen Rechts zu verstehen sei;³⁴⁾

8) welche bestimmen, dass durch Art. 313—316 die im bürgerlichen Recht in weiterem Umfang begründete Zulassung des Retentionsrechtes nicht berührt werde.³⁵⁾

²⁷⁾ B. Ges.-Blatt v. 1869 Nr. 32. S. über die Bedeutung dieses Umstandes unten § 8, Nr. 1.

²⁸⁾ S. über den Ausdruck „Landesgesetze“ unten § 20, Not. 15. 16.

²⁹⁾ Zur Erläuterung s. Endemann S. 20—24; über die legislativen Erwägungen S. 17—19.

³⁰⁾ S. über diese geschraubte Bestimmung Endemann a. a. O. S. 27.

³¹⁾ Welche das nach den Einf.-Gesetzen sind s. Endemann S. 28.

³²⁾ S. über die wesentlich das Immobilienrecht angehenden Nr. 3—5 Endemann S. 29.

³³⁾ Welche das sind s. Endemann S. 30.

³⁴⁾ Endemann S. 31. Jetzt erledigt durch die einheitliche Konk.-Ord. des Reichs.

³⁵⁾ Endemann S. 31—34.

Dem § 4 zufolge sollen als Landesgesetze, auch wenn sie eine Abänderung des H.G.Buchs enthalten, in Geltung bleiben:

1) die auf die Rhederei bezüglichen Bestimmungen der Mecklenburg-Schwerinischen Einf.V.O. vom 28. Dezember 1863 §§ 51—55;³⁶⁾

2) für Bremen die V.O. vom 12. Februar 1866 über die Löschung der Seeschiffe;³⁷⁾

3) für Hamburg der § 50 des Einf.-Gesetzes vom 22. Dezember 1865.

Ausserdem sicherte § 5 für Bremen die Fortdauer der nach den §§ 16. 52 der Einf.V.O. vom 2. Juni 1864 am 1. Januar 1870, an welchem laut § 6 das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 in Kraft getreten ist, bestehenden Pfand- und Vorzugsrechte der Privatgläubiger von Handelsgesellschaftern.³⁸⁾

Zu einem einheitlichen Einführungsgesetz, so sehr dies auch zu wünschen gewesen wäre, ist es nicht gekommen. Doch forderte der Reichstag bei Annahme des Gesetzes den Bundeskanzler auf, die aufrecht erhaltenen Bestimmungen der Einführungsgesetze, sowie auch die Gesetzbücher selbst einer Revision zu unterwerfen und dem Reichstage darüber eine Vorlage zu machen.³⁹⁾

Da die Einführung als Bundesgesetz sich nach § 1 auf das gesammte Bundesgebiet bezog, so war damit auch die Einführung in denjenigen Gebieten des Norddeutschen Bundes gegeben, in denen bis dahin das H.G.Buch nicht gegolten hatte; nemlich:

1) in Schaumburg-Lippe, wo dazu eine Ausführungsverordnung vom 11. Dezember 1869 erlassen wurde,⁴⁰⁾ und

2) im Preussischen Jahdegebiet, für das dann weiter nach einem Preuss. Gesetz vom 9. März 1870 das Hannöverische Einf.Ges. vom 5. Oktober 1864 in Kraft gesetzt wurde.

Das Bundesgesetz vom 5. Juli 1869 wurde durch die zu Versailles abgeschlossenen Verträge und die damit verbundenen Verfassungsredaktionen vom 1. Januar 1871 auch für Baden, Südhessen und Württemberg, und durch das Reichsgesetz vom 22. April 1871 vom 13. Mai 1871 ab für Bayern gültig erklärt.⁴¹⁾

Endlich erfolgte auch die Einführung in Elsass-Lothringen durch Gesetz vom 19. Juni 1872.⁴²⁾

So ist das H.G.Buch allgemeingültiges, Reichsgesetz geworden.

³⁶⁾ Endemann S. 34. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 461.

³⁷⁾ Endemann S. 36. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 121.

³⁸⁾ Endemann S. 40 ff.

³⁹⁾ Endemann S. 43—47.

⁴⁰⁾ Arch. Bd. 18, S. 372.

⁴¹⁾ Endemann H.R. § 7, Not. 48; Goldschmidt § 19 a. E.; v. Hahn Einl. § 15, Not. 84—86.

⁴²⁾ Z. f. H.R. Bd. 18, S. 128.

§ 8.

bb. Text, Inhalt und Auslegung.

1. Als der **authentische Text** des H.G.Buchs erscheint jetzt ¹⁾ seit dem Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 derjenige, welcher diesem Gesetz als Anlage (C) beigegeben ist. ²⁾ Derselbe Text ist dann durch Einführung jenes Gesetzes auch in den süddeutschen Staaten der allein maassgebende geworden. Auch wurde der nemliche Text, jedoch unter Einfügung der Modifikationen, welche das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 herbeigeführt hatte, in Elsass-Lothringen publizirt. ³⁾

2. **Der Inhalt und die systematische Anordnung** des H.G.Buchs bedürfen hier keiner besonderen Darstellung. Sie ergeben sich aus der ihm angeschlossenen Zusammenstellung der Ueberschriften der Bücher, Titel und Abschnitte, in welche der Stoff eingetheilt ist. ⁴⁾

Der ursprüngliche Bestand hat durch neuere Gesetze nach mehreren Richtungen hin geradezu Veränderung erlitten. ⁵⁾

a. Durch das Bundes-, jetzt Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, das vielfach in Buch 2, Titel 2 Nr. 2, d. h. in die gesetzliche Ordnung der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 150—172), und in Buch 2, Titel 3 von der Aktiengesellschaft (Art. 207—249) eingreift.

b. Die allgemeinen Bestimmungen vom Seehandel in Buch 5, Titel 1, Art. 432—438 sind abgeändert worden durch das Reichsgesetz vom 25. Oktober 1867, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe und deren Befugniss zur Führung der Bundesflagge.

c. Buch 5, Titel 4 von der Schiffsmannschaft wurde gänzlich aufgehoben durch die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872.

d. Eine Mehrzahl von Bestimmungen des H.G.Buchs, welche prozessrechtlicher Beschaffenheit sind, nemlich die Art. 34—36. 37 Satz 2. 39, 77, 78, 79, Abs. 2, 488, 494, 889, hat das Einführungsgesetz vom 30. Januar 1877 zur Civilprozessordnung beseitigt. ⁶⁾

3. **Weder in seinem ursprünglichen, noch in seinem dermaligen Bestand stellt sich das H.G.Buch als eine erschöpfende Kodifikation des Handelsrechts dar.** Als eine solche kann nicht einmal das weitaus am umfassendsten und speziellsten behandelte Seerecht des fünften Buchs gelten. In den einzelnen Theilen der ersten vier Bücher zeigt sich die grösste Verschiedenheit. Manche

¹⁾ Früher der im Beilageband der Protokolle enthaltene Entwurf; s. Goldschmidt § 16, Not. 9.

²⁾ Endemann, Anh. Bd. 17, S. 7; v. Hahn, Komm. Einl. S. 75, Not. 3; Goldschmidt § 19, Not. 3; Thöl § 21, I.

³⁾ Als Anlage B zum Ges. vom 19. Juni 1872.

⁴⁾ Einen Ueberblick gibt Goldschmidt § 16, I.

⁵⁾ Ergänzungen oder mittelbare Beeinflussungen durch andere Gesetze sind hier nicht zu berühren.

⁶⁾ Vgl. darüber im Näheren Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 520.

Materien sind so gut wie vollständig, andere ausführlich, wieder andere nur in Bezug auf einzelne Punkte oder Seiten geregelt, manche, die unzweifelhaft in das Gebiet des Handelsrechts fallen, wie der Verlagsvertrag, die Versicherung, soweit sie nicht Seeversicherung ist, gar nicht berücksichtigt.

Nach der Stellung, welche das Handelsrecht im Verhältniss zu dem übrigen bürgerlichen Recht einnimmt, dient überall das letztere⁷⁾ zur Ausfüllung der Lücken, welche jenes lässt. Andererseits bringt namentlich das H.G.Buch keineswegs nur solche Sätze, die ihrem Gegenstand und ihrer Beschaffenheit nach ausschliesslich dem Gebiete des Handelsrechts angehören. Vielmehr sind viele Sätze desselben an sich Sätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts, die das H.G.Buch für das Bedürfniss des Handelsverkehrs aus irgend einem Grunde, zur Verdeutlichung, zur Abschneidung von Zweifeln und Streitfragen u. s. w., unverändert oder mit gewissen Veränderungen aufzunehmen für gut befunden hat. Man kann daher⁸⁾ in diesem Sinn dem Handelsrecht materiell angehörige und demselben bloß formell angehörige Sätze unterscheiden.

Bedeutsam ist noch ein anderer Unterschied der Vorschriften des H.G.Buchs. Ein Theil derselben besteht aus absoluten Vorschriften. Diese nöthigen, durchaus nach ihnen zu verfahren und zu urtheilen; gleichviel, ob die Handlungen, Rechtsakte und Rechtsgeschäfte, welche zu deren Anwendung auffordern, vorgenommen werden müssen oder aus freier Entschliessung vorgenommen werden. Auch in dem letzteren Fall sind, wenn dies geschieht, lediglich die absoluten Vorschriften maassgebend. So lässt sich eine Aktiengesellschaft nicht anders errichten, eine Prokura nicht anders erteilen, als unter Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs.

Aber ein grosser Theil des letzteren, vorzugsweise im vierten Buche von den Handelsgeschäften, hat bloß die Bedeutung, dass die darin gegebenen Regeln nur dann zur Anwendung kommen sollen, falls die Beteiligten nichts Anderes vereinbaren oder bestimmen. Man nennt solche Regeln **dispositive oder Normativvorschriften**.

Indem solche Vorschriften erklären, was als gewollt oder vereinbart gilt, wenn nichts Anderes erklärt wird, finden sie ihre innere Rechtfertigung in der Unterstellung, dass eben, insofern kein Grund zur Abweichung vorliegt, stillschweigend so gewollt ist, wie es ihr Inhalt besagt. Allein, damit sie in Anwendung treten, ist es nicht nöthig, dass die Beteiligten wirklich den Willen haben, nach dem Inhalt der dispositiven Bestimmung zu handeln. Sie sind nicht bloß Rechtsvermuthungen für die Auslegung des Willens.⁹⁾ Vielmehr sind sie den Willen ergänzende gesetzliche Vorschriften, die selbst dann zur Anwendung kommen, wenn nachweislich ihr Inhalt nicht gewollt ist, oder wenn die Parteien

⁷⁾ S. darüber unten § 20.

⁸⁾ Mit Goldschmidt § 37, Nr. 4. S. auch v. Hahn, Vorbemerk. I zu Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2.

⁹⁾ Wie sie vielfach bezeichnet worden sind; s. Voigtel, Arch. Bd. 6, S. 451 und die dort in den Not. * bezeichneten Schriftsteller.

derselben sich gar nicht bewusst waren.¹⁰⁾ Eine Widerlegung der Unterstellung des Gesetzes ist also nicht möglich. Das dispositive Gesetz wirkt von sich aus, setzt seine Bestimmung an die Stelle der fehlenden Willenserklärung, ohne dass nach dem Vorhandensein des Parteiwillens gefragt wird; wenn auch die meisten dieser Normativbestimmungen auf der sorgfältigen Beobachtung des Verkehrslebens, des regelmässigen und vernünftigerweise Gewollten beruhen.¹¹⁾

Bei der bloss ergänzenden Stellung der dispositiven Vorschriften, wonach jede abweichende konkrete Vereinbarung deren Anwendung ausschliesst, folgt, dass sich auf diesem Wege Usancen, autonomische oder reglementarische Festsetzungen von Vertragsnormen im Widerstreit mit ersteren bilden können. Sobald erkennbar wird, dass, sei es auch nur stillschweigend, thatsächlich der Parteiwille sich den letzteren anbequemt hat, ist daher für die Wirksamkeit der dispositiven Bestimmung kein Platz. Dagegen kann sich ein der dispositiven Vorschrift des H.G.Buchs zuwiderlaufender Handelsgebrauch nicht bilden.¹²⁾

Verletzung der dispositiven Bestimmung, sei es durch Nichtanwendung, sei es durch unrichtige Anwendung, gibt einen Revisionsgrund ab, während auf Verletzung von, wenn auch noch so allgemein gehaltenen, statutarischen Bestimmungen, welche ihrem Wesen nach nur Vertragsbedingungen sind, niemals die Revision gestützt werden kann.¹³⁾

Was die absoluten Vorschriften anlangt, so sind sie verschieden je nach den auf Verletzung derselben stehenden Folgen. Bald ist Ungültigkeit des sie verletzenden Rechtsaktes oder Rechtsgeschäfts, bald Strafe, bald Ersatz des Schadens oder Interesses, angedroht. Bei manchen fehlt es an jeder Androhung.¹⁴⁾ Zuwiderlaufende Vereinbarung ist Verletzung derselben; aber mangels irgend einer Androhung folgenlos.

4. Zur Auslegung des H.G.Buchs liefern Material einmal die der Berathung desselben zu Grunde gelegten Entwürfe sammt den Motiven, welche dem Preussischen beigegeben waren,¹⁵⁾ sodann aber namentlich die Protokolle der Nürnberger Kommission.¹⁶⁾

Ueber die Bedeutung dieser Materialien für die Auslegung herrscht keines-

¹⁰⁾ Thon, Rechtsnorm u. subjekt. Recht S. 362 ff. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 177; Grünhut, Recht des Kommissions-Handels S. 157 ff.

¹¹⁾ Vgl. auch Thöl § 248, Not. 25; Goldschmidt § 33, Not. 31, woselbst auch eine Zusammenstellung dispositiver Artikel des H.G.Buchs.

¹²⁾ Dies ist durch Art. 1 gehindert; s. § 10, Not. 31 ff.

¹³⁾ C.P.O. § 511, 512; vgl. Endemann Komm. zu § 512, I.A. — Beispiele aus dem Verhältniss zur Nichtigkeitbeschwerde des früheren Prozessrechts s. Goldschmidt § 33, Not. 31 a. E.

¹⁴⁾ Zusammenstellungen s. bei Goldschmidt Not. 34—37.

¹⁵⁾ S. darüber oben § 7, Not. 8.

¹⁶⁾ S. über diese § 7, Not. 17.

wegs Einverständniss. Indessen ist der Streit¹⁷⁾ ohne grosse praktische Bedeutung.¹⁸⁾ Es genügt daher kurz die Hauptgesichtspunkte hervorzuheben.

Der Auslegung des Gesetzes kann nur der Wille des „Gesetzgebers“ zu Grunde gelegt werden. Gesetzgeber des H.G.Buchs waren ursprünglich die Einzelstaaten, welche dasselbe in ihren Gebieten einfuhrten. Solange die Geltung des H.G.Buchs nur auf dieser partikularen Grundlage stand, war also formell nach dem gesetzgeberischen Willen eines jeden einzelnen Staates zu fragen, wenn auch hierbei unterstellt werden durfte, dass die einfuhrenden einzelnen Staaten einen materiell übereinstimmenden Willen hatten. War doch Rechtseinheit das erstrebte Ziel. Seitdem das H.G.Buch Reichsgesetz geworden ist, kann nur noch von dem einheitlichen gesetzgeberischen Willen der Gesetzgebungsgewalt des Reiches die Rede sein. Allein liess sich mangels eingehender Berathung und Beschliessung der einzelnen Bestimmungen des H.G.Buchs schon nicht direkt erkennen, welchen Sinn der Wille der Einzelstaaten mit den Vorschriften des Gesetzbuchs verband, so fehlt es vollends an der Möglichkeit nachzuweisen, wie sich die Reichsgesetzgebung bei dem Gesetz vom 5. Juni 1869 zu der Auffassung der Einzelstaaten gestellt hat und wie der Sinn beschaffen war, den sie ihrerseits den Bestimmungen des H.G.Buch beilegte.

Umsomehr ist ein natürlicher Anreiz gegeben, sich an die Vorarbeiten und die Protokolle zu wenden. Häufig werden von Schriftstellern und in den Entscheidungen der Gerichte auch die ersteren, namentlich aber die letzteren so als Interpretationsquelle benutzt, als ob darin der Wille des Gesetzgebers ausgesprochen oder die dort niedergelegte Ansicht von dem Gesetzgeber zu der seinigen gemacht worden sei. Auf solche Weise werden aus jenen Quellen leicht Interpretationen geschöpft, die geradezu als authentische behandelt werden, weil man unmittelbar den Willen des Gesetzgebers mit den dort kundgegebenen Meinungen identifizirt. Dies ist ungerechtfertigt.

Weder die Verfasser der Entwürfe und Motive sind, selbst wenn sie in offiziellem Auftrag arbeiten, Gesetzgeber, noch auch die Mitglieder einer Berathungskommission. Eine Willenserklärung derselben von bindendem Charakter gibt es nicht. Ausserdem ist es bekannt und liegt in der Natur der Sache, dass die Meinung einer solchen Kommission über den Sinn der von ihr aufgestellten Vorschriften in sehr vielen Fällen selbst aus förmlicher Abstimmung nicht mit Sicherheit erkannt werden kann; und vollends versteht sich von selbst, dass einzelne Meinungsäusserungen, auch dann, wenn das in ihnen vertheidigte Resultat schliesslich angenommen worden ist, keineswegs immer einen sicheren Rückschluss auf die Annahme dieser oder jener Begründung zulassen. Gesetz aber, die Ansicht der gesammten Kommission oder ihrer Majorität wäre bestimmt zu ermitteln, so bleibt dann immer noch der Zweifel übrig, ob dieselben Gründe

¹⁷⁾ Der bes. zwischen v. Hahn, Einl. § 19 und Goldschmidt § 34, Nr. 2 geführt ist, an dem sich aber auch noch Andere, s. die Nachweise bei Goldschmidt, betheiligt haben.

¹⁸⁾ Wie Goldschmidt Not. 27 mit Recht hervorhebt.

zugleich von den Faktoren der Gesetzgebung, auf deren Willen es ankommt, gebilligt und für entscheidend gehalten worden sind.

Mithin fehlt es an zuverlässigen Momenten, dass der Gesetzgeber¹⁹⁾ die Gesetzesvorschriften in dem Sinne erlassen hat, welchen die Nürnberger Kommission mit denselben verband. Dies schliesst freilich nicht aus, bei der wissenschaftlichen Erklärung des Gesetzes und insbesondere bei der Erforschung der hierfür besonders erheblichen Entstehungsgeschichte der Artikel oder Abschnitte des H.G.Buchs die Vorarbeiten und die Protokolle zu Hülfe zu nehmen.²⁰⁾ Aus ihnen eröffnen sich namentlich die in Betracht kommenden Gesichtspunkte. Allein die eigentliche Entscheidung in Auslegungsfragen kann und soll nach logischer Erkenntniss aus dem Gesetz selbst,²¹⁾ dem Wesen der darin behandelten Institute und deren Auffassung nach anerkannten Rechtsgrundsätzen von statten gehen.²²⁾

Natürlich gilt dasselbe auch für die Auslegung anderer Gesetze aus deren Vorarbeiten.

§ 9.

b. Weitere handelsrechtliche Reichsgesetze.

Das H.G.Buch ist bei Weitem nicht das einzige Reichsgesetz, welches zum Gebiete des Handelsrechts gehört. Der Umfang des letzteren wird unmittelbar oder mittelbar von einer Mehrzahl anderer Gesetze berührt, welche zum Theil in der Zeit des Norddeutschen Bundes, zum Theil seit 1871 im Deutschen Reich erlassen wurden. Die ersteren sind nach Anschluss der Süddeutschen Staaten auch in diesen, meist am 1. Januar 1871, in Bayern jedoch theilweise erst durch das Reichsgesetz am 22. April 1871 am 13. Mai 1871 in Kraft getreten.

Im Folgenden mögen für das Handelsrecht die wichtigsten dormalen bestehenden Gesetze, Verordnungen und Reglements übersichtlich angeführt werden. Auf vollständige Aufzählung alles dessen, was, sei es auch noch so entfernt, vielleicht auch für den Handelsverkehr Interesse haben könnte, muss verzichtet werden.¹⁾

1. Mehrere Gesetze beziehen sich auf die Seeschifffahrt; so das Gesetz vom 25. Oktober 1867 nebst V.O. vom 25. Oktober 1867, einigermassen

¹⁹⁾ Ein Begriff, dem man, wenn von einem Willen die Rede ist, stets erst die realen Faktoren der Legislation, Souverän und Volksvertretung, substituieren muss.

²⁰⁾ S. über die Ansichten Siebenhaars, der dies nicht für zulässig, und Schlessingers, der die Protokolle dazu für unbrauchbar hält, Goldschmidt Not. 23. 24.

²¹⁾ Einzelne Landesgesetze können nicht als Basis der Auslegung für das H.G.Buch dienen.

²²⁾ Derselbe, mit v. Hahn übereinstimmende Standpunkt ist vertreten in Betreff der Materialien der Justizgesetze in Endemann's Komm. zur C. P. O. Bd. 1, S. 26 ff. — Ueber die Praxis des R.O.H.G. s. dessen Entsch. Bd. 6, S. 408; Bd. 8, S. 127; Bd. 10, S. 368; Bd. 17, S. 287; Bd. 18, Nr. 107.

¹⁾ Eine chronolog. Uebersicht bis zum Ende 1873 s. auch bei Goldschmidt § 18 a.

modifizirt durch das Gesetz vom 28. Juni 1873 betr. die Registrirung und Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und die Befugniß zur Führung der Reichsflagge; die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872; das Gesetz betr. die Verpflichtung Deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hülfbedürftiger Seeleute vom 27. Dezember 1872; die Verordnung vom 23. Dezember 1871 zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See, woran sich die Verordnung vom 15. August 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoss anschliesst; die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874; Gesetz vom 27. Juli 1877 betr. die Untersuchung von Seeunfällen.

2. Andere gehen die für den Handel wichtigen **Verkehrsanstalten** an. Hier sind zu erwähnen:

a. in **Betreff der Post** das Gesetz vom 28. Oktober 1871, in einem Punkt abgeändert durch Gesetz vom 20. September 1875 über das Postwesen sammt Postordnung vom 8. März 1877; die Gesetze vom 28. Oktober 1871 und 17. Mai 1873 über das Posttaxwesen.²⁾

b. in **Betreff der Eisenbahn** das Bahnpolizeireglement vom 4. Januar 1875 und das Bahnbetriebsreglement vom 11. Mai 1874.³⁾

c. in **Betreff der Telegraphie** die Telegraphenordnung vom 1. Juli 1872.⁴⁾

3. Die **Maass- und Gewichtsordnung** vom 17. August 1868; dazu weiter Gesetz vom 10. März 1870; ferner die Eichordnung 16. Juli 1869 und eine Reihe von Ergänzungen und Nachträgen.⁵⁾

4. Das **Geld- und Banknotenwesen** ist ausführlich und definitiv geordnet, nachdem mehrfach vorbereitende Maassregeln vorangegangen waren, durch das Münzgesetz vom 9. Juli 1873, das Papiergeldgesetz vom 30. April 1874 und das Bankgesetz vom 14. März 1875.⁶⁾

5. Zum **Schutz des geistigen Eigenthums, der Erfindungen u. s. w.**, sind erlassen worden das Gesetz vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w.; sodann das Gesetz vom 9. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, das Gesetz vom 10. Januar betr. den Schutz der Photographien und das Gesetz vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen. Dazu kommt das Patentgesetz vom 25. Mai 1877.⁷⁾

6. Die **Gewerbeordnung** vom 21. Juni 1869 sammt den daran anknüpfenden

²⁾ Vgl. über die Gesetze und deren Literatur Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 2, § 71, Not. * und v. Rönne, Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. 2, § 99, bes. Nr. IV.

³⁾ Laband § 72; v. Rönne § 100.

⁴⁾ Laband § 71, Not. *; v. Rönne § 99, VI.

⁵⁾ S. über die Gesetzgebung und Literatur dieser Materie Laband § 75, Not. *; v. Rönne § 95, I.

⁶⁾ Ueber die Gesetze und Literatur des Münzwesens s. Laband § 74, Not. *; v. Rönne § 96, I u. § 97, I; des Bankwesens Laband § 23, Not. *; v. Rönne § 98, I.

⁷⁾ S. darüber unten Buch 2, Abschn. 4.

Ergänzungen und Modifikationen hat für das Privathandelsrecht nur untergeordnete Bedeutung.⁸⁾

7. Dagegen gehören wesentlich hieher, auf das Gesellschaftsrecht bezüglich,

a. Das Gesetz vom 4. Juli 1868 betr. die **privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.**⁹⁾

b. Das Gesetz vom 11. Juni 1870 betr. die **Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften**; dazu das Gesetz vom 16. Dezember 1875 betr. die Umwandlung von Aktien süddeutscher Währung.¹⁰⁾

8. Das Gesetz vom 14. November 1867 betr. die **vertragsmässigen Zinsen.**¹¹⁾

9. Das Gesetz vom 29. Mai 1868 betr. die **Aufhebung der Schulhaft.**¹²⁾

10. Das Gesetz betr. die **Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen** vom 12. Juni 1869, dessen Promulgation in engstem Zusammenhang stand mit der Erhebung der W.O. und des H.G.Buchs zu Reichsgesetzen, hat jetzt sammt den zahlreichen seine Kompetenz ausdehnenden Bestimmungen, nachdem durch das G.V.Gesetz vom 27. Januar 1877 das Reichsgericht eingesetzt worden ist, nur noch wenig praktisches Interesse.¹³⁾

11. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 betr. die **Beschlagnahme der Dienstlöhne**, dessen Inhalt in der Reichs-Civilprozessordnung § 749 Nr. 1 aufrecht erhalten wird.¹⁴⁾

12. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 betr. die **Gewährung der Rechtshülfe**, wird, wenn gleich nicht völlig, doch grossentheils durch die Reichsprozessordnungen und das Gerichtsverfassungsgesetz § 157 ff. absorbiert.¹⁵⁾

13. Das **Haftpflichtgesetz** vom 7. Juni 1875 betr. die Verpflichtung zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen.¹⁶⁾

14. Das Gesetz vom 8. Juni 1871 betr. die **Inhabererpapiere mit Prämien**, sammt zahlreichen durch dasselbe veranlassten Bekanntmachungen.¹⁷⁾

15. Das Gesetz vom 30. November 1874 über den **Markenschutz.**¹⁸⁾

⁸⁾ S. über diese, die dazu gehörigen Novellen und die Literatur Laband § 76.

⁹⁾ S. darüber unten Buch 1, Abschn. 4.

¹⁰⁾ Das Nähere s. unten Buch 1, Abschn. 3, III.

¹¹⁾ Vgl. Endemann H.R. § 92, Not. 20 ff.

¹²⁾ Vgl. über dessen Verhältniss zur C.P.O. Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 333, 516.

¹³⁾ Vgl. über dieses seiner Zeit höchst wichtige Gesetz Endemann, Arch. Bd. 17, S. 67 ff.; Goldschmidt § 20; Thöl § 23. Nur noch gegenüber dem § 3 des Einf.Ges. zum G.Verf.Ges. haben die betreffenden Kompetenzbestimmungen Bedeutung, insofern sie die Zuständigkeit des obersten Landesgerichtshofs beschränken.

¹⁴⁾ Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 267.

¹⁵⁾ Endemann a. a. O. Bd. 1, S. 144 ff. — Ueber das Gesetz von 1869 s. Endemann, die Rechtshülfe im Nordd. Bunde, 1869.

¹⁶⁾ Vgl. unten Buch 3, Abschn. 10.

¹⁷⁾ Endemann H.R. § 139, Not. 14 ff. v. Rönne § 105, Not. 8 ff.

¹⁸⁾ Endemann H.R. § 19. S. unten in Buch 1, Abschn. 1.

§ 10.

3. Das Handelsgewohnheitsrecht.

Neben dem positiven Handelsrecht dient als Quelle der Rechtsnormen für den Handelsverkehr die Handelsgewohnheit, auch Handelsgebrauch oder *Üsanz* genannt.¹⁾ Indessen ist der Name einigermaßen unsicher, indem als Handelsgebrauch oder *Üsanz* nicht selten auch dasjenige bezeichnet wird, was passender bloß als Geschäftsgebrauch zu bezeichnen wäre. Demgemäss hat man zu unterscheiden: ²⁾

I. Die Handelsgewohnheit, der Handelsgebrauch oder die *Üsanz* im eigentlichen Sinn, als Quelle von Rechtssätzen, die in derselben Weise zwingender Natur sind, wie die aus positivem Gesetz hervorgegangenen.

Für die erste Bildung des Handelsrechts war die Gewohnheit geradezu Haupt-, fast alleinige Quelle. Oft wurden die handelsgebräuchlichen Rechtssätze in den autonomen Statuten der Kaufmannschaften unter Kontrolle der Obrigkeit, oder von den Obrigkeiten der Handelsstädte schriftlich fixirt. Die älteren Stadt-, Markt-, Landesordnungen und selbst Reichsgesetze sind grossentheils nichts Anderes als Aufzeichnungen geltender Gewohnheiten.³⁾ Auch von dem kodifizirten Handelsrecht lässt sich sagen, dass es vielfach nur wiedergibt, was bereits gewohnheitliches Recht war. Indessen tritt die Bedeutung des ungeschriebenen Rechts der Natur der Sache nach in demselben Maasse zurück, als das geschriebene Recht zunimmt; jedoch ohne dass darum die Gewohnheit neben der Kodifikation bedeutungslos würde.⁴⁾

A. Was den Begriff der Handelsgewohnheit anlangt, so ist zunächst zu konstatiren, dass der Ausdruck „Handelsgebräuche“ in Art. 1 des H.G.Buchs mit demselben zusammenfällt, folgeweise nicht auf die *Üsanz* in dem unten (s. II) zu bezeichnenden Sinn zu beziehen ist. Aus der Berathung des Art. 1, dem Zwecke und Wortlaut desselben ergibt sich, dass nur diejenigen Handelsgebräuche gemeint sind, welche als Entscheidungsnormen dienende Rechtssätze erzeugen.⁵⁾

¹⁾ Bei den älteren Schriftstellern *usus s. consuetudo mercatorum*; *coutume commerciale* der Franzosen, *custom of merchants* der Engländer. Goldschmidt § 35 z. A.; Thöl § 11; s. auch Brinckmann § 7.

²⁾ Keyssner in Gruchots Beiträgen Bd. 12, S. 581. — S. über die Unsicherheit auch R.O.H.G. Bd. 12, S. 287; Bd. 16, S. 37. Bes. Bearbeitungen dieser Materie s. bes. von Laband Z. f. H.R. Bd. 17, S. 466 ff.; Voigtel, Arch. Bd. 6, S. 458; Keyssner a. a. O. und die sehr eingehende Darstellung von Goldschmidt § 35. Vgl. aber auch gegen v. Gerber, Bemerk. zu Art. 1 (Leipziger Dekanatsprogramm 1871) v. Hahn, Zusatz zu Art. 279. — Ausführlich auch Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 4; v. Hahn zu Art. 1, § 12.

³⁾ S. darüber das reiche Material bei Goldschmidt § 35, Not. 1—9.

⁴⁾ Wie Goldschmidt Not. 14a mit Recht gegen Marschner Z. f. H.R. Bd. 11, S. 456 bemerkt.

⁵⁾ So v. Hahn zu Art. 1, § 12. Goldschmidt § 35, Nr. I. Das R.O.H.G. Bd. 3, S. 2; Bd. 6, S. 370; Bd. 11, S. 243 hat die abweichende Ansicht, s. Anschütz-Völderndorff Komm. Bd. 1, S. 18 u. a., verworfen.

Für den Handelsgebrauch in diesem Sinn gelten an sich dieselben Regeln wie für das Gewohnheitsrecht, welches sich im Gebiete des sonstigen bürgerlichen Rechts bildet.⁶⁾

B. **Der Umfang**, in dem sich die Handelsgewohnheit festsetzt, kann ein sehr verschiedener sein. Sie ist bald eine allgemeine, d. h. für das ganze Reich, vielleicht sogar international gültige, oder eine partikuläre oder sogar nur lokale. Für den Begriff der ersteren ist nicht etwa nothwendig, dass deren Anerkennung für jeden Theil oder Ort des Reichsgebiets nachgewiesen wird. Es genügt, Allgemeingültigkeit im logischen Sinne zu erkennen.⁷⁾ Auf bloß lokale Gewohnheit verweist das H.G.Buch mehrfach, auch wo es Handelsgewohnheit meint.⁸⁾ Ortsgebrauch zeigt sich namentlich auch als Markt-, Mess-, Börsengebrauch, der keineswegs immer nur Üsanz in dem unter II zu berührenden Sinn darstellt.

Ebenso kann dem Gegenstande nach der Umfang sehr verschieden sein, indem sich die Handelsgewohnheit bald auf den gesammten Handel, bald nur auf gewisse Handelszweige oder den Verkehr mit gewissen Handelsgegenständen, oder auch auf gewisse Klassen von Personen u. s. w. bezieht.⁹⁾

C. **Die Voraussetzungen** der Handelsgewohnheit sind dieselben wie bei jeder Rechtsgewohnheit. Es bedarf

1. einer **thatsächlichen, erkennbaren Uebung**,¹⁰⁾ häufig genug, um daraus den Begriff der Gewohnheit zu entnehmen; wofür sich ebensowenig, wie für die nothwendige Zeitdauer abstrakte Regeln geben lassen. Dasselbe gilt von der Stetigkeit der Uebung, die erhéischt werden muss.¹¹⁾

2. Die Gewohnheit darf **nicht gegen das die Uebung verbietende Recht, die Sittlichkeit oder das Gemeinwohl** verstossen und, zumal als Handelsgewohnheit, nicht Treu und Glauben verletzen.¹²⁾

3. Die Uebung muss sich als **bewusste und gewollte Bethätigung eines bestehenden Rechtssatzes** kund thun.¹³⁾ Auch in dieser Richtung kann nur das konkrete Ermessen des Richters entscheiden. Eine bestimmte Legaltheorie ist unmöglich.¹⁴⁾

⁶⁾ Goldschmidt § 35, Not. 13; Savigny, Syst. Bd. 1, § 7 ff. Windscheid, Pand. § 15 ff.; Puchta, Pand. § 11 ff.; Beseler, D. Privatrecht § 29 ff.; Stobbe Bd. 1, § 21 ff.; Förster Bd. 1, § 16 u. a. — Ausführlicher sind die gemeinschaftlichen Grundsätze auch entwickelt bei Thöl § 11 ff.; Goldschmidt durch den § 35 hindurch.

⁷⁾ Goldschmidt Not. 15.

⁸⁾ Vgl. darüber Laband a. a. O. S. 490 ff. Goldschmidt § 36, Not. 15 und Beispiele § 35, Not. 16.

⁹⁾ Beispiele s. Goldschmidt Not. 16b.

¹⁰⁾ Goldschmidt Not. 18 und Windscheid § 15, Not. 2 gegen die Ansicht, dass es auch latente Gewohnheit gebe, bes. von Thöl § 12, Not. 4 vertreten.

¹¹⁾ Goldschmidt § 35, Not. 17—22.

¹²⁾ Savigny Bd. 1, S. 421. Windscheid § 16; Goldschmidt § 35, Not. 34.

¹³⁾ Goldschmidt § 35, Not. 23; Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 17. — Die sog. opinio necessitatis; s. auch Thöl § 12, Nr. 1.

¹⁴⁾ Endemann § 6, Not. 10; Goldschmidt § 36, Not. 11—13; Laband a. a. O. S. 489.

D. Um die Gewohnheit anwenden zu können, muss der Richter Kenntniss derselben besitzen oder erhalten. In dieser Hinsicht herrschten seither sowohl in der Theorie, als auch in der Praxis mancherlei Zweifel, wie es sich mit dem Bedürfniss und der Art des Beweises verhalte.¹⁵⁾ Durch die Reichsgesetzgebung ist aber nunmehr das Prinzip klargestellt.¹⁶⁾

Der Richter braucht das einheimische Gewohnheitsrecht so wenig wie Statuten zu kennen; geschweige denn ausländisches. Wenn er das Gewohnheitsrecht selber kennt, so hat er dasselbe unbedingt gleich dem Gesetz anzuwenden; und der Richter kann sich dabei auf seine eigene Sachkunde verlassen, ohne etwa unter allen Umständen Sachverständige heranziehen zu müssen.¹⁷⁾ Kennt er es nicht, so wird Ermittlung nöthig. Allein dabei geht das Gesetz von der Unterstellung aus, dass ein förmliches Beweisverfahren zu vermeiden ist. Zwar wird auch von den Parteien Beibringung von Nachweisen über die Existenz oder Nichtexistenz des Gewohnheitsrechts erwartet. Sie können solche von selbst herbeischaffen oder auch vom Gericht dazu aufgefordert werden. Aber in erster Linie gilt das Gericht für berechtigt und verpflichtet, von Amtswegen das Bestehen oder Nichtbestehen zu erforschen, sei es mit Benutzung der Nachweise der Parteien, sei es davon unabhängig oder über dieselben hinausgehend. In der Wahl der Mittel und Wege hat der Richter durchaus freie Hand. Mag sich die Ermittlung direkt auf die Existenz der Gewohnheit, oder auf die That-sachen richten, aus denen die Existenz geschlossen werden soll, stets hat der Richter nach seiner freien Ueberzeugung zu entscheiden, ob er die Gewohnheit als bestehend oder als nicht bestehend zu erkennen vermag.¹⁸⁾

Als Mittel der Erkenntniss dienen mündliche und schriftliche Zeugnisse allgemeiner Art, Parömien,¹⁹⁾ der Gerichtsgebrauch, der häufig sogar die eigentliche Grundlage der Gewohnheitsbildung ist, Erkenntnisse der Gerichte, welche mehr oder minder bestimmt die Existenz oder die Nichtexistenz des Gewohnheitsrechts bezeugen,²⁰⁾ offizielle Aufzeichnungen.²¹⁾ Auch die Bestätigung des Bestehens oder Nichtbestehens in der einschlagenden Literatur verdient je nach den Umständen Beachtung.²²⁾ Den allgemeinen Zeugnissen lassen sich diejenigen gegenüberstellen, welche sich auf den einzelnen Fall beziehen, seien es mündliche, seien es schriftliche, die dann, wenn sie Erfolg haben, ihre Wirkung leicht auch auf spätere Fälle erstrecken.²³⁾ Der Natur der Sache

¹⁵⁾ S. darüber die Citate bei Goldschmidt § 35, Not. 38—39.

¹⁶⁾ R.-Civ.-Proz.-Ord. § 265; vgl. Endemann Komm. zu ders. Bd. 2, S. 83.

¹⁷⁾ Dies spricht G.V.Ges. § 118 für die Handelssachenkammern der Landgerichte besonders aus.

¹⁸⁾ Das erhellt auch aus der C.P.O. § 265.

¹⁹⁾ Goldschmidt § 35, Not. 54.

²⁰⁾ Sicher kann auch eine Unterlassung als Fall der Uebung erscheinen; R.O.H.G. Bd. 12, S. 346.

²¹⁾ Goldschmidt Not. 49. Ein gesetzlich bestätigter Handelsgebrauch, s. R.O.H.G. Bd. 8, S. 264, ist nicht mehr bloß Gewohnheitsrecht.

²²⁾ Goldschmidt Not. 51—53 mit mehrfachen Beispielen, auch aus der Praxis des R.O.H.Gerichts.

²³⁾ Goldschmidt S. 57.

nach wird man sich wegen solcher Zeugnisse an Sachkundige wenden, Kaufleute, Mäkler, Rechtskundige u. s. w.,²⁴⁾ oft und vorzugsweise an Vorstände von Handelskammern oder sonstigen Handelskorporationen. Die Aeusserungen derselben über Handelsgebräuche heissen Pareres.²⁵⁾

Die Anwendung des richterlichen Eides zur Feststellung erscheint, wenn es zu einer Art von Beweisverfahren kommt, nicht gerade ausgeschlossen,²⁶⁾ obwohl das Prinzip der C.P.O. § 265 dazu kaum Raum übrig lässt. Von der Anwendung des zugeschobenen Eides kann nach § 265 nicht mehr die Rede sein.²⁷⁾

Bei der Beurtheilung der von ihm oder von den Parteien herbeigeschafften Zeugnisse hat der Richter lediglich seiner freien Ueberzeugung zu folgen. Dies gilt selbstverständlich auch gegenüber den eingeholten Pareres.²⁸⁾

E. Die Gewohnheit schafft ebenso gut Rechtssätze wie die Gesetzgebung; und zwar sowohl Rechtssätze von absolut zwingender, als auch solche von normativer²⁹⁾ Beschaffenheit. So wirkt das Gewohnheitsrecht theils das Gesetzesrecht ergänzend, indem es die von dem letzteren gelassenen Lücken ausfüllt, theils dasselbe verändernd oder aufhebend. In der ersteren Richtung ist die Wirksamkeit der Gewohnheit im Gebiete des Handelsrechts nicht minder, als in dem des bürgerlichen Rechts ausser Zweifel. Hingegen ist über die derogatorische Kraft der Gewohnheit gegenüber dem positiven Gesetz vielfach gestritten worden.

Indessen darf für das Bürgerliche Recht die Ansicht jetzt als die herrschende bezeichnet werden, dass die Gewohnheit das Gesetzesrecht auch zu modifiziren oder aufzuheben vermag; und zwar gebietendes Gesetzesrecht nicht minder als dispositives. Ausgeschlossen ist freilich die derogatorische Kraft, soweit das positive Gesetz dieselbe ausdrücklich oder der Natur der Sache nach verbietet. Letzteres ist namentlich insofern der Fall, als ein gemeinrechtliches Gesetz nach dessen zu unterstellenden Willen keine Aufhebung durch blos partikuläre oder lokale Gewohnheit duldet.³⁰⁾

Dies Alles gilt auch für das bürgerliche Recht insoweit, als es in Handels-sachen zur Anwendung kommt.

Anders steht es um das Verhältniss des Handelsgebrauchs in dem hier

²⁴⁾ Goldschmidt Not. 58—60 a.

²⁵⁾ Goldschmidt Not. 61—63; Endemann § 6, Not. 12; Thöl § 13, 2b.

²⁶⁾ Bei der Natur dieses Eides nach C.P.O. § 437; vgl. Endemann Komm. Bd. 2, S. 350.

²⁷⁾ Damit erledigt sich Goldschmidt Not. 64.

²⁸⁾ Goldschmidt § 35, Not. 65 ff. und § 36, Not. 11—13, Endemann H.R. § 6, Not. 13. Einer weiteren Ausführung bedarf es nicht mehr nach C.P.O. § 259 und die doktrinale Anleitung zu rechtlicher Würdigung bei Thöl § 13 nützt nicht. R.O.H.G. Bd. 16, S. 37.

²⁹⁾ Gleich den im H.G.Buch enthaltenen Normativbestimmungen; s. oben § 8 bei Not. 9.

³⁰⁾ S. über diese Sätze Savigny, Syst. B. 1, S. 194 ff. Windscheid § 18; Goldschmidt § 35, Not. 34 a, 35; Thöl § 11, Not. 8 ff.; über die Rechte, welche die derogierende Wirkung beschränken, s. Goldschmidt Not. 36, 37.

festzuhaltenden Sinn des Handelsgewohnheitsrechtes zu dem Handelsgesetzbuch bei Beurtheilung von Handelssachen. Art. 1 des H.G.Buchs bestimmt, dass in Handelssachen, soweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche zur Anwendung kommen. Damit ist einerseits die das H.G.Buch ergänzende Bedeutung der Handelsgewohnheit anerkannt,³¹⁾ andererseits jede abändernde oder aufhebende Wirkung der letzteren versagt. Weder können dem H.G.Buch zuwiderlaufende ältere Handelsgebräuche nach dessen Inkrafttreten fortbestehen, noch auch neue zuwiderlaufende in irgend einem Umfang sich bilden. Dass dies in Art. 1, wenn gleich nicht ausdrücklich gesagt, beabsichtigt und enthalten ist, wird durch seine Entstehungsgeschichte bestätigt. Man hat die Rechtseinheit des H.G.Buchs vor zersplitternden Handelsgebräuchen sichern zu müssen geglaubt.³²⁾ Diese Wirkung der Ausschliessung der Handelsgewohnheit haben auch die dispositiven Bestimmungen des Gesetzbuchs. Allein es erhellet, dass darum keineswegs thatsächlich der dispositiven Gesetzesvorschrift zuwider laufende Uebung ausgeschlossen ist. Nur ist letztere lediglich aus dem Gesichtspunkt der vom Gesetz zugelassenen abweichenden Willensäußerung aufzufassen, nicht als Grundlage einer derogatorischen Gewohnheit.³³⁾

II. Von dem Handelsgebrauch in dem bisher berührten Sinne wesentlich verschieden ist der **Geschäftsgebrauch**,³⁴⁾ der freilich häufig auch Handelsgebrauch oder *Üsanz*, *stylus mercatorum*, *usage* genannt wird.³⁵⁾ Darunter ist zu verstehen die Art, wie im Handel, sei es in engerem, sei es in weiterem Kreise, bei gewissen Rechtsakten oder Rechtsgeschäften verfahren wird. Dieser thatsächliche Geschäftsgebrauch kann auch zu der Handelsgewohnheit in Beziehung stehen. Möglich, dass er als Ausdruck einer bereits vollendeten oder einer sich bildenden Handelsgewohnheit erscheint. Namentlich sind ältere *Üsanz*en vielfach Handelsgebräuche im Sinne des Gewohnheitsrechts³⁶⁾ und noch heute sind Handelsgebrauch und Geschäftsgebrauch nicht immer leicht zu unterscheiden. Nichts desto weniger muss unterschieden werden, weil der Geschäftsgebrauch, der nicht ein gewohnheitsrechtlicher ist, d. h. nicht von der Ueberzeugung, dass so nach bestehendem Recht verfahren werden müsse, ein anderer ist, als der Geschäftsgebrauch von nur thatsächlicher Natur, der aus Zweckmässigkeitsgründen, Gefälligkeit oder unbewusst, aus Gewöhnung, *Convenienz*, aber nicht in der Ueberzeugung, dass es so das Recht erheischt, geübt wird.³⁷⁾

³¹⁾ Goldschmidt § 36, Not. 15. Der gewohnheitliche Rechtssatz gilt wie der gesetzliche, einerlei ob er dem Betheiligten bekannt ist oder nicht. R.O.H.G. Bd. 17, S. 497.

³²⁾ S. v. Hahn zu Art. 1, § 16—18; Anschütz-Völdernsdorff Bd. 1, S. 13; Endemann H.R. § 6, Not. 15; Goldschmidt § 36, Not. 16 ff.; Laband a. a. O. S. 466, 507 ff. — R.O.H.G. Bd. 6, S. 370; Bd. 11, S. 243.

³³⁾ Laband S. 489. Goldschmidt § 36, Not. 20; R.O.H.G. Bd. 6, S. 369.

³⁴⁾ S. Laband S. 467; auch über die Auffassungen der Gerichte.

³⁵⁾ S. über die Namen Goldschmidt § 35 z. A.; über die allmähliche Erkenntniss des Gegensatzes und dessen Anerkennung von Seiten des R.O.H.Gerichts, sowie den vergeblichen Versuch auch die Bezeichnungen auseinander zu halten, s. das. Not. 23 a.

³⁶⁾ Beispiele s. bei Goldschmidt Not. 25; Aufzeichnungen derselben Not. 11 ff.

³⁷⁾ Goldschmidt Not. 26, 28.

A. Der Geschäftsgebrauch oder Geschäftsstyl in diesem Sinne erzeugt keine Rechtssätze, dient aber als **Quelle**, aus der bei Stillschweigen der Wille der **Betheiligten**, sich nach der Üsanz zu richten, insbesondere zu vereinbaren, wie diese lautet,³⁸⁾ **erkannt**, oder die **Auslegung** der von ihnen abgegebenen Willenserklärungen oder der Vereinbarungen **gefunden wird**.³⁹⁾

B. Der **Umfang** eines Geschäftsgebrauchs kann sehr verschieden sein. Er entsteht möglicherweise und verdient Beachtung⁴⁰⁾ nur im Verkehr zwischen zwei Geschäftsleuten; aber er kann sich subjektiv auch auf weitere Kreise erstrecken, auf die gesammte Kundschaft eines Geschäfts, ja auf das gesammte Publikum, objektiv mehr oder minder umfassend auf einzelne, mehrere oder viele Geschäftsarten oder Geschäftszweige erstrecken, für den Verkehr nur an einem oder an mehreren Plätzen, vielleicht nur für den Markt, die Börse u. s. w. gelten. Je umfänglicher und bestimmter der Geschäftsgebrauch ist, desto schwieriger wird oft die Unterscheidung von der Handelsgewohnheit. Von jeher sind viele derartige Geschäftsgebräuche durch Aufzeichnung festgestellt worden.⁴¹⁾ Dies geschieht auch heute noch häufig.⁴²⁾ Und wenn dies geschieht, so sind diese Aufzeichnungen nicht Ausfluss der Autonomie, die gesetzgeberische Gewalt hätte, sondern nur Sammlungen von Normativbedingungen der Handelsgeschäfte;⁴³⁾ wobei freilich nicht zu vermeiden ist, dass nicht selten diese Üsanzenaufzeichnungen von autonomischen Bestimmungen kaufmännischer Kreise, Korporationen und von den Geschäftsbedingungen, z. B. der Versicherung, des Transports u. s. w., welche allgemein hin von grösseren Geschäftsunternehmungen, von einer jeden für sich, oder im Verein aufgestellt zu werden pflegen, schwer zu unterscheiden sind.

C. Der Geschäftsgebrauch muss **nöthigenfalls als bestehend nachgewiesen werden**. Als Nachweis werden vorzugsweise Aufzeichnungen, offizielle oder öffentliche Bekanntmachungen zu benutzen sein. Indessen sind auch irgend welche andere Beweismittel zu benutzen.⁴⁴⁾ Die Beurtheilung der Beweisfähigkeit unterliegt jedenfalls der freien richterlichen Würdigung.⁴⁵⁾ Ob Kenntniss

³⁸⁾ Laband S. 476.

³⁹⁾ R.O.H.G. Bd. 3, S. 3, u. weiter die lange Reihe von Beispielen aus den Entsch. des R.O.H.Gerichts bei Goldschmidt Not. 28b. Laband S. 477, Not. 19.

⁴⁰⁾ Zeugnisse des R.O.H.Gerichts dafür s. Goldschmidt Not. 28c; vgl. Laband S. 467 ff.

⁴¹⁾ Vgl. Goldschmidt § 35, Not. 7, 25.

⁴²⁾ Umfassende Sammlungen existiren nicht; aber viele wurden in Zeitschriften mitgetheilt, wie namentlich Börsen- und Platzüsanz für gewisse Branchen; z. B. Hamburger Bestimmungen über den Kaufmannskonvent Z. f. H.R. Bd. 15, S. 170. Leipziger Börsenordnung das. S. 516; ferner Ordnung der Berliner Fondsbörse Bd. 17, S. 625; Üsanz des Berliner Mehlhandels Bd. 18, S. 517, Sprithandels S. 521; Produktenbörse S. 525; des Danziger Getreidehandels Z. f. H.R. Bd. 19, S. 189; des Hamburger Baumwoll-, Tabak-, Theehandels das. S. 201, 203, 206; des Leipziger Spiritushandels das. S. 213; s. weiter das. S. 229, 509, 510, 514, 516; Bd. 20, S. 220, 244, 246; Bd. 21, S. 262, 269, 277, 499; Anl. zu Bd. 23, S. 285 ff.; Bd. 24, S. 525 ff.; Arch. Bd. 39, S. 186 u. a.

⁴³⁾ Laband S. 482.

⁴⁴⁾ Ueber vorsichtige Benutzung von Statuten, Schluss Scheinen u. dgl. s. Goldschmidt Not. 56.

⁴⁵⁾ C.P.O. § 259.

der Beteiligten von dem Geschäftsgebrauch speziell nachzuweisen nöthig erscheint, ist eine Frage für sich. Da der Geschäftsgebrauch nicht Rechtssatz ist, dem sie ohne Weiteres sich zu fügen haben, da vielmehr aus demselben nur auf den Willen derselben geschlossen werden soll, muss an sich, um das, was der Geschäftsgebrauch besagt, als gewollt erscheinen zu lassen, Kenntniss erheischt werden.⁴⁶⁾ Allein allerdings kann es vorkommen, dass sich auch dem unbekanntem Gebrauch unterworfen wird, indem ausdrücklich vereinbart oder auch stillschweigend als selbstverständlich betrachtet wird, dass nach dem bestehenden Geschäftsgebrauch verfahren werden soll, selbst wenn ihn der Betheiligte nicht speziell kennt. Es bedarf also sorgfältiger konkreter Untersuchung des einzelnen Falls, um sich zu vergewissern, ob mit Kenntniss des Geschäftsgebrauchs oder auch mit Unterwerfung unter den unbekanntem gehandelt worden ist; eine Frage, die sich ebensogut auf den Nichtkaufmann wie auf den Kaufmann bezieht.⁴⁷⁾

D. **Die Wirkung** des Geschäftsgebrauchs ist die, dass er als Bestandtheil der Willenserklärung zu berücksichtigen ist. Art. 279 des H.G.Buchs sagt ausdrücklich, dass bei Beurtheilung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Die Zusammenstellung mit den Gewohnheiten in dieser Vorschrift erklärt sich daraus, dass hier auch mit diesem Namen nicht das Handelsgewohnheitsrecht oder der Handelsgebrauch in dem unter I dargestellten Sinn, sondern im Zusammenhang mit dem Ausdruck „Gebräuche“ nur die Verkehrssitte, der Geschäftsgebrauch gemeint ist.⁴⁸⁾ Als Interpretationsmittel bei Willenserklärungen hat aber der Geschäftsgebrauch der Natur der Sache nach dem Gesetz gegenüber nur insoweit Effekt, als das Gesetz der Willenserklärung Freiheit lässt. Gegen absolute, gebietende oder verbotende Gesetzesbestimmungen kann der Geschäftsgebrauch nicht aufkommen; wohl aber erweist er sich wirksam gegenüber blos normativen oder dispositiven Bestimmungen, die eben dem freien Willen und folglich auch dem Willen, nach der Üsanz zu verfahren, Raum lassen,⁴⁹⁾ und vollends da, wo das positive Gesetz nichts verfügt.

§ 11.

4. Rechtsprechung und Wissenschaft.

I. **Die Praxis der Gerichte**, welche sich in deren Entscheidungen kundthut, erscheint nicht als unmittelbare Rechtsquelle in der Weise, dass sich von einem „Recht der Praxis“ reden liesse.¹⁾ Durch die einzelne gerichtliche Ent-

⁴⁶⁾ Laband S. 495 ff. Darin liegt wieder ein grosser Unterschied vom Gewohnheitsrecht, das anzuwenden ist, gleichviel ob es den Beteiligten bekannt war oder nicht.

⁴⁷⁾ Vgl. über diesen Punkt Laband S. 484, 492; Goldschmidt Not. 30a, 31, woselbst auch eine Menge von Beispielen aus der hiermit übereinstimmenden Praxis des R.O.H.Gerichts. S. auch v. Hahn zu Art. 279, Not. 4.

⁴⁸⁾ Vgl. v. Hahn zu Art. 279, § 2; R.O.H.G. Bd. 3, S. 1; Bd. 6, S. 370.

⁴⁹⁾ Laband S. 487; anerkannt vom R.O.H.G. Bd. 3, S. 1.

¹⁾ Thöl § 14.

scheidung wird ein Rechtssatz angewendet, aber Recht direkt nur für den einzelnen Fall unter den vermöge der Rechtskraft gebundenen Personen gemacht. Selbst wenn eine gleichmässige Auslegung und Uebung des bestehenden positiven oder gewohnheitlichen Rechts in einer Vielheit von Urtheilen sich bethätigt, ja selbst wenn die Uebung eine durchweg konstante ist, erzeugt sie keineswegs dem Gesetze gleich verbindliche Normen. Ebenso wenig schafft sie solche da, wo sie nicht aus bestehendem Recht, sondern aus der Analogie oder der Natur der Sache schöpft. Indessen kann die Praxis, wenn sie gleichmässig ist, ²⁾ unbestreitbar wichtig werden als Zeugniß, als mitwirkendes, oder wesentliches Element, vielleicht sogar, zumal nach heutigen Verhältnissen, als alleinige Grundlage der Bildung eines Gewohnheitsrechtes. ³⁾

Im Uebrigen ruht die Bedeutung der Praxis, vornehmlich wenn deren Uebung getragen ist von wissenschaftlicher Einsicht und Wahrheit, in der natürlichen Autorität, welche ihren Ansprüchen zukommt. Eine formelle Bindung an vorangegangene gerichtliche Entscheidungen gibt es nicht einmal für die Untergerichte gegenüber den Präjudizien der höheren und namentlich des höchsten Gerichtshofs. ⁴⁾ Ja nicht einmal der Entscheidung höherer Instanz in derselben Sache ist das niedere Gericht in Bezug auf die Rechtsauffassung formellen Gehorsam schuldig; mit der einzigen Ausnahme, die in gewissem Maasse bei Revisionsurtheilen eintritt. ⁵⁾ Geschweige denn, dass abgesehen von solcher Unterordnung für die Gerichte und für Jedermann irgend welche Präjudizien schlechthin als bindende Normen gelten könnten. Dies ist so wenig der Fall, dass selbst die verbreitetste oder geradezu allgemeine Meinung der Gerichte sowenig wie die der Theoretiker die Prüfung ihrer Richtigkeit ausschliesst oder überflüssig macht. Mit gutem Grunde lässt man es bei dem berechtigten Einfluss bewenden, den die Rechtssprüche durch ihre innere Güte und Ueberzeugungsfähigkeit gewinnen.

Dass ein solcher Einfluss in erster Linie dem höchsten Gerichtshof nicht mangelt, wenn dieser seinen Beruf erfüllt, hat in Handelssachen die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts zur Genüge bestätigt und wird die des nunmehrigen Reichsgerichts auch künftig, wie man erwarten darf, bestätigen. Dies ist gerade darum zu wünschen, weil das Reichsgericht als höchste Instanz hauptsächlich zu dem Zweck eingesetzt worden ist, die Einheit des Rechts zu wahren und zu fördern. ⁶⁾

²⁾ Dass sie das sein müsse, nach dem Satz: „was dem Einen recht, ist dem Andern billig“, erscheint sehr wünschenswerth. Eine Rechtsregel daraus zu machen, ist vergebliches Bemühen; s. Thöl a. a. O.

³⁾ S. auch oben § 10, Not. 20.

⁴⁾ Nach manchen Partikulargesetzen war das früher der Fall; s. Goldschmidt § 34, Not. 8. Nach dem Reichsgesetze, der G. Verfassung und der C.P.O., ist davon keine Rede mehr.

⁵⁾ R.C.P.O. § 528; Endemann, Komm. Bd. 2, S. 480.

⁶⁾ Ueber die Sammlungen und Mittheilungen der gerichtlichen Entscheidungen s. § 12, V u. VI.

II. Die Wissenschaft ⁷⁾ durchdringt und erklärt zunächst das bestehende Recht, wirkt auf diese Weise für dessen Erkenntniss und trägt dadurch zur Weiterentwicklung bei. Aber sie findet auch neue Rechtssätze, theils im Wege der Analogie, theils aus freier Beobachtung der Erscheinungen des Lebens und Erkenntniss des Wesens derselben. Ihre Aufgabe besteht darin, die rechte Anwendung des bestehenden Rechts zu sichern, dasselbe kritisch zu erläutern, sowie auf die Ergänzung der Lücken hinzuwirken, die das geschriebene und ungeschriebene Recht aufweist.

Die Rechtssätze, welche die Wissenschaft findet, haben ebensowenig wie die Präjudizien der Rechtspflege formell verbindliche Kraft. Formelle Verbindlichkeit können sie erst dadurch erlangen, dass sie durch Gesetz oder Gewohnheit bestätigt werden. Allein dass sie materiell Einfluss auf die Rechtsbildung zu äussern vermögen, lässt sich nicht leugnen. Der Einfluss wird naturgemäss desto grösser sein, je mehr es die wissenschaftliche Theorie, zumal die des Handelsrechts, versteht sich bei vollem Verständniss des Verkehrslebens und der in demselben herrschenden Auffassungen zu erhalten, und je mehr sie ihr Ziel nicht darein setzt, die realen Erscheinungen um jeden Preis in die hergebrachten schematistischen Formeln und Rubriken zu zwingen, sondern sich bemüht, überall das wirkliche Wesen der Sache darzulegen und diesem die juristische Konstruktion anzupassen.

Ausserlich tritt die Wissenschaft in Erscheinung durch die Literatur.

§ 12.

B. Die Literatur des heutigen Deutschen Handelsrechts.

Seit dem Erlass des H.G.Buchs ¹⁾ hat sich die Literatur des Handelsrechts besonders reichhaltig entwickelt. Es existiren zunächst:

I. Werke, welche das gesammte Handelsrecht systematisch darstellen. So:

- 1) E. M. A. Gad, Handbuch des allg. D. Handelsrechts. Theil 1 engeres Handelsrecht 1863; 2) W. Auerbach, das neue Handelsgesetz syst. dargestellt, Abth. 1 1863, Abth. 2 1865; 3) Goldschmidt, Handbuch des H.Rechts Bd. 1 Abth. 1. (geschichtlich-lit. Einleitung und Grundlehren) in 2. Auflage 1875; Abth. 2 (Waare) in 1. Aufl. 1868; 4) Thöl, das Handelsrecht 6. Aufl. 1879; 5) Endemann, das deutsche Handelsrecht syst. dargestellt, 3. Aufl. 1876.

⁷⁾ Vgl. dazu Thöl § 15; Goldschmidt § 34, Not. 1—7; Endemann H.R. § 6, III.

¹⁾ Die vor demselben liegende Literatur s. in § 5.

Uebersichten der neueren Lit. s. bei Wengler vgl. unten II, No. 8; sodann Fr. Scheffer u. C. Gross, Repertorium zum H.G.B. 1867; Grünwald, Repertorium 1871; Laband, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 12, S. 20 ff; Katalog der Kommerzbibliothek zu Hamburg; Goldschmidt, Hdb. § 23a; Thöl § 24; Endemann § 10. u. Voigtel, Uebersicht d. Lit. des D. Handelsrechts seit Einführung des H.G.Buchs 1876. — Besprechungen u. Anzeigen vieler Werke im Einzelnen s. in der Z. f. H.R., in Busch's Archiv u. der krit. Vierteljahrsschrift v. Pözl.

Populäre Darstellungen sind 1) **O. Wächter**, das Handelsrecht nach dem A. D. H.G.Buch und den Einführungsgesetzen. 2 Theile 1865. 1866; 2) **O. Hahn**, das Handelsrecht nach dem A. D. H.G.Buch 1870; 3) **F. Dahn**, Handelsrechtliche Vorträge, 1875.

Ein **kurzes Lehrbuch** hat geliefert **Gareis**, das Deutsche Handelsrecht 1880.

Grundrisse enthalten: 1) **Kraut**, Grundriss zu Vorlesungen über das D. Privatrecht mit Einschluss des Lehn- und Handelsrechts, 5. Aufl. 1872; 2) **Gareis**, Grundriss zu Vorlesungen über das bürgerliche Recht 1877.

Als **encyclopädische Darstellung** kann erwähnt werden **Endemann**, in Holtzendorffs Encyclopädie 3. Aufl. 1876 S. 515 ff.

Ausserdem finden sich mehr oder minder umfassende systematische Bearbeitungen des Handelsrechts in einer Reihe von Werken des **Deutschen Privatrechts**. Es sind hier zu nennen: 1) **Hillebrand**, Lehrbuch des gem. D. Privatrechts mit Einschluss des Handels- und Lehnrechts 2. Aufl. 1864; 2) **v. Gerber**, System des D. Privatrechts 13. Aufl. 1878; 3) **Bluntschli**, D. Privatrecht, 3. Aufl. herausgegeben von F. Dahn 1864; 4) **Beseler**, System des gem. D. Privatrechts 3. Aufl. 1873.

Berücksichtigt, wenn auch nicht als besonderer Theil aufgenommen, wird das Handelsrecht von 1) **Windscheid**, Lehrbuch des Produktenrechts, 5. Aufl. 1880; 2) **Stobbe**, Handbuch des deutschen Privatrechts, bis jetzt 3 Bde. 1871—1878; 3) **Förster**, Theorie und Praxis des heutigen gem. Preuss. Privatrechts, 4 Bde. 1865—1873; 4) **Dernburg**, Lehrbuch des Preuss. Privatrechts. 2 Bde. 1871, Bd. 1 in 2. Aufl. 1879; 5) **Roth**, Bayer. Civilrecht 3 Bde. 1870; 6) **Siebenhaar**, Lehrbuch des Sächs. Privatrechts 1872; 7) **Bühlau**, Mecklenburgisches Landrecht, 2 Bde. 1871.

Eine Vergleichung mit dem französischen Recht versucht **Bierer**, das deutsche H.Recht mit dem Seerecht und vergleichender Darstellung des französischen Rechts 2. Aufl. 1874.

II. Kommentare, welche das H.G.Buch erläutern, sind in grosser Zahl erschienen.

Als die bedeutendsten sind für das Handelsrecht im engeren Sinn, mit Ausschluss des Seerechts, zu nennen: 1) **von Hahn**, Kommentar zum H.G.Buch, 1. Aufl. 2 Bde. 1862—1867; 2. Aufl. Bd. 1 und Bd. 2 bis Art. 347 1871—1876, 3. Aufl. Bd. 1. 1877; 2) **Anschütz und von Völderndorff**, Kommentar zum H.G.Buch, 3 Bde. 1867—1873; 3) **Puchelt**, Kommentar zum H.G.Buch mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des R.O.H.Gerichts, 2. Aufl. 1876; 4) **Makower**, des A. D. H.G.Buch mit Kommentar herausgegeben, das Seerecht mit umfassend; 8. Aufl. 1880; 5) **C. F. Koch**, das A. D. H.G.Buch herausgegeben mit Kommentar und Anmerkungen, in dessen Allg. Landrecht für die Preuss. Staaten, Thl. 2 Bd. 1 Abth. 1, 4. Aufl. 1871.

Kürzere Erläuterungen und Anmerkungen liefern: 6) **Brix**, das A. D. H.G.Buch vom Standpunkte der Oesterr. Gesetzgebung erläutert 1864; 7) **Blodig**, die vier ersten Bücher des A. D. H.G.Buchs, revidirt auf Grund des Oesterr. Einf.-Gesetzes 1865; 8) **Wengler**, das allg. D. H.G.Buch 1867 unter Berücksichtigung

namentlich der Präjudizien des R.O.H.Gerichts; 9) **Keyssner**, das A. D. H.G.Buch nach Rechtssprechung und Wissenschaft 1878, ohne das Seerecht; 10) **Litthauer**, das A. D. H.G.Buch nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen, ausschliesslich des Seerechts, 4. Aufl. 1879; 11) **Kowalzig**, das A. D. H.G.Buch mit Ausschluss des Seerechts erläutert, 2. Aufl. 1879; 12) **Basch**, Codex des Handelsrechts 1879.

Ausserdem existirt noch eine ganze Reihe von **Textausgaben mit Anmerkungen**, Sachregister und dergl., zum Theil für den Handelsstand oder hauptsächlich für den partikularen Gebrauch bestimmt, die übergangen werden können.

III. Die **Monographien** über einzelne handelsrechtliche Materien sind in diesem Werk an den betreffenden Stellen anzuführen. Sammlungen von Abhandlungen enthalten die unter VI benannten Zeitschriften.

IV. **Sammlungen der Rechtsquellen** bieten ausser den Gesetzblättern und sonstigen offiziellen Publikationen theilweise gleichfalls die unten aufgeführten Zeitschriften dar. Der Mittheilung von Quellenmaterial vorzugsweise mit gewidmet ist: 1) das **Preussische Handelsarchiv**, seit 1847; 2) das **Bremer Handelsblatt**, seit 1852; 3) die **Austria** für Oesterreich, seit 1852.

Ueber die **Sammlungen von Usanzen** s. oben § 10, Not. 41. 42.

Ueber **Sammlungen des Handels- und Schiffahrts-**, sowie sonstiger für den Handel erheblicher Staatsverträge s. **Goldschmidt** § 23a V a. E.

Sammlungen von kaufmännischen Gutachten, die aber fast sämmtlich vor dem H.G.Buch liegen s. **Goldschmidt** § 23a VII und **Thöl** § 24, VI.

V. Die **Rechtssprüche** sind seit der Existenz des H.G.Buchs²⁾ vielfach mitgetheilt in den unter VI zu erwähnenden Zeitschriften. Zugleich gibt es aber viele Sammlungen, die nur für die Aufnahme von Entscheidungen der Gerichte bestimmt sind; und zwar:

A. **Sammlungen der partikularen Praxis**. Dahin gehören namentlich 1) die **Sammlung der Entscheidungen des O.App. Gerichts zu Lübeck** in Hamburgischen, Frankfurter, Bremischen und Lübecker Rechtssachen bis 1865.³⁾ Dann seit 1865 **Sammlung der Entscheidungen des O.-App.Gerichts der vier freien Städte zu Lübeck**, herausgegeben von **Kierulff**, bis 1874 7 Bde. 2) **Archiv für Rechtsfälle**, die zur Entscheidung des **Preuss. Obertribunals** gelangt sind, herausgegeben von **Striethorst**, bis 1879; und **civilrechtliche Entscheidungen des O.App. Gerichts zu Berlin** (vor seiner Vereinigung mit dem Obertribunal) herausgegeben von **Fenner und Mecke**; 3) für **Bayern Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen**, herausgegeben von **Völderndorff** 2 Bde. 1865. 1867; dann **wichtiger Entscheidungen des Bayer. Handelsapp. Gerichts**, 3 Bde. 1868—1870, endlich von **Entscheidungen des obersten Gerichtshofs in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts**, 2 Bde. 1873, 1874; 4) **Annalen des K. Sächsischen O.App.Gerichts zu Dresden**, seit 1859 und **Wochenblatt**

²⁾ Ueber die früheren s. **Goldschmidt** § 23a. VI, 1. u. **Thöl** § 24, V.

³⁾ Genaue Angabe der Titel s. **Goldschmidt** § 23a VI, 3a.

für merkwürdige Rechtsfälle; 5) Entscheidungen des **O.App.Gerichts zu Rostock**, herausgegeben von **Buchta und Budde**, seit 1854; 6) **Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der K. Preuss. Rheinprovinzen**, seit 1819; 7) Sammlung von **civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Oesterr. obersten Gerichtshofs**, seit 1853.

Eine kurze Zusammenstellung der Präjudizien liefert das **Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte der Deutschen Staaten**, herausgegeben von **Seuffert**, später von **Preusser**, seit 1847. Die Sammlung insbesondere in Handels-, See- und Wechselrechtssachen von **Kletke** reicht nur bis Ende 1858.

B. Weitaus am wichtigsten sind jedoch seit der Einsetzung dieses Gerichtshofes geworden die **Entscheidungen des Bundes-, später Reichs-Oberhandelsgerichts** herausgegeben von Mitgliedern desselben 1871—1879 24 Bände. Für die Zeit von 1871—1873 wurden die Entscheidungen auch noch mitgetheilt in zwei anderen Sammlungen, 1) **Rechtssprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts**, herausgegeben von **Stegmann**, und 2) **Wochenschrift für Deutsches Handels- und Wechselrecht nach den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts**, herausgegeben von **Calm**. Ausserdem haben jene Entscheidungen Aufnahme in viele Zeitschriften und Zeitungen erfahren.

Kürzere **Zusammenstellungen** aus der vorerwähnten offiziellen Ausgabe, zu welchen deren Umfang Anlass gab, sind 1) **Calm**, **Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des R.O.H.Gerichts**, seit dem Bd. 2 fortgeführt von **Horch**, 3 Bde; 2) theilweise auch **Gross**, die **Erkenntnisse des R.O.H.Gerichts nach den Artikeln des H.G.Buchs und der W.O.** systematisch zusammengestellt 1872; 3) in **Behrends Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung und Rechtspflege** Bd. 6. 7. Vgl. übrigens auch die oben unter II, 8—11 angeführten Kommentare oder Annotationen des **H.G.Buchs**.

Als weitere Ergänzung der Mittheilungen aus der Praxis will dienen **Grünwald**, **Rechtsgrundsätze der Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe mit Ausnahme des R.O.H.Gerichts**, seit 1877.

Seit dem 1. Oktober 1879 kommen an erster Stelle in Betracht die **Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen**, herausgegeben von den Mitgliedern von 1880 ab, deren erste Abtheilung „**Reichsrecht**“ die handelsrechtlichen Erkenntnisse bringt. Eine andere Sammlung derselben ist von **Blum und Braun** begonnen worden.

VI. Von **Zeitschriften**, in denen sich Abhandlungen, Quellen und Entscheidungen finden, sind zu erwähnen: 1) **Neues Archiv für Handelsrecht**, herausgegeben von **Voigt und Heinichen**, das aber nur während der Zeit von 1858—1863 erschienen ist; 2) **Archiv für deutsches Wechselrecht**, herausgegeben von **Siebenhaar und Tauchnitz**, 6 Bde., dann als **Archiv für Deutsches Wechsel- und Handelsrecht** von Bd. 10 bis 18 nur von **Siebenhaar** fortgesetzt, 1861—1869; dann neue Folge, redigirt von **Barnewitz** 4 Bde. 1870—1873; 3) **Centralorgan für den Deutschen Handelsstand** von **G. Löhr**, 3 Bde., 1862—1864; später **Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht** Bd. 1—5 von **G. Löhr**, Bd. 6—9 von **Hartmann** herausgegeben 1865—1873; dann eingegangen.

Zur Zeit bestehen noch 4) **Archiv für Theorie und Praxis des allg.**

Deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von Busch, Bd. 1—25, 1862—1872 mit vollständigem Register zu Bd. 1—15 und Bd. 16—25, 1869. 1872; dann neue Folge, seit 1872—1878 Bd. 26—37 mit Register, weiter Bd. 38—40. 5) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt, von Bd. 8 an von Goldschmidt und Laband, von Bd. 12 an unter Mitwirkung von Malsz, nach Ausscheiden des letzteren Bd. 19 nur von Goldschmidt und Laband, Bd. 20 unter Hinzutritt von Sachs, Bd. 21. 22 unter weiterem Hinzutritt v. Hahn's, Bd. 23. 24, unter weiterem Hinzutritt Keyssner's redigirt, zusammen bis jetzt 24 Bde., mit Register zu Bd. 1—10 und zu Bd. 11—15, sammt mehreren Beilageheften.

Zeitschriften für spezielle Fächer, Versicherung, Eisenbahnwesen u. s. w. sind hier nicht aufzuzählen.

C. Gegenstand und Umfang des Handelsrechts.

§ 13.

1. Grundbegriffe.

Wenn das Handelsrecht von dem allgemeinen bürgerlichen Recht abge sondert sein soll, bedarf es einer Bestimmung seiner Kompetenz; gerade wie die sachliche Kompetenz getrennter Handelsgerichte gegenüber den sonstigen Gerichten bestimmt werden muss. Seit ein eigenes Handelsrecht sich zu bilden begonnen hat, sind zwei Momente, ein subjektives und ein objektives, für die Ausmessung der Zuständigkeit entscheidend erschienen. Nach der historischen Entwicklung derselben lag es ursprünglich nahe, hauptsächlich auf das subjektive Moment Gewicht zu legen, die Anwendung des Handelsrechts von der Kaufmannsqualität abhängig zu machen. In erster Linie war das Handelsrecht Ständesrecht der Kaufleute, solange ein förmlicher Kaufmannsstand existirte. Indessen mischte sich stets, wenn auch in geringerem Maasse, die Rücksicht auf die objektive Beschaffenheit des Geschäftsverkehrs und seiner Geschäfte mit ein. Gegen die Neuzeit ging die standesmässige Abgeschlossenheit der Kaufleute immer mehr verloren. Das rein oder vorwiegend subjektive System der Zuständigkeit wurde mithin unhaltbar. Naturgemäss wandte sich die neuere Gesetzgebung immer mehr dem objektiven System, der Bestimmung der Zuständigkeit nach dem Wesen des Handelsgeschäfts zu; freilich ohne das subjektive Moment der Kaufmannsqualität ganz aufzugeben.¹⁾

Dieses gemischte System hat auch das H.G.Buch angenommen. Nach mancherlei Schwankungen²⁾ entschied man sich dafür, dass die Zuständigkeit im Wesentlichen nach dem objektiven Begriff des Handelsgeschäfts zu bestimmen

¹⁾ S. die Nachweise bei Goldschmidt § 42, Not. 14—17. — So auch nach dem Cod. de comm. s. das. Not. 15, der jedoch in Art. 631 ff. die Handelsgeschäfte nur um der Kompetenz der Handelsgerichte willen definiert. Französ. Rechtssprüche über Handelsgeschäft u. Handelssache theilt mit Dreyer, Z. f. H.R. Bd. 21, S. 284; Bd. 24, S. 578.

²⁾ Goldschmidt § 42 nach Not. 17a.

sei.³⁾ An die Spitze stellte man vier Kategorien von Geschäften, die unter allen Umständen Handelsgeschäfte sind, und fünf Kategorien, die bei gewerbemässiger Uebung als Handelsgeschäfte erscheinen. Spricht hiernach, da die gewerbemässige Uebung von Handelsgeschäften nach Art. 4 die Kaufmannseigenschaft begründet, schon bei der Definition der sog. Grundgeschäfte des Handels⁴⁾ auch das subjektive Moment mit, so ist dies noch mehr der Fall bei den Bestimmungen, die sich in den Art. 273. 274 anschliessen.

Der Begriff des Kaufmanns, auf den es hiernach mitankommt, ist unten zu entwickeln.⁵⁾ Die vorliegende Darstellung hat, den Kaufmannsbegriff als gegeben voraussetzend, die einzelnen Arten der Handelsgeschäfte, welche den Gegenstand des Handelsrechts, insbesondere der Rechtsvorschriften des H.G.Buchs bilden, näher zu betrachten. Das System derselben ergibt sich aus den nachfolgenden §§ 14—16.⁶⁾

Eine allgemeinere Unterscheidung, die vorher zu erledigen ist, besteht zwischen einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften.⁷⁾

Insofern die Qualität eines Geschäftes als Handelsgeschäft von gewissen Merkmalen abhängt, ist es möglich, dass diese bei jedem von beiden, oder nur bei einem der Kontrahenten zutreffen. Darnach redet man von zwei- und einseitigen Handelsgeschäften. Namentlich macht sich die Unterscheidung da geltend, wo die Handelsgeschäftsqualität von dem Gewerbebetrieb oder der Kaufmannseigenschaft abhängt. Indessen können auch bei absoluten Handelsgeschäften die objektiven Merkmale möglicherweise nur bei dem einen Kontrahenten zutreffen.

Früher, als das subjektive System für die Kompetenz des Handelsrechts im Vordergrund stand, war man geneigt einseitige Handelsgeschäfte auf der Seite des einen Kontrahenten, der Kaufmann war, nach Handelsrecht, auf der Seite des anderen nach dem sonstigen Civilrecht zu beurtheilen. Allein, je mehr das objektive System herrschend wurde, desto mehr erschien eine einheitliche Beurtheilung auch der einseitigen Handelsgeschäfte, und zwar nach Handelsrecht, angemessen. Diese Richtung hat auch das H.G.Buch eingeschlagen, indem es den Art. 277 aufnahm.⁸⁾

³⁾ Dagegen streitet Thöl § 25.

⁴⁾ Thöl § 34, Nr. 1; Keyssner zu Art. 271, Nr. 1.

⁵⁾ In Buch 1, Abschn. 1. Namentlich auch im Verhältniss zum Begriff des Handwerks und Kleinbetriebes; vgl. oben § 2, Nr. 6.

⁶⁾ Die Anregung eines Streites um die Nomenklatur, die Thöl § 32 gibt, kann dahingestellt bleiben.

⁷⁾ Goldschmidt § 45; Thöl § 36 (der auch diese Nomenklatur ohne Noth bemängelt); Endemann § 5, Not. 35 ff.

⁸⁾ Wie bes. die Wiederveräusserungsabsicht des Art. 271, No. 1. s. v. Hahn, Vorbemerk. zu Buch 4 Tit. 1, Abschn. 1, § 4.

⁹⁾ S. über dessen Entstehungsgeschichte Goldschmidt Not. 4. Dasselbst auch Einiges über die Auffassung fremder Rechte. — Zur Erläuterung s. v. Hahn u. Anschütz-Völderndorff zu Art. 277.

Darnach finden die Bestimmungen des vierten Buchs über die Handelsgeschäfte gleichmässig auf beide Kontrahenten Anwendung, auch wenn das Geschäft nur auf Seiten des einen Handelsgeschäfts ist. Insoweit wird also die einheitliche Beurtheilung der einseitigen Handelsgeschäfte nach Handelsrecht gesichert.¹⁰⁾ Allein die Bestimmung bezieht sich nur auf die Anwendung des vierten Buchs.¹¹⁾ Ausserdem findet sich die Beschränkung hinzugefügt: „sofern nicht aus diesen Bestimmungen (des vierten Buchs) sich ergibt, dass ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist.“

Demnach gibt es in dem vierten Buche Bestimmungen von verschiedener Anwendbarkeit;¹²⁾ nemlich 1) solche, die nur für die aus objektiven oder subjektiven Gründen zweiseitige Handelsgeschäfte gelten,¹³⁾ und 2) solche die auch für einseitige Handelsgeschäfte, und zwar bei diesen entweder a) für beide Kontrahenten, oder b) bloss für denjenigen, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist,¹⁴⁾ oder nur unter der Bedingung, dass ein Kaufmann das Geschäft vorgenommen hat,¹⁵⁾ Anwendung leiden.

Da es die Vorschrift und die Beschränkung des Art. 277 nur mit den Bestimmungen des vierten Buches zu thun hat, ist nichts entschieden über die Anwendbarkeit anderer handelsrechtlicher Gesetze oder Gewohnheitsrechte auf einseitige Handelsgeschäfte.¹⁶⁾ Wie es damit beschaffen, bleibt je nach dem Wesen des Gesetzes oder des Gewohnheitsrechts besonders zu untersuchen.

Art. 277 gilt ferner nur für die Beurtheilung von Handelsgeschäften. Nur auf Handelsgeschäfte bezieht sich auch die beigefügte Beschränkung, die also keineswegs auf die für Handelssachen im weiteren Sinn bestehenden Bestimmungen mitbezogen werden kann.¹⁷⁾

Endlich muss hervorgehoben werden, dass Art. 277 lediglich von materiell-rechtlicher Bedeutung ist. Die prozessualische Behandlung einseitiger Handelsgeschäfte oder Handelssachen erscheint als eine völlig getrennte Frage¹⁸⁾ der Prozessgesetzgebung. Es fragt sich, ob handelsrechtliche Streitigkeiten auch dann der Handelsgerichtsbarkeit unterworfen sein sollen, wenn deren Gegenstand nur für die eine Partei Handelssache, oder wenn nur die eine Partei Kaufmann ist. Die

¹⁰⁾ Ohne dass dadurch das einseitige Handelsgeschäft zum zweiseitigen gemacht würde. R.O.H.G. Bd. 13, S. 108.

¹¹⁾ Ueber die Gründe s. Goldschmidt a. a. O. S. 501.

¹²⁾ Goldschmidt Not. 5 ff., Thöl Not. 5 ff.

¹³⁾ So die Art. 289. 291. 309—312. 313—316; Thöl Not. 11. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 493; Bd. 11, S. 142; Bd. 12, S. 72.

¹⁴⁾ So Art. 280. 281. 282. 288. 292. Abs. 2. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 57. Nr. 85; Bd. 11, S. 57. 242; Bd. 12, S. 90. Dass die Art. 274. 286. 317 nicht dazu gehören s. Goldschmidt Not. 8; noch weniger Art. 347; s. Arch. Bd. 34, S. 314.

¹⁵⁾ Art. 290. 292. Abs. 2. Art. 297. 300. 301. 302. 306. 323. 378. 388. 420; vgl. auch Art. 272, Abs. 2.

¹⁶⁾ Vgl. dazu Laband, Z. f. H.R. Bd. 17, S. 498.

¹⁷⁾ Maassen, Arch. Bd. 2, S. 253; Goldschmidt Not. 9.

¹⁸⁾ R.O.H.G. Bd. 13, S. 108; Bd. 15, S. 390.

Beantwortung der Frage lautet nach den seitherigen einheimischen und den fremden Rechten verschieden.¹⁹⁾ Nach dem jetzt bestehenden deutschen Recht²⁰⁾ wird zur Begründung der Zuständigkeit der landgerichtlichen Handelssachenkammer vorausgesetzt, dass die Klage sich gegen einen Kaufmann richtet und aus einem Geschäfte entspringt, das für beide Kontrahenten Handelsgeschäft nach Maassgabe der Art. 271—276 des H.G.Buchs ist. Die materiellrechtliche und die prozessrechtliche Behandlung der einseitigen Handelsgeschäfte erweist sich daher keineswegs kongruent.²¹⁾ Für die weiteren Rubriken des § 101 des G.V.Gesetzes kommt diese Voraussetzung nicht in Betracht.

2. Die Handelsgeschäfte.

§ 14.

a. Die absoluten Handelsgeschäfte.

Absolute Handelsgeschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche unter allen Umständen, auch wenn sie nicht gewerbemässig, sondern nur vereinzelt, sei es von einem Kaufmann oder von einem Nichtkaufmann geübt werden, den Charakter von Handelsgeschäften haben. Dieselben werden in Art. 271 des H.G.Buchs vollständig aufgezählt. Eine Ausdehnung der Rubriken im Wege der Analogie erscheint unzulässig.¹⁾

Da von der Kaufmannseigenschaft dessen, der das Geschäft macht, nichts abhängt, behalten diese Geschäfte ihren Charakter auch dann, wenn sie von einem Händler geringen Gewerbetriebs oder einem Handwerker vorgenommen werden. Die Beschränkungen, welche in dieser Hinsicht Art. 272, Nr. 1. 3. 5 und Art. 273 setzen, greifen bei den Geschäften des Art. 271 nicht Platz. Noch weniger hört das Geschäft darum auf Handelsgeschäft zu sein, weil es von einem Höker, Trödler, Wirth oder einem anderen der in Art. 10 bezeichneten Personen ausgeht. Denn Art. 10 enthält überhaupt keine Beschränkung, welche sich auf die Geschäfte der betreffenden Personenklassen bezieht.

Gewerbemässigkeit der Uebung ist keine nothwendige Voraussetzung. Allein die absoluten Handelsgeschäfte werden insofern zugleich kaufmännische Grundgeschäfte, als deren gewerbemässige Uebung nach Art. 4 jedenfalls die Kaufmannseigenschaft begründet.²⁾

Als innerer Grund der Handelsgeschäftsnatur der in Art. 271 aufgezählten Geschäfte wird gern angeführt, dass denselben Spekulationsabsicht zu Grunde liegt. In der That lässt sich unterstellen, dass sie regelmässig der Absicht,

¹⁹⁾ Goldschmidt Not. 10.

²⁰⁾ G.V.Ges. § 101, Nr. 1.

²¹⁾ Endemann Civ.-Proz.-Recht, Bd. 1, S. 105. Not. 16.

¹⁾ Anders denkt ein Theil der französischen Schriftsteller über die Kompetenzrubriken (s. § 13, Not. 2.) des Code de comm. Goldschmidt § 42, Not. 26 a. E.

²⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, Not. 1.

Gewinn zu machen, ihre Entstehung verdanken. Allein Art. 271, macht nirgends unmittelbar die Gewinn- oder Spekulationsabsicht zur rechtlichen Voraussetzung. Die Voraussetzungen einer bestimmten Absicht in Nr. 1 und eines bestimmten thatsächlichen Umstandes in Nr. 2 ist keineswegs identisch mit dem Erforderniss der Spekulationsabsicht. Man kann daher wohl, um einen geeigneten Gesamtnamen aufzustellen, die Geschäfte des Art. 271 Spekulationsgeschäfte nennen, hat aber keinen Grund in deren Definition als nothwendiges Merkmal jene Absicht hineinzutragen.³⁾

Alle die Geschäfte des Art. 271 sind ihrer Begriffsbestimmung nach Handelsgeschäfte des einen Kontrahenten, also einseitige Handelsgeschäfte.⁴⁾

Nach Art. 271 gelten in diesem Sinne unter allen Umständen als Handelsgeschäfte:

I. Der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren, und anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen.

In fremden Rechten wird häufig nur der Kauf erwähnt.⁵⁾ Bei Berathung des H.G.Buchs⁶⁾ hat man sich nach manchem Schwanken für eine weitere Fassung entschieden.⁷⁾

A. Die Bezeichnung „der Kauf oder die anderweite Anschaffung“ weist

1. darauf hin, dass begrifflich ausgeschlossen ist der Erwerb, der überhaupt nicht durch Rechtsgeschäft erfolgt; also der Erwerb durch Occupation, Finden oder Erbeutung,⁸⁾ der Erwerb durch Erbschaft, ferner der Erwerb durch Spiel oder Wette, die keine rechtlich anerkannten Geschäfte sind^{8a)}, oder der Erwerb durch eine Handlung, die sich als Delikt des Erwerbers darstellt.⁹⁾ Solcher Erwerb ist weder selber eine Anschaffung, die unter Art. 271, Nr. 1 fielen, noch auch kann er als Basis dienen, um nach Art. 271, No. 2 die Uebernahme einer Lieferung oder die gewerbliche Weiteräußerung der solchergestalt erworbenen Dinge auf Grund des Art. 273, Abs. 2 als Handelsgeschäft erscheinen zu lassen.

³⁾ Vgl. Thöl § 23. — S. im Weiteren unten I C. u. § 16, II B.

⁴⁾ S. daher oben § 13, Not. 7 ff.

⁵⁾ So namentlich im Cod. de comm. Art. 632, dem, mit einzelnen Modifikationen, viele Gesetzbücher — s. Goldschmidt § 47, Not. 1 — nachfolgen.

⁶⁾ Goldschmidt das. Not. 2 theilt die verschiedenen Fassungen der Entwürfe mit. Vgl. bes. Prot. S. 513 ff. 1285 ff.

⁷⁾ Neuere Gesetze gehen noch weiter. Nach dem österreich. Gesetz vom 1. April 1875 sind allen an den Börsen in der Börsenzeit geschlossenen Geschäfte Handelsgeschäfte. Das ungar. H.Gesetz § 258, No. 3 sieht bei Ankauf oder Anschaffung von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handel bestimmten Werthpapieren von der Absicht der Weiterveräußerung s. unten C. ab.

⁸⁾ Anschütz-Völdendorff Not. 2; Goldschmidt S. 546.

^{8a)} Goldschmidt Not. 5. 6; Anschütz-Völdendorff Not. 16.

⁹⁾ Goldschmidt Not. 8b.

Dasselbe gilt von jeder Art der Produktion, mag sie sich im Gebiete der Landwirthschaft, Viehzucht, des Bergbaues, oder in irgend einem anderen Gebiete bewegen.¹⁰⁾ So gehört beispielsweise namentlich nicht hieher die Produktion der Kunst- und Handelsgärtnerie,¹¹⁾ des Wein- und Obstbaues, eines Steinbruchs, Fabrikation von Ziegeln oder feuerfesten Steinen,¹²⁾ u. dergl. mehr. Bei Produktionen aus Immobilien spielt insbesondere noch mit die Rücksicht auf Art. 275. Indem Anschaffung durchaus in Gegensatz zu Selbstproduktion gestellt erscheint, ergibt sich die Folgerung, dass weder die Lieferungsübernahme des Art. 271, No. 2, noch auch irgend welche gewerbliche Veräusserung, die sonst nach Art. 273, Abs. 2 als Handelsgeschäft erscheinen möchte, Handelsgeschäft ist, sofern sie von dem Produzenten vorgenommen wird. So schwer die innere Nothwendigkeit einleuchtet,¹³⁾ die Veräusserung selbstproduzierter Sachen auszuschliessen, da bei der Produktion nicht minder Spekulationsabsicht obwalten kann als bei der Anschaffung, so muss doch eingeräumt werden, dass die Fassung namentlich der Nr. 1 des Art. 271 nicht gestattet,¹⁴⁾ die Selbsterzeugung als eine Erwerbsart anzuerkennen, welche geeignet wäre, dem Begriff des Handelsgeschäfts als Unterlage zu dienen.¹⁵⁾ Wohl zu bedenken ist übrigens, dass es in manchen Fällen einer sorgfältigen Prüfung bedürfen wird, ob eigentliche Produktion, oder aber Bearbeitung oder Verarbeitung angeschafften Materials vorliegt.¹⁶⁾

Ausgeschlossen ist ferner der Erwerb aus Akten der Liberalität.¹⁷⁾

Was der Kauf ist, ergibt sich nach dem bürgerlichen Recht.¹⁸⁾ Unter Anschaffung, dem weiteren Begriff, der auch den Kauf umfasst, sind alle diejenigen Geschäfte zu verstehen, die anderweit zu einem Erwerb in derselben Weise führen wie der Kauf.¹⁹⁾ Während originärer Erwerb jedenfalls nicht dahin gehört, muss der Erwerb aus Tausch, aus Trödelvertrag, aus Hingabe an

¹⁰⁾ Anschütz-Völdendorff Bd. 3, S. 6; v. Hahn zu Art. 271, § 3; Goldschmidt S. 546.

¹¹⁾ Vgl. Busch's Arch. Bd. 1, S. 567.

¹²⁾ Darüber sind manche Zweifel in der Praxis gewesen; s. Anschütz-Völdendorff Not. 7; aber jetzt R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 95.

¹³⁾ Daher denn öfter Versuche einer Gegendeduktion gemacht worden sind. S. Lesse, Centralorg. Bd. 2, S. 11.

¹⁴⁾ Ueber die Zweifel bei Berathung des Art. 271 s. v. Hahn zu Art. 271, Not. 3. Aber es ist sicher, dass absichtlich die Ausschliessung der Geschäfte des Produzenten gewollt wurde. Prot. S. 413. 416; Anschütz-Völdendorff Not. 8. Goldschmidt Not. 32.

¹⁵⁾ Dies kann jetzt nach zahlreichen Entscheidungen des R.O.H.G. für festgestellt gelten; s. R.O.H.G. Bd. 9, No. 56; Bd. 11, Nr. 87. 107. Bd. 13, Nr. 51. Ob.-Tribunal zu Berlin, s. Arch. Bd. 17, S. 166. 230, gegen seine frühere Ansicht. Abweichend der oberste Gerichtshof zu Wien. S. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 570. 572. — Anschütz-Völdendorff zu Art. 272, II a. E. Goldschmidt Not. 33.

¹⁶⁾ Vgl. auch unten II, B. u. § 16, II B.

¹⁷⁾ Anschütz-Völdendorff Not. 16.

¹⁸⁾ Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts § 385; Treitschke, Der Kaufkontrakt, 2. Aufl. 1866.

¹⁹⁾ Vgl. v. Hahn zu § 271, § 3.

Zahlungsstatt, da sie sämmtlich entgeltliche Geschäfte sind, hieher bezogen werden.²⁰⁾ Aus der Zusammenstellung der Anschaffung mit dem Kauf²¹⁾ erhellt, dass es ein Geschäft sein muss, dessen Erfüllung, wenn auch nicht nothwendig Eigenthum, doch wenigstens definitive und freie Disposition gestattende Innehabung überträgt.²²⁾ Erwerb zu vorübergehendem Gebrauch, Miete oder Leihe, ist ebensowenig Anschaffung²³⁾ als die Ergreifung der Innehabung auf Grund eines Depositums, Pfand-, Fracht-, Kommissionsgeschäfts u. s. w. Doch können dergleichen Geschäfte als Anschaffung erscheinen, wenn sie als sog. irreguläre über Gattungssachen geschlossen werden, die nicht in Natur, sondern nur der Quantität nach oder in Geld²⁴⁾ zu restituiren oder dem Werthbetrage nach z. B. in laufender Rechnung, zu verrechnen sind. Bei solchen ist eben die Absicht definitiver Uebertragung zu unterstellen.²⁵⁾ Auch das Anfertigenlassen kann als Anschaffung gelten; wenn nemlich der Verfertiger im Wesentlichen den Stoff dazu hergibt. Dass der Besteller untergeordnete Zuthaten dabei liefert, wird den Begriff Anschaffung ebensowenig aufheben, als umgekehrt, wenn der Verfertiger nur untergeordnete Zuthaten zu dem vom Besteller gelieferten Hauptstoff hinzugibt, der Begriff für den Besteller begründet wird. Nur auf diese thatsächliche Frage ist die Entscheidung zu stellen.²⁶⁾ Indessen liegt auch bei Lieferung des Stoffs von Seiten des Bestellers Anschaffung vor, falls die Lieferung vertretbar gemeint ist, der Verfertiger also eine andere Quantität derselben Gattung zu seiner Leistung nehmen darf.²⁷⁾

Dass die Anschaffung von Rohmaterial, um die daraus gewonnenen Produkte zu veräußern unter Art. 271, No. 1 gehört, erscheint ausgemacht.²⁸⁾

B. Der Begriff des Kaufs oder der Anschaffung erfordert, um Handelsgeschäft zu sein, als **Gegenstand**:²⁹⁾

1) entweder **Waaren**. Das H.G.-Buch definirt sie nicht näher. Gemeint sind übereinstimmend mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch solche Sachen, die gewöhnlich im Handel feilgeboten werden.³⁰⁾

²⁰⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, III; Goldschmidt Not. 10. 11.

²¹⁾ Bei dem es nur auf das habere licere ankommt; L. 30, § 1 de act. emt. vend. 19, 1. Windscheid § 389, Not. 6. 7.

²²⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 15; Goldschmidt Not. 3a.

²³⁾ Anders nach mehreren fremden Rechten; Goldschmidt Not. 7. Die Bezeichnung des Geschäfts als Miete allein entscheidet nicht. R.O.H.G. II, Nr. 95. Goldschmidt Not. 8 ff. Daran, dass Ueberlassung der auf einem Gut gewonnenen Milch gegen Einräumung einer Wohnung u. dgl. behufs Weiterveräußerung für den Erwerber Kauf oder Anschaffung ist, lässt sich nicht zweifeln. Arch. Bd. 35, S. 318.

²⁴⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 11.

²⁵⁾ Anschütz-Völderndorff S. 10 a. E. Goldschmidt Not. 11a.

²⁶⁾ Vgl. Anschütz-Völderndorff Not. 13. Goldschmidt Not. 12. Der Begriff der Werkverdingung allein kann noch nicht entscheidend sein. Ueber das Allg. Preuss. L.R. s. R.O.H.G. Bd. 2, S. 290; Bd. 12, S. 209.

²⁷⁾ Wie Goldschmidt Not. 13 mit Recht ausführt.

²⁸⁾ Selbst bei Handwerkern; s. unten § 16, II A.

²⁹⁾ Ueber die Abweichungen fremder Rechte s. Goldschmidt Not. 14.

³⁰⁾ Prot. S. 1289. — v. Hahn § 5. S. weiter über den Begriff unten.

2) oder **bewegliche Sachen**. Unbewegliche sind nach Art. 275 ausgeschlossen.³¹⁾ Der Begriff umfasst zugleich die Waaren. Er bezieht sich nur auf körperliche Sachen,³²⁾ mithin nicht auf Forderungen, sofern sie nicht in einer Urkunde verkörpert sind, die als Werthpapier erscheint; also auch nicht auf das Urheber-, Patent-, Firmenrecht u. dergl. Dabei muss vorausgesetzt, dass sie auch als bewegliche Sachen weiterveräußert werden sollen (s. unten Not. 55 ff.). Bewegliche körperliche Sache ist zweifellos auch das gemünzte oder Papiergeld.³³⁾ Die Sachen können ebensogut individuell bestimmte, als Gattungssachen, unvertretbare oder vertretbare, sein.

3. oder **Werthpapiere**.³⁴⁾ Der Begriff der Werthpapiere soll kein juristischer sein. Man hat darunter alle Schrifturkunden zu verstehen, die, vermöge des Kredits, als körperliche Werthgegenstände betrachtet werden.³⁵⁾ Daher scheiden aus diejenigen Papiere, welche lediglich in accessorischer Bedeutung als Beweisurkunden einer Forderung oder als Legitimation zu deren Ausübung erscheinen.³⁶⁾ Es ist klar, dass es hiernach Papiere genug gibt, bei denen es besonderer Prüfung bedarf, ob sie nur den letzteren Charakter haben, oder ob sie Werthpapiere sind.³⁷⁾

a. Unbedingt gehören hieher **Staatspapiere**, d. h. vom Staate emittirte Kreditpapiere; nicht etwa alle vom Fiskus ausgestellte Schuldurkunden, Wechsel u. dgl.³⁸⁾ Eine Ausdehnung auf die Emissionen anderer öffentlicher Stellen ist nicht gestattet. Dasselbe gilt von den **Aktien**, auch Aktienanteilen, aller Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaften, unangesehen, welchen Zweck dieselben verfolgen,³⁹⁾ und gleichviel, ob die Papiere auf den Inhaber oder den Namen lauten.⁴⁰⁾

b. **Andere Werthpapiere** nur, wenn sie für den **Handelsverkehr** bestimmt sind.⁴¹⁾ Welche Papiere diese Eigenschaft besitzen, lässt sich nur nach der Ansicht und der thatsächlichen Uebung des Verkehrs bestimmen.⁴²⁾ Schwierigkeit erregt dabei die Erfahrung, dass oft Werthpapiere, die von Haus aus nicht für den Handelsverkehr bestimmt sind, doch thatsächlich Gegenstand eines

³¹⁾ Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573.

³²⁾ Anschütz-Völdendorff Not. 23; Goldschmidt Not. 15. 19.

³³⁾ Goldschmidt Not. 21a. 22.

³⁴⁾ Ueber die Entstehung dieses besonderen Zusatzes, der in fremden Rechten meist fehlt, s. Goldschmidt Not. 18. Man wollte den Zweifel abschneiden, als ob die Händler mit solchen nicht Kaufleute seien; Anschütz-Völdendorff Not. 24.

³⁵⁾ Vgl. dazu Thöl § 211.

³⁶⁾ v. Hahn § 7 a. E.

³⁷⁾ Ueber Coupons u. Dividendenscheine s. Keyssner H.G.B. zu Art. 271, No. 7 a. E.

³⁸⁾ v. Hahn § 8.

³⁹⁾ Vgl. Art. 174. 208.

⁴⁰⁾ v. Hahn § 9.

⁴¹⁾ Für die unter a. bezeichneten Papiere ist unterstellt worden, dass sie stets dazu bestimmt sind. Vgl. Goldschmidt Not. 20. —

⁴²⁾ v. Hahn § 10. — Eine sehr ausführliche Darstellung der Handelspapiere (s. auch Art. 67) gibt Goldschmidt § 69 ff.

solchen werden.⁴³⁾ Nach dem Ausdruck des Gesetzes aber kann jedoch der letztere Umstand allein nicht maßgebend sein.

C. Es muss bei der Anschaffung der Zweck der Veräußerung obwalten. Veräußerung ist dasjenige Geschäft, welches dem Erwerber das Eigenthum oder die definitive Innehabung zu eigenem Recht überträgt. Es kann in dieser Beziehung lediglich auf dasjenige verwiesen werden, was oben über den Begriff des Kaufs und der Anschaffung, namentlich im Gegensatz zu bloßer Gebrauchsüberlassung oder Vermietung, gesorgt wurde. Veräußerung ist auf der anderen Seite, was für den Erwerber Anschaffung⁴⁴⁾ ist. Wie bereits angedeutet,⁴⁵⁾ wird unterstellt, dass die Absicht der Weiterveräußerung auf der Absicht, Gewinn zu machen, also auf der Spekulationsabsicht beruht. Regelmässig ist das wirklich der Fall. Allein es ist zugleich auch schon darauf hingewiesen worden, dass nach dem einfachen Wortlaut des Gesetzes⁴⁶⁾ keineswegs die Erkennbarkeit der Gewinnabsicht zur nothwendigen Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser und der anderen Rubriken der Handelsgeschäfte gemacht werden kann. Die Nr. 1 des Art. 271 erheischt nichts Anderes als die Absicht der Weiterveräußerung. Man ist daher nicht berechtigt, diejenigen Käufe oder Anschaffungen auszuschliessen, bei welchen die Spekulationsabsicht nicht ersichtlich, oder sogar der Mangel derselben ersichtlich ist.

Nichtsdestoweniger wird bei der Erklärung des Art. 271 von den Meisten die Nothwendigkeit der Spekulationsabsicht betont. Indessen doch mit einigem Vorbehalt. Denn man räumt dabei doch ein, dass diese Absicht nicht bei jeder einzelnen Anschaffung speziell nachweisbar zu sein braucht. Es soll genügen, wenn sie bei derartigen Anschaffungen regelmässig obzuwalten pflegt.⁴⁷⁾ Man verlangt ferner nicht, dass die Gewinnabsicht Erfolg hat. Man begnügt sich mit der Möglichkeit. Alsdann sind höchstens die Fälle ausgeschlossen, in denen sich aus den Umständen klar ergibt, dass bei der Anschaffung eine Gewinnabsicht nicht vorhanden sein konnte.⁴⁸⁾ Umgekehrt kann die Thatsache, dass hintennach mit Gewinn veräußert wird, den Mangel der Gewinnabsicht bei

⁴³⁾ Wie Briefmarken, vgl. Arch. Bd. 25, S. 268; selbst Theaterbillets u. dgl.; dass die Anschaffung u. folglich auch nach Art. 273, 274 der Absatz von Lotterielosen Seitens des Kollektors Handelsgeschäft sei, s. R.O.H.G. Bd. 23, S. 213.

⁴⁴⁾ Vgl. v. Hahn § 11 z. A. Goldschmidt Not. 23—27 b. — S. oben Not. 18 ff.

⁴⁵⁾ S. oben bei Not. 3.

⁴⁶⁾ Dass bei der Berathung, s. Goldschmidt Not. 45, der Antrag, Gewinnabsicht für nothwendig zu erklären, verworfen wurde, weil man „dies für selbstverständlich“ hielt, beweist nichts. Denn dies kann eben so gut heissen, dass man sich auf das natürliche und regelmässige Vorhandensein verliess. Dies Moment aber aus abstrakten allgemeinen Erwägungen in das Gesetz hineinzutragen, in dem absichtlich jeder darauf hinweisende Ausdruck vermieden wurde, erscheint unzulässig.

⁴⁷⁾ So nach der gründlichen Ausführung bei v. Hahn § 15. — S. das., ob auch der indirekte Gewinn zu berücksichtigen u. über Konkurrenz der Gewinnabsicht mit anderen Absichten, bes. der des Selbstgebrauchs, § 14.

⁴⁸⁾ Goldschmidt Not. 52; zu eng Thöl § 125.

der Anschaffung nicht decken.⁴⁹⁾ Die ganze Frage hat, wie die Erfahrung bestätigt, vorwiegend nur die Bedeutung theoretischer Rechtfertigung dessen, was das Gesetz verfügt, aus der Natur des Handels.

Mag man Gewinnabsicht als wesentlich betrachten, oder sich lediglich an die Wiederveräußerungsabsicht halten, so ist soviel ausgemacht, dass sich Art. 271, Nr. 1 nicht auf Wiederveräußerung durch Akte der Liberalität beziehen soll.

Geradezu ausgeschlossen durch das Erforderniss der auf Wiederveräußerung gerichteten Absicht ist jede Anschaffung zum eigenen Gebrauch oder Verbrauch. Dies gilt auch dann, wenn die angeschafften Dinge zu einer Produktion dienen, deren Produkte demnächst veräußert werden sollen. So ist beispielsweise⁵⁰⁾ kein Handelsgeschäft die Anschaffung von Schaafen zur Wollziehung, von Utensilien und Werkzeugen des Geschäfts oder Hauses,⁵¹⁾ von Wein, Bier, Lebensmitteln für den Gebrauch des Hauses oder einer Gesellschaft;⁵²⁾ daher auch nicht die Anschaffungen von Konsumvereinen, die nur an ihre Mitglieder abgeben.⁵³⁾ Ebenso wenig Anschaffung von Werthpapieren zur Kapitalanlage.⁵⁴⁾ Vollends kann nicht als Handelsgeschäft erscheinen die Anschaffung zum Zwecke der Verwendung in Immobilien. So die Anschaffung von Saatfrüchten oder Vorräthen oder Vieh⁵⁵⁾ für den Landwirthschaftsbetrieb.⁵⁶⁾ So aber auch beispielsweise die Anschaffung eines Unternehmers zur Verwendung in Immobiliarbauten, zur Herstellung einer Eisenbahn u. dgl.⁵⁷⁾ Es muss überhaupt die Absicht sein, die angeschafften beweglichen Sachen als bewegliche wieder zu veräußern.⁵⁸⁾ Dass bei der Wiederveräußerung der Erwerber etwa beabsichtigt, die veräußerten Gegenstände in Immobilien zu verwenden, steht dem Begriff des Handelsgeschäfts nicht entgegen, weil auf dessen Absicht überhaupt für die Anschaffung des Art. 271, Nr. 1 nichts ankommt. Aber auch der Umstand, dass der Anschaffende weiss und will, dass die von ihm angeschafften Gegenstände,

⁴⁹⁾ Manche fremde Gesetze fordern die Gewinnabsicht ausdrücklich. Goldschmidt Not. 45. — Welche mühseligen und innerlich unbefriedigenden Unterscheidungen nöthig werden, wenn man Gewinnabsicht erheischt s. das. Not. 45—48; v. Hahn in § 15; Anschütz-Völderndorff Not. 30 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. v. Hahn Not. 7 ff.; Goldschmidt Not. 64 ff.

⁵¹⁾ Anschaffungen eines Institutsvorstehers s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 560; eines Zahnarztes das. S. 561.

⁵²⁾ Arch. Bd. 11, S. 386; Bd. 24, S. 51.

⁵³⁾ Sofern sie nicht als eingetragene Genossenschaften Kaufleute sind, wo dann Art. 273 einschlägt. — Goldschmidt Not. 52 und die dort angeführten Autoren.

⁵⁴⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 28; über die Bedenken dieser Konsequenz s. Goldschmidt Not. 31.

⁵⁵⁾ Anders Anschaffung von Vieh, um es gemästet wieder zu verkaufen, die recht wohl unter Nr. 1 des Art. 271 fallen kann. Die Mästung ist Bearbeitung. R.O.H.G. Bd. 14, S. 265.

⁵⁶⁾ Goldschmidt Not. 64 ff.

⁵⁷⁾ Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573; s. auch S. 567, 569; R.O.H.G. Bd. 10, S. 243; Keyssner zu Art. 271, Nr. 6.

⁵⁸⁾ Arch. Bd. 39, S. 113.

wenn er sie wieder veräußert, in Immobilien verwendet werden, steht nicht entgegen, falls nur er sie als bewegliche wieder veräußert. Der Ankauf von Holz von Seiten eines Zimmermeisters, der dasselbe anschafft, um es zu Bauten, die er selbst oder ein Anderer ausführt, zu veräußern, ist Handelsgeschäft.⁵⁹⁾ Anders, wenn die Absicht der Anschaffung auf Verwendung in eine Immobilie und deren Veräußerung, also nicht auf Wiederveräußerung des Angeschafften in Gestalt beweglicher Sachen gerichtet ist.⁶⁰⁾

Eine der Definition der Nr. 1 entsprechende Absicht der Weiterveräußerung und nicht Absicht des eigenen Verbrauchs liegt auch dann vor, wenn beabsichtigt wird, das Angeschaffte **bearbeitet oder verarbeitet** in veränderter Gestalt zu veräußern.⁶¹⁾ Vorausgesetzt, dass die Identität erhalten bleibt. Man stößt also hier auf die, in gar manchen Fällen schwierige, Entscheidung, ob der Rohstoff oder das Halbfabrikat bei der Bearbeitung ganz verbraucht und ein neues Produkt erzielt, oder ob nur eine Veränderung durch die Bearbeitung oder Verarbeitung bewirkt werden soll. Darauf kommt es an. Denn dass die Absicht der Weiterveräußerung seiner Produkte nicht ohne Weiteres alle zu diesem Behufe gemachten Anschaffungen des Produzenten zu Handelsgeschäften macht, selbst nicht bei gewerbemässiger Veräußerung, ergibt sich daraus, dass überhaupt die Anschaffungen und Veräußerungen des Produzenten ausgeschieden werden.⁶²⁾ Ob die Bearbeitung oder Verarbeitung, nach welcher weiter zu veräußern die Absicht ist, über den Betrieb des Handwerks hinausgeht, erscheint gleichgültig. Darauf kommt überhaupt nach richtiger Ansicht bei der Nr. 1 des Art. 271 nichts an.⁶³⁾

Nach dem oben bemerkten Gesichtspunkt ergibt sich ferner eine Unterscheidung zwischen Anschaffung von Rohstoff oder Halbfabrikat und Anschaffung von bloßen Zuthaten oder Arbeitsmitteln. Die erstere ist unter den angegebenen Voraussetzungen Handelsgeschäft, die letztere nicht, da die Zuthaten und Arbeitsmittel nicht, sei es auch in veränderter Gestalt, weiter veräußert, sondern zur Herstellung der zu veräußernden Dinge verbraucht oder gebraucht werden.⁶⁴⁾ Solche Anschaffungen können nur unter dem Titel des Art. 273, Abs. 2 zu Handelsgeschäften werden. Dies Alles gilt dann auch insbesondere für Rohstoffvereine und Produktivgenossenschaften.⁶⁵⁾

⁵⁹⁾ Arch. Bd. 21, S. 356; Bd. 26, S. 198. Aehnlich Ankauf von Kupfer bei einem Kupferschmied, Bd. 21, S. 364.

⁶⁰⁾ Arch. Bd. 13, S. 343; Bd. 21, S. 86.

⁶¹⁾ v. Hahn § 16; Anschütz-Völdernsdorff zu Art. 271, VI; Goldschmidt Not. 59 ff. — Ueber allerlei Präjudizien s. Keyssner zu Art. 271, Nr. 11; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 566, 568.

⁶²⁾ S. oben Not. 10 ff. Zahlreiche, zum Theil freilich widersprechende Entscheidungen führt Goldschmidt Not. 31 a. E. an.

⁶³⁾ Z. f. H.R. Bd. 20, S. 564, 565.

⁶⁴⁾ Goldschmidt Not. 66 und die dortigen Nachweise. S. auch Arch. Bd. 30, S. 112; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 566.

⁶⁵⁾ S. darüber ausführlich Goldschmidt Not. 52.

In welcher Weise die beabsichtigte Veräußerung auszuführen ist, braucht nicht gefragt zu werden. Wo Versteigerung beliebt wird, bedarf es ganz derselben Untersuchung wie bei einer anderen Form des Verkaufs. Keineswegs gilt jede Versteigerung als Handelsgeschäft oder überhebt der Prüfung, ob nach Masgabe der hier dargestellten Momente der Begriff einer dem Art. 271, Nr. 1 entsprechenden Weiterveräußerung erfüllt erscheint.⁶⁶⁾

Die Absicht der Weiterveräußerung muss bei der Anschaffung vorhanden sein.⁶⁷⁾ Entsteht sie erst später, so ist die Anschaffung nicht Handelsgeschäft gewesen.⁶⁸⁾ Umgekehrt wird dieser der Charakter des Handelsgeschäfts nicht entzogen, wenn später die Absicht aufgegeben oder deren Ausführung unmöglich wird.⁶⁹⁾ Die Absicht muss als ernstliche erkennbar sein und nöthigenfalls ihre erkennbare Existenz nachgewiesen werden.⁷⁰⁾ Auf Wissen desjenigen, von dem angeschafft wird, kommt nichts an, sondern nur auf Erkennbarkeit für den Veräußerer. Es bedarf aber nicht nothwendig ausdrücklicher Erklärung der Absicht; vielmehr genügt es, wenn sie aus den konkreten Umständen, der Person, der Menge oder Beschaffenheit der angeschafften Gegenstände, wie z. B. bei Anschaffung einer grösseren Quantität von Spekulationspapieren, hervorgeht.⁷¹⁾ Eine Rechtspräsumtion existirt nicht.

Streitig ist die Frage, ob die Absicht der Weiterveräußerung sich auf ein erst zukünftig abzuschliessendes Veräußerungsgeschäft beziehen muss, mag dies nun schon in bestimmter Aussicht stehen, oder noch ganz unbestimmt sein, oder ob auch diejenige Anschaffung hieher gehört, welche behufs der Realisirung eines bereits abgeschlossenen Verkaufs- oder Lieferungsgeschäftes gemacht wird.⁷²⁾ Dafür, dass in Art. 271, Nr. 1 nur der Spekulationsankauf, nicht der behufs der Realisation bewirkte, hat getroffen werden sollen, lässt sich die Kongruenz mit Art. 271, Nr. 2 anführen. Indessen, da es überall nur auf die Absicht der Wiederveräußerung ankommt, der man von Haus aus nicht ansehen kann, ob sie auf Realisation oder Spekulation gerichtet ist, hat diese Entscheidung selbst dann wenig praktische Bedeutung, wenn man prinzipiell Spekulationsabsicht der Anschaffung verlangt. Begnügt man sich mit der Absicht der Weiterveräußerung,⁷³⁾ so ist kein Grund, den ohnehin schon hin-

⁶⁶⁾ Koch, Arch. Bd. 4, S. 265.

⁶⁷⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 35; Goldschmidt Not. 35 ff.; v. Hahn § 11; sämmtlich unter Berufung auf die Mot. des Preuss. Entw.

⁶⁸⁾ Dasselbe gilt, wenn man Gewinnabsicht verlangt, s. oben nach Not. 2, auch von dieser.

⁶⁹⁾ v. Hahn § 12.

⁷⁰⁾ S. gegen Thöl § 33, Not. 4, der solches verlangt, Goldschmidt Not. 44.

⁷¹⁾ v. Hahn Not. 31 ff. R.O.H.G. Bd. 8, Nr. 11; Arch. Bd. 13, S. 102; Bd. 15, S. 131; Bd. 34, S. 333, 334. Z. f. H.R. Bd. 13, S. 624. 625.

⁷²⁾ Für die Bejahung Goldschmidt Z. f. H.R. Bd. 10, S. 56 u. Hdb. § 48, Not. 12; Puchelt S. 494; dagegen v. Hahn § 11. Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, VIII. Thöl § 33, Not. 11.

⁷³⁾ Wie oben Not. 3 bemerkt wurde.

länglich verwickelten und verzwickten Unterscheidungen auch noch diese hinzuzufügen.

II. **Uebernahme einer Lieferung** von Gegenständen der oben bezeichneten Art,⁷⁴⁾ welche der Unternehmer zu diesem Zwecke anschafft. Im Gegensatz zu der Anschaffung auf Spekulation, welche Realisation durch Weiterveräußerung bezweckt, figurirt hier die Veräußerung auf Spekulation, zu deren Realisation angeschafft wird.⁷⁵⁾

A. Als **Uebernahme einer Lieferung** haben dieselben Veräußerungsgeschäfte zu gelten, welche auf der anderen Seite als Anschaffung in dem oben⁷⁶⁾ berührten Sinne erscheinen; aber auch nur diese, also nicht unentgeltliche Lieferung, Lieferung blos zur Gebrauchsüberlassung oder vorübergehendem Zweck, wenn auch vielleicht in noch so grossem Umfang.⁷⁷⁾ Zu welchem Zweck die definitive Veräußerung bei dem Erwerber bestimmt ist, bleibt gleichgültig. Die Lieferungsübernahme verliert namentlich den Charakter des Handelsgeschäfts auch dadurch nicht, dass die gelieferten Gegenstände bei dem Erwerber zur Verwendung in Immobilien bestimmt sind.⁷⁸⁾ Ob die **Bestellung der Lieferung** Handelsgeschäft ist, bestimmt sich darnach, ob die Voraussetzungen eines absoluten nach Art. 271, Nr. 1 oder eines relativen Handelsgeschäfts nach Art. 273 auf Seiten des Erwerbers vorhanden sind.⁷⁹⁾ Dass die Anschaffung des Uebernehmers zu Wiederveräußerung bestimmt sein müsse,⁸⁰⁾ ist keineswegs erforderlich. Auch die Lieferung zum Zweck des Verbrauchs des Empfängers ist Handelsgeschäft.

B. Es wird verlangt, dass der Uebernehmer der Lieferung deren Gegenstand **zum Zwecke der Ausführung derselben anschafft**. Was Anschaffen ist, ergibt sich aus dem unter I über diesen Begriff Bemerkten. Lieferung eigener Produkte gehört mithin nicht hierher.⁸¹⁾ Andererseits wird aber der Charakter der Anschaffung und mithin die Handelsgeschäftsnatur der Lieferung dadurch nicht alterirt, dass an den behufs der Lieferung angeschafften Dingen vor der Erfüllung der letzteren eine Bearbeitung oder Verarbeitung vorgenommen wird; vorausgesetzt dass diese nicht die Produktion eines ganz neuen Gegenstandes darstellt.

Ferner wird verlangt, dass die Anschaffung der Lieferung nachfolgt.⁸²⁾ Aber

⁷⁴⁾ S. daher oben I. B. Auch die Lieferungsübernahme kann sich auf individuell bestimmte Sachen ebensogut beziehen, wie auf Gattungssachen. R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 9.

⁷⁵⁾ S. über die fremden Rechte und die Entstehung dieser Rubrik Goldschmidt § 48, Not. 1.

⁷⁶⁾ S. oben I A. 1.

⁷⁷⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, Not. 39; Goldschmidt a. a. O. I.

⁷⁸⁾ Vgl. oben Not. 57.

⁷⁹⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, VIII. Goldschmidt a. a. O. IV.

⁸⁰⁾ Wie eine Entscheidung des österreichischen obersten Gerichtshofs will; s. Arch. Bd. 24, S. 48.

⁸¹⁾ Goldschmidt Not. 8. Eine zweifelhafte Entscheidung über Kieslieferung s. Arch. Bd. 20, S. 357; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 576.

⁸²⁾ Anschütz-Völderndorff S. 19; Goldschmidt Not. 4, 9; v. Hahn § 18. R.O.H.G. Bd. 3, S. 44. Z. f. H.R. Bd. 12, S. 245; Bd. 20, S. 568. — Ueber abweichende Meinungen s. Goldschmidt Not. 9.

entsprechend dem oben Ausgeführten⁸³⁾ ist erforderlich, dass bei der Uebernahme die Absicht der Anschaffung besteht⁸⁴⁾; was aber bei jeder Lieferungsübernahme, die ernstlich gemeint ist und sich auf Gegenstände bezieht, die der Lieferant noch nicht hat, selbstverständlich erscheint. Daraus ergibt sich ein Unterschied der Lieferungsübernahme des Art. 271 gegen das Lieferungsgeschäft des Art. 338, das sich auch auf das vor der Lieferung Angeschaffte bezieht.

Die Anschaffung für sich ist nicht absolutes Handelsgeschäft, wenn der Begriff der Anschaffung in Nr. 1 nur da zutrifft, wo die Anschaffung in der Absicht einer erst nachfolgenden Weiterveräußerung geschieht, und nicht da, wo die der Veräußerung nachfolgt.⁸⁵⁾

In Bezug auf die Gewinnabsicht gilt ganz dasselbe, wie oben zu I, C.^{85a)}

III. Die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie.⁸⁶⁾ Was Versicherung ist, ergibt sich für den Umfang der Seeversicherung aus dem H.G.Buch. Für andere Versicherung enthält dasselbe keine Regeln.⁸⁷⁾ Mangels irgend einer Beschränkung muss jede der heute in Uebung befindlichen Versicherungen hierher bezogen werden; also nicht bloß die Versicherung gegen Feuer, Hagel, Viehseuche, Lebens-, Invaliditäts- und Unfallversicherung, sondern auch Kredit- und Hypothekenversicherung;⁸⁸⁾ ebenso die Rückversicherung. Freilich muss man sich dabei vergegenwärtigen, dass der Begriff der Versicherung keineswegs überall fest abgeschlossen ist. So wird die Grenze der Lebens- oder Invaliditätsversicherung gegen die Geschäfte der Sterbe-, Begräbnis-, Pensions-, Altersversorgungskassen und Rentenanstalten, die der Kreditversicherung gegen Verbürgung leicht unsicher.⁸⁹⁾

A. Objektives Handelsgeschäft ist nur die Uebernahme der Versicherung. Das Nehmen der Versicherung wird nur unter der Voraussetzung des Art. 273, d. h. wenn sie im Betriebe des Handelsgewerbes genommen ist, Handelsgeschäft.⁹⁰⁾ Wer die Versicherung gibt, ob eine Einzelperson, eine Gesellschaft, eine Gemeinde, der Staat u. s. w., erscheint gleichgültig.

B. Wesentlich ist, dass die Versicherung gegen Prämie, d. h. gegen Leistung

⁸³⁾ S. oben I, C g. E.

⁸⁴⁾ Goldschmidt Not. 10.

⁸⁵⁾ S. oben Not. 70. Anschütz-Völderndorff S. 21 a. E. gegen Goldschmidt § 48, III, der auch die Realisationsanschaffung für ein absolutes Handelsgeschäft erklärt.

^{85a)} S. oben Not. 45 ff. Wie bei dem engen Zusammenhang mit Nr. 1 des Art. 271 eigentlich Nr. 2 lauten sollte, führt v. Hahn § 18 a. E. an.

⁸⁶⁾ Ueber die Behandlung dieser Rubrik in den fremden Rechten und deren Aufnahme in das H.G.Buch s. Goldschmidt Not. 1—3.

⁸⁷⁾ Die rechtliche Natur der Versicherung ist hier nicht zu behandeln. S. darüber unten.

⁸⁸⁾ R.O.H.G. Bd. 5, S. 163, 332, 356; Bd. 12, S. 67, 154.

⁸⁹⁾ Goldschmidt § 49, I.

⁹⁰⁾ R.O.H.G. Bd. 5, S. 18. Davon, dass sogar das Nehmen einer Versicherung auf Gegenseitigkeit unter dieser Voraussetzung Handelsgeschäft werden könne, s. Anschütz-Völderndorff S. 26, ist nicht zu reden. Bei Gegenseitigkeit gibt es keinen Geber und Nehmer, sondern nur Beitritt oder Aufnahme zum Verein. S. unten Not. 92.

von bestimmten Ratenzahlungen oder eines einmaligen Aequivalents⁹¹⁾ geschieht. Dadurch wird erst die Versicherung zum Spekulationsgeschäft und zum Gegenstand selbständiger Unternehmungen. Hieraus folgt, dass die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein absolutes Handelsgeschäft bildet,⁹²⁾ sondern nur unter der Voraussetzung des Art. 273 zum Handelsgeschäft werden kann; ob wirklich eine Gegenseitigkeitsversicherung vorliegt und nur eine solche, bedarf häufig besonderer Prüfung,⁹³⁾ zumal es vorkommt, dass Prämienzahlung und Gegenseitigkeit kombiniert werden.⁹⁴⁾ Dadurch, dass in einem Gegenseitigkeitsunternehmen nach einem bestimmten Betrag Prämien erhoben werden mit dem Vorbehalt entsprechender Rückzahlung, wenn der ganze Betrag nicht gebraucht wird,⁹⁵⁾ hört der Charakter des Gegenseitigkeitsgeschäftes noch nicht auf.⁹⁶⁾ Umgekehrt kann der Charakter der Versicherung auf Prämie erhalten bleiben, trotzdem dass der Versicherungsnehmer an der Gewinndividende theilnimmt.⁹⁷⁾

Insofern die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Handelsgeschäft ist, kann auch die Vereinigung zu derselben keine Handelsgesellschaft sein.⁹⁸⁾ Konstituiert sie sich als eingetragene Genossenschaft, so ist sie Kaufmann⁹⁹⁾ und ihre Versicherungen sind dann aus diesem Grunde Handelsgeschäfte.¹⁰⁰⁾ Bei gleichzeitigem Betrieb von Prämien- und Gegenseitigkeitsversicherungen¹⁰¹⁾ sind die ersteren absolute Handelsgeschäfte; aber auch die letzteren, indem sie von einem Versicherer gemacht werden, der, weil er Versicherung auf Prämie gewerbemässig treibt, Kaufmann ist.¹⁰²⁾ Der Beitritt, wie die Aufnahme des Einzelnen in den Gegenseitigkeitsverband,¹⁰³⁾ und der Vertrag über die Gegenseitigkeitsversicherung ist dann Handelsgeschäft, wenn er unter der Voraussetzung des Art. 273 geschlossen wird. Dass, wenn eine Gegenseitigkeitsgesellschaft eine Versicherung auf Prämie übernimmt, diese Handelsgeschäft nach Art. 271 Nr. 3 ist, versteht sich von selbst.¹⁰⁴⁾

IV. Von den Geschäften des Seeverkehrs werden ausdrücklich in Art. 271,

⁹¹⁾ Endemann H.R. § 174, VI. B. 2; Anschütz-Völderndorff S. 23.

⁹²⁾ Allgemein anerkannt, s. Anschütz-Völderndorff S. 23; v. Hahn zu Art. 271, § 19; Goldschmidt § 49, Not. 11; und durch Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 4, S. 200; Bd. 5, S. 16; Bd. 6, S. 21; Bd. 8, S. 181; Bd. 9, S. 130 vielfach bestätigt Zur Kritik dieser Scheidung s. Goldschmidt Not. 14.

⁹³⁾ Namentlich nach den Statuten; v. Hahn § 19 a. E. macht mit Recht darauf aufmerksam.

⁹⁴⁾ S. z. B. R.O.H.G. Bd. 8, S. 182.

⁹⁵⁾ Endemann § 174, Not. 43.

⁹⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 4, S. 199; Bd. 6, S. 95. Goldschmidt Not. 13; Anschütz-Völderndorff S. 28; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 578.

⁹⁷⁾ Goldschmidt Not. 13.

⁹⁸⁾ So Lebensversicherungsbank auf Gegenseitigkeit; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 577.

⁹⁹⁾ Genoss.-Ges. vom 4. Juli 1868 § 11.

¹⁰⁰⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 59—61.

¹⁰¹⁾ Vgl. Arch. Bd. 17, S. 68.

¹⁰²⁾ Anders Goldschmidt Not. 20.

¹⁰³⁾ Vgl. oben Not. 90.

¹⁰⁴⁾ Arch. Bd. 34, S. 335.

Nr. 4 1) die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden, wovon die Art. 557 bis 679, und 2) das Darleihen gegen Verbodmung, wovon die Art. 680—700 handeln, für Handelsgeschäfte erklärt. Für denjenigen, der die Beförderung oder das Bodmereidarlehn nimmt, ist das Geschäft nur nach Maassgabe des Art. 273 Handelsgeschäft.¹⁰⁵⁾ Auch hier sind beiderlei Geschäfte nur als entgeltliche gemeint.

Die sonstigen Geschäfte, zu denen der Seeverkehr Anlass gibt, werden in Art. 271 Nr. 4 nicht besonders erwähnt.¹⁰⁶⁾ Sie sind nur dann Handelsgeschäfte, wenn sie unter eine der andern Rubriken absoluter oder relativer Handelsgeschäfte fallen.

b. Die relativen Handelsgeschäfte.

§ 15.

aa. Handelsgeschäfte unter der Voraussetzung gewerbemässigen Betriebs.

Gewisse Geschäfte sind nach Art. 272 Nr. 1—6 dann Handelsgeschäfte, wenn sie gewerbemässig, mithin, wie Art. 4 ergibt, von einem Kaufmann geschlossen werden.¹⁾ Manche der hieher gehörigen Geschäfte können jedoch auch schon nach einer der sonstigen Rubriken absolute Handelsgeschäfte sein. Die Voraussetzung der Gewerbemässigkeit ist nicht etwa schon mit der Thatsache häufigeren Abschlusses von Geschäften dieser oder jener Art erfüllt.²⁾ Um gewerbemässiger Geschäftsmann zu sein, muss derjenige, welcher dergleichen Geschäfte übt, von vornherein die Absicht haben, nicht blos einzelne bestimmte Geschäfte, sondern eine ganze Reihe oder Menge derselben zu schliessen; wie namentlich aus der zu diesem Behufe getroffenen Einrichtung einer Betriebsanstalt, eines für den Betrieb organisirten Geschäfts erhellt.³⁾ Mit der gewerbemässigen Ausübung ist von selbst die Absicht, daraus Gewinn zu ziehen oder eine Einkommensquelle zu machen, verbunden.⁴⁾ Art. 272, der eine analoge Ausdehnung so wenig duldet, als Art. 271, führt auf:⁵⁾

I. Die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Gemeint ist nur die mechanische, nicht die künstlerische

¹⁰⁵⁾ Goldschmidt § 50; Anschütz-Völderdorff S. 228, XII; v. Hahn S. 28.

¹⁰⁶⁾ Anders nach dem Vorgang des Cod. de comm. Art. 633 viele fremden Rechte; Goldschmidt Not. 4. S. das. auch die Verhandlungen und Vorarbeiten zu Art. 271, Nr. 4.

¹⁾ Goldschmidt § 51; Anschütz-Völderdorff zu Art. 272, I; v. Hahn zu Art. 272, § 1, 2.

²⁾ Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 581.

³⁾ S. darüber v. Hahn zu Art. 4, § 8, dessen Definition zu billigen ist; vgl. auch Goldschmidt § 43, Nr. 3, R.O.H.G. Bd. 3, Nr. 84.

⁴⁾ Anschütz-Völderdorff zu Art. 4, Nr. 4b. Thöl § 30, I. Nicht ganz übereinstimmend R.O.H.G. Bd. 9, Nr. 117 und Bd. 14, Nr. 41. — Vgl. oben § 2, Nr. 7. S. weiter über Uebung, Kennzeichen unten Buch 1, Abschn. 1.

⁵⁾ Anwendung des Art. 277 s. Goldschmidt § 51, Not. 6.

Arbeit, und ebensowenig diejenige, welche sonst wesentlich geistige Arbeit ist oder den geistigen Inhalt einer Sache, wie z. B. die Korrektur, betrifft. Dass freilich mitunter die Grenze nicht leicht zu finden sein wird, lässt sich nicht leugnen.⁶⁾

A. Also nur die Uebernahme, die Bestellung ist, wie zu Art. 271 Nr. 2—4, nur dann Handelsgeschäft, wenn Art. 273 zutrifft.⁷⁾

B. **Bearbeitung oder Verarbeitung** liegt nur dann vor, wenn der Besteller den Rohstoff liefert,⁸⁾ gleichviel, ob er diesen anschafft oder produziert. Indessen kann auch unbeschadet des Begriffs dem Uebernehmer die Anschaffung des Rohstoffs auf Rechnung des Bestellers überlassen werden.⁹⁾ Allein es handelt sich nicht mehr um Bearbeitung oder Verarbeitung, sondern um zwei zu trennende Geschäfte, wenn der Besteller den Rohstoff von dem Uebernehmer kauft und zugleich diesem die Be- oder Verarbeitung begibt; und es handelt sich, wenn der Besteller den Rohstoff so übergibt, dass der Uebernehmer anderen substituieren darf, um Verkauf des Rohstoffs und Einkauf der fertigen Produkte von Seiten des Bestellers, die nach den sonstigen Rubriken zu beurtheilen sind. Dass die Hinzufügung von untergeordneten Zuthaten, welche der Uebernehmer bewirkt, dem Begriffe der Be- oder Verarbeitung nicht widerspricht, erhellt schon aus dem, was zu Art. 271 Nr. 1 bemerkt werden musste.¹⁰⁾ Liefert der Uebernehmer aus Anschaffung oder Selbstproduktion den Rohstoff ganz und gar oder der Hauptsache nach selber, so liegt nicht mehr eine Be- oder Verarbeitung vor.

Wenn unter Verarbeitung eine Arbeitsleistung verstanden wird, die dem verarbeiteten Stoff eine ganz andere Gestalt verleiht, unter Bearbeitung dagegen eine solche, welche die seitherige Gestalt völlig oder im Wesentlichen unverändert lässt, so ergibt sich, dass unter der letzteren auch blosser Reparatur, das Aufziehen, Dressiren oder Mästen von Vieh u. s. w. mitzuverstehen ist.¹¹⁾ Zu welchem Zweck die Produkte der Be- oder Verarbeitung von dem Besteller benutzt werden sollen, kommt nicht in Betracht. Daher leidet es keinen Zweifel, dass auch die Be- oder Verarbeitung von Materialien, die zur Verwendung in Bauten oder sonst für Immobilien bestimmt sind,¹²⁾ Handelsgeschäft nach Art. 272 Nr. 1 sein kann,¹³⁾ dass aber die Bestellung für immobiliäre Zwecke so wenig an sich Handelsgeschäft ist wie die Anschaffung.¹⁴⁾

C. Es handelt sich nur um die Bearbeitung oder Verarbeitung **beweglicher Sachen**.¹⁵⁾ Die Uebernahme der Bearbeitung von Immobilien ist selbstredend nach Art. 275 kein Handelsgeschäft.

⁶⁾ z. B. zwischen Kunstarbeit und Kunstfabrikarbeit.

⁷⁾ Goldschmidt § 52, IV; Anschütz-Völderndorff zu Art. 272, III; v. Hahn § 3 a. E.

⁸⁾ Arch. Bd. 39, S. 114.

⁹⁾ Goldschmidt Not. 7—9; Anschütz-Völderndorff S. 31 z. A.

¹⁰⁾ S. oben § 14, Not. 26. Vgl. über diese Punkte v. Hahn § 3.

¹¹⁾ Keyssner zu Art. 272, Nr. 2. S. weitere Beispiele Z. f. H.R. Bd. 11, S. 106; Bd. 13, S. 629; Arch. Bd. 12, S. 151; Bd. 15, S. 157; Bd. 18, S. 442.

¹²⁾ z. B. Thüren und Fenster, zu denen der Bauherr das Holz liefert.

¹³⁾ Anders Goldschmidt Not. 6; doch ohne Grund; vgl. seine Not. 4.

¹⁴⁾ Vgl. § 14, Not. 55 ff.

¹⁵⁾ Vgl. daher § 14, Not. 31 ff.

D. Die Bearbeitung oder Verarbeitung muss auf Bestellung für Andere, auf deren Rechnung gegen Entgelt geschehen. Aus der Uebernahme will der Uebernehmer, zumal er sie gewerbemässig treibt, Gewinn durch seine Arbeit, sowie allenfalls durch Hinzufügung der Zuthaten machen. Wo Entgelt fehlt, ist auch hier kein Handelsgeschäft.

E. Eine wichtige Beschränkung enthält der Nachsatz der Nr. 1: Wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht, also den Begriff der Fabrik, Manufaktur, mit einem Wort des Grossbetriebs erreicht.¹⁶⁾ Dieselbe Abgrenzung liegt dem Art. 273 Abs. 3 zu Grunde.¹⁷⁾ Die Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen Gross- und Kleinbetrieb sind an anderer Stelle zu erörtern.¹⁸⁾ Ob die eine oder die andere Art des Betriebs vorliegt, ist Thatsachenfrage. Eine Vermuthung, z. B. aus der Buchführung, gibt es nicht.¹⁹⁾ Ueberhaupt ist der Begriff von Gross- und Kleinbetrieb nicht ein einheitlicher gleichmässiger. Vielmehr kann er sehr wohl nach örtlichen Verhältnissen sich verschieden herausstellen.²⁰⁾ Auf den Namen Fabrikant oder Handwerksmeister kann sicher kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Es kommt darauf an, dass wirklich der Betrieb einer Fabrik zu erkennen ist.²¹⁾

II. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte.²²⁾ Was dazu gehört, lässt sich schwer erschöpfend aufzählen. Das Nähere über die hauptsächlichsten Geschäfte²³⁾ ergibt sich unten im dritten Buch. Im Ganzen kann als Aufgabe des Bankiers bezeichnet werden die Vermittlung des Geldumlaufs und des Kredits.²⁴⁾ Der Geldwechsler findet daneben besondere Erwähnung, weil, wenn auch heute nicht häufig, doch möglicherweise sich ein Geschäftsbetrieb auf den Umtausch verschiedener Geldsorten beschränkt, oder diesen wenigstens als Hauptaufgabe betrachtet.²⁵⁾ Meist ist sonst das Geldwechseln Bestandtheil des Bankiergeschäfts.²⁶⁾

Als die hauptsächlichsten Arten der Geschäfte, welche die Bankiers treiben, sind anzuführen der Handel mit Gold und Silber, der als Anschaffungs- oder

¹⁶⁾ Beispiele s. v. Hahn zu Art. 272 § 5.

¹⁷⁾ Ueber die legislativen Erwägungen s. Goldschmidt Not. 2.

¹⁸⁾ Dazu gibt Art. 10 Anlass. v. Hahn zu Art. 10, § 12. Daraus erhellt, dass der Geschäftsmann von bloß handwerksmässigem Betrieb nichts desto weniger Kaufmann sein kann. R.O.H.G. Bd. 11, S. 242.

¹⁹⁾ Keyssner Nr. 4.

²⁰⁾ Daher lässt sich auch nicht mit Goldschmidt Not. 10 behaupten, dass der Lohnmüller stets nur als Handwerker gelten könne.

²¹⁾ R.O.H.G. Bd. 14, S. 117. Wann eine Färberei Grossbetrieb hat, s. Arch. Bd. 36, S. 284.

²²⁾ S. über die fremden Rechte und die Berathung dieser Rubrik des Art. 272. Goldschmidt § 53, Not. 1, 2.

²³⁾ Hübner, die Banken, 1854, § 3.

²⁴⁾ Anschütz-Völderndorff S. 33, V.

²⁵⁾ Für die camposores des Mittelalters, aus denen sich die bancherii entwickelten, war das ursprünglich die Hauptsache; s. Endemann, Studien Bd. 1, S. 98 ff.

²⁶⁾ Goldschmidt § 53, II.

Lieferungsgeschäft auch schon unter Art. 271 Nr. 1 2 fällt. Sodann das freilich längst nicht mehr²⁷⁾ ausschliesslich oder auch nur vorwiegend der Bankiergewerbe allein zugehörige Wechselgeschäft.²⁸⁾ Die Ausstellung eines Wechsels, oder auch mehrerer oder selbst einer grösseren Menge kann nicht unter Art. 271 Nr. 2 gebracht werden. Sie erscheint aber ebenso wie die Ertheilung eines Indossaments, Accepts oder Avals, abgesehen von Art. 272 Nr. 2 und Abs. 2 auch unter Art. 273, 274, Abs. 2, wenn von einem Kaufmann geübt, als Handelsgeschäft.²⁹⁾ Das Nehmen des Wechsels, Giros, Accepts oder Avals ist relatives Handelsgeschäft nicht blos, wenn es von einem Bankier, sondern auch nach Art. 272 Abs. 2 oder Art. 273 Abs. 2, wenn es von einem Kaufmann geübt wird, kann aber auch als Anschaffung nach Art. 271 Nr. 1 oder als Lieferung nach Art. 271 Nr. 2 absolutes Handelsgeschäft sein; und ebenso verhält es sich mit dem Wechselschluss.³⁰⁾ Ferner gehören dem Bankierbetrieb an die sonstigen zahlreichen Zahlungs-, Anweisungs- und Kreditgeschäfte aller Art;³¹⁾ also namentlich die Ertheilung und Honorirung von Anweisungen, Kreditbriefen,³²⁾ der Verkehr mit Checks und Giroanweisungen, das Diskontiren,³³⁾ die Uebernahme und Vermittlung von Anleihen, die Negotiation, d. h. die Ordnung der Geldverhältnisse, insbesondere Annahme der Zeichnungen und Einzahlungen, Unterbringung der Aktien bei Gründungen,³⁴⁾ sowie Besorgung der Kassengeschäfte; dann die Annahme von Darlehn, das Leih- und Depositen-geschäft, Kontokorrentgeschäft, Depot- und Lombardgeschäft;³⁵⁾ die Unterbringung von Kapitalien, die kommissionsweise Besorgung des An- und Verkaufs von Werthpapieren, die Lieferung von solchen, das Report- und Deportgeschäft u. a. Es erhellt, dass von diesen Geschäften manche auch unter anderer Rubrik als absolute oder relative Handelsgeschäfte auftreten können.

Bankier- und Geldwechslergeschäfte³⁶⁾ kann nicht blos ein Einzelner, sondern auch eine Handelsgesellschaft gewerbemässig, oder auch vereinzelt³⁷⁾ üben. Hieher gehören auch die Geschäfte der Sparkassen, Leihhäuser, Vorschussvereine, Volksbanken u. dgl.³⁸⁾ Wenn freilich zum Begriffe des Handelsgeschäfts auch hier nothwendig Gewinnabsicht gefordert wird, dann sind die Geschäfte obiger

²⁷⁾ Wie früher; s. Endemann a. a. O. S. 188.

²⁸⁾ Prolongation und Ausstellung neuer Wechsel s. R.O.H.G. Bd. 18, S. 306.

²⁹⁾ Goldschmidt Not. 10 b und 10 c; bestätigt durch eine ganze Reihe dort angeführter Entscheidungen des R.O.H.G. und anderer Gerichtshöfe.

³⁰⁾ Goldschmidt Not. 10 a bis 10 r und g.

³¹⁾ S. die Aufzählung bei Anschütz-Völderndorff S. 34; Goldschmidt Not. 2 a ff.

³²⁾ Centralorg. N. F. Bd. 4, S. 343.

³³⁾ R.O.H.G. Bd. 3, S. 434.

³⁴⁾ Namentlich in Konsortium; vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 430; Bd. 13, S. 306; Bd. 15, S. 249; Bd. 20, S. 198. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 582; gewerbemässige Gewährung zinsbarer Darlehn s. Arch. Bd. 38, S. 227. R.O.H.G. Bd. 24, S. 38.

³⁵⁾ R.O.H.G. Bd. 2, S. 97; Bd. 5, S. 425. Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 583.

³⁶⁾ Ueber Hypothekengeschäfte s. unten § 17, I.

³⁷⁾ S. unten § 16, I.

³⁸⁾ v. Hahn zu Art. 272 § 10.

Art, welche von Vereinen gemacht werden, deren Geschäftsbetrieb, namentlich die Beschaffung von Geld und Kredit, lediglich auf den Kreis der Mitglieder beschränkt ist, nicht Handelsgeschäfte. Handelsgeschäfte machen sie dann nur, wenn sie solche für das Publikum im Allgemeinen betreiben.³⁹⁾ Freilich können die Geschäfte der einzelnen Mitglieder, falls diese Kaufleute sind, mit dem Verein, nach Art. 273 Handelsgeschäfte sein. Anders verhält es sich jedoch mit den Vorschuss- und Kreditvereinen, welche eingetragene Genossenschaften sind. Indem diese als Kaufleute gelten,⁴⁰⁾ müssen aus diesem Grund auch die Geschäfte, die sie lediglich mit ihren Mitgliedern machen, stets als Handelsgeschäfte erscheinen.⁴¹⁾

Ebenso fallen alsdann die Bankiergeschäfte der Sparkassen, Leihhäuser, sowie aller sonstigen Anstalten, welche solche nicht aus Gewinnabsicht treiben, nicht unter Art. 272 Nr. 2. Anders, wenn man sich überzeugt hält, dass von der Gewinnabsicht nur in dem oben in § 14 I C berührten Sinn zu reden ist.

Die Stellung öffentlicher Banken ist hier nicht zu erörtern.⁴²⁾

III. Die Geschäfte des Kommissionärs, des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten.⁴³⁾ Die Mehrzahl „die Geschäfte“ erklärt sich aus der Beziehung auf die sämtlichen nachgenannten Subjekte.

A. Des Kommissionärs. Wer Kommissionär ist, ergibt sich aus der Definition des Art. 360.⁴⁴⁾ Darnach liegt Kommission nur dann vor, wenn der Kommissionär die Ausführung eines Geschäfts übernimmt, welches die Natur des Handelsgeschäfts hat.⁴⁵⁾ Ob Letzteres der Fall sei, muss, sofern nicht ein objektives Handelsgeschäft in Frage steht, von der Person des Kommittenten aus nach Art. 273 und 274 beurtheilt werden.

Die Geschäfte, welche Handelsgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften als solche machen, machen sie sicher nicht als Kommissionäre der Mitglieder; aber sie können als solche Kommissionsgeschäfte übernehmen, entweder gewerbemässig oder vereinzelt. Auch im letzteren Fall ist die Uebernahme nach Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäft, da sie Kaufleute sind. Andere Vereine oder Sozietäten können nicht Kommissionäre sein, wenn es sich um die Ausführung von Geschäften handelt, die nur dem Handwerksbetrieb dienen, also vom Standpunkt des Kommittenten nicht Handelsgeschäfte sind.⁴⁶⁾

³⁹⁾ Darüber ist gestritten worden; allein der obige Satz erscheint jetzt anerkannt; Goldschmidt Not. 13; Anschütz-Völderdorff S. 27; R.O.H.G. Bd. 5, S. 210 z. A.

⁴⁰⁾ R.Genoss.-Ges. vom 4. Juli 1868, § 11; vgl. auch R.Ges. vom 19. Mai 1871.

⁴¹⁾ Goldschmidt Not. 13a. Vgl. über das österr. Recht Z. f. H.R. Bd. 19, S. 483; R.O.H.G. Bd. 6, S. 199.

⁴²⁾ S. darüber Anschütz-Völderdorff Bd. 1, S. 38 ff.

⁴³⁾ Fremde Rechte und Entstehung der Rubrik im H.G.B. s. Goldschmidt § 54, Not. 1.

⁴⁴⁾ S. darüber und über die Arten der Kommission unten Buch 3, Abschn. 6.

⁴⁵⁾ Goldschmidt Not. 3; Laband Z. f. H.R. Bd. 9, S. 460. R.O.H.G. Bd. 14, S. 188.

⁴⁶⁾ So gewiss richtig v. Sicherer, Genoss.-Gesetzgeb. S. 125; Goldschmidt Not. 4b.

Handelsgeschäft soll sein die Uebernahme der Kommission von Seiten des Kommissionärs. Dazu gehört im Verhältniss zum Kommittenten natürlich auch die Ausführung des Auftrags als Erfüllung der durch die Uebernahme begründeten Verpflichtung. Die Geschäfte, welche der Kommissionär in Ausführung des Auftrags mit Dritten abschliesst und die häufig auch Kommissionsgeschäfte genannt werden, gehören nicht hieher. Ob sie Handelsgeschäfte sind, bestimmt sich nach den sonstigen Rubriken; eine Prüfung, die freilich, da die betreffenden Personen dem Art. 4 zufolge Kaufleute sind, nach Art 274 sehr erleichtert erscheint.⁴⁷⁾ Ebenso ist es eine Frage für sich, ob bei dem Geschäft, um dessen Uebernahme es sich hier handelt, auch die Bestellung oder Auftragserteilung Handelsgeschäft ist. Die gewerbemässige Uebernahme aber ist Handelsgeschäft, gleichviel ob der Auftraggeber ein Kaufmann ist, oder nicht. Denn auch der von einem Nichtkaufmann ertheilte Auftrag bezweckt Ausführung eines Handelsgeschäfts.⁴⁸⁾

B. Ebenso wie zu A verhält es sich mit dem Geschäft, d. h. der Uebernahme, des **Spediteurs**, d. h. desjenigen, der den Transport von Gütern durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen verspricht.⁴⁹⁾ Auch hier ändert sich nichts darum, weil der Auftrag etwa von einem Nichtkaufmann ertheilt wird.⁵⁰⁾

C. Es gehören hierher ferner die Geschäfte, d. h. die **Transportverträge**, durch welche in gewerblicher Uebung

1. ein **Frachtführer**, sei es ein Einzelner, sei es eine Gesellschaft,⁵¹⁾ die Ausführung eines Transports übernimmt. Nach der Definition des Frachtführers in Art. 390 ist nur der Transport von Gütern und nur derjenige, welcher zu Lande, auf Flüssen oder Binnengewässern stattfindet, verstanden. Der Gütertransport zur See fällt unter Art. 271 Nr. 4. Der Umfang des Begriffs „Frachtführer“ muss im Uebrigen an anderer Stelle⁵²⁾ näher entwickelt werden. Hier ist nur zu erwähnen, dass die Unterscheidung von grösserem oder kleinerem Betrieb, auf der Art. 10 beruht, für Art. 272 Nr. 3 nicht in Betracht kommt.⁵³⁾

2. Sodann die Geschäfte, welche zur **Beförderung von Personen eine dazu bestimmte Anstalt** eingeht.⁵⁴⁾ Der Transport von Passagieren zur See fällt wieder als objektives Handelsgeschäft unter Art. 271 Nr. 4. Hier ist also nur von dem Personentransport zu Lande oder auf Binnengewässern zu reden. Allein nicht von demjenigen, der von irgend Jemand gewerbemässig betrieben wird. Der Begriff des Frachtführers in der Allgemeinheit, wie er nach Art. 390 für

⁴⁷⁾ Anschütz-Völderndorff S. 36. — S. auch Laband a. a. O. S. 433 ff.

⁴⁸⁾ Laband a. a. O. S. 460.

⁴⁹⁾ S. über dessen Begriff Art. 379. 389 und unten Buch 3, Abschn. 6. — Also gehört nicht hieher Besorgung des Transports von Personen. Ueber sog. Annoncen- oder Inseratenspedition s. R.O.H.G. Bd. 1, S. 207; Bd. 4, S. 134; Bd. 12, S. 213; sie ist nicht Kommission.

⁵⁰⁾ Goldschmidt Not. 7 gegen Gaeris, Centralorg. N. F. Bd. 7, S. 285.

⁵¹⁾ Z. B. Packetbeförderungsgesellschaft; R.O.H.G. Bd. 9, S. 89.

⁵²⁾ S. unten Buch 3, Abschn. 7. Vgl. Endemann H.R. § 153, Not. 4; Goldschmidt Not. 14—21. — Ueber die Post, Telegraphie und Eisenbahn s. unten Nr. 3.

⁵³⁾ R.O.H.G. Bd. 12, S. 196.

⁵⁴⁾ Denn so ist korrekter der Schluss des Art. 272, Nr. 3 zu lesen.

den Gütertransport existirt, ist für den Personentransport nicht aufgestellt. Es muss eine dem Personentransport gewidmete Anstalt sein. Damit hat das Gesetz neben kaufmännischem Betrieb auf grösseren Umfang desselben hindeuten, den gewöhnlichen Lohnkutscher ausscheiden wollen.⁵⁵⁾ Mithin gehören jedenfalls hieher die lediglich oder zugleich⁵⁶⁾ mit der Beförderung von Personen befassten Eisenbahnen, auch Pferdeisenbahnen, Dampfschiffs-, grössere Fuhrunternehmungen,⁵⁷⁾ Omnibus- und Droschkenanstalten.⁵⁸⁾ Dass zum grossen Theil nur sorgfältiges Ermessen im einzelnen Fall entscheiden kann, ob eine Anstalt von solchem Charakter, woraus dann die Kaufmannseigenschaft folgt, vorhanden ist, versteht sich von selbst.⁵⁹⁾ Der Name der Anstalt kann natürlich nicht maassgebend sein.⁶⁰⁾

3. Besonderer Erwähnung bedürfen noch die **Geschäfte der Post, Telegraphenanstalt und Eisenbahn.**

a. Die Post ist entweder Reichs- oder Landespostverwaltung.⁶¹⁾ Ihre Personenbeförderungsgeschäfte sind zweifellos nach Art. 272 Nr. 3 Handelsgeschäfte; was freilich nur für die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen Bedeutung hat, da das H.G.Buch spezielle über den Personentransport nicht enthält.⁶²⁾ Als Handelsgeschäfte müssen ferner die Gütertransportgeschäfte der Post gelten, wozu auch der Transport von Geldbriefen zu rechnen.⁶³⁾ Daran ändert sich auch nichts durch Art. 421, welcher verordnet, dass die Bestimmungen des H.G.Buchs Art. 390 bis 420 über das Frachtgeschäft nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Gesetze oder Verordnungen für die Post ein Anderes verfügen.⁶⁴⁾ Diese blos subsidiäre Geltung jener Vorschriften ist durchaus kein Grund, der Güterbeförderung der Post schlechthin den Charakter des Handelsgeschäfts zu versagen.⁶⁵⁾ Dasselbe gilt von den sonstigen Geschäften, welche die Post macht durch die Postanweisungen, Postvorschüsse, Postmandate u. s. w.⁶⁶⁾ Der Gegengrund, dass die Post keine auf Gewinn berechnete, sondern eine lediglich zum gemeinen Nutzen betriebene Staatsunternehmung sei,⁶⁷⁾ erscheint

⁵⁵⁾ v. Hahn zu Art. 272 § 14.

⁵⁶⁾ Neben dem gewerbemässigen Gütertransport, der sie schon zu Kaufleuten macht. Anschütz-Völderndorff S. 38, Not. 28 ff.

⁵⁷⁾ Vgl. Z. f. H.R. Bd. 6, S. 546.

⁵⁸⁾ Z. f. H.R. Bd. 6, S. 555; Arch. Bd. 1, S. 185, 218; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 583. Anschütz-Völderndorff S. 38, Nr. 2.

⁵⁹⁾ S. über einige Merkmale v. Hahn, Not. 17.

⁶⁰⁾ S. auch Noack, Arch. Bd. 2, S. 28.

⁶¹⁾ R.Verf. Art. 48, 50. Laband, Staatsrecht des d. Reichs Bd. 2, § 71.

⁶²⁾ Goldschmidt Not. 41.

⁶³⁾ R.O.H.G. Bd. 12, S. 315.

⁶⁴⁾ S. bes. Postges. vom 28. Okt. und 4. Nov. 1871 und Postordnung vom 18. Dezember 1874.

⁶⁵⁾ Darüber ist schon viel gestritten worden; s. die Nachweise bei Goldschmidt Not. 38. Das R.O.H.G. Bd. 12, S. 314 spricht sich nicht bestimmt aus.

⁶⁶⁾ Vgl. über diese Endemann H.R. § 160, Not. 60 ff.

⁶⁷⁾ S. Goldschmidt Not. 42a; s. auch Arch. Bd. 36, S. 202. Dies ist denn doch die Sache etwas zu idealistisch angesehen.

nicht als durchschlagend. Die Beförderung von Briefen muss, auch wenn sie nicht Werthbriefe sind, als Frachtgeschäft betrachtet werden.⁶⁸⁾ Der Brief ist immerhin ein Sachgut, mithin keine Ursache, die Definition der Post als Frachtführerin und damit die Anwendbarkeit des Art. 272 Nr. 3 für ausgeschlossen zu halten.⁶⁹⁾ In diesem Sinne hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen.⁷⁰⁾ Ein eigenes Geschäft bildet endlich noch der Zeitungsdebit, der ebenfalls als Handelsgeschäft zu gelten hat, wenn die Post Kaufmannseigenschaft besitzt.⁷¹⁾

b. Von den **Telegraphenanstalten** lässt sich nicht dasselbe sagen. Wenn auch ihre Arbeitsleistung in Betreff der Depeschen als Beförderung oder Transport bezeichnet werden kann,⁷²⁾ so ist es doch keine Beförderung von Sachengütern. Mithin erscheint der Begriff des Frachtführers nach dem Wortlaut des Art. 390 auf sie nicht anwendbar und folglich der Uebernahme solcher Beförderung Art. 272 Nr. 3 verschlossen,⁷³⁾ so nahe es auch liegen mag, die Telegraphenanstalten mit anderen Transportanstalten auf eine Stufe zu stellen.

c. Für die **Eisenbahnen**, auch die des Staates kommen nach Art. 421 die Bestimmungen des H.G.Buchs über das Frachtgeschäft zur Anwendung, ferner die in Art. 422 bis 431 enthaltenen. Wenn nun auch bezweifelt werden mag, ob das H.G.Buch die Eisenbahnen direkt für Frachtführer oder deren Betrieb für gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften erklärt,⁷⁴⁾ so steht doch fest, dass die Uebernahme der Güter- und Personenbeförderung derselben vom H.G.Buch ergriffen wird. Demnach kann kein Bedenken obwalten, sie als Kaufleute zu behandeln und ihre gewerbemässigen Frachtgeschäfte des Güter- und Personentransports unter Art. 272 Nr. 3 zu stellen. Da nun auch der Staat gewerbemässig Handelsgeschäfte treiben kann, so erscheint auch auf die Staatseisenbahnen und deren Geschäfte Art. 272 Nr. 3 anwendbar.⁷⁵⁾

IV. Die Vermittlung oder Abschliessung von Handelsgeschäften für andere

⁶⁸⁾ Unbestimmt R.O.H.G. Bd. 12, S. 316. Für diese Ansicht Anschütz-Völdern-dorff Bd. 1, S. 40; Puchelt S. 16; Endemann § 160. S. über den Streit um die Kaufmannseigenschaft im Allgem. Goldschmidt Not. 38.

⁶⁹⁾ Goldschmidt Not. 27, 28 scheidet die Nachrichtenbeförderung und damit die Briefpost ganz aus; vgl. Not. 39, 40, bemerkt aber Not. 39, dass die Beförderung von Drucksachen und Zeitungen allerdings Frachtgeschäft sei. Die Exemplifikation auf gewerbemässige Briefboten bei Not. 38 ist vergeblich, da es solche nach dem Postges. § 1 nicht mehr geben kann.

⁷⁰⁾ R.O.H.G. Bd. 17, S. 127; Arch. Bd. 36, S. 309, unter Bezugnahme auch auf R.O.H.G. Bd. 12, S. 311.

⁷¹⁾ S. darüber ausführlich die Entsch. des R.O.H.G. Arch. Bd. 36, S. 309.

⁷²⁾ Endemann H.R. § 162.

⁷³⁾ Goldschmidt Not. 28 gegen Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 40.

⁷⁴⁾ Goldschmidt bei Not. 31.

⁷⁵⁾ v. Hahn zu Art. 5 Not. 5; Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 40; Endemann § 161, Not. 2; R.O.H.G. Bd. 3, S. 405; Bd. 12, S. 311; Bd. 15, S. 35. — S. Goldschmidt Not. 37 auch über die abweichenden Ansichten Einiger.

Personen; ⁷⁶⁾ jedoch mit Ausscheidung der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler. ⁷⁷⁾ Das H.G.Buch bringt die amtlich bestellten Handelsmäkler und die Privathandelsmäkler in Gegensatz. Auch den letzteren ist der volle Gewerbebetrieb freigegeben. ⁷⁸⁾ Die Vermittlung und Abschliessung der Geschäfte Seitens der Handelsmäkler aber innerhalb ihres amtlichen Geschäftskreises wird von dem H.G.Buch überhaupt nicht als Gewerbebetrieb, sondern als Ausübung einer öffentlichen, gleichsam amtlichen Funktion angesehen. Ihre Vermittlungs- und Abschliessungsthätigkeit wird von diesem Standpunkt aus in den Art. 66 ff. geregelt. ⁷⁹⁾ Demgemäss sind denn auch die Handelsmäkler in der Ausübung ihrer Berufsthätigkeit nicht Kaufleute. Indessen erscheint damit noch keineswegs ausgemacht, ob nicht die Uebernahme des Auftrags, der Mäklervertrag, zu dessen Erfüllung die Berufsthätigkeit geübt wird, als gewerbemässiges Handelsgeschäft derselben zu gelten hat. Darauf weist die Analogie der Nr. 1—3 des Art. 272 hin. Auch der Handelsmäkler übernimmt mit Gewinnabsicht; und erst die Ausführungsthätigkeit der Vermittlung und Abschliessung ist „amtliches“ Geschäft, nicht der rein private Mäklervertrag. ⁸⁰⁾

Dies muss auch festgehalten werden, soweit es sich um die Thätigkeit der Handelsmäkler ausser ihrer Amtssphäre und die der Privathandelsmäkler handelt. Was Handelsgeschäft sein soll, ist nicht die Vermittlung und Abschliessung der für den Auftraggeber angestrebten Geschäfte zwischen diesem und einem Dritten, aus der allerdings für den Handelsmäkler auch Rechtsbeziehungen zu dem Dritten entstehen. ⁸¹⁾ Was allein in Art. 272 für Handelsgeschäft erklärt wird, ist das Vermittlungsgeschäft, die Uebernahme des Auftrags gegen Entgelt. ⁸²⁾

A. Die übernommene Aufgabe muss bestehen entweder in dem Vermitteln, oder in der Abschliessung von Geschäften für Andere, oder in beidem. ⁸³⁾

1. Vermitteln ist durch eigene Thätigkeit das Zustandekommen eines Geschäfts befördern und herbeiführen. ⁸⁴⁾ Dazu gehört auch möglicherweise schon die Ertheilung von Nachweisen über Person, Gegenstand, Gelegenheit behufs Ermöglichung eines Geschäftsabschlusses. ⁸⁵⁾

⁷⁶⁾ S. über die fremden Rechte u. die Entstehung dieser Rubrik Goldschmidt § 55, Not. 1.

⁷⁷⁾ S. über diesen Begriff unten Buch 3, Abschn. 6.

⁷⁸⁾ Art. 84; vgl. Goldschmidt § 55, Not. 8.

⁷⁹⁾ Anschütz-Völd. Bd. 2, S. 41; Goldschmidt Not. 10; gegen Blodig, Arch. Bd. 3, S. 58. — S. über die amtlichen Pflichten Endemann H.R. § 104, III ff. Anders im französ. Recht; s. Goldschmidt Not. 11. Ueber verbotene Geschäfte der Puschmäkler s. R.O.H.G. Bd. 15, S. 393 ff.

⁸⁰⁾ Endemann § 165.

⁸¹⁾ Art. 81; vgl. Endemann § 105, Not. 9. 10.

⁸²⁾ Anschütz-Völd. S. 39, IX z. A. Goldschmidt nach Not. 2. — Dies hätte korrekter in Nr. 4 ausgedrückt werden können.

⁸³⁾ Wie namentlich bei Agenten; Anschütz-Völd. Bd. 2, S. 40.

⁸⁴⁾ Goldschmidt § 55, I z. A.; v. Hahn, Bd. 1, S. 248 § 1; R.O.H.G. Bd. 4, S. 413; Bd. 7, S. 104.

⁸⁵⁾ Z. f. H.R. Bd. 8, S. 186; Anschütz-Völd. zu Art. 272, Not. 38. — S. über Abschluss eines Vertrags mit dem Rheder behufs Vermittlung des Auswanderer-Passagetrags Arch. Bd. 39, S. 115.

2. **Abschliessung für einen Andern** ist Zustandebringen des Geschäfts in Stellvertretung, wozu leicht der Auftrag mit dem der Vermittlung verbunden ist. Abschliessung für einen Anderen in eigenem Namen fällt als Kommission unter Art. 272 Nr. 3.⁸⁶⁾

B. Die Vermittlung oder Abschliessung muss auf ein **Handelsgeschäft gerichtet** sein,⁸⁷⁾ ein absolutes oder relatives,⁸⁸⁾ ein- oder zweiseitiges.⁸⁹⁾ Es gehört also hieher die Vermittlung von Frachtverträgen mit einem Frachtführer,⁹⁰⁾ die der Auswanderungs-,⁹¹⁾ Dienst- und Stellennachweisungsbureaus, die gegen Entgelt das Engagement von Handlungsgehilfen vermitteln,⁹²⁾ Beschaffung oder Unterbringung von Darlehnskaptialien für Kaufleute.⁹³⁾ Dagegen ist nicht Handelsgeschäft die Vermittlung des An- und Verkaufs von Immobilien,⁹⁴⁾ die Versicherung auf Gegenseitigkeit,⁹⁵⁾ die Theateragenturen-,⁹⁶⁾ Heirathsvermittlungen, sowie jede andere Vermittlung von Nichthandelsgeschäften, wenn sie nicht von einem Kaufmann, und das ist auch der gewerbemässige Vermittler von Handelsgeschäften, nach Art 273 geschieht.

C. Hiernach gehören zu den Gewerbetreibenden, auf welche Art. 272 Nr. 4 passt, wie aus dem Obigen erhellt, zunächst die **Mäkler**. Sodann auch **Versteigerer**, welche durch ihre Thätigkeit für Andere Verkauf oder Lieferung an den Meist- oder Mindestbietenden vermitteln oder abschliessen.⁹⁷⁾ Die Versteigerung wird mitunter auch den Mäklern zugewiesen.⁹⁸⁾ Ferner die **Agenten**. Unter diesem nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch keineswegs sicheren Begriff, über den das H.G.B. nichts Näheres enthält,⁹⁹⁾ sind hier keinesfalls die im Geschäft des Prinzipals zur Vermittlung und Abschliessung von Geschäften

⁸⁶⁾ v. Hahn zu Art. 272 § 16. Doch macht Anschütz-Völd. S. 40 mit Recht darauf aufmerksam, dass öfter auch diese Vermittler Kommissionäre genannt werden. Vgl. über den Uebergang zur Kommiss. im französ. Recht R.O.H.G. Bd. 15, S. 394.

⁸⁷⁾ Anders im französ. Recht; Goldschmidt Not. 27.

⁸⁸⁾ v. Hahn § 17; Anschütz-Völd. S. 40.

⁸⁹⁾ R.O.H.G. Bd. 23, S. 10.

⁹⁰⁾ Mit der sich auch Dienstmannsinstitute befassen; Goldschmidt Not. 31.

⁹¹⁾ R.O.H.G. Bd. 15, S. 17.

⁹²⁾ Gesindebureaus gehören nicht hieher; vgl. Art. 65.

⁹³⁾ S. Art. 273; Goldschmidt Not. 29; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 603; v. Hahn Not. 27.

⁹⁴⁾ S. unten § 17, III C. 2. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 589. Arch. Bd. 9, S. 144; Bd. 19, S. 28. 29; Bd. 31, S. 301; s. dagegen R.O.H.G. Bd. 10, S. 428; Bd. 16, S. 1 u. Nr. 77, wonach sie doch auf Grund des Art. 274 Handelsgeschäft werden kann, u. über diese Goldschmidt Not. 28.

⁹⁵⁾ Vgl. oben § 14, Not. 92.

⁹⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 15, S. 287.

⁹⁷⁾ Goldschmidt Not. 16. Das H.G.B. erwähnt sie nicht besonders, wie mehrere fremde Rechte thun.

⁹⁸⁾ Den Handelsmäklern gesetzlich überwiesen nach H.G.B. Art. 311. 343 u. a., nach Preuss. E.G. Art. 9, § 3; Bayer. Art. 33; Würtemb. Art. 28 u. a. gestattet. Ob insoweit die Handelsmäkler dann als Kaufleute erscheinen können (vgl. oben bei Not. 79), s. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 125.

⁹⁹⁾ Warum, s. Goldschmidt Not. 21.

als Gehülfen Angestellten zu verstehen,¹⁰⁰⁾ sondern nur diejenigen, welche daraus ein selbständiges Gewerbe machen, dass sie die Vermittlung, im Interesse des Auftraggebers,¹⁰¹⁾ oder als Stellvertreter die Abschliessung von Handelsgeschäften übernehmen.¹⁰²⁾ Dazu gehören nicht blos solche, welche ein bestimmtes Etablissement oder Bureau haben, wie die Agenten verschiedener Arten von Versicherungs- und anderen Gesellschaften,¹⁰³⁾ die Kommissionäre des Buchhandels¹⁰⁴⁾ u. a., sondern auch reisende oder wandernde Agenten, nicht alle, aber manche sog. Provisionsreisende,¹⁰⁵⁾ Subskribentensammler oder Kolporteurs des Buchhandels¹⁰⁶⁾ u. a. Der Name ist auch hier durchaus nicht entscheidend. So können ausser Kommissionären und Kommissionsbureaus auch Güterschaffner, Bestätter, Schiffsprokureure, sog. Geschäftsbureaus u. s. w. hieher gehören.¹⁰⁷⁾

V. Die Verlags-, Buch- und Kunsthandels-, sowie die Druckereigeschäfte,¹⁰⁸⁾ d. h. diejenigen Geschäfte, welche ein Verleger, Buch- oder Kunsthändler, oder ein Druckereibesitzer gewerbemässig und daher in Gewinnabsicht übernimmt. Darauf weist die Analogie der Nr. 1—4 des Art. 272 hin. Die Geschäfte, welche behufs der Ausführung des Verlags u. s. w. abgeschlossen werden, sind von der Uebernahme begrifflich zu trennen. Sie erscheinen nicht auf Grund des Art. 272 Nr. 5, sondern auf Grund des Art. 273, weil und insofern sie zum Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen werden, als Handelsgeschäfte. Demgemäss sind

A. Verlagsgeschäfte im eigentlichen Sinn diejenigen, durch welche gewerbemässig der Verleger die Vervielfältigung und die Verbreitung eines literarischen Produkts, wozu auch Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag gehört,¹⁰⁹⁾ oder eines Kunstprodukts übernimmt.¹¹⁰⁾ Das Uebernehmen, die Entreprise erfolgt meist durch Vertrag mit dem Autor oder dem sonstigen Urheberrechtsinhaber. Ob das Verlagsgeschäft aus der Initiative des letzteren hervorgeht,

¹⁰⁰⁾ R.O.H.G. Bd. 7, S. 301; Arch. Bd. 36, S. 175.

¹⁰¹⁾ R.O.H.G. Bd. 10, S. 361; und nicht, wie die Handelsmäkler nach Art. 81 im beiderseitigen Interesse der Parteien. — Unterscheidung vom Kommissionär s. Arch. Bd. 37, S. 344.

¹⁰²⁾ Ueber den Umfang der Vollmacht dazu s. Goldschmidt Not. 22 a bis 23.

¹⁰³⁾ Mit Unterscheidung, ob sie blosse Gehülfen oder Handlungsbevollmächtigte, oder selbständige Kaufleute sind. S. darüber viel Material bei Goldschmidt Not. 26; Puchelt S. 570 ff.

¹⁰⁴⁾ v. Hahn Not. 33; Goldschmidt § 56, Not. 18. Arch. Bd. 36, S. 316.

¹⁰⁵⁾ Goldschmidt § 55, Not. 28.

¹⁰⁶⁾ Goldschmidt § 57, Not. 20.

¹⁰⁷⁾ v. Hahn § 18. — Unterscheidung von Agenten und Agenturen s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 610.

¹⁰⁸⁾ Ueber die Entstehung dieser umfassenden Rubrik in Art. 272 Nr. 5, die in den meisten fremden Rechten fehlt, s. Goldschmidt § 56, Not. 1—4.

¹⁰⁹⁾ S. über diesen Arch. Bd. 14, S. 416; Bd. 18, S. 393; Bd. 22, S. 254; Z. f. H.R. Bd. 6, S. 554; Bd. 13, S. 634; R.O.H.G. Bd. 14, S. 23.

¹¹⁰⁾ Das „Uebernehmen“ ist zu betonen, nicht das Anschaffen des Verlagsrechts. Anschütz-Völd. S. 43, Nr. 1; v. Hahn zu Art. 272 § 19, Nr. 1a; Goldschmidt S. 643.

oder aus der des Verlegers, der möglicherweise sogar den Autor engagirt, das Werk erst zu produziren, ist für den Begriff dieses Geschäfts gleichgültig.¹¹¹⁾ Indessen kann auch Verlag existiren, die auf Vervielfältigung und Verbreitung gerichtete Thätigkeit als Verlag erscheinen, wenn ein Urheberrecht an dem Produkt nicht oder nicht mehr besteht, und sogar, wenn sie unbefugter Nachdruck ist. Auch Selbstverlag kann die Eigenschaft eines kaufmännischen Verlegers begründen, falls er gewerbemässig geübt wird.¹¹²⁾

Ist vermöge der gewerbemässigen Uebung die Eigenschaft eines Verlegers-Kaufmanns begründet, dann erscheinen alle Behufs des Verlags von ihm geschlossenen Geschäfte, Bestellungen und Anschaffungen jeder Art, die zur Ausführung des Verlags erforderlich sind, sowohl von Arbeitsleistungen, z. B. eines Redakteurs, der Korrektur, als von Sachenmaterial, als Handelsgeschäfte. Von den Meisten werden diese Vervielfältigungs- und Verbreitungsverträge, obwohl sie erst auf Grund des Art. 274 zu Handelsgeschäften werden, den Verlagsgeschäften des Art. 272 Nr. 5 beigezählt.¹¹³⁾ Beiderlei Ausführungsgeschäfte, Vervielfältigung und Verbreitung kann der Verleger ebensogut selbst besorgen, als mittels Vertrag durch Andere besorgen lassen.¹¹⁴⁾

Bestellung irgend eines zum Verlag an sich geeigneten Produkts lediglich zum eigenen Gebrauch ist kein Handelsgeschäft, weil dies keine der Uebernahme in Spekulationsabsicht ist; und der Vertrag über Aufführung eines musikalischen oder dramatischen Werks nicht, weil solche keine Vervielfältigung und Verbreitung im Sinne des Verlags ist.¹¹⁵⁾

B. Sonstige Geschäfte des Buch- und Kunsthandels sind alle die Geschäfte, durch die Sortiments- und Kunsthändler gewerbemässig ihre Anschaffungen¹¹⁶⁾ bewirken und die auch schon nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte sein können, sowie, zusammentreffend mit Art. 273 Abs. 2, deren gewerbliche Veräusserungen an andere Händler oder Konsumenten. Dasselbe gilt von den Antiquaren und Antiquitätenhändlern.¹¹⁷⁾ Es gehören auch hierher in demselben Sinn die Uebernahme und Ausführung des Kommissionsvertriebs,¹¹⁸⁾ die sich auch mit Besorgung des Drucks verbinden kann. Dagegen gehören nicht hieher die Geschäfte der Leihanstalten, sofern sie nicht als Nebengeschäfte

¹¹¹⁾ Goldschmidt Not. 8.

¹¹²⁾ Goldschmidt Not. 10—12.

¹¹³⁾ Anschütz-Völd. S. 45, Nr. 2. 3. v. Hahn § 19, Nr. 1, b u. c; Goldschmidt S. 644.

¹¹⁴⁾ Anschütz-Völd. a. a. O. Not. 44. 45.

¹¹⁵⁾ Aber doch nach Analogie des Verlagsvertrags zu beurtheilen. R.O.H.G. Bd. 12, S. 319; vgl. auch Bd. 15, S. 182. 193. 285.

¹¹⁶⁾ Fest oder à condition; s. Endemann § 173, III B.

¹¹⁷⁾ v. Hahn § 20. Unterscheidung derselben von Trödlern s. Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 79 Not. 25 (vgl. Art. 10).

¹¹⁸⁾ v. Hahn Not. 46; Goldschmidt Not. 9. — Nicht zu verwechseln mit der buchhändlerischen Kommission der Not. 104.

von einem Buch-, Musikalien- oder Kunsthändler betrieben werden, wo dann Art. 274 einschlägt.¹¹⁹⁾

C. Die Geschäfte der Druckereien, d. h. die Uebernahme des Drucks in irgend welcher Gestalt, der Erzeugnisse des Buch- oder Kunsthandels hervorbringt. Photographische Vervielfältigung wird dem gleichzustellen sein.¹²⁰⁾ Die Anschaffungen, welche behufs der Ausführung des Druckereiunternehmens gemacht werden, sind wieder nur Handelsgeschäfte nach Art. 273.

Die Uebernahme des Drucks ist aber nur unter der Voraussetzung Handelsgeschäft nach Art. 272 Nr. 5, dass der Betrieb kein **blos handwerksmässiger** ist. Das Kleingewerbe wird also ausgeschlossen.¹²¹⁾ Ob Gross- oder nur Handelsbetrieb ist konkrete Frage. Eine Vermuthung¹²²⁾ für den einen oder den andern, die auf die Beweislast Einfluss hätte, gibt es nicht.¹²³⁾

§ 16.

bb. Handelsgeschäfte abhängig von der Kaufmannseigenschaft.

Die Kaufmannseigenschaft des Art. 4 hat zur Folge, dass gewisse oder alle Geschäfte, welche von einer damit bekleideten Person abgeschlossen werden, als Handelsgeschäfte zu beurtheilen sind.¹⁾ Kaufmann ist der Einzelne, die offene oder Kommanditgesellschaft, welche Handelsgeschäfte treiben, jede Aktien-, Kommanditaktiengesellschaft und eingetragene Genossenschaft. Für manche Geschäfte sind die nachfolgenden Rubriken gleichgültig, weil sie vielleicht auch schon unter anderem Titel als Handelsgeschäfte, absolute oder relative, erscheinen.

I. Um der Kaufmannseigenschaft willen gelten noch Art. 272 Abs. 2 alle Geschäfte, von deren gewerbemässiger Uebung Art. 272 in der Nr. 1—5 spricht, auch wenn sie **vereinzelt von einem Kaufmann**, wiewohl dessen Betrieb gewöhnlich auf derartige Geschäfte nicht gerichtet ist, **gemacht werden**, als Handelsgeschäfte.²⁾ Nur von der vereinzelt Uebung der in Nr. 1—5 aufgezählten Geschäfte ist die Rede;³⁾ diese wird aber zum Handelsgeschäft, nicht **blos**, wo die Kaufmannsqualität durch gewerbemässigen Betrieb eines der unter Nr. 1—5 berührten Geschäftszweige, sondern auch da, wo sie durch den Betrieb sonstiger Handelsgeschäfte irgend einer Art begründet ist. Es liegt

¹¹⁹⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 48; Goldschmidt Not. 21, 22.

¹²⁰⁾ Goldschmidt Not. 25; Arch. Bd. 13, S. 44. Verhältniss eines photogr. Ateliers zu dem Begriff der Manufaktur s. Arch. Bd. 23, S. 11.

¹²¹⁾ Ueber den Begriff des **blos handwerksmässigen** Betriebs s. oben Not. 16 ff.

¹²²⁾ Eine solche stellt nur die Sächs. Ausf.V.O. vom 30. Nov. 1861, § 43 auf; nemlich für **blos handwerksmässigen** Betrieb, wenn er nur mit einer Person stattfindet.

¹²³⁾ Arch. Bd. 31, S. 301.

¹⁾ Dabei ist zu erwähnen, dass die Einf.-Gesetze allerdings theilweise das Kriterium verwischen, indem sie eine Reihe der auf Handelsgeschäfte der Kaufleute bezüglichen Bestimmungen auch auf Nichthandelsgeschäfte der Nichtkaufleute ausdehnen. S. die Zusammenstellung bei v. Hahn Vorbemerk. III zu H.G.B. Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2—4.

²⁾ S. über die Entstehung des Art. 272, Abs. 2. Goldschmidt § 51, Not. 2.

³⁾ v. Hahn zu Art. 272, Not. 53; auch über die generalisirende Bestimmung im Brem. Einf.-Ges. § 29.

also ein Handelsgeschäft nicht bloß vor, wenn ein Fabrikant des Art. 272 Nr. 1, sondern auch wenn ein gewerbemässig sonst nur Lieferungen unternehmender Kaufmann (des Art. 271 Nr. 2) ein Frachtgeschäft oder ein Verlagsgeschäft unternimmt. Dies ist der Sinn der Worte: „im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Geschäfts.“ Keineswegs bedarf es des Nachweises, dass das ungewöhnliche Geschäft um des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes willen geschlossen worden sei. Nach Art. 274 wird die Zugehörigkeit zum Geschäft des Kaufmanns bis auf den Gegenbeweis, dass das Geschäft überhaupt gar nicht für das Handelsgewerbe, sondern z. B. für das Privat- oder Hausbedürfnis geschlossen sei, präsumiert. Ein solcher Gegenbeweis kann aber nicht mehr Platz greifen, wo das wenn auch nur vereinzelt Geschäft schon an sich nach Art. 272, Nr. 1—5 als zum Handelsbetrieb geeignet anzusehen ist.⁴⁾ Am wenigsten ist der Ausdruck „im Betrieb des Handelsgewerbes“ dahin zu deuten, dass das vereinzelt ungewöhnliche Geschäft doch irgendwie nachweisbar Bezug auf das von dem Kaufmann gewöhnlich betriebene Handelsgewerbe haben und in dessen Bereich fallen müsse.⁵⁾

Ist einmal kaufmännischer Betrieb da, so ist er ein abstrakt unbegrenzter, der jedes, wenn auch nach seinem konkreten Zweck noch so fern liegendes Geschäft in seinen Bereich zieht.⁶⁾

II. Handelsgeschäfte sind ferner alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.⁷⁾ So Art. 273 Abs. 1. Aus Abs. 2 und 3 erhellt, dass unter „allen einzelnen“ nicht etwa bloß vereinzelt, sondern auch gewerbemässig geübte Geschäfte zu verstehen sind. Die Bestimmung trifft überhaupt auch Geschäfte, die ohnehin schon absolute Handelsgeschäfte nach Art. 271 sind; wird aber immerhin auch für diese bedeutsam, da, wo sie ein Kaufmann vornimmt, nicht weiter nach der Wiederveräußerungsabsicht, welche Art. 271 erheischt,⁸⁾ gefragt zu werden braucht. Sie umfasst an sich nicht minder auch solche Geschäfte, die schon nach Art. 272 Abs. 2 den Charakter von Handelsgeschäften haben, bei denen also nach den besonderen Voraussetzungen des Art. 273 Abs. 3 nicht mehr zu fragen ist.⁹⁾

Voraussetzung des Art. 273 Abs. 1 ist die Zugehörigkeit des einzelnen Geschäfts, wie der Ausdruck „seines“ lehrt, zu dem konkreten Handelsgewerbe des

⁴⁾ Goldschmidt § 51, Not. 4. R.O.H.G. Bd. 4, S. 53; Bd. 12, S. 369. Es genügt, s. das. Bd. 7, S. 363, wenn das Geschäft als überhaupt zum Betrieb gehörig angesehen werden kann.

⁵⁾ v. Hahn zu Art. 272, § 23.

⁶⁾ S. auch unten III A.

⁷⁾ Entstehung s. Goldschmidt § 57, Not. 1, 2. Zu beachten die Polemik in Not. 2 a. E. zu Gunsten der im Folgenden darzulegenden Auffassung wider die abweichende Ansicht v. Kräwell's u. A.

⁸⁾ S. oben § 14, I C.

⁹⁾ v. Hahn zu Art. 273, § 4. S. auch R.O.H.G. Bd. 3, S. 142; Bd. 17, S. 3. — Ueber die Klassifizierung der hierher gehörigen Geschäfte in Realisationsveräußerungen und Hülfsgeschäfte s. Goldschmidt Not. 2 a ff. und Thöl § 34 gegen v. Hahn § 5, welcher diese Eintheilung mit Recht verwirft.

Kaufmanns.¹⁰⁾ Es muss also untersucht werden, wie der bestimmte Handelsbetrieb des Kaufmanns beschaffen ist, namentlich welchen Umfang er hat, welche Art von Geschäften, welche Objekte u. s. w.¹¹⁾ er nach der erklärten Absicht oder den thatsächlichen Umständen ergreift. Alle Geschäfte, welche in Verfolgung des hiernach gegebenen kaufmännischen Unternehmens, zur Ausführung, Erleichterung oder Sicherung des fraglichen Betriebs dienen, gehören hieher. Indessen erleichtert sich der Beweis der Zugehörigkeit sehr durch Art. 274 Abs. 1. Und zu seinem Gewerbe gehören auch jedenfalls, wie nach Art. 272 Abs. 2 angenommen werden muss, die vereinzeltten Geschäfte des Art. 272 Nr. 1—5, die ein Kaufmann vornimmt.¹²⁾

Als Hauptbeispiele werden in Art. 273 Abs. 2 angeführt:

A. gewerbliche, d. h. innerhalb des konkreten Gewerbebetriebs sich bewegende¹³⁾ Weiterveräußerung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren, beweglichen Sachen oder Werthpapiere. Die Weiterveräußerung¹⁴⁾ muss zum Gegenstande haben Waaren, bewegliche Sachen oder Werthpapiere;¹⁵⁾ und zwar solche, die zu diesem Zweck angeschafft sind. Es handelt sich also um die Realisirung der Absicht, durch welche die Anschaffung nach Art. 271 Abs. 1 zum Handelsgeschäft wird. Bei dieser Wechselwirkung der Begriffe, Anschaffung und Weiterveräußerung ist es freilich immer sonderbar, dass jene absolutes, diese nur, wenn sie von einem Kaufmann geschieht, Handelsgeschäft sein soll.¹⁶⁾

Aehnlich verhält es sich mit der Beschränkung in § 273 Abs. 3. Handelsgeschäfte sind nicht die Weiterveräußerungen von Handwerkern in ihrem Handwerksbetrieb, während doch ihre Anschaffungen zum Zweck der Weiterveräußerung nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte sind.¹⁷⁾ Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten hat nicht absolut der Kleinbetrieb, wohl aber der Kleinbetrieb der Handwerker mit ihren Kunden, der in Veräußerung besteht, ausgeschlossen werden sollen; nicht blos wenn es sich um von ihnen selbst produzierte, sondern auch wenn es sich um die von ihnen aus angeschafftem Stoff gefertigten und sogar wenn es sich um von ihnen fertig angeschaffte Sachen handelt; gleichviel auch, ob die Veräußerung im offenen Laden, oder wo sonst geschieht.¹⁸⁾ Auf die Unsicherheit des Begriffs des Handwerkers gegenüber dem des Fabrikanten,

¹⁰⁾ S. auch v. Hahn Vorbemerk. II zu Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2, § 2.

¹¹⁾ S. über die bestimmenden Momente v. Hahn § 2 z. A. — Rein thatsächliche Feststellung; R.O.H.G. Bd. 21, S. 253.

¹²⁾ Nur die vereinzeltten Geschäfte, welche nicht schon wegen Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäfte sind, werden von Art. 273 Abs. 1 berührt. Für diese ist allerdings nöthig, dass sie in den Rahmen des gewöhnlichen, konkreten Gewerbebetriebs fallen.

¹³⁾ v. Hahn § 6. Dieser Begriff ergibt sich ohne Weiteres aus dem Zusammenhang mit Abs. 1. S. dagegen Goldschmidt Not. 8; Anschütz-Völderndorff S. 48.

¹⁴⁾ S. über deren Begriff oben § 14, Not. 44. Ueber die Behandlung dieser Rubrik in den fremden Rechten und in den Vorarbeiten zum H.G.Buch Tit. Goldschmidt Not. 5.

¹⁵⁾ S. über die Definition dieser Objekte oben § 14, I. B.

¹⁶⁾ Goldschmidt Not. 6. — Vgl. Arch. Bd. 24, S. 358. — Dass der Absatz der Lotterieloose an die Spieler für den Kollekteur Handelsgeschäft sein soll, s. § 14, Not. 43.

¹⁷⁾ Zur Kritik s. Thöl § 34, Not. 3.

¹⁸⁾ Anschütz-Völderndorff S. 51, Nr. 4.

den auch Art. 10 aufstellt, ist oben bereits hingewiesen worden.¹⁹⁾ Wie die Weiterveräußerung des Handwerksbetriebs,²⁰⁾ so ist auch die Anschaffung von Zuthaten oder Werkzeugen desselben, da hier die Absicht der Weiterveräußerung fehlt, kein Handelsgeschäft, sondern höchstens die Anschaffung des Rohstoffs.²¹⁾

B. Die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen. Hier handelt es sich um Geschäfte, die nicht unmittelbar das Ziel des Gewerbebetriebs bilden, sondern zur Ausführung des letzteren geschlossen werden; sei es häufig, vielleicht sogar regelmässig, sei es vereinzelt.

Der Begriff der Anschaffung²²⁾ ist nicht ganz derselbe wie in Art. 271 Nr. 1.²³⁾ Denn da es nicht auf Absicht der Weiterveräußerung ankommt, sondern Absicht der Benutzung genügt, ist hieher auch die Anschaffung durch Miethe zu rechnen.²⁴⁾ Als Gegenstand wird genannt Alles, was Geräte ist, d. h. was zur Errichtung oder zum Betriebe des Geschäfts dient;²⁵⁾ ferner Material, also der Roh- oder sonstige Stoff, welcher bei dem Geschäftsbetrieb in irgend einer Weise, als Hauptsache oder Zuthat, gebraucht wird. Welchen Umfang die Anschaffung hat, ist gleichgültig. Zu den beweglichen Sachen gehören auch Geldstücke und Werthpapiere, Banknoten, Wechsel u. dgl.²⁶⁾ Es muss die Absicht obwalten, und zwar bei der Anschaffung,²⁷⁾ die Gegenstände unmittelbar bei dem Betriebe des Gewerbes zu benutzen, d. h. sie entweder mit Erhaltung der Integrität, wenigstens im Wesentlichen, zu brauchen, oder zu verbrauchen; d. h. sie so zu brauchen, dass sie, wenn auch nicht gerade mit völliger Zerstörung, in der früheren Weise nicht mehr brauchbar sind, oder nicht mehr existiren. Den Gegensatz bildet der Gebrauch zur Befriedigung der Bedürfnisse des Kaufmanns ausserhalb des Geschäftsbetriebs, in seinem Haushalt u. dgl. Das Wort „unmittelbar“ deutet darauf hin, dass eben der Zweck des Gebrauchs im Gewerbebetrieb von Anfang an der Anschaffung zu Grunde liegen muss.²⁸⁾ Ob innerhalb des Gewerbebetriebs die Anschaffung demselben direkt oder indirekt dient, macht keinen Unterschied. Daher gehört auch die Anschaffung

¹⁹⁾ Vgl. Anschütz-Völderndorff S. 49, Nr. 1. Goldschmidt § 46, Not. 9 ff. — Alle sog. Feststellungen haben nur konkreten Werth. S. solche z. B. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 562, 563; Arch. Bd. 32, S. 269; Bd. 39, S. 188.

²⁰⁾ Z. f. H.R. Bd. 11, S. 107. Arch. Bd. 5, S. 242; R.O.H.G. Bd. 4, S. 241; Bd. 7 S. 237.

²¹⁾ S. oben § 14, I. C.

²²⁾ Ueber die Unklarheit des französ. Rechts s. Goldschmidt Not. 17.

²³⁾ S. oben § 14, I. A.

²⁴⁾ Arch. Bd. 17, S. 79; Bd. 21, S. 103.

²⁵⁾ Zahlreiche Beispiele s. bei Brinckmann, Arch. f. adv. Prax. Bd. 32, S. 390 ff. Goldschmidt Not. 18 ff. — Arch. Bd. 7, S. 186; Bd. 13, S. 28, 182; Bd. 17, S. 42; Bd. 18, S. 206, 442 ff.; Bd. 22, S. 467. Auch Beschaffung von Zeichnungen, Plänen u. s. w. Arch. Bd. 39, S. 115.

²⁶⁾ Vgl. oben § 14, I. B. 1—3.

²⁷⁾ Vgl. oben § 14, I. C.

²⁸⁾ v. Hahn § 7 a. E. R.O.H.G. Bd. 11, S. 341; s. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 589.

zur Verwendung auf Immobilien hieher, wenn diese zu den Betriebsmitteln des kaufmännischen Gewerbes dienen.²⁹⁾

Neben Abs. 2, der nur Beispiele enthält, liegt noch ein weiter Kreis von Geschäften der Anschaffung, die durch Abs. 1 in Verbindung mit Art. 274 zu Handelsgeschäften werden. Anschaffung von Immobilien, wenn auch für den Handelsgewerbebetrieb, bleibt ausgeschlossen.³⁰⁾ Dagegen gehört noch hieher namentlich die Anschaffung von Arbeitskräften aller Art, die Verträge mit Handlungsgehülfen, Prokuristen und allen sonstigen Personen, die zu handelsmässigen Diensten³¹⁾ in dem kaufmännischen Geschäft engagirt werden.³²⁾ Unzweifelhaft sind diese Handelsgeschäfte.³³⁾ Ebenso das Eingehen einer Handelsgesellschaft³⁴⁾ oder auch einer Gelegenheitsgesellschaft, das zum Zwecke des Gewerbebetriebs, namentlich um diesem grössere Ausdehnung zu geben, stattfindet;³⁵⁾ folglich dann auch die Auseinandersetzung der Gesellschaften.³⁶⁾ Es gehören ferner zu den Handelsgeschäften die Bürgschaften, Garantien, Deckungen, die der Kaufmann im Handelsbetrieb gibt oder nimmt;³⁷⁾ das Geben und Nehmen einer Zahlung, das Zahlungsgeschäft im ausgedehntesten Sinn;³⁸⁾ ferner das Nehmen und Geben einer Versicherung,³⁹⁾ die Aufnahme von Darlehn,⁴⁰⁾ Geben

²⁹⁾ Anders bei Anschaffung von Waaren u. s. w. für Eisenbahnbau, da dieser kein Handelsbetrieb ist. Arch. Bd. 26, S. 201.

³⁰⁾ S. auch unten § 17, II.

³¹⁾ Ob der Charakter dieser Dienste vorhanden, bedarf oft besonderer Prüfung; s. z. B. über Engagement eines Ingenieurs Z. f. H.R. Bd. 20, S. 577. — Ueber Handwerks- gesellen und Fabrikarbeiter s. Goldschmidt Not. 24 a; über andere R.O.H.R. Bd. 11, S. 56, 387; Bd. 14, S. 19.

³²⁾ Ueber die fremden Rechte Goldschmidt s. Not. 24.

³³⁾ R.O.H.G. Bd. 6, S. 195; Bd. 11, S. 57, 387; Bd. 14, S. 50. — Eine Reihe von Fällen verschiedenster Art s. bei Goldschmidt Not. 24 a. E. S. das. auch über den unberechtigten Zweifel, der daraus entstanden war, dass die meisten Einf.-Ges. die betr. Rechtsverhältnisse nur als Handels-sachen bezeichneten.

³⁴⁾ Gründung einer Aktienges. s. R.O.H.G. Bd. 20, S. 198; Vereinigung zu einem H.Geschäft Bd. 17, S. 397.

³⁵⁾ S. über die fremden Rechte und über die Vertretung dieses allg. Satzes gegen v. Hahn § 8, Not. 13 die Ausführung von Goldschmidt Not. 26. Vgl. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 562. — Annahme eines stillen Gesellschafter s. v. Hahn Not. 14; R.O.H.G. Bd. 10, S. 262; Eingehen einer Gelegenheitsgesellschaft R.O.H.G. Bd. 3, S. 142; Bd. 8, S. 47; Bd. 13, S. 312; Arch. S. 18, S. 257; Bd. 25, S. 377.

³⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 11, S. 368; Berechnung aus d. Ges. Bd. 7, S. 57.

³⁷⁾ S. darüber v. Hahn zu Art. 281 § 8, und ausführlich (unter Berücksichtigung der fremden Rechte) Goldschmidt Not. 27. Die Handelsgeschäftseigenschaft ist keineswegs ohne Weiteres mit der des zu deckenden Geschäfts gegeben und ebensowenig lediglich von der Kaufmannseigenschaft des Leistens abhängig. Vgl. R.O.H.G. Bd. 13, S. 108; Bd. 15, S. 388; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 584; Arch. Bd. 32, S. 372; Bd. 33, S. 337; Bd. 35, S. 318. — Anerkennungsvertrag s. R.O.H.G. Bd. 17, S. 168; Bd. 18, S. 351; Verzichtleistung das. Bd. 16, S. 351; Uebernahme einer Agentur das. Bd. 23, S. 148.

³⁸⁾ R.O.H.G. Bd. 23, S. 143. — Dass die Zahlung ein wahres Vertragsgeschäft ist, s. Endemann H.R. § 124.

³⁹⁾ Auch auf Gegenseitigkeit, s. oben § 14, III B.

⁴⁰⁾ Goldschmidt Not. 29. R.O.H.G. Bd. 7, S. 226.

und Nehmen von Wechseln, Beauftragung eines Kommissionärs oder Mäklers, Zahlungsgeschäfte aller Art,⁴¹⁾ Hingabe zur Bearbeitung⁴²⁾ u. s. w. Hervorzuheben ist noch die Uebernahme eines bestehenden Geschäfts,⁴³⁾ sammt der dazu etwa nöthigen Auseinandersetzung;⁴⁴⁾ desgleichen Erb-, Sozietätstheilung und Auseinandersetzung; auch Pachtübernahme. Die Uebernahme der Vorräthe kann schon Handelsgeschäft nach Art. 291 Nr. 1 sein.⁴⁵⁾ Auch Erwerb von Patentrechten.⁴⁶⁾ Ueberall sind diese Hülfsengeschäfte Handelsgeschäfte, auch wenn sie nur zur Ausführung solcher Geschäfte dienen, welche der Kaufmann ausserhalb seines gewöhnlichen Geschäftsbetriebs, gelegentlich vornimmt.⁴⁷⁾ Denn auch diese sind nach Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäfte und gehören zu seinem Gewerbebetrieb.⁴⁸⁾

III. Durch eine Präsumtion, welche Art. 274 aufstellt,⁴⁹⁾ wird der nach manchen Richtungen hin schwierige Beweis, dass ein Geschäft Handelsgeschäft sei, erspart oder erleichtert. Dieselbe ergänzt zunächst den Art. 273 Abs. 1, bezieht sich aber auch auf Art. 271 und 272.⁵⁰⁾ Sie macht allgemein hin den Nachweis jeder besonderen Voraussetzung, von der sonst die Handelsgeschäftseigenschaft abhängt, wie den Nachweis der Absicht der Weiterveräußerung nach Art. 271 Nr. 1, oder der Gewerbemässigkeit oder Uebung im Betriebe des Geschäfts nach Art. 272, überflüssig, sofern die Kaufmannseigenschaft zur Zeit des Geschäftsabschlusses feststeht.⁵¹⁾ Sie gilt für und gegen den Kaufmann.⁵²⁾ Die Präsumtion hat eine zweifache Richtung.

A. Die Verträge, welche ein Kaufmann schliesst, sind nach Art. 274 Abs. 1 im Zweifel als zum Betrieb des⁵³⁾ Handelsgewerbes gehörig anzusehen. Unter Verträgen sind auch Rechtsgeschäfte wie Geschäftsführung, Zahlung, Tra-

⁴¹⁾ S. die reiche Zusammenstellung bei Goldschmidt Not. 30—39.

⁴²⁾ Vgl. oben § 15, I; während die Uebernahme unter Art. 272 Handelsgeschäft ist.

⁴³⁾ Goldschmidt Not. 40. Anschütz-Völderdorff Bd. I, S. 45. — Mithin auch die Fusion von Aktiengesellschaften, welche eine Uebernahme ist. Endemann H.R. § 66, II; Renaud, Recht der Aktienges. S. 805.

⁴⁴⁾ Z. B. bei Auflösung und Uebernahme eines Gesellschaftsgeschäfts. R.O.H.G. Bd. 11, S. 368.

⁴⁵⁾ Goldschmidt Not. 41.

⁴⁶⁾ Goldschmidt Not. 44.

⁴⁷⁾ Goldschmidt Not. 14, 15 und die dort cit. Entsch. des R.O.H.Gerichts.

⁴⁸⁾ Vgl. oben I. a. E. u. II; Transportgeschäfte R.O.H.G. Bd. 17, S. 126. Vermittl. von Grundstücksverkäufen Bd. 16, S. 1, 307; Anstellung von Gehülfen Bd. 17, S. 149.

⁴⁹⁾ Entstehung s. Goldschmidt § 58, Not. 1; v. Hahn zu Art. 274, Not. 4.

⁵⁰⁾ v. Hahn a. a. O. bezieht Art. 274 nur auf Art. 273, mithin nur auf das konkrete Handelsgewerbe. Vgl. oben Not. 7 ff.

⁵¹⁾ R.O.H.G. Bd. 11, S. 264; Bd. 15, S. 28.

⁵²⁾ Anschütz-Völderdorff S. 54, III; Goldschmidt Not. 2 und über dolos. Verleitung zur Unterstellung dieser Eigenschaft Not. 10. — Bei der einmal existent gewordenen Aktien-, Kommanditaktiengesellschaft und Genossenschaft steht die Eigenschaft von selbst fest. Dass Art. 274 auch für die Gewerbefrau gilt, s. R.O.H.G. Bd. 23, S. 400.

⁵³⁾ Dass das Wort „das“ keinen andern Sinn haben soll, als das im Entw. erster Lesung vorfindliche „seines“, weist v. Hahn zu Art. 274, Not. 4 gegenüber R.O.H.G. Bd. 4, S. 51 nach.

dition, Annahme oder Empfang, Offerten u. dergl. zu verstehen; ⁵⁴⁾ die Vermuthung tritt ein „im Zweifel“, greift also nicht Platz, wenn sich zweifellos ergibt, dass der Vertrag oder das Rechtsgeschäft nach seiner Natur oder seinem Gegenstande ⁵⁵⁾ überhaupt kein Handelsgeschäft sein kann, ⁵⁶⁾ oder nicht zum Handelsgewerbebetrieb gehört; wie dies der Fall bei Geschäften, die sichtlich nur auf die Familie, den Haushalt u. dgl. Bezug haben. ⁵⁷⁾ Die Vermuthung bringt nichts weiter zu Wege, als die Annahme der Zugehörigkeit zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns. Dabei ist wieder zu berücksichtigen, dass dieses auch nach der Art des Betriebs ungewöhnliche und vereinzelt Geschäfte nach Art. 272 Abs. 2 und Art. 273 umfassen kann. Ihrer rechtlichen Bedeutung nach ist die Vermuthung nur eine einfache, die so lange wirkt, bis sie durch Nachweis, dass nach ausdrücklicher Erklärung oder aus den Umständen erkennbar das Geschäft ausserhalb des Handelsbetriebs abgeschlossen worden sei, zerstört wird. ⁵⁸⁾ Förmlicher Gegenbeweis ist nicht erforderlich, da das Gegentheil schon aus den Umständen gefolgert werden kann. ⁵⁹⁾ Den Nachweis zu führen, kann nicht blos der Kaufmann, sondern möglicherweise auch der andere Kontrahent, dem eine Erkundigungspflicht angesichts der gesetzlichen Vermuthung nicht obliegt, Veranlassung haben.

B. Die Schuldscheine, welche ein Kaufmann zeichnet, gelten nach Art. 274 Abs. 2 als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegentheil ergibt. ⁶⁰⁾ Schuldscheine sind alle Schrifturkunden, öffentliche und private, aus denen das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit hervorgeht; einerlei, ob diese eine rein einseitige, oder mit einer Gegenleistung in Wechselwirkung stehende, eine auf einem bestimmt angegebenen Schuldgrund beruhende oder formal-abstrakte, eine primäre oder subsidiäre ⁶¹⁾ ist. Es gehören hieher namentlich Wechsel, Ausstellung, Accept, Giro derselben, Verpflichtungsscheine, ⁶²⁾ Konnossemente, Lade-, Lagerscheine, Darlehns- und Depositen-

⁵⁴⁾ R.O.H.G. Bd. 2, S. 44. S. über Bürgschaft Bd. 9, S. 173; Anerkennung Bd. 17, S. 169; Gründungsgeschäfte Bd. 20, S. 199; selbst Schenkung nicht unbedingt ausgeschlossen Bd. 16, S. 185; Anwendbarkeit auf die Geschäfte des off. Gesellschafters für die Gesellschaft Bd. 16, S. 380; Bd. 18, S. 227. Anwaltskostenbeitreibung Z. f. H.R. Bd. 20, S. 609. — Zusendung, bzw. An- und Abnahme unter Kaufleuten in Erwartung, dass ein Kaufvertrag zu Stande komme, als Handelsgeschäft s. R.O.H.G. Bd. 10, S. 236. Leihe Bd. 19, S. 352; Zurückforderung aus einem Handelsgeschäft Arch. Bd. 34, S. 312.

⁵⁵⁾ Namentlich weil es Immobilien betrifft; R.O.H.G. Bd. 10, S. 244; Bd. 14, S. 51, s. oben auch Bd. 16, Nr. 77.

⁵⁶⁾ Goldschmidt Not. 4.

⁵⁷⁾ Goldschmidt Not. 5.

⁵⁸⁾ Arch. Bd. 31, S. 295.

⁵⁹⁾ R.O.H.G. Bd. 4, S. 51; Bd. 20, S. 400; jetzt selbstverständlich, da nach der R.Civ.Proz.Ord. förmlicher Gegenbeweis überhaupt nicht mehr existirt, s. Endemann, der d. Civ.Proz. Bd. 2, S. 65, und nach § 259 ders. doch freie Beweisprüfung herrscht. — Vgl. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 591—593.

⁶⁰⁾ S. über die Entstehung dieses Satzes Goldschmidt Not. 11.

⁶¹⁾ Goldschmidt Not. 14 b. — Ueber Bürgschaftsschein s. R.O.H.G. Bd. 20, S. 400.

⁶²⁾ R.O.H.G. Bd. 8, S. 431; Endemann H.R. § 95, III C. Vgl. R.O.H.G. Bd. 20, S. 402.

scheine u. dgl.; nicht aber Quittungen, so nahe es liegt, sie ebenso zu behandeln.⁶³⁾ Unterzeichnung oder Stempelung, die derselben gleichsteht, mit der Firma ist nicht absolut erforderlich; die Vermuthung wird nicht ausgeschlossen, wenn der Schein mit dem bürgerlichen Namen erfolgt ist.⁶⁴⁾ Indessen kann die Nichtbenutzung der Firma als Argument dafür dienen, dass der Schein nicht im Handelsbetrieb gezeichnet wurde.⁶⁵⁾ Umgekehrt ist der Gebrauch der Firma, zumal von Seiten eines Gesellschafters, das gewöhnliche Merkmal, dass für das Geschäft gehandelt worden ist.⁶⁶⁾ Die Wirkung der Präsuntion, die darin besteht, dass der Schuldschein als im Betriebe des Handelsgewerbes⁶⁷⁾ gezeichnet gilt, ist verschieden,⁶⁸⁾ je nach dem, wie es sehr wohl sein kann, und zwar nicht bloß bei Inhaber- und Orderpapieren, die Vollziehung der Urkunde den die Schuld begründenden Akt ausmacht, oder nach vorausgegangenem Vertragschluss des Beweises halber erfolgt. In ersterem Fall bedeutet die Vermuthung, dass das literale Rechtsgeschäft als zu dem Handelsgewerbe gehörig anzusehen ist, und es treten alle Wirkungen ein, die das H.G.Buch⁶⁹⁾ an die Unterzeichnung im Handelsbetriebe eines Kaufmanns knüpft. Im letzteren kann nur die Zugehörigkeit der Urkunde als Beweismittel zum Handelsgewerbe präsumirt werden. Ob das durch sie bewiesene Geschäft ein Handelsgeschäft ist, bleibt nach den sonstigen Regeln, mithin namentlich auch nach Art. 274 Abs. 1, also unter Zulassung eines jeden Nachweises des Gegentheils, der nach der Prozessart statthaft erscheint, zu beurtheilen. Die Folge der Präsuntion für die Urkunde als Beweismittel besteht nur in der Beurtheilung der Beweiskraft nach Handelsrecht, namentlich nach Art. 295.⁷⁰⁾ Allein dieser letztere ist aufgehoben.⁷¹⁾ Die besondere handelsrechtliche Beweiskraft hat überhaupt nach der Civilprozessordnung keine Bedeutung mehr und damit nach dieser Seite hin die Präsuntion ihren Werth verloren.

Im Interesse der Verkehrssicherheit⁷²⁾ wird eine Zerstörung der Präsuntion nur aus dem Inhalte der Urkunde selbst zugelassen. Der Nachweis kann sich insbesondere dahin erstrecken, dass der in der Urkunde bezeichnete Schuldgrund offenbar kein zu dem Handelsgewerbe gehöriger sei.⁷³⁾ Sobald dies nicht aus der Urkunde selbst erhellt, gibt es keinen Beweis, dass der Schuldgrund

⁶³⁾ Goldschmidt Not. 15.

⁶⁴⁾ R.O.H.G. Bd. 2, S. 43; Bd. 3, S. 367; Bd. 9, S. 174; Bd. 10, S. 210; Bd. 14, S. 210, 286; v. Hahn, Not. 12; Goldschmidt Not. 17.

⁶⁵⁾ R.O.H.G. Bd. 8, S. 42; Bd. 14, S. 286.

⁶⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 14, S. 211; vgl. Bd. 13, S. 287.

⁶⁷⁾ Ueber diesen Begriff gilt das oben unter A Bemerkte.

⁶⁸⁾ Wie v. Hahn § 5 mit Recht hervorhebt.

⁶⁹⁾ S. Art. 300, 301, 304.

⁷⁰⁾ v. Hahn Not. 7.

⁷¹⁾ Einf.Ges. zur Civ.Proz.Ord. § 17; Endemann, der d. Civ.Proz. Bd. 3, S. 589.

⁷²⁾ Goldschmidt Not. 19.

⁷³⁾ Goldschmidt Not. 12; Beispiele s. R.O.H.G. Bd. 2, S. 429; Bd. 4, S. 53; Bd. 12, S. 111; Bd. 14, S. 283; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 592 ff. Arch. Bd. 15, S. 161; Bd. 34, S. 314 u. a.

dem Handelsgewerbe fremd sei.⁷⁴⁾ Wenn die Schuldurkunde die Angabe eines Schuldgrundes nicht enthält, so ist für diesen Nachweis kein Raum; die Vermuthung der Handelsmässigkeit schlägt alsdann jedenfalls durch. Ausserdem aber erscheint es immerhin möglich, dass auch bei einem Schuldgrund, der nicht ausserhalb des Handelsgewerbes liegt, unter Umständen aus der Urkunde, z. B. aus der Art der Unterzeichnung⁷⁵⁾, dem Richter die Ueberzeugung begründet werden mag, dass der Schuldschein nicht im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet worden ist.

§ 17.

c. Geschäfte über Immobilien.

Der natürliche Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat, zumal auf den früheren Stufen des Verkehrslebens, zu einer verschiedenen wirtschaftlichen Auffassung und rechtlichen Behandlung dieser beiden Arten von Sachengut geführt.¹⁾ Demgemäss ist es ein allgemein anerkannter Grundsatz geworden, dass Immobilien nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sein, nicht Waare werden sollen.²⁾ Obwohl nun die thatsächlichen Erscheinungen der neuesten Zeit an der Richtigkeit und der Erhaltbarkeit desselben billig Zweifel erregen,³⁾ schliesst auch das H.G.Buch in Art. 275, hauptsächlich aus Rücksichten der Schonung des mit anderen Staatsinteressen verwachsenen Immobiliarrrechtes, die Verträge über Immobilien von dem Begriff der Handelsgeschäfte aus.⁴⁾ Der scheinbar sehr einfache und apodiktische Art. 275 bedarf aber, zumal nach der Auslegung, die er in der Judikatur erfahren hat, mancher Erläuterung und Beschränkung.⁵⁾

I. Welche Sachen Immobilien sind, bestimmt sich mangels jeder Definition im H.G.Buch nach dem Civilrecht. So auch namentlich, was zu dem Grund und Boden vermöge organischer oder mechanischer Verbindung als Zubehör und daher für unbeweglich gilt.⁶⁾ Immobilien sind ferner allerlei sog. Realrechte, unter denen je nach dem Civilrecht nicht blos dingliche Rechte, sondern auch Forderungen, sofern sie Reallastskarakter besitzen, gehören.⁷⁾ Forderungen

⁷⁴⁾ Goldschmidt Not. 13c und Z. f. H.R. Bd. 9, S. 23.

⁷⁵⁾ R.O.H.G. Bd. 8, S. 41.

¹⁾ Goldschmidt § 41, Not. 17. Thöl § 35.

²⁾ Ueber die fremden Rechte s. Goldschmidt das. Not. 18.

³⁾ Endemann H.R. § 1, Not. 7.

⁴⁾ Ueber die Einf.Ges. s. Goldschmidt Not. 18a; über die Entstehung des Art. 275, § 59, Not. 1; Roloff, Arch. Bd. 4, S. 184.

⁵⁾ Eine gute Uebersicht gibt Rebling, Arch. Bd. 31, S. 227 ff.

⁶⁾ v. Hahn zu Art. 275, § 1; Anschütz-Völderndorff zu Art. 275, II. Ueber das Civilrecht s. Goldschmidt § 59, Not. 3—5. Inwiefern Seeschiffe als Immobilien behandelt werden s. Goldschmidt § 60, Not. 8 und § 80, III. Ueber Kuxe s. dens. § 59, Not. 22.

⁷⁾ Ueber mancherlei Verschiedenheiten der deutschen und französ. Rechte s. Goldschmidt § 59, I 2. Thöl § 35, Not. 4, 5. — Ueber das preuss. Recht s. Roloff, a. a. O. S. 189.

sind sonst bewegliche Sachen; auch wenn sie durch Hypothek an Immobilien gesichert sind, insofern die Hypothek nur Accessorium der Forderung erscheint. Anders, wenn das Hypothekenrecht als alleiniger oder Hauptgegenstand in Betracht kommt.⁸⁾ Aktien, Obligationen einer Immobiliärunternehmung sind als solche stets unangesehen des Inhaltes der Forderung oder des Antheilsrechtes Werthpapiere, also Mobilien.⁹⁾ So auch Pfandbriefe.¹⁰⁾ Als bewegliche Sachen erscheinen ferner Urheber-, Patent-, Muster-, Firmenrechte u. dgl.

II. Die Bestimmung des Art. 275 ist nur auf solche Verträge zu beziehen, welche unmittelbar Immobilien zum Gegenstand haben.¹¹⁾ Dahin gehören die Geschäfte des Erwerbs oder der Veräußerung des Eigenthums,¹²⁾ der Pfandbestellung oder des Pfandrechterwerbs, der Einräumung oder des Erwerbs der Benutzung,¹³⁾ sei es zu dinglichem, sei es zu persönlichem Recht, sei es auch, um die unbewegliche Sache selbst, oder sei es um deren Produkte zu veräußern oder namentlich zu einem Gewerbebetrieb zu verwenden.¹⁴⁾ Alle solche Verträge können weder nach den Art. 271, 272, noch auch nach den Art. 273, 274, deren Anwendung sie gänzlich entzogen sind, Handelsgeschäfte sein.

Mithin ist die Anschaffung von Grund und Boden, von Bauerrain oder von Häusern auch dann nicht Handelsgeschäft, wenn dabei von vorn herein die Spekulationsabsicht, sie im Ganzen oder parzellirt weiter zu veräußern, obwaltet. Gleicherweise ist kein Handelsgeschäft die Veräußerung oder Wiederveräußerung,¹⁵⁾ die Verpfändung, die eine Art der Veräußerung ist, oder die Begründung von Grundschulden Seitens des Eigenthümers;¹⁶⁾ sodann die Pacht oder Verpachtung von Grundstücken, Gebäuden, Fabriken, Lagerräumen¹⁷⁾ u. dgl., wenn auch zum Zweck des Handelsbetriebs.¹⁸⁾ Ausleihen auf Hypothek kann Handelsgeschäft sein; nemlich wenn die Erlangung der Forderung als die Hauptsache und die Hypothek nur accessorisch zu deren Sicherung bestimmt erscheint,¹⁹⁾ nicht aber, wenn der Erwerb des Hypothekenrechts der Hauptzweck

⁸⁾ Das ist das Entscheidende; vgl. v. Hahn Not. 1. R.O.H.G. Bd. 2, S. 43; Bd. 5, S. 109; Bd. 7, S. 226.

⁹⁾ Endemann H.R. § 83, I; über Aktien insbes. s. auch § 56, Not. 9; Renaud, Recht der Aktienges. § 7.

¹⁰⁾ Goldschmidt Not. 10 a.

¹¹⁾ R.O.H.G. Bd. 10, S. 425; Bd. 12, S. 52; Bd. 16, S. 1, 307. — Roloff, Arch. Bd. 4, S. 184.

¹²⁾ Illation von Immobilien in eine Aktiengesellschaft s. Arch. Bd. 33, S. 306; Bd. 36, S. 55.

¹³⁾ Anschütz-Völderdorff Not. 5; v. Hahn § 3; Rebling S. 233.

¹⁴⁾ Goldschmidt Not. 22.

¹⁵⁾ S. über deren Begriff oben § 14, Not. 44. — Ueberlassung eines Antheils an einer Glashütte s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 596.

¹⁶⁾ Goldschmidt § 59, II.

¹⁷⁾ Vermiethung von Gastzimmern s. Goldschmidt Not. 13 a. E.

¹⁸⁾ v. Hahn Not. 4; Goldschmidt Not. 13 mit zahlreichen Nachweisen aus der Praxis. S. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 594; Arch. Bd. 34, S. 313; Rebling S. 234, Nr. 5.

¹⁹⁾ Anschütz-Völderdorff Not. 7; Goldschmidt Not. 10 c; R.O.H.G. Bd. 7, S. 226.

ist.²⁰⁾ Auch unter dem Titel einer Ausleihung kann es sich wesentlich um Ankauf des immobilien Hypothekenrechts handeln und dann liegt kein Handelsgeschäft vor. Andererseits versteht sich von selbst, dass die Cession oder Verpfändung einer hypothekarischen Forderung oder Grundschuld nicht unter Art. 275 fällt.²¹⁾ Von den Handelsgeschäften ausgeschlossen sind weiter die Verträge, durch welche die Ausnutzung, der Abbau u. dgl. von Grundstücken bezweckt wird, mag es auch auf förmlichen Handel mit den gewonnenen Produkten abgesehen sein.²²⁾ Es erhellt folglich, dass auch derjenige spekulationsweise An- oder Verkauf, oder die Erwerbung oder Vergebung pachtweiser Benutzung oder Ausnutzung von Grundstücken von Seiten einer Gesellschaft oder Vereinigung kein Handelsgeschäft ist,²³⁾ selbst dann nicht, wenn dergleichen von einer Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaft unternommen wird, die unbedingt Handelsgesellschaft ist. Dass auch der Gesellschaftsvertrag darum, weil das Unternehmen Immobilien zum Gegenstand hat, nicht Handelsgeschäft sei, lässt sich nicht behaupten.

Uebnahme von Bearbeitung oder Verarbeitung von Immobilien ist sicher kein Handelsgeschäft.²⁴⁾ Ebensowenig der Vertrag über die Herstellung unbeweglicher Bauten,²⁵⁾ also von Häusern, Wegen, Kanälen u. dgl. Zwar haben sich darüber in der Praxis mancherlei Zweifel gezeigt, allein Art. 275 will sie ausschliessen.²⁶⁾

Die Veräußerung von Produkten der Immobilien, von Feld-, Garten-, Bergbauerzeugnissen u. s. w. gehört nicht hieher. Sie ist nicht deshalb kein Handelsgeschäft, weil sie aus Immobilien kommen, sondern weil überhaupt die Veräußerungen der Produzenten keine Handelsgeschäfte sein sollen.²⁷⁾ Dagegen sind auch die bei der Gründung einer Aktiengesellschaft vorkommenden Immobiliengeschäfte nach Art. 275 zu beurtheilen.²⁸⁾

²⁰⁾ Vgl. aber oben Not. 10.

²¹⁾ R.O.H.G. Bd. 2, S. 44; Bd. 3, S. 154; auch nicht das Versprechen für eine Kreditgewährung Hypothek zu bestellen; das. Bd. 5, S. 108.

²²⁾ R.O.H.G. Bd. 13, S. 385; Keyssner zu Art. 275, Nr. 8. Dahin gehört Erwerb zur Abholzung, zur Ziegelfabrikation, zum Rübenbau u. dgl. Anders, wo nur die, sei es auch noch mit dem Boden verbundenen, Produkte gekauft werden. Arch. Bd. 32, S. 342; s. auch unten III A.

²³⁾ Rebling S. 233, Nr. 2; S. 234, Nr. 4.

²⁴⁾ Goldschmidt Not. 16.

²⁵⁾ Bauunternehmung nicht H.Geschäft s. Arch. Bd. 2, S. 153; Bd. 3, S. 361; Bd. 4, S. 365; Bd. 5, S. 343; Bd. 8, S. 397; Bd. 9, S. 134; Bd. 11, S. 329; Bd. 15, S. 400; Bd. 22, S. 47; Bd. 31, S. 215. Anders Anschaffung von Materialien, um sie dem Bauherrn zu veräußern; s. oben § 14, Not. 59 ff. — Vgl. aber auch unten Not. 37.

²⁶⁾ S. sehr ausführlich Goldschmidt Not. 17, 18; v. Hahn § 4. Thöl § 35, Not. 4; Rebling S. 235, Nr. 7. Uebnahme einer Pflasterung s. Arch. Bd. 32, S. 271; Bau einer Eisenbahn durch Vereinigung Mehrerer Bd. 34, S. 313.

²⁷⁾ S. oben § 14, Not. 10 ff.; R.O.H.G. Bd. 13, S. 385.

²⁸⁾ R.O.H.G. Bd. 20, S. 198 ff.

Von der Anschaffung beweglicher Sachen, die in Immobilien verwendet werden, ist bereits in anderem Zusammenhang gehandelt worden.²⁹⁾

III. Der Art. 275 ist nicht anwendbar:

A. wenn das Geschäft die zwar zur Zeit des Abschlusses noch mit dem Grund und Boden verbundenen, aber abzulösenden Erzeugnisse, die Früchte auf dem Halm, das Holz des Waldes u. s. w., im Gegensatz zu dem Ankauf oder der Pachtung des Grundstücks oder Waldes, betrifft.³⁰⁾ Dasselbe gilt von den einzelnen Theilen oder Materialien eines Gebäudes, das abgebrochen wird,³¹⁾ oder der beweglichen Ausbeute eines Bergwerks, einer Grube u. s. w. im Gegensatz der Abschaffung des Gebäudes selbst, des Bergwerks oder der Grube.³²⁾ Auch die Veräußerung aller solcher beweglich werdenden Erzeugnisse, Pertinenzen oder Bestandtheile von Immobilien kann Handelsgeschäft sein, soweit nicht der Satz entgegensteht, dass die Veräußerungen des Produzenten von dem Begriff ausgeschlossen sind.

B. Es wird ferner anerkannt, dass nicht deshalb, weil unter anderen beweglichen Vertragsgegenständen sich auch Immobilien befinden, etwa das Geschäft seine Eigenschaft als Handelsgeschäft verliert; vorausgesetzt, dass nicht die Immobilien als der Hauptgegenstand erscheinen. So bleibt namentlich der Vertrag über die Uebernahme eines Geschäfts auch dann Handelsgeschäft, wenn dazu Grundstücke oder Gebäude gehören.³³⁾

C. Viele Geschäfte haben zwar Bezug auf Immobilien, letztere bilden aber nicht deren unmittelbaren Gegenstand; und deshalb ist ihnen der Charakter des Handelsgeschäfts nicht versagt.³⁴⁾

1. Die Lieferung von Baumaterialien kann auch dann Handelsgeschäft sein,³⁵⁾ wenn sie der Unternehmer des Baues liefert; nemlich da, wo sie nicht bloß integrierender Bestandtheil der nicht als Handelsgeschäft geltenden Bauunternehmung,³⁶⁾ sondern als selbständiges An- und Verkaufsgeschäft neben der Herstellung des Baues erscheint;³⁷⁾ vorausgesetzt, dass der Unternehmer gewerbemässig dergleichen Materialien zur Weiterveräußerung anschafft, also in-

²⁹⁾ S. oben § 14, Not. 55 ff.

³⁰⁾ v. Hahn § 2 a. E. Goldschmidt Not. 25. Keyssner zu Art. 275, Nr. 7; Arch. Bd. 31, S. 42.

³¹⁾ Goldschmidt Not. 27, 28.

³²⁾ Goldschmidt Not. 26, R.O.H.G. Bd. 21, S. 73.

³³⁾ Goldschmidt § 57, Not. 42; Thöl § 35, Not. 8. R.O.H.G. Bd. 11, S. 150; Bd. 15, S. 102; Bd. 20, S. 200; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 596; Arch. Bd. 32, S. 271. Ebenso verhält es sich mit einer Realgerechtnahme; R.O.H.G. Bd. 15, Nr. 36.

³⁴⁾ Vgl. Arch. Bd. 36, S. 183. — Vgl. Puchelt, Arch. Bd. 8, S. 398; v. Kräwel, Arch. Bd. 40, S. 102 ff.

³⁵⁾ Nach Art. 271, Nr. 2, bzw. Art. 273, 274.

³⁶⁾ S. oben Not. 25.

³⁷⁾ v. Hahn S. 52 a. E. Anschütz-Völderndorff Not. 14; R.O.H.G. Bd. 13, S. 344. Keyssner zu Art. 271, Nr. 6; s. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573, 576; Arch. Bd. 32, S. 271; Bd. 36, S. 183. Was Goldschmidts Not. 18a dagegen sagt, hat nur die Bedeutung, dass man unter Umständen erst sorgfältig prüfen muss, ob ein eigenes Geschäft über die Materialien vorliegt.

sofern Kaufmann ist.³⁸⁾ Dass die Anschaffung von Baumaterialien von Seiten des Bauunternehmers oder eines Andern Handelsgeschäft ist, wenn die Absicht der Weiterveräußerung obwaltet, ergibt sich schon aus Art. 271 Nr. 1.³⁹⁾ Die Bestellung oder Anschaffung von Seiten dessen, der sie nicht weiter veräußern, sondern zum Bau oder sonst in Immobilien⁴⁰⁾ verwenden will, wird Handelsgeschäft nach den Art. 273, 274, wenn derselbe Kaufmann ist.⁴¹⁾ Keinenfalls benimmt die Absicht des Erwerbers, den Erwerbsgegenstand in Immobilien zu verwenden, der Veräußerung, welche Handelsgeschäft ist, diese Eigenschaft.⁴²⁾

2. Die Vermittlung von Verträgen über Immobilien durch Agenten, Kommissionäre, Mäkler ist nicht Handelsgeschäft;⁴³⁾ eben so wenig die Vereinigung zur Anschaffung oder Ausnutzung von solchen, aus der auch keine Handelsgesellschaft entsteht, da sie keine Handelsgeschäfte betreibt.⁴⁴⁾

3. Die Uebnahme einer Immobilierversicherung oder deren Beschaffung ist unter den Voraussetzungen der Art. 271 Nr. 3 oder 273, 274 Handelsgeschäft, da die Immobilien nicht der unmittelbare Gegenstand des Versicherungsgeschäftes ist.⁴⁵⁾

IV. Wo Art. 275 einschlägt, ist die Wirkung die, dass alle Rubriken der Handelsgeschäfte in den Art. 271 bis 274 unanwendbar sind; was freilich für diejenigen, die ohnehin schon ausdrücklich auf den Verkehr mit beweglichen Sachen beschränkt sind, wie Art. 271 Nr. 1, 273 Abs. 2, sich ohnehin versteht. Besonders wichtig ist, dass auch die Präsomtion des Art. 274 alsdann ausser Anwendung bleibt.⁴⁶⁾

Die weitere Folge besteht dann in der Unanwendbarkeit aller Bestimmungen des H.G.Buchs über die Handelsgeschäfte.

§ 18.

3. Die Handelssachen.

I. Der Umfang des Handelsrechts wird durch den Begriff der Handelsgeschäfte nicht erschöpft. Es gibt eine Reihe von Verhältnissen, welche nicht aus Handelsgeschäften entstehen und doch handelsrechtlicher Natur sind.¹⁾

³⁸⁾ Goldschmidt Not. 20 a erklärt dies für unmöglich. Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 568. — Rebling S. 238, Nr. 8 a. E.

³⁹⁾ S. oben § 14, Not. 61 ff.

⁴⁰⁾ Z. B. Gas- und Wasserleitungsröhren, um sie zu legen.

⁴¹⁾ Rebling S. 240, Nr. 16; Goldschmidt Not. 24; R.O.H.G. Bd. 13, S. 423. — Die Voraussetzung ist bei demjenigen z. B., der ein Gas- oder Wasserwerk betreibt, nicht vorhanden.

⁴²⁾ Nicht richtig Arch. Bd. 26, S. 48.

⁴³⁾ Rebling S. 235; Arch. Bd. 33, S. 289; vgl. oben § 14, III A u. IV B, bes. Not. 94.

⁴⁴⁾ R.O.H.G. Bd. 23, S. 131.

⁴⁵⁾ Goldschmidt Not. 30; v. Hahn § 5; Anschütz-Völderndorff S. 56. Rebling S. 239, Nr. 13.

⁴⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 12, S. 53.

¹⁾ Vgl. überhaupt v. Hahn zu Art. 1. Endemann § 5, Not. 39 ff.; Maassen Arch. Bd. 2, S. 240 ff. und ausführlich Goldschmidt § 43 a. Hier genügt es auf die Hauptpunkte hinzuweisen.

Eine nähere Definition dieses materiellrechtlichen Begriffs der Handelssachen, auf den Art. 1 des H.G.Buchs Bezug nimmt, findet sich in dem Gesetz nicht. Handelssache ist jedes Verhältniss, welches in dem Handelsrecht seine rechtliche Norm hat. Dahin gehört zunächst Alles, was in dem Handelsgesetzbuch selbst seine rechtliche Regelung empfängt; mithin ausser den dort den Gegenstand gesetzlicher Vorschrift bildenden Handelsgeschäften solche Dinge, wie das Gesellschaftsverhältniss, die Prokura, die Annahme und Führung der Firma, Buchführung der Kaufleute, Anmeldung zum Handelsregister u. dgl., oder wie Bürgschaft für eine Handelsschuld, Darlehn eines Kaufmanns, Accept aus Verpflichtungsscheinen und Anweisungen, Veräusserungen von Inhaberpapieren u. s. w.,²⁾ lauter Vorkommnisse, über die das H.G.Buch Bestimmungen enthält, ohne sie für Handelsgeschäfte zu erklären.³⁾

Allein das H.G.Buch enthält keine vollständige Kodifikation des Handelsrechts. Handelssache ist auch jedes Privatrechtsverhältniss, das nach sonst noch, ausser dem H.G.Buch, existirendem Handelsrecht zu erledigen oder zu beurtheilen ist. So wiederum sowohl Handelsgeschäfte, welche, wie die Versicherung mit Ausnahme der Seeversicherung, das Verlagsgeschäft u. a., in dem H.G.Buch keine Normirung erfahren haben, als auch andere Sachen, die nicht Handelsgeschäfte sind. Ausweislich des Art. 1 ist namentlich auch das Handelssache, was nach Handelsgebrauch zu beurtheilen ist.

Indessen erscheint überhaupt die Anwendbarkeit des Handelsrechts nicht als sicheres Kennzeichen. In Handelssachen kann nach Art. 1 auch das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen. Lässt sich daher der Begriff der Handelssache von der Wirkung her, die er auf die Rechtsanwendung äussert, nicht feststellen, wird vielmehr der Begriff vorausgesetzt, um daran die in Art. 1 bezeichnete Wirkung anzuknüpfen, so bleibt nichts übrig, als unter Handelssachen alle Privatrechtsverhältnisse⁴⁾ zu verstehen, die dem Handel angehören. Ist aber sonach auf den Begriff des Handels und der Handelsmässigkeit zurückzugreifen, dessen genaue rechtliche Abgrenzung mehr als schwierig erscheint, so ergibt sich von selbst, dass an eine kasuistische Aufzählung der Handelssachen in materiellrechtlichem Sinn nicht gedacht werden kann.⁵⁾

Einige Einführungsgesetze⁶⁾ führen beispielsweise gewisse Arten von Handelssachen an. Eine bestimmte Aufzählung liefert das Preussische Einf.-Gesetz Art. 2,⁷⁾ an das sich die Anhaltischen anschliessen. Handelssachen sind darnach die Rechtsangelegenheiten, welche eines der folgenden Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande haben:⁸⁾ 1) die Rechtsverhältnisse aus Handelsgeschäften

²⁾ H.G.B. Art. 281, 292, 300, 301, 302, 307.

³⁾ Goldschmidt Not. 20.

⁴⁾ Denn nur mit diesen hat man es hier zu thun. Goldschmidt Not. 5.

⁵⁾ v. Hahn zu Art. 1, § 4.

⁶⁾ So Württemberg und Mecklenburg; sowie auch nach der von Lutz bezeugten Absicht Bayern; s. v. Hahn § 5.

⁷⁾ S. auch Einf.V.O. vom 5. Juli 1867 für Schleswig-Holstein § 2 u. Einf.-Ges. für Lauenburg vom 21. Okt. 1868 § 2.

⁸⁾ S. über das Folgende v. Hahn § 6.

(Art. 271—273) zwischen den **Betheiligten**, wozu auch die gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechte, die vertragsmässig behufs Sicherung begründeter Rechtsverhältnisse aber nur, soweit Art. 273 einschlägt, die Bürgschaft, endlich, insofern Art. 281 Abs. 2 zur Anwendung kommt, gehören; 2) die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft,⁹⁾ auch der stillen und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nach Art. 266 oder zum Handelsbetrieb nach Art. 10, sowohl während des Bestehens, als nach der Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses, und das Rechtsverhältniss zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern. Unter diese Rubrik sind auch die Rechtsverhältnisse der Errichtung, zumal bei Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, zu rechnen; ferner die Rechte und Verbindlichkeiten des Aufsichtsraths, auch gegen Dritte, die Ausgabe der Aktien, Handeln für die Gesellschaft vor erfolgter Eintragung u. s. w. 3) Das Rechtsverhältniss aus dem Firmenrecht einschliesslich der Rechte wider unbefugten Gebrauch der Firma nach Art. 87. 4) Das Rechtsverhältniss aus Veräusserung eines bestehenden Handelsgeschäfts unter den Kontrahenten, einerlei ob die Veräusserung selbst Handelsgeschäft ist oder zugleich Immobilien betrifft. 5) Das Rechtsverhältniss zwischen dem Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen und dem Prinzipal, sowie zwischen einem Dritten und den ersteren aus deren Haftbarkeit nach Art. 55.¹⁰⁾ 6) Das Rechtsverhältniss aus den Berufsgeschäften des Handelsmäcklers, nicht des Privatmäcklers, zwischen ihm und den Parteien. Neben dem Handelsmäkler nennen manche Einf.-Gesetze noch Güterbestätter, Wäger, Messer und andere Personen, welche die Menge oder Güte der Waaren oder deren Verpackung für den Handelsverkehr öffentlich zu beglaubigen haben; ebenso Dispacheure.¹¹⁾ 7) Die Rechtsverhältnisse des Seerechts,¹²⁾ insbesondere die auf Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondenrheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und Haverei, Schadenersatz aus Zusammenstoss, Bergung und Hülfeleistung, sowie auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger bezüglichen.¹³⁾

Das Württembergische E.G. Art. 3 Nr. 7 erwähnt nach Hinterlegung und Veräusserung von beweglichen Sachen oder Werthpapieren kraft einer besonderen, nach dem H.G.Buch begründeten Befugniss oder Verpflichtung und das Bayerische

⁹⁾ Der offenen, der Kommandit-, der Aktienkommandit- und der Aktiengesellschaft, letztere beide in dem erweiterten Begriff nach dem Gesetz vom 11. Juni 1870. Die eingetragene Genossenschaft gehört nicht hieher, da sie zwar Kaufmann, aber nicht Handelsgesellschaft ist; s. Ges. v. 4. Juli 1868, § 11.

¹⁰⁾ Das Bayer. E.G. Nr. 4 erweitert die Rubrik auf alle in dem Gewerbe angestellte Beamte und Bedienstete; das Oesterr. nimmt nur das Gesinde aus. Bayer. E.G. Nr. 4 u. Würtemb. Nr. 5 dehnen objektiv den Schluss aus auf Handlungen, durch welche sich zwei Personen im Gewerbe des Prinzipals Dritten verantwortlich machen.

¹¹⁾ So Bayern, Oesterreich, Gotha, Württemberg.

¹²⁾ S. dazu Endemann, das deutsche Civilprozessrecht, Bd. 1, S. 110.

¹³⁾ Das Bayer. E.G. erweitert dies auf die Rechtsverhältnisse aus dem Verkehr zu Land oder auf Binnengewässern zwischen dem Frachtführer, Absender, Empfänger und anderen Betheiligten.

die Veräusserung solcher Dinge, die nach dem H.G.Buch ohne Klaganstellung auf einseitigen Antrag vom Gericht verfügt wird.¹⁴⁾

II. Schon diese materiellrechtlichen Bestimmungen der Einführungsgesetze haben mindestens zugleich den Zweck, als Grundlage für die Kompetenz der Handelsgerichte zu dienen. Eine grössere Zahl anderer Einführungsgesetze¹⁵⁾ verfolgt den letzteren Zweck ausschliesslich. Wenn besondere Handelsgerichte bestehen, wird es nothwendig, die vor dieselben gehörigen Sachen zu bezeichnen. Es gibt daher einen prozessrechtlichen Begriff der Handelssachen. Demgemäss führte auch das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 betreffend die Errichtung des Reichsoberhandelsgerichts in seinem § 13,¹⁶⁾ anschliessend an das Preussische Einführungsgesetz zum H.G.Buch Art. 2 und 47, diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf, für welche in letzter Instanz jener Gerichtshof zuständig sein sollte.¹⁷⁾

Auf die betreffenden Bestimmungen ist jetzt nicht mehr zurückzugehen. Nach dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 sind zwar keine besonderen Handelsgerichte eingesetzt worden, wohl aber ist den Landesjustizverwaltungen anheimgestellt, je nach Bedürfniss bei den Landgerichten, sei es an deren Sitz, oder auch ausserhalb derselben detachirt, als erste Instanz für solche Sachen, die nach § 70 des Gesetzes überhaupt zur landgerichtlichen Zuständigkeit und zu den im Folgenden aufzuzählenden Rubriken der Handelssachen zählen, eigene Kammern der Landgerichte für Handelssachen einzurichten. Eine ähnliche Trennung der Handelssachen findet innerhalb der Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht statt.

Die Handelssachen, welche zur Zuständigkeit der gedachten Landgerichtskammern gehören, werden in § 101 des G.V.Gesetzes aufgeführt.¹⁸⁾

Handelssachen sind darnach die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch die Klage¹⁹⁾ ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird

1. gegen einen Beklagten, der im Sinne des H.G.Buchs, gleichviel ob der Kläger Kaufmann ist, als Kaufmann erscheint, und zwar aus einem Geschäft, das für beide Kontrahenten Handelsgeschäft im Sinne des H.G.Buchs ist. Aus einem nur einseitigen Handelsgeschäft kann also nicht bei der Kammer für Handelssachen geklagt werden. In subjektiver Beziehung ist nicht die Kaufmannseigenschaft des Beklagten als Kontrahenten zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich seine Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Klagenerhebung massgebend.

¹⁴⁾ Ueber andere Punkte, deren Aufnahme noch angezeigt wäre, s. v. Hahn Not. 21.

¹⁵⁾ Zusammengefasst bei v. Hahn § 10.

¹⁶⁾ S. zur Erläuterung dess. Endemann Arch. Bd. 17, S. 89 ff.; Goldschmidt § 20, Not. 21 ff.

¹⁷⁾ Ueber die ferneren Erweiterungen der Zuständigkeit des R.O.H.Gerichts s. Endemann, H.R. § 5, Not. 52, 53; dazu weiter die R.Ges. vom 9. Januar 1876, § 16; vom 10. Januar 1876, § 9; vom 11. Januar 1876, § 14; vom 25. Mai 1877, §§ 32, 37.

¹⁸⁾ S. dazu Endemann, das deutsche Civ.-Proz.-Recht Bd. 1, S. 103 ff.

¹⁹⁾ Deren Beschaffenheit entscheidet allein.

2. Ferner die Klagen aus einem Wechsel im Sinne der D. W.O.²⁰⁾ nicht aus anderen wechselähnlichen oder Ordrepapieren. Auf die persönliche Eigenschaft des Klägers oder des Beklagten kommt nichts an.

3. Sodann die Klagen aus denjenigen Rechtsverhältnissen, welche das Preussische Einführungsgesetz Art. 2 unter Nr. 2—7 aufführte.²¹⁾ Eingeschoben sind jedoch unter Nr. 3 c die Klagen aus den Rechtsverhältnissen, die sich auf den Schutz der Marken nach dem R.Ges. vom 30. November 1874 und der Muster und Modelle nach dem R.Ges. vom 11. Januar 1876 beziehen.²²⁾

Die Kompetenzbestimmung des § 101 bezieht sich nur auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche als Handelssachen gelten sollen. Wo eine Landgerichtskammer für Handelssachen auf Grund des G.V.Gesetzes § 100 eingerichtet ist, erscheint sie in ihrem Sprengel für Handelsprozesse als Handelsgericht im Sinne des H.G.Buchs.²³⁾ Wo eine derartige Kammer fehlt, tritt die Civilkammer des Landgerichts an die Stelle der ersteren. Aber auch nur für die streitige Civilrechtspflege innerhalb der erstinstanzlichen landgerichtlichen Zuständigkeit. In der Berufungs- oder Beschwerdeinstanz existirt keine Trennung. Auch in Handelskammersachen geht das Rechtsmittel lediglich an die Civilkammer des Berufungsgerichts und die Kammer des Landgerichts für Handelssachen ist niemals Berufungs- oder Beschwerdegericht. Auch besteht bei dem Reichsgericht keine besondere Kammer für die Revisionen in Handelssachen. Indessen ist doch bei den Revisionen nach einer Richtung zu trennen. Wenn, was thatsächlich nur in Bayern geschehen, eine Landesregierung zur Verhandlung und Entscheidung der Revisionen ein oberstes Landesgericht bestimmt, so muss sie dennoch die Revisionen in den Sachen, welche seither zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts gehörten oder durch besondere Gesetze dem Reichsgericht überwiesen werden, diesem überlassen.²⁴⁾ Dies sind jedenfalls die Sachen, welche in erster Instanz vor die Handelssachenkammer des Landgerichts gehören; aber auch noch einige andere.²⁵⁾

Da es im Uebrigen keine Handelsgerichte mehr gibt, so ist, wo das H.G.Buch sonst vom Handelsgericht redet, namentlich für Akte, die nicht zu dem Prozessverfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, ebenso wie für Prozesse, die nach § 70 den Amtsgerichten zufallen, nunmehr durchweg blos noch von dem „gewöhnlichen Gericht“ zu reden. Welchen Gerichten insbesondere die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Führung des Handelsregisters u. s. w. zugewiesen ist, bestimmt dem Einführungsgesetz § 4 zum G.V.Gesetz zufolge das Landesrecht. Die Landesgesetzgebung kann dazu also ebensogut die Handelskammern wie die Civilkammern der Landgerichte benutzen, oder auch

²⁰⁾ Vgl. W.O. Art. 81—83.

²¹⁾ S. die wörtlich in das G.V.Ges. § 101, Nr. 3 aufgenommenen Rubriken oben Not. 9—13.

²²⁾ Ueber die prozessualische Behandlung der Kompetenz zwischen der Civil- und der Kammer für Handelssachen vgl. G.V.Ges. §§ 102—108.

²³⁾ Vgl. H.G.B. Art. 3.

²⁴⁾ In Gemässheit des Einf.-Ges. zum G.V.Ges. § 8.

²⁵⁾ Endemann, a. a. O. Bd. 1, S. 204.

die Amtsgerichte. Nur für einige Geschäfte,²⁶⁾ nemlich für die Feststellung des Zustandes gekaufter Waaren, des Kommissions- oder Frachtgutes und den Verkauf derselben besteht eine Beschränkung, indem diese Angelegenheiten ausdrücklich den Amtsgerichten zugewiesen sind.²⁷⁾

Was endlich das Schiedsgerichtsverfahren betrifft, in dem handelsrechtliche Streitigkeiten nicht ungeru und nicht selten erledigt werden, so hat dasselbe eine umfassendere Regelung erfahren.²⁸⁾ Dieselbe greift da Platz, wo dem Schiedsspruch die Wirkung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit gesichert werden soll.²⁹⁾ Insoweit existirt eine bestimmte gesetzliche Grundlage für die Einsetzung und das Verfahren der Schiedsgerichte und es wird mithin im Umfang der betreffenden Vorschriften das Zurückgehen auf die Regeln, welche seither mangels einer solchen Grundlage die Praxis hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder partikularen Bestimmungen finden müssen,³⁰⁾ erspart. Indessen schliesst das zehnte Buch der Civilprozessordnung nicht aus, dass ein Schiedsvertrag nach anderweiter Vereinbarung abgeschlossen und ein anderes Verfahren der Einsetzung des Schiedsgerichts und der Verhandlung vor demselben beliebt wird; und insoweit können noch immer die seitherigen Sätze der Praxis bedeutsam erscheinen.

²⁶⁾ Nach dem H.G.B. Art. 348, 365, 407.

²⁷⁾ Einf.Ges. zur C.P.O. § 13, Abs. 3.

²⁸⁾ R.C.P.O. §§ 851—872.

²⁹⁾ Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 446.

³⁰⁾ Eine Zusammenstellung aus der Judikatur des R.O.H.Gerichts s. bei Keyssner, allg. D. H.G.Buch zu Art. 3, S. 11 u. dazu noch R.O.H.G. Bd. 19, S. 143, 220; Bd. 20, S. 422.

IV. Der Charakter des Handelsrechts und die Methode seiner Anwendung.

§ 19.

Von dem Inhalte und der Beschaffenheit des Handelsgesetzbuchs war bereits in § 8 die Rede. Hier ist noch der Charakter des gesammten Handelsrechts zu berühren, der zugleich für die Würdigung seiner von dem übrigen Civilrecht getrennten Stellung wichtig wird.

Das Handelsrecht muss, wenn es seine Aufgabe erfüllen soll, vor allen Dingen den realen Zuständen und Bedürfnissen des Handels entsprechen. Dass seine Sonderexistenz wesentlich auf der Unzulänglichkeit des sonstigen bürgerlichen Rechts gegenüber den neuen und eigenthümlichen Instituten des Handelsverkehrs beruht, wurde schon in anderem Zusammenhang erwähnt. Ausser diesem Bedürfniss der Ergänzung aber hat sich gerade im Handelsverkehr nicht blos für die gerichtliche, sondern auch für die aussergerichtliche Handhabung namentlich das Bedürfniss eines sicheren und einfachen Rechtszustandes am meisten geltend gemacht. Ein solcher Rechtszustand ist das Fundament des Kredits und der Kredit, der in der Zuverlässigkeit des Rechts und der Verwirklichung desselben seinen Rückhalt haben muss, der Hauptträger des heutigen Verkehrs. Ob überall das Handelsrecht der Gegenwart dieses Ideal erfüllt, ist hier nicht zu untersuchen. Soviel darf jedoch behauptet werden, dass es in seiner jetzigen Gestaltung immerhin, was die Anpassung an die Wirklichkeit, die Durchsichtigkeit und Festigkeit seiner Vorschriften anbetrifft, mehr leistet, als das übrige Civilrecht; zumal, wenn die Wissenschaft ihre Schuldigkeit thut, und ernstlich bemüht ist, das Ziel wohlthätigen Einklangs zwischen dem Recht und dem Leben festzuhalten. Dieser Strömung des Handelsverkehrs ist es zu verdanken, dass, worin ihm freilich zum Theil auch das übrige Civilrecht nachgefolgt ist, die Sicherheit störende Rechtssätze, besonders des späteren römischen Rechts, beseitigt worden sind. ¹⁾

¹⁾ Z. B. *exc. non numeratae pecuniae*, Einrede der Behandlung und Vorausklage, *lex Anastasiana* u. s. w. S. über die Behandlung verschiedener Einreden in der früheren Zeit *Endemann* Z. f. HR. Bd. 5, S. 377 ff.; über die *exc. n. n. pec.* S. 394 ff.

Der Handelsverkehr verlangt ferner, dass ihm die freieste Bewegung gestattet sei, dass also das Gesetz mit verbietenden oder beschränkenden Vorschriften nur da eingreife, wo dies durchaus nothwendig ist. Das moderne Handelsrecht hat daher nicht bloß administrative und polizeiliche Maassregeln, deren früher manche, z. B. in Betreff der Buchführung, des Firmenwesens u. a. bestanden, abgestossen, sondern auch solcher Sätze des Civilrechts, die als Beschränkungen der Verkehrsfreiheit, z. B. der freien Festsetzung von Leistung und Gegenleistung, Preis und Waare, erschienen, sich entledigt. In dieser Stimmung sind gerade in dem Handelsrecht zuerst die auf dem mittelalterlichen Verkehrsrecht schwer lastenden Rechtssätze der kanonischen Wucherlehre gelockert und grösstentheils abgeschüttelt worden.

Mit dem Prinzip, dass der Bethätigung des freien Willens vollster Raum zu lassen sei, steht nicht im Widerspruch die Vorliebe des Handelsrechts für Strenge der Rechtsgrundsätze und Strenge der Form vieler Rechtsakte. In dieser Strenge, in der strikten und formellen Gestaltung einer ganzen Reihe von Instituten liegt kein die freie Bewegung im Handelsverkehr hindernder Zwang, weil die bestimmte Form und die daraus fliessende Wirkung nicht als absolute Norm aufgedrungen, sondern nur zur Verfügung gestellt wird. Ebendarum kann in der Ergreifung derselben das sichere Kennzeichen der Willensernstlichkeit erkannt und daran die Selbstverantwortung geknüpft werden. Wer im Gebiete des Handelsverkehrs und in den Formen des Handelsrechts auftritt, muss sich den rechtlichen Folgen derselben fügen. Aus diesem Leitgedanken entspringen denn auch die zahlreichen dispositiven Vorschriften, die sich im H.G.Buch vorfinden.²⁾ Die Freiheit des Verkehrs beruht nicht auf schrankenloser Willkühr, welche die Sicherheit des Verkehrs zerstören würde. Vielmehr beruht die wahre Freiheit desselben auf den bestimmten Formen, den ausdrücklichen Willensäusserungen, oder den an deren Stelle tretenden Rechtsregeln und dem vollen Bewusstsein der Wirkungen, welche das Gesetz den so vorgenommenen Handlungen beimisst.

Ganz analog verhält es sich mit der Anwendung des Handelsrechts bei Beurtheilung von Rechtsverhältnissen des Handelsverkehrs. Die Billigkeit, *aequitas*, welche stets hierbei als ein Haupterforderniss dargestellt worden ist,³⁾ besteht nicht darin, dass die bestehenden Rechtsnormen lax angewendet oder überschritten werden. Unter solcher Billigkeit würde wieder die Verkehrssicherheit den schlimmsten Abbruch erleiden. Vielmehr ist, soweit nicht das Gesetz selbst auf freies Ermessen verweist,⁴⁾ das bestehende Recht, das Gesetz oder die Gewohnheit unbedingt zur Anwendung zu bringen. Aber in der Erkenntniss der Rechtsnormen, insbesondere des Gesetzes, soll nicht der starre Wortlaut, nicht spitzfindige Auslegung und bei seiner Verwerthung nicht dialektisch-schematistische Folgerung herrschen, sondern die Erfassung des Gesetzes nach seinem wahren Willen, die

²⁾ S. über diese oben § 8, Nr. 3.

³⁾ Endemann, Z. f. H.R. Bd. 5, S. 362; Goldschmidt § 34 Not. 11.

⁴⁾ Zahlreiche Beispiele dafür aus dem H.G.Buch s. bei Goldschmidt Not. 12.

nur aus freier logischer Durchdringung⁵⁾ verbunden mit sorgfältiger Beobachtung der im Handelsverkehr herrschenden Auffassung hervorgehen kann. Das ist die echte Aequität der Anwendung des Rechts im Gegensatz zu der stets misbilligten Anwendung desselben nach formaler Wortklauberei.

Daraus ergibt sich weiter, wie zu verfahren ist, wenn das bestehende Recht, namentlich das geschriebene, Lücken zeigt. Sie sind zu ergänzen einmal aus den leitenden Prinzipien, welche aus dem Gesetz, also insbesondere aus dem H.G.Buch, das ja keineswegs nur eine Summe von Einzelnenschriften, sondern eine umfassende Kodifikation enthält, entnommen werden müssen.⁶⁾ Sie sind ferner zu ergänzen aus den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts; aber wiederum nicht nach abstrakten Theorien und schematistischen Folgerungen, sondern unter derselben sorgfältigen Berücksichtigung der Natur der Sache,⁷⁾ der realen Verhältnisse, welche auch bei der Erklärung des geschriebenen Gesetzes nie verleugnet werden darf.

Die Beurtheilung besteht in der Subsumtion der Thatsachen unter den Rechtssatz. Bedarf es sonach der Erkenntniss der Thatsachen, so ist es wichtig, dass diese nicht nach abstrakten Regeln vor sich geht, sondern nach freier logischer Ueberzeugung. Diesen von dem Handelsverkehr viel begehrten, früher aber von der Gesetzgebung und der Doktrin nur theilweise anerkannten Grundsatz⁸⁾ gewährt jetzt die Civilprozessordnung §§ 259, 260 fast vollständig. Da sonach die Wahrheitsfindung von besonderen legalen Regeln befreit erscheint, vermag sie umso mehr ihrer Aufgabe, der Erkenntniss der wirklichen Thatsachen, gerecht zu werden. Nur die konkrete Erkenntniss der Thatsachen kann als Grundlage einer gerechten Beurtheilung dienen. Dies gilt insbesondere auch für die Erforschung des Willens bei Verträgen, wo solche nöthig wird und nicht etwa durch dispositive Gesetzesvorschrift erspart ist. Sie kann nur auf Erforschung des wahren, das ist: des konkreten Willens der Kontrahenten gerichtet sein. Ausdrücklich weist das Gesetz⁹⁾ darauf hin, dass dabei ebensowenig wie bei Auslegung der Gesetze der Buchstabe massgebend sein darf, sondern innerhalb des Wortsinnes der wahre Wille beider Theile, bei dessen Feststellung auf die Gewohnheiten und Gebräuche¹⁰⁾ des Handelsverkehrs gebührende Rücksicht zu nehmen ist.¹¹⁾ Dazu gehören auch diejenigen allgemeinen Momente, auf die oben zur Charakteristik des Handelsrechts hingewiesen worden ist: die Unterstellung der Ernstlichkeit und Verantwortlichkeit der Willensäusserungen. Hierin besteht wesentlich die bona fides, Treu und Glauben, die in dem Verkehr selbst und in der Anwendung des Rechts gewahrt werden soll und worauf von jeher grosses Gewicht gelegt worden ist. Der wahre Wille des Gesetzes und der Be-

⁵⁾ S. auch darüber Endemann a. a. O.

⁶⁾ v. Hahn zu Art. 1, § 11.

⁷⁾ Vgl. Thöl § 15, Nr. 2.

⁸⁾ Endemann a. a. O. S. 364 ff. u. 383 ff.

⁹⁾ H.G.Buch Art. 278, 279.

¹⁰⁾ S. über deren Bedeutung oben § 10.

¹¹⁾ Vgl. Goldschmidt § 34, Not. 13.

theiligten ist massgebend und jeder Zweifel muss in dem Sinn seine Lösung erhalten, welcher der Auffassung und Sitte¹²⁾ des Verkehrs redlicher Männer entspricht.¹³⁾

Um dies im Gericht zu ermöglichen, bedarf es freilich eines Verfahrens, welches Garantie leistet, dass nicht die materielle Wahrheit und das materielle Recht durch den Formalismus der Prozedurordnung erstickt wird.¹⁴⁾

¹²⁾ Vgl. auch Endemann a. a. O. S. 350.

¹³⁾ Das bezeugt als leitenden Gedanken des R.O.H.Gerichts Goldschmidt Not. 14 unter Anführung einer grossen Reihe von Entscheidungen; s. dazu weiter R.O.H.G. Bd. 13, S. 44; Bd. 14, S. 11, 416, 430; Bd. 16, S. 158; Bd. 17, S. 65. 118. 224. 353. — Mit Recht wird im Anschluss an Thöl § 15, Nr. 1 hervorgehoben, dass dieses Prinzip der bona fides nicht als Quelle von Rechtssätzen betrachtet werden kann, sondern nur für die Anwendung des Rechts wichtig wird.

¹⁴⁾ Ueber die Abweichungen, die sich hieraus im Vergleich zu dem sonstigen Prozessrecht für die curia mercatorum im Einzelnen ergaben, s. Endemann a. a. O. S. 369, § 5 ff. Darum auch später noch manche Erleichterungen des Handelsgerichtsprozesses. Jetzt hält man nach der C.P.O. vom 30. Januar 1877 besondere Vorschriften für den Prozess vor den Landgerichtskammern für Handelssachen überflüssig.

V. Verhältniss des Handelsrechts zu dem bürgerlichen Recht.

§ 20.

Nach der historischen Entwicklung¹⁾ hat sich das Handelsrecht von dem übrigen bürgerlichen oder Civilrecht abgesondert. Beruhend theils auf positiven Gesetzen, theils auf Handelsgebräuchen²⁾ kommt es als besonderes Recht³⁾ in Handelssachen⁴⁾ zur Anwendung; und zwar, eben weil als besonderes Recht für solche bestimmt, an erster Stelle. Aber das Handelsrecht steht, wenn es auch ein besonderes ist, auf der Basis des allgemeinen Civilrechts und macht, da es kein vollständig alle Rechtsbeziehungen des Handels erschöpfendes ist, die Mitanzwendung des letzteren auch in Handelssachen unentbehrlich.

Das Verhältniss des Handelsrechts zu dem sonstigen bürgerlichen Recht wird durch Art. 1 des H.G.Buchs fixirt.⁵⁾ In Handelssachen sollen, insoweit das H.G.Buch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche⁶⁾ und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen.

Hiernach ist, soweit Handelsrecht, sei es geschriebenes⁷⁾, ungeschriebenes oder wissenschaftliches,⁸⁾ sei es gemeines oder partikulares, existirt, die Anwendung des bürgerlichen Rechts, gleichviel welcher Art, ausgeschlossen. Um den Umfang des in Handelssachen zunächst als Norm dienenden Handelsrechts zu ermessen, muss insbesondere auch die Möglichkeit der Analogie berücksichtigt

¹⁾ S. darüber oben § 4.

²⁾ Vgl. über deren Verhältniss zu einander § 10.

³⁾ Aber nicht als Ausnahmerecht; Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 2; Goldschmidt § 37, Not 1 a.

⁴⁾ S. über deren Begriff § 18, I.

⁵⁾ In Uebereinstimmung mit der Doktrin, s. Goldschmidt Not. 9. Bis auf wenige Ausnahmen, wie Holl. H.G.B. Art. 1, Brasil. Art. 21, fassen auch die fremden H.G.Bücher das Verhältniss ebenso auf; Nachweise s. das. Not. 10.

⁶⁾ In der oben § 10 unter I dargestellten Bedeutung des Handelsgewohnheitsrechtes.

⁷⁾ Des H.G.Buchs oder auch anderer Gesetze des Reichs oder der Einzelstaaten, welche zum Handelsrecht gehören.

⁸⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Not. 9, 46; v. Hahn zu Art. 1, § 11.

werden. In dem Handelsrecht als Sonderrecht gebührt der Analogie dieselbe Stellung, wie in dem übrigen Recht. Soweit das Handelsrecht Sätze aufstellt, die ihrem Wesen nach als ausnahmsweise oder spezielles gelten sollen, greift eine analoge Anwendung nicht Platz. Allein wenn die Sätze des Handelsrechts erkennbar nur einzelne Folgerungen eines allgemeineren Rechtsgrundsatzes sind, der dem Handelsrecht angehört, steht der analogen Anwendung innerhalb des Handelsrechts gewiss nichts entgegen. Das Handelsrecht und insbesondere das H.G.Buch, die Hauptquelle desselben ist in seiner Totalität aufzufassen. Dazu gehören auch die durch Interpretation und Erfassung der Grundgedanken gefundenen Rechtssätze.⁹⁾ Ob freilich gewisse Bestimmungen den Charakter von Ausnahmenvorschriften haben, oder als besondere Grundsätze des Handelsrechtsverkehrs sich zu analoger Anwendung eignen, bedarf in manchen Fällen genauer Untersuchung.¹⁰⁾

Zum Handelsrecht gehören auch diejenigen Sätze des H.G.Buchs, welche dem bürgerlichen Recht entnommen sind.¹¹⁾ Einmal formell oder materiell zum Bestandtheil des Handelsrechts gemacht, nehmen sie dieselbe Stellung dem übrigen bürgerlichen Recht gegenüber ein wie die ihrem Wesen nach auf der Eigenthümlichkeit des Handelsverkehrs beruhenden.¹²⁾

Unter dem allgemeinen bürgerlichen Recht, von dem Art. 1 spricht, ist das gesammte nicht zu dem Handelsrecht gehörige, auf Privatrechtsverhältnisse bezügliche Recht zu verstehen; sowohl das formell allgemeingültige Reichsrecht, oder das sogenannte gemeine¹³⁾, als auch das partikulare, provinzielle oder lokale bürgerliche Recht.¹⁴⁾ Auch ist kein Unterschied zu machen, aus welcher Quelle das bürgerliche Recht stammt, ob aus positiver Vorschrift, Gesetz oder Verordnung, Gewohnheit oder wissenschaftlicher Konstruktion; wie denn nicht minder der an manchen Stellen im H.G.Buch vorkommende Ausdruck, „Landesgesetze“ in demselben umfassenden Sinn¹⁵⁾ genommen zu werden verdient.¹⁶⁾ Endlich kommt darauf nichts an, in welchen Gesetzen das bürgerliche Recht enthalten ist. Namentlich kann solches auch in Prozessgesetzen enthalten sein.

Früheres Civilrecht der Einzelstaaten, das dem H.G.Buch widerspräche, existirt nur insoweit noch, als dies nach dem Reichsgesetz vom 5. Juni 1869, namentlich nach dessen § 3, zulässig erscheint.¹⁷⁾ Neues widersprechendes Landesrecht kann sich nach Art. 2 der Reichsverfassung dem H.G.Buch oder

⁹⁾ v. Hahn zu Art. 1, § 11.

¹⁰⁾ Beispiele s. bei Goldschmidt Not. 12 a. — Uebereinstimmend das französ. Recht. s. das. Not. 12.

¹¹⁾ Vgl. oben § 8, Not. 21.

¹²⁾ Goldschmidt § 37, Nr. 4.

¹³⁾ S. über die Bedeutung des römischen Rechts die Polemik Thöl's § 16 gegen Goldschmidt Not. 11, die keineswegs überzeugt. Auf den rein doktrinen Streit einzugehen, erscheint nicht nöthig.

¹⁴⁾ Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 5; v. Hahn zu Art. 1, § 14.

¹⁵⁾ S. auch Einf.Ges. zur C.P.O. § 12 u. Kais. V.O. vom 28. Sept. 1879, § 13.

¹⁶⁾ v. Hahn § 15; Goldschmidt Not. 10 z. A.; s. auch das. § 33 nach Not. 27.

¹⁷⁾ S. darüber oben § 7, S. 32.

anderen Reichsgesetzen des Handelsrechts gegenüber nicht mehr bilden. Diese gegen jede Einwirkung des Landesrechts gesicherte Stellung haben auch diejenigen Sätze des H.G.Buchs, in denen nur modifizirt oder vielleicht sogar unverändert Sätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts wiedergegeben sind. Durch ihre Aufnahme in das H.G.Buch sind sie formell Bestandtheile des Reichsgesetzes geworden, mithin nur noch der Gesetzgebungsgewalt des Reichs unterworfen.¹⁸⁾

In demselben Sinn gehen dem partikularen bürgerlichen Recht nicht blos die unmittelbaren Vorschriften des H.G.Buchs und der weiteren Reichsgesetze, sondern auch alle Sätze des Handelsrechts vor, welche für Handelssachen aus den Vorschriften des H.G.Buchs und der weiteren handelsrechtlichen Reichsgesetze durch Interpretation oder aus den Prinzipien derselben durch wissenschaftliche Folgerung zu gewinnen sind;¹⁹⁾ nicht minder die Sätze des Handelsgewohnheitsrechts. Ueberhaupt kann man sich bei Beurtheilung solcher Erscheinungen, welche dem Handelsverkehr eigenthümlich, dem sonstigen Verkehr fremd sind, nur auf das Handelsrecht stützen;²⁰⁾ sei es auf ausdrückliche oder anerkannte Sätze desselben, sei es auf Folgerungen, die aus demselben im Wege der Wissenschaft gezogen werden.

Seiner blos ergänzenden Stellung²¹⁾ zufolge liefert das bürgerliche Recht, abgesehen von den Stellen, an denen es ausdrücklich auf das Landesrecht als ausschliessliche oder primäre Rechtsquelle verweist,²²⁾ Normen zur Beurtheilung der Handelssachen nur da, wo Institute in Frage stehen, die zwar auch dem Handelsverkehr, aber nicht ausschliesslich diesem angehören, oder wo privatrechtliche Verhältnisse zu prüfen sind, über die das Handelsrecht nichts verfügt, mag nun Ergänzung aus dem Landesrecht ausdrücklich vorbehalten sein, oder nicht.²³⁾ Bei dem zwischen dem letzteren und dem übrigen Civilrecht bestehenden Zusammenhang bleibt dazu Raum genug, weil an vielen Punkten besondere Vorschriften des Handelsrechts ganz fehlen, an anderen die bestehenden nur unvollständig einzelne Seiten der Rechtsinstitute ordnen, oder nur unter beschränkender Voraussetzung, z. B. unter der, dass ein Geschäft Handelsgeschäft ist, wirksam werden, also mit einem Wort kein das übrige Civilrecht ausschliessendes Prinzip aufstellen.

¹⁸⁾ Goldschmidt Not. 13.

¹⁹⁾ Anschütz-Völderndorff Not. 5, II a.

²⁰⁾ Wie mit Recht Goldschmidt § 37, Nr. 2 ausführt.

²¹⁾ Beispiele s. R.O.H.G. Bd. 6, S. 372; Bd. 7, S. 11; Bd. 11, S. 243.

²²⁾ S. die Zusammenstellung bei Goldschmidt § 33, Not. 25.

²³⁾ Goldschmidt § 33, Not. 27.

VI. Anwendung des Handelsrechts.

§ 21.

A. Nach seinen zeitlichen Grenzen.

An der Spitze stehen für das Handelsrecht wie für das sonstige bürgerliche Recht folgende Sätze.¹⁾

Das neue Recht, namentlich das in positiven Gesetzen enthaltene, kommt zur Anwendung von seinem gesetzlich bestimmten Geltungsbeginn an. Denn das alte Recht existirt für die von da ab entstehenden Rechtsbeziehungen nicht mehr. Das neue Recht derogirt dem alten. Für die Anwendung des H.G.Buchs sind daher die in den Einführungsgesetzen festgesetzten Termine massgebend. Für die übrigen Reichsgesetze ergibt sich der Geltungsbeginn aus der Bestimmung in dem Gesetze selbst,²⁾ oder er ist dem Art. 2 der Reichsverfassung zufolge 14 Tage nach Ausgabe des betreffenden Gesetzblattes eingetreten.³⁾ Es versteht sich von selbst, dass das neue Recht für alle seitdem erst entstandenen Rechtsverhältnisse alleinige Norm ist. Ebenso versteht sich von selbst, dass, soweit unter der Herrschaft des alten Rechts begonnene und beendigte Rechtsverhältnisse etwa noch der rechtlichen Beurtheilung unterliegen, das alte Recht zur Anwendung zu bringen ist.⁴⁾

Mithin bleibt nur die Frage übrig, wie über diejenigen Rechtsverhältnisse zu entscheiden ist, deren Existenz unter dem alten Recht begonnen hat und sich in die Geltungszeit des neuen Rechts hineinerstreckt. Möglicherweise schreibt das neue Gesetz seine Anwendung auch auf diese schwebenden Rechtsverhältnisse vor.⁵⁾ Allein es bedarf dazu der deutlichen, wenn auch nicht

¹⁾ Sie sind allgemein anerkannt. Aus der bei Goldschmidt § 39, Not. 1 angeführten Literatur sind hervorzuheben: Savigny Bd. 8, § 383 ff.; Windscheid § 31 ff.; Stobbe § 27 ff.; über das preuss. Recht Förster § 10; über das österr. Unger § 15 ff.; über das französ. Zachariä § 30.

²⁾ Dass das Gesetz und nicht die Meinung der H.G.Buchskommission über den Geltungsbeginn entscheidet, Goldschmidt Not. 2, bedarf kaum der Erwähnung.

³⁾ Das Nähere s. bei Laband, Staatsr. § 60, IV.

⁴⁾ Windscheid § 33.

⁵⁾ S. z. B. R.Ges. vom 11. Juni 1870, § 58; R.O.H.G. Bd. 12, S. 340. Goldschmidt Not. 1 a. — Ueber rückwirk. Kraft des Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 s. R.O.H.G. Bd. 11, Nr. 106.

nothwendig ausdrücklichen ⁶⁾ Erklärung des gesetzgeberischen Willens. Rückwirkende Kraft des neuen Rechts lässt sich an sich nicht unterstellen gegenüber bestehenden Rechten, die nach dem alten Recht als wohlerworbene Privatrechte anzusehen sind. Eine Ausnahme würden authentische Interpretationen ⁷⁾ des älteren Rechts machen, insofern sie gesetzlich aussprechen, dass von jeher das, was sie aussprechen, der wahre Wille der gesetzgebenden Gewalt gewesen ist. Allein diese Wirkung beschränkt sich auch streng auf Interpretation solcher Art. Entscheidungen von Streitfragen, Erklärungen von Dunkelheiten oder Ergänzungen von Unvollständigkeiten des seitherigen Rechts sind nicht mit authentischen Interpretationen auf eine Linie zu stellen. ⁸⁾

Auf Beurtheilung nach dem älteren Recht haben aber nur diejenigen Rechtsverhältnisse, Rechte oder Verbindlichkeiten Anspruch, welchen als rein privatrechtlichen der Charakter des Wohlerworbenseins zukommt. ⁹⁾ Zugleich wird vorausgesetzt, dass das Rechtsverhältniss bereits besteht. Erst in Aussicht stehende, suspensiv bedingte oder künftige Rechtsverhältnisse können nicht nach dem älteren Recht beurtheilt werden. ¹⁰⁾ Dagegen existirt kein Anspruch auf Anwendung des älteren Rechts, wo das neue Recht gesetzliche Vorschriften in dem Sinn enthält, dass ihnen gegenüber von einem wohlerworbenen Privatrecht nicht die Rede sein kann. Wenn Zweifel über die Anwendbarkeit des alten oder des neuen Rechts herrschen, so entspringen sie nicht sowohl aus Verschiedenheit der Ansichten über das Prinzip, als vielmehr aus der Schwierigkeit, den Begriff der wohlerworbenen Rechte nach jeder Seite hin genau zu bestimmen und so die Grenze zwischen den Vorschriften des neuen Rechts zu finden, welchen sich auch die schwebenden Rechtsverhältnisse vom Inkrafttreten desselben an unterwerfen müssen, und welchen nicht. ¹¹⁾

Die Prozessgesetze fallen, soweit sie die Prozedur betreffen, unter die letztere Kategorie. ¹²⁾ Bei Erlass der neuen Reichsprozessordnungen sind die nöthigen Bestimmungen theils durch die Einführungsgesetze des Reichs, ¹³⁾ theils durch die Ausführungsgesetze und Verordnungen der einzelnen Bundesstaaten ergangen. ¹⁴⁾ Das Nähere gehört nicht hierher.

⁶⁾ Wie Windscheid § 32, Nr. 2 mit Recht ausführt.

⁷⁾ Stobbe § 27, Not. 16; Roth § 50, Not. 8. Nicht anerkannt im französ. Recht, s. Zachariä § 30, Not. 8.

⁸⁾ Goldschmidt Not. 2 b.

⁹⁾ Dass dies nur bei Rechten einer einzelnen Person, nicht bei Rechten einer ganzen Klasse zutreffen könne, Savigny S. 385, lässt sich nicht behaupten.

¹⁰⁾ Roth Not. 12.

¹¹⁾ Stobbe Not. 21, 22.

¹²⁾ Renaud, Civ.Proz. § 8. Endemann, das d. Civ.Proz.Recht § 13.

¹³⁾ Einf.Ges. zum G.V.Ges. § 14 ff.; zur C.P.O. § 18 ff.; zur K.O. § 8 ff.

¹⁴⁾ S. die Ausführungs- u. Uebergangsgesetze, zusammengestellt von Wilmowsky u. Levy, Berlin 1880. Vgl. die Komm. zu den in Not. 13 bezeichneten Paragraphen. Mit diesen erledigen sich die Zusammenstellungen aus den Einf.Ges. zum H.G.Buch bezüglich des Konkurses und der sonstigen prozess. Bestimmungen; s. Goldschmidt S. 396, Nr. 9, 10.

Inwieweit neuen Gesetzen, die sich im Gebiete des materiellen Rechts bewegen, wohlervorbene Rechte gegenüberstehen, die nach dem alten zu beurtheilen sind, bedarf sorgfältiger Unterscheidung. Auch solche Gesetze enthalten leicht Vorschriften, die bloß formeller Natur sind und den Begriff eines ihnen zuwider zu schützenden wohlervorbenen Rechts nicht zulassen.¹⁵⁾

Nach allgemeinen Grundsätzen sind durchgreifende Sätze schwer aufzustellen. Vielmehr bedarf es vielfacher Unterscheidungen.¹⁶⁾

Mit dem Verhältniss insbesondere der W.O. und des H.G.Buchs zu dem früheren Recht beschäftigen sich aber auch vielfach die Einführungsgesetze der Einzelstaaten, deren darauf bezügliche Bestimmungen durch die Einführung der Gesetzbücher als Reichsgesetze nicht alterirt worden sind. Allein so zahlreich auch die Bestimmungen der Einführungsgesetze sind, so erscheinen doch keineswegs alle aufzuwerfenden Fragen dadurch gelöst und in der Lösung derjenigen, mit welchen sie sich beschäftigen, herrscht grosse Verschiedenheit.¹⁷⁾

Gegenwärtig haben jene Uebergangsbestimmungen in Anbetracht der bereits verflossenen Geltungszeit des H.G.Buchs nicht eben häufig noch praktische Bedeutung.

Im Allgemeinen lässt sich nur anführen, dass diejenigen Sätze, welche die Form, z. B. der Handelsgesellschaften, die Eintragungen der Handelsregister und dergleichen, wie in der Natur der Sache lag, möglichst auf die bestehenden Rechtsverhältnisse zur Anwendung gebracht worden sind. Dagegen lässt sich Gleiches von den materiellen Bestimmungen nicht behaupten.¹⁸⁾ Soweit die Einführungsgesetze keine positive Bestimmung getroffen haben, kommen die oben berührten allgemeinen Grundsätze des Civilrechts zur Anwendung.¹⁹⁾ Es ist also sorgfältig zweierlei zu prüfen, einmal ob die Bestimmung des neuen Handelsrechtsgesetzes

¹⁵⁾ Goldschmidt Not. 6.

¹⁶⁾ Die hier hauptsächlich in Betracht kommenden Punkte sind: 1) Handlungs- u. Rechtsfähigkeit, s. Savigny Bd. 8, S. 415; Stobbe § 28, Nr. 2; Roth § 50, Not. 13 ff.; Förster § 10, Nr. 1; Unger § 20, Not. 33; § 21, Not. 1; 2) Sachenrecht; s. Savigny S. 420; Stobbe das. Nr. 3; Roth § 50, III Nr. 1—3; 3) Verjährung; Savigny S. 429; Stobbe das. Nr. 4; Roth das. Nr. 4; 4) Formen der Rechtsgeschäfte, Savigny S. 466, 474; Stobbe § 28, Nr. 1; Roth Not. 52; 5) Gültigkeit, Wirksamkeit u. s. w. der Verträge, Savigny S. 435; Stobbe Nr. 5; Roth V, 2, 3.

¹⁷⁾ S. über diese Dinge die Spezialausführungen von Puchelt, Arch. Bd. 2, S. 1; Christ, Z. f. H.R. Bd. 6, S. 413; Hofmann, in Gruchots Beitr. Bd. 11, S. 426. — Einzelne Entsch. des R.O.H.G. s. bei Goldschmidt Not. 4.

¹⁸⁾ Goldschmidt Not. 6. Eine reichhaltige Zusammenstellung aus den partikularen Einf.Gesetzen gibt derselbe S. 392 ff. Sie bezieht sich auf die Bestimmungen, welche betreffen 1) die Eintragungen im Handelsregister, Zeichnung der Firma und Unterschrift, sowie Schiffsregister; 2) das materielle Firmenrecht; 3) die nach älterem Recht errichteten Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, wobei S. 395 in einem Zusatz auch das Verhältniss des R.Gesetzes vom 11. Juni 1870 berücksichtigt wird; 4) die sonstigen Handelsgesellschaften und Handelsvereinigungen; 5) die Proccuren; 6) die Handelsfrauen; 7) die Handelsmäkler; 8) die Verjährung. — Ueber den Konkurs und den Handelsgerichtsprozess s. oben Not. 13.

¹⁹⁾ R.O.H.G. Bd. 2, S. 128.

von der Beschaffenheit, dass sie die Behandlung wohlervorbenen Rechtes nach dem alten Recht gestattet, sodann ob wirklich ein nach dem letzteren wohlervorbenes Recht vorhanden ist.

B. Nach seinen räumlichen Grenzen.

§ 22.

1. Die allgemeinen Gesichtspunkte.

Jedes Recht hat nach den heutigen Verhältnissen einen territorialen Umfang seiner Geltung.¹⁾ Im Gegensatz zu dem Prinzip des älteren Rechts, wonach jede Person in allen Rechtsverhältnissen nach ihrem angeborenen Recht zu beurtheilen war, dem Prinzip der Personalität des Rechts, ist in der Neuzeit nach mancherlei Durchgangsstufen das Prinzip der objektiven Geltung des Rechts, das der Territorialität, herrschend geworden.²⁾

Nach diesem Prinzip bewegen sich die Personen unter der Herrschaft des in jedem Gebiete bestehenden Rechts. Jedes Gericht hat an sich das in seinem Bezirk gültige Recht anzuwenden; und zwar ohne Unterschied, ob die Partei, der er Recht spricht, seinem eigenen Bezirk angehört oder nicht, sogar ohne Unterschied, ob dieselbe Inländer oder Ausländer ist. Denn, während früher die Ausländer vielfach anders behandelt zu werden pflegten,³⁾ ist es jetzt durchweg Grundsatz, den Ausländer in Bezug auf die Regeln des Verfahrens⁴⁾ wie des materiellen Rechts dem Inländer gleich zu behandeln.⁵⁾

Allein die exklusive Anwendung nur des eigenen Rechts von Seiten eines jeden Gerichts würde dem Wesen des Verkehrs widersprechen; zumal dem des Handelsverkehrs, der sich nicht an diese territoriale Begrenzung bindet. Zunächst verlangen die in demselben Staate geltenden Normen auch dann Anerkennung und Anwendung, wenn sie gleich für den Bezirk des entscheidenden Gerichts fremde sind. Weiterhin handelt es sich aber auch um die Anerkennung und Anwendung ausländischen Rechts, die bei der Ausdehnung des Verkehrs und der Solidarität der Rechtsinteressen unentbehrlich erscheint und

¹⁾ Die reiche Literatur dieser Materie nach in- und ausländischem Recht s. bei Goldschmidt § 38, Not. *. — Hervorzuheben sind: Savigny, Syst. Bd. 8, § 344 ff.; Thöl, Einl. in das d. Priv.R. § 71 ff.; v. Bar, das internat. Priv.- und Strafrecht; Windscheid §§ 34, 35; Stobbe, d. Priv.R. § 29; Roth, Syst. des d. Priv.Rechts Bd. 1, § 51.

²⁾ S. über diese Entwicklung bes. Stobbe § 29, II—IV; Roth Not. 4. — S. über das ältere System auch Endemann, Z. f. H.R. Bd. 5, S. 355; Dahn das. Bd. 16, S. 397.

³⁾ Goldschmidt § 38, Not. 6.

⁴⁾ S. über diese Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 1, S. 36 ff.

⁵⁾ Goldschmidt Not. 5; woselbst auch mehrere das Prinzip bestätigende Entsch. des R.O.H.Gerichts, sowie Einiges über die beschränktere Auffassung des französ. Rechts. — Inwiefern noch ein Unterschied zwischen In- und Ausländern nach der C.P.O. in Betracht kommt, s. Endemann a. a. O. S. 38.

nach den heutigen internationalen Verhältnissen von allen civilisirten Staaten gewährt wird.⁶⁾

In der ersteren Beziehung ist innerhalb des deutschen Reichs insofern eine grosse Vereinfachung eingetreten, als seit Gestaltung desselben zu einem einheitlichen Bundesstaat nicht mehr davon die Rede sein kann, dass ein Bundesstaat den anderen als Ausland, mithin dessen Angehörigen als Ausländer betrachten dürfte.⁷⁾ Das H.G.Buch und die übrigen in das Handelsrecht einschlagenden Bundes- und Reichsgesetze sind für das ganze Reich formell verbindliches Recht.⁸⁾ Ebenso verhält es sich mit den Prozedurordnungen. Insoweit gilt fortan dasselbe einheitliche Recht bei allen deutschen Gerichten ohne dass irgend noch ein Unterschied zwischen den Angehörigen verschiedener Bundesstaaten besteht. Indessen bleiben, auch für Handelssachen,⁹⁾ noch partikuläre Rechte der Bundesstaaten und selbst provinzielle oder lokale Rechte desselben Bundesstaates in Geltung. Die Frage, ob das Gericht nur sein eigenes, d. h. das für seinen Bezirk geltende geschriebene oder ungeschriebene, Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht anzuwenden hat, behält daher immer auch innerhalb des deutschen Reichs eine, wenngleich gegen früher sehr verminderte Bedeutung. Ihre Lösung muss bei solcher Rechtsverschiedenheit¹⁰⁾ im Wesentlichen nach denselben Gesichtspunkten erfolgen, wie da, wo es sich um das Verhältniss zwischen in- und ausländischem Recht handelt.

Letzteres wird um so wichtiger, je mehr sich der internationale Verkehr ausgebreitet hat. Nur nach einigen Richtungen ist es gelungen, durch Staatsverträge einheitliche Bestimmungen zu erzielen und so die Gegensätze von in- und ausländischem Recht zu verwischen.¹¹⁾ Da im Ganzen noch die grösste Rechtsverschiedenheit der Staaten herrscht, hat nach dieser Seite hin die Frage, welches Recht von dem Richter anzuwenden sei, nach wie vor ihr volles Interesse.

Während früher in den meisten Staaten Regel war, dass die Gerichte sich in der Anerkennung des ausländischen Rechts möglichst exklusiv verhielten, gilt jetzt die gegenseitige Anerkennung auch der unter fremdem Recht begründeten oder bestehenden Rechtsverhältnisse als allgemeine Pflicht. Nur die Beschränkung setzt die heutige Rechtslehre, dass die Anwendung des fremden Rechts ausgeschlossen bleibt, wenn das inländische Recht eine solche Ausschliessung, die es unstreitig verfügen kann, verfügt.¹²⁾ Dabei darf übrigens nicht bloss an ausdrückliche Verfügung gedacht werden; vielmehr muss ein Verbot der An-

⁶⁾ Stobbe § 29, I; Goldschmidt S. 380.

⁷⁾ R.Verfass. Art. 3.

⁸⁾ R.Verfass. Art. 2.

⁹⁾ S. über deren Begriff oben § 18, I.

¹⁰⁾ Der „interlokalen“, wie sie Goldschmidt S. 377 im Gegensatz zu der „internationalen“ nennt.

¹¹⁾ Beispiele des Post- u. Telegraphenwesens, sowie der Bestrebungen auf anderen Gebieten s. bei Goldschmidt Not. 2 a.

¹²⁾ R.O.H.G. Bd. 1, S. 223; Bd. 3, S. 67; Bd. 12, S. 55; s. v. Salpius Z. f. H.R. Bd. 19, S. 17 ff.

wendung des fremden Rechts auch dann von selbst unterstellt werden, wenn diese Anwendung den einheimischen Begriffen dessen, was rechtlich oder sittlich erlaubt ist, widersprechen, oder mit den Grundsätzen des einheimischen Rechts gänzlich unvereinbar sein würde.¹³⁾

Aus dieser Anerkennung des fremden Rechts folgt, dass in dem hiernach sich ergebenden Umfang die unter der Herrschaft desselben begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auch im Inland als wirksam zu betrachten sind, wenn nach dem massgebenden ausländischen Recht die Wirksamkeit gegeben ist. Zwischen Inländern und Ausländern besteht in dieser Beziehung wieder kein Unterschied. Bei der Beurtheilung der privatrechtlichen Verhältnisse, von denen allein an diesem Orte zu reden ist,¹⁴⁾ ist die Anwendbarkeit des fremden Rechts ebensowenig darum ausgeschlossen, weil die beteiligte Person Inländer, als umgekehrt die Anwendbarkeit des inländischen darum, weil sie Ausländer ist. Nicht die subjektive Zugehörigkeit der Person, sondern die objektive des Rechtsverhältnisses oder Rechtsgeschäfts entscheidet.

Neben dem Gesetz des Gerichtsortes, mit demselben kollidirend, kann in Betracht kommen: 1) das Recht des Ortes, wo die Person ihren Wohnsitz hat; 2) wo eine Sache sich befindet, oder 3) wo eine Handlung, namentlich ein Vertragsschluss, erfolgt ist oder, wie namentlich die Vertragserfüllung, geschehen soll.¹⁵⁾

Unter dem fremden Recht, nach dem möglicherweise zu entscheiden ist, darf nicht blos das geschriebene Gesetzesrecht, sondern muss auch das ungeschriebene Gewohnheitsrecht verstanden werden. Auch das letztere ist von dem einheimischen Gericht anzuwenden.¹⁶⁾ Es versteht sich dabei von selbst, dass die Voraussetzungen und Wirkungen sowohl des Gesetzes, als auch des Gewohnheitsrechts oder der Üsanz nach dem Rechte des Staates zu beurtheilen sind, dem das Gesetz oder die Gewohnheit angehört.¹⁷⁾

Die Anwendung fremden Rechts wird nicht blos dem Richter zugemuthet. Auch bei nichtrichterlichen Akten kann dieselbe in Frage kommen.¹⁸⁾ Indessen ist an diesem Ort nur die erstere zu berücksichtigen.

Was den Richter betrifft, so ist es zunächst ausgemachter Grundsatz, dass er das ausländische Recht anzuwenden hat, wann er dasselbe kennt. Dazu ist er verpflichtet, auch wenn sich die Parteien nicht darauf berufen oder die An-

¹³⁾ Savigny § 349; v. Bar § 33; Windscheid § 34, Not. 5, 6; Goldschmidt Not. 12; Endemann H.R. § 9, Not. 9. — Weiter zu gehen mit der Unanwendbarkeit des fremden Rechts ist kein Grund. S. auch Roth a. a. O. Not. 17, 18. Stobbe § 29, Not. 17.

¹⁴⁾ Anders natürlich bei öffentlich rechtlichen, die von der Staatsangehörigkeit abhängen.

¹⁵⁾ Davon im folgenden § 23.

¹⁶⁾ R.O.H.G. Bd. 7, S. 7.

¹⁷⁾ Goldschmidt § 38, Not. 25.

¹⁸⁾ S. z. B. über die nach dem Recht des Bestimmungshafens zu bewirkende Dis-
pache bei grosser Haverei und Blockade Entsch. des R.O.H.G. Bd. 8, S. 289 ff. und die dort zahlreich angeführte Literatur.

wendung beantragen.¹⁹⁾ Allein er braucht es nicht zu kennen. Hieraus folgt, dass, wenn er das fremde Recht nicht kennt, allerdings auf Veranlassung der Parteien hin, die sich darauf beziehen, ein Beweis nöthig werden mag. Aber das Gesetz²⁰⁾ rechnet darauf, dass ein förmliches Parteienbeweisverfahren nicht entstehen wird. Zwar ist es den Parteien gestattet, ihrerseits Nachweise des Bestehens oder Nichtbestehens beizubringen, und auch dem Richter gestattet, die Parteien dazu aufzufordern. In erster Linie gilt jedoch das Gericht für berechtigt und verpflichtet, schon von Amtswegen und mit voller Freiheit in der Wahl der Mittel zu erforschen, wie es sich mit dem Recht des Auslandes verhält. Auch wenn die Parteien Nachweise beibringen, erscheint er befugt, andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen. Zugleich ist seine Beurtheilung der Existenz oder Nichtexistenz in keiner Weise an formelle Regeln gebunden.²¹⁾ Das Prinzip der C.P.O. § 259 gilt auch für die Beurtheilung dieser Thatsache. Damit erledigen sich auch die Versuche, dem Richter durch abstrakte Sätze an die Hand zu geben, wie er es machen soll, wenn sich die Parteien nicht auf das fremde Recht berufen, oder wenn dessen Dasein nicht bewiesen wird, oder wenn die Parteien einig sind. Selbst die Einigkeit der letztern bindet ihn nicht.²²⁾

Im Zusammenhang mit der Auffassung, wonach die Ermittlung des fremden Rechts eine Frage der thatsächlichen Erkenntnis ist, erscheint die Verletzung der Partei durch ein Urtheil, welche auf Unkenntnis oder mangelhafter Kenntniss des fremden Rechtes und unrichtiger Anwendung oder Nichtanwendung desselben beruht, nicht als Revisionsgrund.²³⁾ Nach der seitherigen Gesetzgebung und Praxis der Gerichte herrschte darüber manche Unsicherheit.²⁴⁾

Es erhellt endlich, dass auch, da der Schwerpunkt in die offizielle Ermittlung des Gerichtes gelegt ist, die Frage der Beweislast unter den Parteien keine Rolle mehr spielt.²⁵⁾

§ 23.

2. Anwendung im Einzelnen.

Die Hauptrichtungen, in denen sich die Anwendung ausländischen Rechts bewegt, sind bereits angedeutet worden.¹⁾ Dieselben sind hier noch etwas näher

¹⁹⁾ Die gegentheilige Ansicht ist namentlich durch die Praxis des R.O.H.Gerichts, wovon viele Nachweise bei Goldschmidt Not. 15, widerlegt. S. auch v. Bar S. 102; Stobbe § 29, Not. 14.

²⁰⁾ C.P.O. § 265.

²¹⁾ Bei dieser freien Gestaltung der Ermittlung nach der C.P.O. § 265 bedarf dies Alles keiner näheren Ausführung mehr. Im Ganzen war auch schon vor ihr die neuere Praxis damit einverstanden; s. Goldschmidt § 38, Not. 20 ff. Geständniss der Parteien bindet den Richter nicht und Eidesdelation ist nach C.P.O. § 410 unmöglich.

²²⁾ S. darüber auch R.O.H.G. Bd. 3, S. 42; Bd. 7, S. 20, 152; Bd. 15, S. 427.

²³⁾ C.P.O. § 511.

²⁴⁾ Goldschmidt § 38, Not. 18.

²⁵⁾ Vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 27, 298.

¹⁾ S. § 22, nach Not. 14.

in ihren Konsequenzen zu verfolgen. Von einer auch nur annähernd vollständigen Darlegung der letztern kann freilich um so weniger die Rede sein, je mehr es für die Entscheidung der Detailfragen an durchschlagenden Regeln fehlt und das Meiste der konkreten Würdigung der Gerichte überlassen wird.²⁾

Die Frage, welches Recht anzuwenden sei, entscheidet sich

I. zum grossen Theil nach dem Wohnsitz, d. h. nach dem Ort, wo die betreffende Person den Mittelpunkt ihrer Existenz mit der Absicht dauernder Erhaltung hat.³⁾ Jedenfalls ist hier nur an den Begriff desselben im Sinne des Civilrechts,⁴⁾ nicht an den Begriff nach mancherlei Verwaltungsgesetzen zu denken. Unter welchen Voraussetzungen ein Wohnsitz begründet oder verloren, wie sein Vorhandensein aus thatsächlichen Momenten zu beweisen und festzustellen ist, inwiefern dieselbe Person mehrere Wohnsitze haben kann, ein abgeleiteter oder ein nothwendiger Wohnsitz existirt, das Alles richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts.⁵⁾

Nach neuerer Ansicht ist man geneigt, in der hier zu behandelnden Materie lediglich den Wohnsitz in diesem Sinne des Civilrechts zum Ausgangspunkt zu nehmen, d. h. die Anwendung des Rechts von der Thatsache abhängig zu machen, dass Jemand in dem Geltungsgebiet des letzteren wohnt. So namentlich auch die deutsche Rechtsauffassung. Indessen stimmen damit keineswegs alle Rechte und die gesammte Rechtslehre überein. Vielmehr wird theilweise nicht blos Wohnsitz, sondern zugleich Wohnrecht als Voraussetzung der Anwendung des am Wohnsitz geltenden Privatrechts verlangt.⁶⁾ Dies ist erklärlich, da die Punkte, für welche das Wohnsitzrecht entscheidend sein soll, zum Theil in naher Berührung stehen mit öffentlichrechtlichen Verhältnissen, für die keineswegs in gleicher Weise der thatsächliche Wohnsitz als Norm dienen kann. Nach deutschem Recht steht fest, dass innerhalb des deutschen Reichs für Angehörige desselben nach dem Wohnrecht nicht weiter zu fragen ist, seitdem bis auf wenige Ausnahmen Jeder von selbst das Recht hat, seinen Wohnsitz im Reich zu nehmen, wo er will.⁷⁾ Ob im Verhältniss zum Ausland und Ausländern unbedingte Anerkennung des Wohnsitzes und seines Rechts Platz greift, oder an weitere Bedingungen geknüpft ist, bedarf besonderer Untersuchung

²⁾ Stobbe § 29, IV a. E.

³⁾ Savigny Syst. §§ 353, 354; Windscheid § 36.

⁴⁾ Bzw. des Civilprozessrechts; s. C.P.O. § 13; Endemann, Komm. Bd. 1, S. 246; Wetzell, C.Proz. S. 489. S. auch Roth § 51, Not. 17.

⁵⁾ Stobbe § 30, I. -- Mehrere Wohnsitze begründen nach Prozessrecht einen elektiven Gerichtsstand; Endemann zu C.P.O. § 13, Not. 8; und demgemäss die Möglichkeit, für die Anwendung des materiellen Rechts, einen jeden zu Grunde zu legen; vgl. Roth § 51, Not. 21. Dass bei Mangel eines Wohnsitzes auf den Aufenthalts- oder letztern Wohnort zurückzugehen sei, ist nur eine Regel des Prozessrechts; s. C.P.O. 18; für das materielle Recht kann höchstens noch der Herkunftsort (origo) in Frage kommen; s. Roth a. a. O. Not. 19.

⁶⁾ v. Bar S. 73; Goldschmidt Not. 9; Stobbe Not. 5.

⁷⁾ R.Verf. Art. 3; B.Ges. vom 1. Nov. 1867 § 1. — S. über letzteres und dessen Beschränkungen Laband, Staatsr. Bd. 1, § 16, Nr. 3.

nach Masgabe des öffentlichen Rechts, gegründet auf Staatsvertrag oder Gegenseitigkeit.⁸⁾

Was bei einer physischen Person der Wohnsitz, das ist bei juristischen Personen oder sonstigen idealen Subjekten in materiellrechtlicher oder prozessualischer Beziehung der Sitz; also auch für Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder sonstige Assoziationen, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesamtwesen darstellen.⁹⁾ Doch muss hierbei bemerkt werden, dass unter Umständen ausländischen Korporationen oder Gesellschaften die Zulassung zum Geschäftsbetrieb im Inlande nur unter der Bedingung gewährt wird, dass sie sich in jeder oder bestimmter Beziehung dem inländischen Recht unterwerfen. So insbesondere bei Aktiengesellschaften.¹⁰⁾ Unter dem Sitz ist analog dem Begriffe des Wohnsitzes der Mittelpunkt der geschäftlichen Existenz zu verstehen. Eine Korporation oder Gesellschaft ist daher an sich eine ausländische, und nach dem ausländischen Recht zu beurtheilen, wenn ihr Centralpunkt oder Hauptetablissement im Auslande gelegen ist. Daran ändert sich von Haus aus nichts durch den Umstand, dass sie im Inlande ein Nebenetablissement, eine bloße Filiale hält. Indessen kommt es gerade dann nicht selten vor, dass die Errichtung der inländischen Filiale, sofern dazu besondere Erlaubniss gehört, nur gegen Unterwerfung unter das inländische Recht gestattet wird.

Dasselbe muss schliesslich auch gelten, wenn ein Einzelner oder mehrere Einzelne ein Hauptetablissement in dem einen, ein Nebenetablissement in einem andern Rechtsgebiet haben. Der physischen Person gegenüber entsteht aber noch die weitere Frage, welches Recht anzuwenden sei, wenn deren Wohnsitz und der Etablissementsort in verschiedenen Rechtsgebieten sich befinden. Dem Etablissementsort kommt doch neben dem Wohnort eine erhebliche Bedeutung zu; namentlich behufs Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit.¹¹⁾ Indessen liegt es im Wesen der Sache, dass bei der Beurtheilung der Dinge, um die es sich, wie im Folgenden auseinanderzusetzen, hier handelt, d. h. namentlich der persönlichen Rechtsverhältnisse, bei physischen Einzelpersonen das Recht des Wohnsitzes und nicht das des Niederlassungsortes entscheidend sein muss. Das letztere kann unter anderen Rubriken masgebend erscheinen. Bei idealen oder Gesamtwesen, Handelsgesellschaften u. dgl., ist Wohn- und Geschäftssitz dasselbe. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit des einzelnen Etablissementsinhabers dagegen richtet sich nach dem Rechte seines Wohnsitzes.

Das Recht des Wohnsitzes gilt als Norm für die Beurtheilung der Rechts- und Handlungsfähigkeit der physischen oder idealen Personen.¹²⁾ Indessen lauten in dieser Hinsicht die Rechte theilweise abweichend, indem z. B. das

⁸⁾ Ueber die mit der deutschen übereinstimmende Auffassung des englischen und nordamerikanischen Rechts s. Goldschmidt Not. 9.

⁹⁾ Stobbe § 30, Not. 9. — Prozessrechtlich direkt anerkannt in der C.P.O. § 19
^{6s.} Endemann Komm. Bd. 1, S. 257 ff.

¹⁰⁾ S. darüber Renaud, Recht der Aktienges. 2. Aufl. § 16, Not. 13 ff.

¹¹⁾ Thöl § 51; Endemann H.R. § 16, II. Vgl. C.P.O. § 22.

¹²⁾ Windscheid § 35, Not. 1.

sächsische der Rechts- und Handlungsfähigkeit überhaupt nach der Staatsangehörigkeit, das österreichische die der Oesterreicher nur nach seinen Bestimmungen, die der Fremden, nach dem Domizil, ähnlich das französische die der Franzosen, auch der im Auslande wohnhaften, nach seinen Bestimmungen, die der nicht naturalisirten Fremden, auch wenn sie in Frankreich wohnen, nach den Bestimmungen ihres Heimathsrechts beurtheilt wissen will.¹³⁾ Andererseits erklärt das preussische Recht,¹⁴⁾ dass zwar an sich die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen nach den Gesetzen seines Wohnsitzes zu beurtheilen sind, dass aber bei im Inlande geschlossenen Verträgen die Handlungsfähigkeit angenommen werden muss nach dem Gesetz, sei es des Inlandes, sei es des Auslandes, nach dem die Handlung am besten aufrecht erhalten werden kann; ein Grundsatz der allgemein Rechtens ist in Betreff der Wechselfähigkeit¹⁵⁾ und der auch ausserhalb Deutschlands anerkannt wird.¹⁶⁾

Es ist erklärlich, dass unter solchen Zuständen des Gesetzesrechts auch die Doktrin und Praxis keineswegs darüber einig sind, dass die gesammte Rechts- und Handlungsfähigkeit, deren Voraussetzungen und Wirkungen sich prinzipiell und durchweg nach dem Rechte des Wohnsitzes bestimmen.¹⁷⁾ Vielmehr behaupten Manche schlechthin, dass in Bezug auf die Wirkungen das Recht des Ortes entscheide, wo Rechte von einer Person geltend gemacht werden, oder lassen wenigstens eine solche Reihe von Ausnahmen zu, dass das Prinzip selbst gefährdet erscheint.¹⁸⁾ Daher bedarf es einer Prüfung der einzelnen Fälle.

Als feststehend kann Folgendes angeführt werden. Beschränkungen, denen Jemand hinsichtlich der Rechtsfähigkeit nach dem Rechte seines ausländischen Wohnsitzes unterworfen ist, die aber nach inländischem Recht nicht existiren, wie z. B. bürgerlicher Tod, Ehrverlust, Beschränkung wegen der Konfession, werden im Inlande nicht anerkannt. Dasselbe gilt von ausländischen Privilegien, die im Inlande nicht bestehen. Umgekehrt finden für gewisse Klassen existirende Beschränkungen, die freilich ebenso wie besondere Privilegien im Handelsrecht kaum noch in Betracht kommen, auch auf im Auslande wohnende Inländer und auf Ausländer bei den inländischen Gerichten Anwendung.¹⁹⁾ Die Rechtspersönlichkeit juristischer Personen, Gesellschaften u. s. w. wird nach dem Gesetz ihres Sitzes anerkannt,²⁰⁾ aber der Umfang ihrer Rechte nach dem Recht des Ortes, wo sie solche erwerben wollen oder geltend machen.²¹⁾

Im Uebrigen ist allgemeine Meinung, dass die Altersvoraussetzungen der Handlungsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit der Frauen und der Hauskinder,

¹³⁾ Roth § 51, Not. 24—29.

¹⁴⁾ Preuss. L.Recht Einl. § 23, 35; Stobbe § 30, Not. 23.

¹⁵⁾ Nach der D. W.O. Art. 84. S. darüber unten das Wechselrecht in Buch 4.

¹⁶⁾ Goldschmidt § 38, Not. 10.

¹⁷⁾ So Savigny S. 140 ff. Vgl. oben v. Bar S. 153 ff.; Wächter, Arch. f. civ. Proz. Bd. 25, S. 175.

¹⁸⁾ Stobbe a. a. O. Not. 10.

¹⁹⁾ So nach Savigny u. v. Bar, Roth Not. 32 ff.

²⁰⁾ Vgl. Arch. Bd. 12, S. 218 u. die dort cit. zahlreichen Präjudizien.

²¹⁾ Roth Not. 38, 39; Stobbe § 30, III, 7.

sonstige Beschränkungen der Dispositionsfähigkeit, die Voraussetzungen und Wirkungen der Entmündigung überall nach dem Rechte des Wohnortes zu beobachten sind.²²⁾

Von der Geltung des Wohnsitzrechts in Bezug auf Familien- und Erbschaftsverhältnisse braucht hier nicht die Rede zu sein.²³⁾

II. Als Sachenrecht dient das Recht des Ortes, wo die Sachen liegen. Als Ort der Liegenschaft eines ganzen Vermögens gilt der Wohnsitz des Inhabers.²⁴⁾ Unter Sachenrecht ist zunächst die Summe derjenigen Normen zu verstehen, welche sich auf die objektiven Rechtsverhältnisse der Sachen beziehen. Aber auch die subjektive Fähigkeit der Person zum Erwerb²⁵⁾ ist nach demselben Recht zu beurtheilen, während anerkanntermassen die Befugniss zur Veräusserung von dem Recht des Wohnsitzes abhängt.²⁶⁾

Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen will die neuere Ansicht keinen Unterschied machen, obwohl nach älterem deutschem Recht ein tiefgreifender Unterschied vorhanden war und der Natur der Sache nach die Immobilien weit entschiedener zur Anwendung des Rechts der gelegenen Sache auffordern, als die Mobilien;²⁷⁾ und obwohl nach einigen Rechten²⁸⁾ das Recht des Wohnortes als für die Rechtsverhältnisse der Mobilien maßgebend erklärt wird.

Da die Immobilien und deren Rechtsverhältnisse das Handelsrecht nur in geringem Maasse angehen,²⁹⁾ so genügt es, allgemein darauf hinzuweisen, dass die Eigenschaften derselben Besitz, Eigenthum, dingliche Rechte jeder Art, Erwerb und Verlust der Rechte,³⁰⁾ zweifellos nach dem Gesetz der Liegenschaft beurtheilt werden.³¹⁾ Aber auch bei Mobilien richtet sich nach diesem Recht die objektive Verkehrs- und Erwerbsfähigkeit der Sache,³²⁾ ferner die rechtliche Behandlung des Besitzes,³³⁾ des Eigenthums, des Erwerbes und seiner Form.

Mithin wird Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben, wenn der Erwerb in einem Lande stattfindet, wo solches Rechtens, auch wenn in dem Lande, wo

²²⁾ Stobbe § 30, III; Roth Not. 46 ff.

²³⁾ Windscheid § 35, Nr. 4, 5; Roth § 51, II u. IV; Stobbe § 34.

²⁴⁾ S. Stobbe § 32, Not. 4; Roth Not. 105; vgl. Not. 114.

²⁵⁾ v. Bar § 64, I; Stobbe § 32, Not. 15. — Indessen ist dies nicht unbestritten; Savigny Bd. 8, S. 182 u. A., sowie auch theilweise die Praxis ist für das Recht des Domizils.

²⁶⁾ Roth § 51, Not. 90.

²⁷⁾ Stobbe § 32 z. A.

²⁸⁾ Altpreuss. s. Förster Preuss. Priv.Recht § 11, Not. 21; Oesterr. s. Ungar, Oest. Priv.Recht § 23, Not. 64.

²⁹⁾ Vgl. oben § 17.

³⁰⁾ Ueber die Form der Rechtsgeschäfte s. jedoch unten Nr. III.

³¹⁾ Savigny a. a. O.; v. Bar § 64, I u. Stobbe § 32, I, die auch hervorheben, dass das Pfandrecht, wenn es accessorischen Charakter hat — was freilich gegenwärtig nicht immer der Fall —, um wirksam zu werden, auch nach dem Rechte anerkannt sein muss, das über die Forderung entscheidet; s. auch Not. 36.

³²⁾ v. Bar § 64, Nr. 6, 7.

³³⁾ Savigny S. 199; Roth Not. 89.

dasselbe geltend gemacht wird, Tradition erforderlich erscheint.^{33a)} Dasselbe gilt in Betreff der Ersitzung,³⁴⁾ der Fortdauer³⁵⁾ und des Inhaltes des Besitzes oder Eigenthums, ferner auch für die Beurtheilung der dinglichen Rechte, insbesondere des vertragsmässigen oder gesetzlichen Pfandrechts.³⁶⁾

Darüber herrscht im Ganzen³⁷⁾ Einverständniss, dass für die Geltendmachung der dinglichen Rechte oder des Besitzes durch Klage das Gesetz des Klagortes massgebend ist.³⁸⁾

Die prozessualische Zuständigkeit der aus dem Sachenrecht entspringenden Klagen ist hier nicht näher darzustellen.³⁹⁾

III. Was die Form der Rechtsgeschäfte, insbesondere also auch der Vertragsschliessungen, anbetrifft, so war es früher herrschende Regel,⁴⁰⁾ dass sie sich nach dem Rechte des Ortes, wo sie vorgenommen werden, bestimme. Gegen die Neuzeit hin hat sich jedoch immer mehr die Auffassung befestigt,⁴¹⁾ dass die Beteiligten keineswegs unbedingt an das Gesetz dieses Ortes gebunden seien, vielmehr die Form ergreifen können, welche an dem Orte gilt, wo das Rechtsgeschäft wirksam, namentlich der Vertrag erfüllt werden soll. Insoweit steht demnach die Wahl zu und es entscheidet der Privatwille, indem er den Erfüllungsort festsetzt, darüber, welche Rechtsnorm anzuwenden ist.⁴²⁾ Oder es kann bei Verträgen auch das Recht des Wohnortes gewählt werden. Alsdann muss, wenn die beiden Kontrahenten unter verschiedenen Rechten wohnen, den Vorschriften der beiderseitigen Domizilrechte genügt werden.⁴³⁾

Indessen erscheint doch die Wahl nach einigen Richtungen beschränkt. Es

^{33a)} Windscheid § 35, Not. 3; Stobbe § 32, Not. 15, 16; Seuffert Arch. Bd. 24, Nr. 102; aber dagegen Seuffert, Arch. Bd. 6, Nr. 128, wo die *lex domicilii* für massgebend erklärt wird.

³⁴⁾ Die jedoch v. Bar S. 218 bei nicht dauernder Lage der Mobilien nach dem Recht des Wohnorts beurtheilt. — Ueber die Berechnung der Ersitzungszeit bei Wechsel des Ortes s. Savigny S. 186; Stobbe Not. 17.

³⁵⁾ Stobbe Not. 16. S. über die Vindikabilität Windscheid a. a. O. Not. 3.

³⁶⁾ S. über die Folgen, wenn in dem einen Lande nur Faustpfand, in dem anderen auch Hypothek oder Generalpfandrecht gilt, Windscheid Not. 3 a. E. u. die dortigen Präjudizien, wonach die Praxis grossentheils in Betreff der Existenz des Pfandrechts das Gesetz des Ortes entscheiden lässt, wo das Recht geltend gemacht wird (*lex fori*); s. auch Stobbe Not. 18 ff.

³⁷⁾ Wenn auch bestritten v. Bar § 64, Not. 21.

³⁸⁾ Savigny S. 187. Beseler D. Pr. Recht § 39, Not. 21; Stobbe Not. 21 ff.; Roth Not. 101.

³⁹⁾ S. darüber C.P.O. § 25—27; Endemann, Komm. Bd. 1, S. 267 ff.

⁴⁰⁾ *Locus regit actum*; Stobbe § 31 z. A.

⁴¹⁾ In Parallele damit steht die Entwicklung des *forum contractus* zum *forum solutionis*; s. über diese Endemann, das D. Civ. Prozessrecht § 61, I und die dortigen Nachweise, sowie über deren Abschluss C.P.O. § 29.

⁴²⁾ In diesem Sinne entscheidet auch der Privatwille durch Wahl des Wohnsitzes, wo das Wohnsitzrecht anzuwenden ist. Gerade in diesem Einfluss des Privatwillens liegt der grösste Gegensatz zu dem Prinzip zwingender Unterwerfung unter das Territorialrecht nach absoluten subjectiven oder objektiven Kriterien.

⁴³⁾ Zumal bei Abschluss unter Abwesenden durch Korrespondenz; v. Bar S. 124, 128; Stobbe § 33, Not. 9 ff.; Roth Not. 126 ff.; Windscheid § 35, Not. 5.

entscheidet lediglich das Recht des Vornahmeortes,⁴⁴⁾ wenn der Rechtsakt vor einer öffentlichen Behörde und unter deren Mitwirkung bewirkt wird, da diese nur nach ihrem Recht thätig wird. Bei Rechtsakten, die sich auf Immobilien beziehen, ist die am Liegenschaftsort gültige Form zu beobachten.⁴⁵⁾ Endlich kann auch das Recht des Wohnsitzes zu wahren sein; nemlich da, wo dieses für Rechtsakte und Vertragsschlüsse aus Fürsorge für die Person des Handelnden eine bestimmte Form vorschreibt.⁴⁶⁾

Wo aber an sich das Recht des Vertragsortes und das des Wirkungs- oder Erfüllungsortes konkurriren, da ist es allgemein gebilligte Regel,⁴⁷⁾ dass der Rechtsakt oder das Rechtsgeschäft auch dann gültig vorgenommen ist, wenn zwar nicht die am Orte der Vornahme, wohl aber die am Orte der Geltendmachung⁴⁸⁾ vorgeschriebene Form erfüllt erscheint.⁴⁹⁾

IV. Für die Beurtheilung der Obligationsverhältnisse ein festes gesetzliches Kriterium aufzustellen, ist, wie allgemein anerkannt wird, kaum möglich. Zunächst hat es bei einer Vertragsschliessung der Vertragswille der Beteiligten in den meisten Fällen in seiner Gewalt, das obligatorische Verhältniss dem Recht entweder des Vertrags-, oder des Erfüllungsortes-, oder des Wohnortes zu unterwerfen.⁵⁰⁾ Eine bestimmte rechtliche Vermuthung, dass im Zweifel der eine oder der andere Ort als maßgebend angesehen worden sei, lässt sich nicht aufstellen.⁵¹⁾ Es kommt, soweit der freie Wille Macht hat, auf den einzelnen Fall an.⁵²⁾ Hierbei wird man freilich am meisten geneigt sein, für die Beurtheilung der Wirkungen des Vertrags das Recht des Erfüllungsortes oder, was in der Regel⁵³⁾ damit zusammenfällt, des Etablissements- oder Wohnortes des Schuldners⁵⁴⁾ zu Grunde zu legen.

Nach dem Rechte des hiernach sich angehenden Ortes richtet sich die

⁴⁴⁾ Und nicht die *lex domicilii*; Stobbe § 31, Not. 13.

⁴⁵⁾ Windscheid § 35, Not. 13 a. E.; v. Bar S. 203; Stobbe Not. 14; Roth Not. 125.

⁴⁶⁾ Roth Not. 124. — Die spezielle Anwendung der obigen Sätze insbes. auf die Formen der Eheschliessung gehört nicht hierher.

⁴⁷⁾ Die für das Wechselrecht in der D. W.O. Art. 85, 86 ausdrücklich sanktionirt ist.

⁴⁸⁾ Wo also, wie Art. 85 sagt, aus dem Mangel der Form am Erklärungsort kein Einwand erhoben werden kann.

⁴⁹⁾ v. Bar S. 112. — So auch die Praxis und manche fremde Rechte; Goldschmidt § 38, Not. 7.

⁵⁰⁾ Savigny S. 249.

⁵¹⁾ Die Meinungen sind sehr getheilt, in der Theorie u. Praxis. Windscheid § 35, Nr. 3 schiebt das Recht des Wohnortes in den Vordergrund; freilich mit erheblichen Beschränkungen; etwas schwächer, aber verwandt Stobbe § 33, Not. 4 ff.; Savigny S. 247 für den Erklärungsort.

⁵²⁾ R.O.H.G. Bd. 12, Nr. 49 und die dortigen Citate.

⁵³⁾ Vgl. H.G.B. Art. 324; wenn nicht der Lagerort Erfüllungsort ist.

⁵⁴⁾ Mit Savigny a. a. O. Förster § 11. Unger § 23; Roth Not. 132; dagegen Windscheid § 35, Not. 9, der aber selbst eine Reihe von Entscheidungen der Praxis anführt, die für die obige Ansicht sprechen.

Auslegung des Vertrags,⁵⁵⁾ die Beurtheilung der Gültigkeit,⁵⁶⁾ der Wirkungen und der Erfüllung;⁵⁷⁾ ebenso auch die Verjährung.⁵⁸⁾ Für das aus dem Rechtsgeschäft der Cession entspringende obligatorische Verhältniss gelten keine anderen Regeln.⁵⁹⁾

Indessen können auch Vertragsobligationen fixirt sein. So wird es sich von selbst verstehen, dass alle obligatorischen Verhältnisse, die aus der Gesellschaft zwischen den Beteiligten entstehen, nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen sind, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat; ebenso Rechtsverhältnisse zwischen dem Prinzipal und den Leuten des organisirten Geschäfts nach dem Recht des Niederlassungsortes.⁶⁰⁾

Ueber gesetzliche Obligationen entscheidet der Wohnort des Schuldners zur Zeit der Entstehung.⁶¹⁾ Für Deliktobligationen ist das Recht des Ortes, wo das Delikt verübt wurde, maßgebend.⁶²⁾

Was endlich die Klagbarkeit anlangt, so bestimmt sich diese insofern nach dem Rechte des angerufenen Gerichts, als dieses die Möglichkeit, Beschränkung oder Ausschliessung der gerichtlichen Geltendmachung nur nach seinem Recht zu beurtheilen hat.⁶³⁾ Meist wird, da der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Schuldners der häufigste ist, der Ort der Geltendmachung mit dem letzteren identisch sein. Lässt das Recht des angerufenen Gerichts die Klage an sich zu, so kann weiter die Frage zu beantworten sein, ob ihr ein zulässiges oder ein verbotenes Obligationsverhältniss zu Grunde liege. Nach welchem Recht lässt sich wieder nicht allgemein hin entscheiden. Die Kollisionen namentlich zwischen dem Recht des Vertrags-, und des Erfüllungsortes sind dieselben wie sonst. Hauptsächlich, aber keineswegs nothwendig,⁶⁴⁾ wird das letztere als Norm dienen.

⁵⁵⁾ Stobbe Not. 13; vgl. H.G.B. Art. 336.

⁵⁶⁾ Von dem Falle einer gerichtlichen oder amtlichen Bestätigung, Stobbe Not. 15, braucht im Handelsrecht nicht die Rede zu sein.

⁵⁷⁾ Roth Not. 134 ff.

⁵⁸⁾ S. über die vielbesprochene Behandlung derselben in Theorie und Praxis Windscheid Not. 9 a. E.; Stobbe Not. 18 ff.

⁵⁹⁾ v. Bar S. 268 ff.; Stobbe Not. 16, 17.

⁶⁰⁾ Vgl. Windscheid Not. 6. Man wird hier freilich meist auch sagen können, dass das der Erfüllungsort sei.

⁶¹⁾ Savigny S. 273.

⁶²⁾ Windscheid Not. 6 a. E.; Stobbe Not. 25; Roth Not. 140.

⁶³⁾ v. Bar S. 247; Robbe Not. 6.

⁶⁴⁾ Wie Stobbe Not. 5 a behauptet. Wenn die Kontrahenten dem Obligationsverhältniss in der That seinen ganzen Sitz am Erfüllungsort anweisen, ist das richtig, aber der Ort der Erfüllung hat nicht immer diesen Sinn. Gewiss gibt es Fälle, in denen man sagen muss, dass der Vertragsschluss ungültig sei, weil er am Abschlussort verboten war, wenn er auch am Erfüllungsort erlaubt erscheint.

VII. Das ausländische Handelsrecht.

§ 24.

Bei der Ausdehnung des Handels, der zum grossen Theil international erscheint, wird die Kenntniss auch des ausländischen Handelsrechts wichtig.¹⁾ Es sind daher die Gesetze, wenigstens diejenigen, welche die Hauptgrundlagen der fremden Handelsrechte bilden, sowie die Hauptwerke der Literatur anzuführen.

Sammlungen der Handelsrechtsgesetze der verschiedenen Länder, welche eine Uebersicht über das heutige Recht lieferten, fehlen.

Das Werk, welches den Titel führt: Vollständige Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsrechtsgesetze aller Länder, von **Borchard** 2 Bde. 1871, enthält bis jetzt nur die auf das Wechselrecht bezüglichen Gesetze.

Eine Menge einzelner Gesetze und Verordnungen bringt das in § 12, VI, 1 citirte Handelsarchiv; aber eine förmliche Sammlung existirt nicht.

Aus der früheren Zeit datiren, freilich nur noch theilweise brauchbar, durch die neuere Gesetzgebung vielfach überholt und daher unvollständig, folgende Sammlungen.

a) **Martens**, Gesetze und Verordnungen der einzelnen europäischen Mächte über Handel, Schiffahrt und Assekuranzen seit der Mitte des 17. Jahrhunderts. Der erste, 1802 erschienene Theil bezieht sich aber nur auf Frankreich.

b) **Saint-Joseph**, concordance des Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français. Paris 1844; neu aufgelegt 1850. Das Werk enthält theils vergleichende Zusammenstellungen, theils französische Uebersetzungen auswärtiger Handelsrechtsgesetze und berücksichtigt 44 Staaten.²⁾

Von einer Sammlung, mit der 1822 **Pardessus** beauftragt worden war,³⁾ ist nichts zum Vorschein gekommen.

c) **Leone Levi**, commercial law, its principles and administration, or the mercantile law of Great Britain compared with the codes and laws of commerce of the following mercantile countries; 2 vol. in 4 parts; London 1850—1852.

¹⁾ Vgl. über dessen Anwendung u. das Verhältniss des inländischen zum ausländischen Recht die §§ 22. 23.

²⁾ S. **Goldschmidt** § 7 I, 1 und Näheres über den Inhalt bei **Thöl** § 10, Nr. 3.

³⁾ **Thöl** a. a. O. Nr. 2.

Es werden 59 Länder berücksichtigt, deren Gesetze in's Englische übertragen worden sind.⁴⁾ Das Werk ist hauptsächlich nur brauchbar als Nachweisung der Rechte von England, Schottland und der Rechte der Nebenländer und Kolonien von Grossbritannien.

Als zweite Ausgabe soll gelten: international commercial law, being the principles of mercantile law of the following and other countries etc. 1863. Darin ist eine systematische Darstellung des englischen Handelsrechts, verglichen mit den Rechten von 20 anderen Staaten, enthalten.

1. In Oesterreich sind, wie oben⁵⁾ bereits angeführt wurde, für den cisleithanischen Theil der Monarchie einschliesslich des Gebietes von Krakau, wo früher der Code de commerce galt, die vier ersten Bücher des Deutschen H.G.Buchs am 1. Juli 1863, für die Militärgränze am 1. Oktober 1863 unter Aufhebung einer Reihe von älteren Gesetzen zur Geltung gelangt. Die Einführung des fünften Buches ist noch nicht erfolgt, also das seitherige Seerecht noch in Kraft geblieben. Daran schliessen sich ähnlich wie im Deutschen Reich viele weitere, in das Handelsrecht einschlagende, neuere Gesetze an.⁶⁾

Das österreichische cisleithanische Recht gilt auch für das Fürstenthum Liechtenstein,⁷⁾ wo das H.G.Buch seit dem 1. Januar 1866 in Kraft getreten ist.⁸⁾

Aus der Literatur des deutsch-österreichischen Handelsrechts⁹⁾ sind einige Hauptwerke in der Zusammenstellung des § 12 aufgeführt worden. Zur Kenntniss der Judikatur dienen besonders 1) **Sammlung von Entscheidungen** zum H.G.Buche herausg. von Adler und Clemens, jetzt in dritter Folge; 2) die bereits in § 12, V 7 erwähnte **Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes**, herausg. von Glaser, Unger und Walter.¹⁰⁾

In Südtirol und Dalmatien bildet wie früher auch im Lombardisch-Venetianischen Königreich im Ganzen noch die Grundlage der Code de commerce, der als Codice di commercio del regno d'Italia 1808 bzw. 1810 eingeführt wurde.¹¹⁾

Ungarn hatte ein eigenes Handelsrechtsgesetz in den Gesetzartikeln XV—XX. XXII. XXIX von 1838 und 1840.¹²⁾ Nachdem 1848 die österreichische Gesetzgebung in den Ländern der ungarischen Krone eingeführt, aber 1861 wieder beseitigt worden war, beschäftigte man sich mit der Aufstellung eines neuen

⁴⁾ Goldschmidt a. a. O. Nr. 2; über den Inhalt s. ausführlicher Thöla a. O. Nr. 4.

⁵⁾ S. § 7, Nr. 15; über die frühere Handelsgesetzgebung s. Goldschmidt § 23, Not. 1—3.

⁶⁾ Bis 1873 zusammengestellt bei Goldschmidt § 23, nach Not. 17a. S. weiter Uebersichten in der Z. f. H.R. Bd. 20, S. 507; Bd. 23, S. 491 u. Anl. zu Bd. 23, S. 81.

⁷⁾ Goldschmidt a. a. O. Not. 32.

⁸⁾ S. oben § 7, Nr. 32.

⁹⁾ Die älteren s. bei Goldschmidt Not. 5 u. oben § 5, Not. 55.

¹⁰⁾ Vgl. über beide Z. f. H.R. Bd. 23, S. 329.

¹¹⁾ Goldschmidt § 23, I, 2a.

¹²⁾ Ueber den Inhalt s. Thöl § 9, Not. 5, S. 37; Ausgaben, Uebersetzungen und Literatur Goldschmidt Not. 23; über den Entwurf des ungar. G.Buchs Laband Z. f. H.R. Bd. 9, S. 659.

Handelsrechtsgesetzes auf Grundlage des deutschen H.G.Buchs. Dieses ist jetzt zu Stande gekommen in Gestalt der Gesetzartikel XXXVII von 1875.¹³⁾ Eine amtliche deutsche Ausgabe ist erschienen; herausgegeben von Steinacker, Budapest 1875.¹⁴⁾

Eine kommentarische Bearbeitung ist: **Schmierer**, Komm. zum Ungarischen H.G.Buch, Autorisirte Uebersetzung 1877.¹⁵⁾ Seitdem sind noch verschiedene einzelne Gesetze erlassen worden.¹⁶⁾

2. In Frankreich ist Grundlage des bestehenden Handelsrechts der **Code de commerce**.¹⁷⁾ Die Vorarbeiten zur Reform, die schon einmal im 18. Jahrhundert begonnen, aber durch die Revolution von 1789 unterbrochen worden waren, nahm man 1801 wieder auf.¹⁸⁾ Nach dem Gesetz vom 15. September trat das Gesetzbuch mit dem 1. Januar 1808 in Kraft. Aufgehoben wurden alle älteren Gesetze, welche die in dem Code behandelten Materien betrafen; und zu seiner Ergänzung sollten die übrigen Codes dienen.¹⁹⁾ Der Code de commerce ist die erste umfassende Kodifikation, welche das Handelsrecht von dem übrigen Civilrecht abschied. Diesem Vorgang sind seitdem die meisten anderen Länder gefolgt.

Das Gesetzbuch wurde nicht nur für den ganzen Umfang des damaligen französischen Kaiserreichs publizirt, sondern auch in einer ganzen Reihe von Frankreich abhängiger Staaten eingeführt. In den letzteren ist dasselbe später meistens wieder beseitigt worden, aber in einigen Gebieten hat sich seine Geltung erhalten.²⁰⁾ Gegenwärtig erstreckt sich die Herrschaft des Code de commerce auf Frankreich und dessen sämtliche Kolonien. Allein ausserdem gilt er, jedoch nur subsidiär hinter dem deutschen H.G.Buch her als Bestandtheil des bürgerlichen Rechts, sogar noch innerhalb des deutschen Reichs für die linksrheinischen Theile desselben;²¹⁾ sodann in dem Oesterreichischen Südtirol und Dalmatien, im Grossherzogthum Luxemburg, in Belgien, Polen und einigen Theilen der Schweiz.

Noch umfassender ist der Einfluss, den die französische Kodifikation auf die Gesetzgebung anderer Länder, mehr oder minder direkt, ausgeübt hat. Die meisten Handelsgesetzbücher namentlich der romanischen, aber auch anderer Staaten haben ihn als Vorbild oder Grundlage benutzt.

Neben dem Code de commerce sind manche handelsrechtliche Gesetze

¹³⁾ Behrend, H.R. § 10, I Nr. 7. Ueber die Vorarbeiten s. Thöl S. 1157; Goldschmidt Not. 30.

¹⁴⁾ Vgl. namentlich auch über die Ausführungsverordnung Z. f. H.R. Bd. 21, S. 164. 421.

¹⁵⁾ Angezeigt Z. f. H.R. Bd. 23, S. 319.

¹⁶⁾ Anl. zur Z. f. H.R. Bd. 23, S. 90—108.

¹⁷⁾ Ueber die hauptsächlichsten früheren Gesetze s. oben § 5, III.

¹⁸⁾ Ueber die Vorarbeiten und Berathungen s. Goldschmidt § 24 u. die daselbst Not. 4 angeführte Literatur. Behrend das. § 9, Nr. IV.

¹⁹⁾ Eintheilung und Inhalt des Code de comm. s. Goldschmidt von Not. 5 an.

²⁰⁾ Goldschmidt § 24, I, 3.

²¹⁾ S. im Näheren Goldschmidt § 24, I, 3 a.

der älteren Zeit bestehen geblieben. Auf ihn ist eine lange Reihe neuerer gefolgt, die auch zum Theil in den Bestand des Code eingreifen.²²⁾

Aeusserst zahlreich ist die französische **Literatur** des neueren Handelsrechts auch an Lehr- und Handbüchern, vorzugsweise jedoch an Kommentaren.²³⁾ Besonderer Autorität erfreuen sich 1) **Pardessus**, cours de droit commercial 6. ed. 1856; 2) **Rogron**, code de commerce expliqué; 3) **Bravard-Veyrières**, manuel de droit commercial und traité de droit commercial, publié par Demangeat 1862—75; 4) **Massé**, le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil 3. ed. 1874; 5) **Bédarride**, droit commercial 1854 ff.; 6) **Alanzet** commentaire du code de commerce. Neueste Darstellungen sind 7) **Boistel**, précis du droit commercial 1879²⁴⁾ und 8) **Lyon-Caen et Renault**, précis etc. 1879²⁵⁾

Neben den Abhandlungen sind hervorzuheben **Frémery**, études du droit commercial.²⁶⁾

Auch an deutschen Uebersetzungen,²⁷⁾ sowie an deutschen und italienischen Bearbeitungen hat es nicht gefehlt.²⁸⁾ Von denselben besonders zu erwähnen ist: **Broicher und Grimm**, das H.G.Buch der K. Preussischen Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert. 1835.

3) In **Italien** war bis zu seiner Vereinigung der Rechtszustand ein bunter. In manchen Staaten blieb der zur Zeit des ersten französischen Kaiserreichs eingeführte Code de commerce geltend. So in Toscana, Parma und Piacenza. In Venedig gelangte auf einige Zeit das deutsche H.G.Buch zur Geltung. In anderen Staaten, nemlich in dem Königreich beider Sizilien, dem Kirchenstaat, in dem Königreich Sardinien und in dem Herzogthum Modena wurden neue Gesetzbücher erlassen, an die sich eine nicht unbedeutende Literatur anschloss.²⁹⁾

Nachdem aber die Vereinigung in dem Königreich Italien zu Stande gekommen war, wurde durch Gesetz vom 28. Juni 1865 der **Codice di commercio del regno d'Italia**, nach dem Sardinischen Handelsgesetzbuch unter Berücksichtigung der französischen Legislation bearbeitet, publizirt, um am 1. Januar 1866 für das gesammte damalige Gebiet des Königreichs in Kraft zu treten. Vom 1. September 1871 ab ist das Gesetzbuch, abgesehen von dem Abschnitt des Wechselrechts, auch in Venetien und der Provinz Mantua und dann vom 1. April 1871 ab auch in der den früheren Kirchenstaat umfassenden Römischen Provinz eingeführt worden. Eine Revision ist im

²²⁾ Eine reiche Zusammenstellung bis 1872 s. bei Goldschmidt a. a. O. II. Dann weiter Uebersichten von Mittermaier in der Z. f. H.R. Bd. 20, S. 109; Bd. 21, S. 146; Bd. 22, S. 174. Anl. zu Bd. 23, S. 168; Bd. 24, S. 187.

²³⁾ S. die Aufzählung bei Goldschmidt § 24, III, 1; die hier nicht zu wiederholen ist.

²⁴⁾ Vgl. Z. f. H.R. Bd. 22, S. 433.

²⁵⁾ S. revue historique 1879 p. 411.

²⁶⁾ S. im Uebrigen Goldschmidt § 24, III, 2; Sammelwerke und Zeitschriften s. das. III, 3.

²⁷⁾ Goldschmidt § 24, Not. 5; Thöl S. 38, Not. 16.

²⁸⁾ Goldschmidt § 24, III 4.

²⁹⁾ Ausführlicheres s. bei Goldschmidt § 26, V, 1. — Thöl § 9, Nr. 2.

Werke. Dazu kommen wieder mancherlei neuere Gesetze, die das Handelsrecht angehen.³⁰⁾

Einen eigenen Gesetzeszustand haben noch das Fürstenthum Monaco und die Republik San Marino.³¹⁾

Aus der Literatur³²⁾ seit Erlass des Codice sind hervorzuheben:

1) Carnazza Puglisi, il diritto commerciale secondo il codice etc. 2 vol. 1868 und 2) neuerdings Vidari, corso di diritto commerciale vol. I. 1877.³³⁾

Eine deutsche Uebersetzung des Gesetzbuchs gibt Treves, das H.G.Buch für das Königreich Italien, Wien 1868.

4. Spanien, mit Ausnahme der Republik Andorra und Gibraltars,³⁴⁾ besitzt seit dem 1. Januar 1830 den durch Gesetz vom 30. Mai 1829 publicirten *Codigo de commercio*,³⁵⁾ zu dem der Code de commerce, wenn auch nicht allein, als Grundlage gedient hat. Sodann kommen für das Handelsrecht nicht wenige seitdem ergangene Einzelgesetze in Betracht.³⁶⁾

Auch existirt eine Reihe von Darstellungen des spanischen Handelsrechts,³⁷⁾ Eine deutsche Uebersetzung ist: Schuhmacher, Spanisches H.G.Buch, nach der amtlichen Madrider Ausgabe übersetzt, 1832.³⁸⁾

5. Im Königreich Portugal gilt der am 18. September 1833 verkündete *Codigo commercial Portuguez*,³⁹⁾ zu dem zahlreiche ergänzende Gesetze in der Folge hinzugetreten sind.⁴⁰⁾

Aus der vor ihm liegenden Literatur ist bedeutend José da Silva Lisboa *principios di dircito mercantil*. 7 tom. 1810—1819.⁴¹⁾

Die einzige, unvollständige Uebersetzung findet sich in der Sammlung von St. Joseph.⁴²⁾

6. In Belgien befindet sich seit dem 1. Januar 1808 der Code de commerce

³⁰⁾ Die hauptsächlichsten bis 1872 s. bei Goldschmidt a. a. O. S. 248; weiter die Uebersichten von Mittermaier in der Z. f. H. R. Bd. 19, S. 341; Bd. 20, S. 121; Bd. 21, S. 158; Bd. 22, S. 193; Bd. 24, S. 175. Ueber die projektirte Revision s. Behrend § 10, Not. 12.

³¹⁾ Goldschmidt Not. 43, 44.

³²⁾ Goldschmidt S. 248.

³³⁾ Vgl. Z. f. H. R. Bd. 23, S. 321. u. über Triaca, *elementi di diritto civile e comm.* 1876 das. S. 326.

³⁴⁾ Goldschmidt § 26, Not. 14. 15.

³⁵⁾ Ueber Bearbeitung u. Inhalt s. Goldschmidt § 26, III, 1. 2; über die Publikation in den Kolonien, auch Thöl § 9, Nr. 3; Ausgaben das. S. 38, Not. 21.

³⁶⁾ Bis 1873 aufgezählt bei Goldschmidt S. 239—240.

³⁷⁾ Goldschmidt das. III, 3.

³⁸⁾ Französische Uebersetzungen s. Goldschmidt Not. 12.

³⁹⁾ Grundlagen und Inhalt s. Goldschmidt § 26, IV, 1. 2; vgl. auch Thöl § 9, Not. 26b.

⁴⁰⁾ Goldschmidt Not. 19. Behrend § 10, Not. 8.

⁴¹⁾ S. aber über weitere Ausgaben Goldschmidt Not. 20.

⁴²⁾ S. oben zu Anfang dieses § 6. — Goldschmidt Not. 17.

in Geltung, der jedoch durch eine Mehrzahl von neueren Gesetzen Abänderungen und Ergänzungen erfahren hat.⁴³⁾

Es fehlt nicht an kommentarischen und systematischen Bearbeitungen, unter denen hervorzuheben ist **Namur**, *cours de droit commercial*; 2 vol. 1868.

Uebrigens ist eine umfassende Revision des Handelsrechts⁴⁴⁾ seit 1867 allmählich durchgeführt worden.⁴⁵⁾

7. Das **Königreich der Niederlande** besitzt seit dem 1. Oktober 1838, bis zu dem der Code de commerce Gesetz war, ein eigenes Handelsgesetzbuch unter dem Titel *Wetboek van Koophandel*, eine Revision des Code de commerce.⁴⁶⁾ Dasselbe wurde auch in Limburg 1842, dann später, jedoch mit einigen Modifikationen in den Kolonien eingeführt, nicht aber in Luxemburg.⁴⁷⁾

Hinzukommen neuere Gesetze.⁴⁸⁾ Eine deutsche Uebersetzung des Gesetzbuchs ist **Schuhmacher**, *Holländisches Handelsgesetzbuch von 1838*, erschienen 1846.

Die Literatur ist reich. Von den bedeutenderen Werken sind: **de Wal**, *het Nederlandsche handelsregt*, 1861—1870; **Asser**, *schets van het Nederlandsche handelsregt* 1873⁴⁹⁾ und **Kist**, *Beginselen van handelsregt volgens het Nederlandsche Wet. 1874—1877*, 6 Bde. zu nennen.

8. Das **Königreich Griechenland** hat ein eigenes Handelsgesetzbuch, das fast nur eine Uebertragung der drei ersten Bücher des Code de commerce ist, publizirt am 1. Mai 1835. An Stelle des vierten Buchs des letztern ist ein besonderes Gesetz vom 14. Mai 1835 erlassen worden. Das griechische Handelsrecht wurde dann mit dem 21. März 1866 auch auf die Jonischen Inseln erstreckt.⁵⁰⁾

9. In dem **Fürstenthum Rumänien** wurde das am 1. Januar 1841 für die Wallachei erlassene, ebenfalls eng an den Code de commerce anschliessende Handelsgesetzbuch Gesetz vom 7. Dezember 1863 sammt einigen anderen den Handelsverkehr betreffenden Gesetzen auf ganz Rumänien⁵¹⁾ als *Codicele de commerciu alu Terei Romănescu* eingeführt.

10. Im **Fürstenthum Serbien** gilt das wesentlich nach dem Code de Com-

⁴³⁾ Die wichtigsten s. bei Goldschmidt § 26, I. Weitere Uebersichten von Mittermaier Z. f. H.R. Bd. 20, S. 111; Bd. 21, S. 155; Bd. 22, S. 189; Anl. zu Bd. 23, S. 173; Bd. 24, S. 183.

⁴⁴⁾ S. über diese Sachs, die Revision des belgischen H.G.Buchs, Beilage zu Z. f. H.R. Bd. 21 u. Harder, Arch. Bd. 37, S. 232.

⁴⁵⁾ S. die Nachweise aus der Z. f. H.R. in Not. 43 u. die Uebersicht bei Behrend § 10, I 5.

⁴⁶⁾ Ueber seine Eintheilung s. Goldschmidt § 26, II.

⁴⁷⁾ Thöl § 9, Nr. 6; Goldschmidt Not. 9.

⁴⁸⁾ Bis 1871 angeführt bei Goldschmidt a. a. O.; s. weiter Z. f. H.R. Bd. 19, S. 341; Bd. 20, S. 123; Anl. zu Bd. 23, S. 191.

⁴⁹⁾ Weitere Nachweise, auch über die Zeitschriften s. bei Goldschmidt a. a. O. — Ueber das Werk von Kist d. Z. f. H.R. Bd. 23, S. 320.

⁵⁰⁾ Thöl § 9, Nr. 16; Goldschmidt § 26, VI, woselbst auch Einiges über das zur Ergänzung dienende Civilrecht.

⁵¹⁾ Thöl § 9, Nr. 14; Goldschmidt, § 26, VII, der auch die neueren Einzelgesetze anführt.

merce und der Deutschen Wechselordnung bearbeitete Handelsgesetzbuch, welches am 6. Februar 1860 publizirt wurde.⁵²⁾

11. Die skandinavischen Staaten, Dänemark, Schweden und Norwegen, haben bis jetzt keine Kodifikation des Handelsrechts, wohl aber zahlreiche in dasselbe einschlagende Einzelgesetze. Indessen dienen zum Theil die dort bestehenden allgemeinen Gesetzbücher als Grundlage; für Dänemark das Gesetzbuch König Christians V. vom 5. April 1683, für Schweden das allgemeine Gesetzbuch von 1734, für Norwegen das allgemeine Gesetzbuch vom 15. April 1687.⁵³⁾ Doch ist für Dänemark die Ausarbeitung eines Handelsgesetzbuchs im Werke.⁵⁴⁾

12. Im grössten Theil des Russischen Reichs besteht das sehr ausführliche Russische Handelsgesetzbuch, das den elften Theil der allgemeinen Gesetzsammlung Swod Sakonow bildet. Seine Geltung datirt vom 1. Januar 1835.⁵⁵⁾ Eine deutsche Uebersetzung hat geliefert: F. von Schultz, das Handelsgesetzbuch des Russischen Reichs (nach der Ausgabe von 1842) 1851.

In den Ostseeprovinzen kommt jedoch diesem Handelsgesetzbuch nur subsidiäre Geltung hinter dem Provinzialrecht zu, welches unter dem Titel: Liv-, Esth- und Kurländisches Privatrecht, auf Befehl des Kaisers 1864 zusammengestellt worden ist.

In Polen gilt noch der 1809 in dem Grossherzogthum Warschau eingeführte Code de commerce.

13. In Grossbritannien zeigt sich, da niemals ein umfassenderes Eingreifen der Gesetzgebung stattgefunden hat, ein nach unseren Begriffen verwickelter Zustand. Hauptsächlich beruht noch gegenwärtig das Handelsrecht Englands auf der Gewohnheit, dem common law.⁵⁶⁾ Daneben steht, als statute law bezeichnet, das durch die Gesetzgebung des Staates geschaffene Recht. Letztere hat wie früher, so auch in der Neuzeit eine grössere Reihe einzelner Materien geordnet.⁵⁷⁾

Allein die Anwendung dieser beiden Gruppen des englischen Rechts gestaltet sich verschieden in Irland und Schottland. Während in Irland das statute law nur zum Theil, dagegen das common law ganz gilt, gilt in Schottland das common law gar nicht, das statute law nur zu geringem Theil. Schottland hat also wesentlich sein eigenes Recht. Noch verschiedenartiger ist der Rechtszustand der Kolonien, auf die sich zwar in der Regel das common law, aber das statute law nur mit Unterscheidung erstreckt, oder die theilweise, wie insbe-

⁵²⁾ Goldschmidt § 26, VIII.

⁵³⁾ Thöl § 9, Nr. 7—9; Goldschmidt § 29.

⁵⁴⁾ Die wichtigsten Gesetze und Erscheinungen der Literatur s. bei Goldschmidt a. a. O.; dann aber auch die ausführlichen Uebersichten von Aubert, Z. f. H.R. Bd. 18, S. 479; Bd. 21, S. 173; und Beilage zu Bd. 23, S. 213.

⁵⁵⁾ Thöl § 9, Nr. 10; Goldschmidt § 28.

⁵⁶⁾ S. oben § 5, V.

⁵⁷⁾ Goldschmidt § 30, Nr. 2 a. E. — S. ausser den das. Not. 6 a. E. angeführten Berichten über die englische Gesetzgebung weiter Mittermaier Z. f. H.R. Bd. 20, S. 98; Bd. 21, S. 135; Bd. 22, S. 157; Beilage zu Bd. 23, S. 134. 152.

sondere Niederkanada in dem civil Code of Lower Canada vom 26. Mai 1866 und Oberkanada in den consolidated statutes for Upper Canada, eigene Gesetze haben. Am buntesten sieht es in Ostindien aus, wo je nach der Nationalität der Bewohner deren besonderes Recht, also das englische nur für Engländer und Angloindier, zur Anwendung gelangt.⁵⁸⁾

Aus der Literatur ist als umfassendere Darstellung hervorzuheben: I. W. Smith, a compendium of mercantile law; 9. ed. 1877.

14. Die vereinigten Staaten von Amerika sind zu einer Kodifikation noch nicht gelangt. Als Grundlage dient das englische common law. Dann existiren einige allgemeingültige Spezialgesetze. Im Uebrigen handelt es sich um die mehr oder minder nachhaltige, mehr oder minder eingehende Gesetzgebung der einzelnen Unionsstaaten und Territorien. Die englische Praxis und Literatur wird, wenn auch nicht unbedingt befolgt, doch thatsächlich viel benutzt. Unter dem Einfluss des amerikanischen Rechts stehen auch die Sandwichs-Inseln und die Republik Liberia.⁵⁹⁾

Aus der Literatur geniessen vorzugsweise Ansehen 1) F. Kent, commentaries on American law, 12 ed. 1873, und 2) die Abhandlung über einzelne Materien von F. Story.

15. Ein kodifizirtes Handelsrecht fehlt bis jetzt auch der Schweiz. Nur über einzelne, das Handelsrecht betreffende Gegenstände sind Bundesgesetze erlassen worden oder Konkordate der Kantone zu Stande gekommen.⁶⁰⁾ Seit 1848 trägt man sich mit dem Plan einer umfassenden Gesetzgebung. Es ist der Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechts, ausgearbeitet von Munzinger, 1865 erschienen. Daraus ging dann der Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts, in den Jahren 1869—1872 bearbeitet. Allein im Zusammenhang mit den Arbeiten einer Revision der Bundesverfassung musste eine neue Revision auch jenes Entwurfs eintreten. Das Ergebniss derselben liegt nunmehr vor als „Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Art. 64 der Bundesverfassung). Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission. Juli 1879“, der durch eine Botschaft des Bundesraths vom 27. November 1879 der Bundesversammlung vorgelegt worden ist.⁶¹⁾ Die weiteren Schicksale bleiben zu erwarten.

Vorerst bewendet es also noch bei dem Partikularrecht der Kantone. Unter diesen lassen sich verschiedene Gruppen unterscheiden. Gar kein kodifizirtes Privat- oder Handelsrecht haben Baselland, Schwyz und Uri. Civil- oder Handelsrechtsgesetzbücher nach dem Muster des französischen Code

⁵⁸⁾ Goldschmidt das. Nr. 4.

⁵⁹⁾ Thöl § 9, III; Goldschmidt § 31.

⁶⁰⁾ Goldschmidt § 25, I. — S. über diese Resultate der Gesetzgebung die das. Not. * citirten Abhandlungen von Fick und Munzinger, sowie weiter Beil. zur Z. f. H.R. Bd. 23, S. 119 ff.

⁶¹⁾ Die Botschaft enthält unter I, §§ 1—4 eine ausführliche Schilderung der seitherigen Geschichte, aus der der Bericht Goldschmidt's § 25, I zu ergänzen ist, sowie auch Hinweise auf die Kritiken u. s. w.

gelten in Genf, einem Theil von Bern, Tessin, Neuenburg, Waadt, Freiburg und Wallis; in den übrigen Kantonen selbständige Gesetzbücher, bei denen namentlich die deutsche Rechtsauffassung und Gesetzgebung berücksichtigt worden ist.⁶²⁾

16. Was die Staaten von Centralamerika betrifft, so gelten a) in Guatamala und Honduras noch die Ordenanzas de la illustre universidad y casa de contratacion de la villa de Bilbao, von Philipp V 1737 bestätigt.⁶³⁾ b) Mexico hat ein H.G.Buch vom 16. Mai 1854, c) Salvador ein H.G.Buch vom 1. Dezember 1855, d) Nicaragua ein H.G.Buch vom 12. März 1869, e) Costarica ein H.G.Buch vom Jahr 1850, die sämmtlich dem Spanischen Código de comercio entsprechen.⁶⁴⁾ f) Haiti hat ein H.G.Buch vom 1. Juli 1827, das sich dem Code commerce anschliesst.⁶⁵⁾

17. Von den südamerikanischen Staaten sind a) einige mit Gesetzbüchern versehen, die sich an das Spanische H.G.Buch halten; so Columbia mit dem H.G. Buch vom 1. Juni 1853, Peru mit dem H.G. Buch vom 30. April 1853, Bolivia mit dem H.G. Buch vom 12. November 1834.⁶⁶⁾ In Ecuador wird geradezu nach dem spanischen Handelsgesetzbuch verfahren.⁶⁷⁾ b) Andere besitzen Handelsgesetzbücher, bei deren Ausarbeitung zugleich andere Muster in Berathung gezogen wurden oder sonst selbständiger verfahren worden ist; so Venezuela das H.G. Buch vom 29. August 1862, Brasilien das H.G. Buch vom 25. Juni 1850, Chile das H.G. Buch vom 23. November 1864, die Argentinische Republik das H.G. Buch vom 10. September 1862, Banda Oriental del Uruguay das H.G. Buch vom 26. Mai 1865.⁶⁸⁾ c) In Paraguay gelten die Ordenanzas de Bilbao.⁶⁹⁾

18. Was endlich das in den muhamedanischen Staaten anzuwendende Recht anlangt, so kommen hier zugleich die Gerichtsbarkeitsverhältnisse wesentlich mit in Betracht, da insoweit, als Konsulargerichtsbarkeit existirt, in den Konsulargerichten bei Rechtsstreiten zwischen Angehörigen des betreffenden Staates oder gegen einen solchen als Beklagten regelmässig deren einheimisches Recht zur Anwendung gebracht wird. Demgemäss verfahren und entscheiden die deutschen Konsulargerichte nach deutschem Recht.⁷⁰⁾ Soweit die internationalen

⁶²⁾ S. die Liste bei Thöl § 9, Not. 10, 14 u. ausführlicher mit Angabe der Literatur Goldschmidt § 25, II; über Sammlungen u. Zeitschriften das. III.

⁶³⁾ S. über deren Entstehung Goldschmidt § 8 a, II.

⁶⁴⁾ S. im Näheren Goldschmidt § 32, I, IV, VI, VII.

⁶⁵⁾ Goldschmidt § 32, II.

⁶⁶⁾ Goldschmidt § 32, VIII, XII, XIII.

⁶⁷⁾ Goldschmidt § 32, X.

⁶⁸⁾ Goldschmidt § 32, IX, X, XIV, XV, XVII.

⁶⁹⁾ Goldschmidt § 32, XVI. S. oben Not. 63.

⁷⁰⁾ S. das Preuss. Ges. vom 29. Juni 1865, Bundesges. vom 8. November 1867 § 22 u. Reichsges. vom 22. April 1871 § 3, 12; dazu die Instruktion vom 1. Mai 1872. — S. auch über die Einrichtung der Konsulargerichte R.Ges. vom 10. Juli 1879 § 5 ff.; Geltung der R.C.P.O. § 14 ff.; sammt Instruktion des Reichskanzlers. — Vgl. überhaupt Laband, Staatsrecht des deutsch. Reichs Bd. 1, S. 366; Bd. 2, § 70, II.

Verträge anders bestimmen, oder von den eigenen Gerichten des betreffenden Staats zu erkennen ist, liefert das dortige Recht die Entscheidungsnorm.

a. Für die Türkei besteht dieses in dem 1850 in französischer Sprache publizirten Code de commerce, der fast ganz mit Buch 1, 3 des französischen übereinstimmt, dem Anhang dazu, Appendice vom 18. bzw. 30. April 1860 und dem Code de commerce maritime Ottoman von 1864.⁷¹⁾

b. In Egypten gilt das eben erwähnte neuere türkische Recht. Indessen hat hier eine eigene Regelung der Gerichtsbarkeitsverhältnisse stattgefunden.⁷²⁾

c. In Persien bestehen nur Handelsgebräuche.⁷³⁾

d. In Marokko und Tripolis entscheiden über Streitigkeiten zwischen In- und Ausländern die Konsulargerichte, in Tunis ein gemischter Gerichtshof. An sich gilt muhamedanisches Recht.⁷⁴⁾

⁷¹⁾ Goldschmidt § 27, I.

⁷²⁾ R.Ges. vom 30. Dezember 1874 und Kaiserl. V.O. vom 23. Dezember 1875. — Vgl. v. Rönne, Staatsrecht des D. Reichs Bd. 2 a, S. 239.

⁷³⁾ Ueber die Gerichtsbarkeit der d. Konsule s. Staatsvertrag vom 11. Juni 1873, Art. 13.

⁷⁴⁾ Goldschmidt § 27, III.

Erstes Buch.

Die Personen des Handelsrechts.

Abschnitt 1.

Von den Kaufleuten.

(Bearbeitet von Herrn Ministerialrath Dr. Freiherrn von Völderndorff zu München.)

I. Der Kaufmann.

A. Begriff desselben.

§ 25.

1. Begriff im Allgemeinen.

Der Begriff des „Kaufmanns“ setzt den Begriff des „Handels“ voraus; aber er ist nicht mit demselben schon gegeben. Denn der Handel an sich erfordert nur zwei Personen: denjenigen, welcher eines Gutes bedarf, das er nicht hat und denjenigen, welcher ein Gut hat, dessen er nicht bedarf. Und nachdem jedes „Bedürfen“ in seinen letzten Gründen begrifflich nothwendigerweise ein „Bedürfen zum Zwecke der Konsumirung“ ist, jedes „Haben“ aber schliesslich auf dem „Produzirt-haben“ gründet, das heisst auf Verwendung von Arbeit an eine Sache (sei es auch nur Arbeit des Occupirens), so genügt zum Handel der Umsatz von Gütern zwischen einem Produzenten und einem Konsumenten.¹⁾ Findet zwischen diesen beiden Personen ein Austausch des gehabten und des begehrten Gutes statt, so ist „Handel“ vorhanden, noch aber stellt sich keiner der „Handelnden“ als Kaufmann dar. Auch dann noch nicht, wenn sich zwischen jene Beiden ein Dritter einschleibt, als Vermittler zwischen dem, der hat, und dem, der bedarf. Denn dieser Dritte, indem er den Umtausch der Güter, „in die Hand“ nimmt und so denselben aus dem engen Kreise eines Austausches von Sachen zwischen Nachbar und Nachbar heraushebt, ist zwar „Händler“, er heisst allenfalls auch — im weitesten Sinne des Wortes²⁾ — ein „Handels-

¹⁾ Endemann, deutsches Handelsrecht § 1, Not. 1 und oben die Einleitung § 1; auch Behrend Lehrbuch des Handelsrechts § 1.

²⁾ Endemann a. a. O. § 13.

mann“.³⁾ Allein deshalb allein, weil er in diesem Handelsgeschäfte thätig ist, wird er noch nicht zum Kaufmann.

Ein solcher, ein **Kaufmann** im technischen Sinn ist vielmehr nur, wer aus dem Handel Beruf macht, wer gewerbemässig handelt, wer **Handel treibt**. Der Kaufmann stellt sich zur Aufgabe, einerseits das Bedürfniss und andererseits die Befriedigungsmittel für das Bedürfniss aufzusuchen;⁴⁾ seine Thätigkeit besteht darin, die Güter, wie sie der Einzelne bedarf, zur rechten Zeit und am rechten Orte darzubieten. Aber indem er diese Thätigkeit zum **Gewerbe** macht, handelt er mit dem Zwecke, einen **Erwerb** zu machen und zugleich in der Absicht, für sich selbst **Gewinn** zu erzielen.⁵⁾ **Den Handel bewegt die Spekulation**,⁶⁾ die Gewinnabsicht ist der innere Motor des Kaufmanns,⁷⁾ wenn auch die „Spekulationsabsicht“ als rechtliches oder faktisches Moment zum Begriffe desselben nicht gehört.⁸⁾ Diesem bisher entwickelten Begriffe nach ständen sich also gegenüber: diejenigen, welche durch den Absatz der Waaren Gewinn zu machen suchen, die **Kaufleute**, und diejenigen, welche durch den Erwerb der Waaren ihre wirthschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen trachten, die **Kunden**.⁹⁾ Allein für den rechtlichen Gebrauch wäre der in dieser Form der Gegenüberstellung sich ergebende Begriff des Kaufmanns theils zu weit, theils zu eng. Zu weit; denn es wird darin nur „der Absatz der Waaren“ erwähnt, aber keine Rücksicht genommen auf die Art wie der Verkaufende seinerseits sich die Waare verschafft hat. Zu eng; denn es wird darin nur „der Absatz der Waaren“ erwähnt,

³⁾ Vgl. Grimm, deutsches Wörterbuch, Bd. IV, Abth. II. Ehedem war hiefür auch das Wort „Handthieren“ gebräuchlich, z. B. Bayerische Landes-Polizey-Ordnung von 1616, Tit. 1, Art. I u. XIX „dem Bauersmann soll die Handierung mit Osterwein nicht gestattet sein.“ Schmeller Lexikon s. h. v. bemerkt: Handierer ist jeder Professionist, Handwerker; technisch aber der aus „Kaufen und Verkaufen“ Profession macht.

⁴⁾ Daher „marchand“, welches nicht mit mercator zusammenhängt, sondern mit der Wurzel „marcher“; marchand ist: „qui marche pour chercher quoi acheter et vendre.“ (Daloz.)

⁵⁾ Deshalb definiert Straccha (vgl. Goldschmidt § 43, Not. 1): Mercator est, qui negotiationis seu negotiationum exercendarum quaestusque liciti faciendi causa frequenter merces permutat seu emit et eisdem . . . distrahit.

⁶⁾ Vgl. Anschütz und Völderndorff, Commentar zum A. D. H.G.B. Bd. I, S. 8. — Vgl. oben § 14, Not. 3.

⁷⁾ Aber man erinnere sich hiebei an die schönen Worte des Dichters:

„Euch, Ihr Götter, gehört der Kaufmann; Güter zu suchen
Geht er; doch an sein Schiff knüpft das Gute sich an.“

⁸⁾ Vgl. hierüber oben S. 57 u. 61 und auch Endemann, H.R. § 1, Nr. 4 und ebenso Behrend, Lehrbuch S. 5, Not. 5. Es wird mit Recht bemerkt, dass selbst für die Definition des „Handels“ ein rechtlich durchschlagendes Kriterium aus der Absicht Gewinn zu machen, nicht gezogen werden könne. In abstracto, für den ganzen Betrieb wird diese Absicht stets vorhanden sein, denn man treibt nicht ein „Gewerbe“ ausser um daraus Vortheil zu ziehen. In concreto kann dagegen selbst die Absicht, Schaden zu erleiden, vorliegen (z. B. Abgabe der Waaren unter dem Selbstkostenpreis, Ausverkauf u. s. w.). Die Unterscheidung zwischen Absicht „einen Erwerb zu machen“ und derjenigen auf „pekuniären Gewinn“ wird sehr scharf durchgeführt in dem Erk. des R.O.H.G. Sammlung Bd. III, S. 407 ff.

⁹⁾ Im gewöhnlichen Leben auch „das Publikum“ genannt.

und keine Rücksicht genommen, dass wirtschaftliche Bedürfnisse im Handel und Wandel vorkommen, welche durch Anderes als „Waare“¹⁰⁾ gedeckt werden müssen.

A. Was nun das zuerst erwähnte Moment betrifft, das dem „Absatz“ vorangehende Erlangen der Waare, so hat man mitunter vier Kriterien für dasselbe aufgestellt, bei deren Vorhandensein allein die Eigenschaft eines Kaufmannes gegeben sein solle; aber nur zwei davon entsprechen dem gegenwärtigen Rechte. Indem man nemlich als „Kaufmann“ lediglich denjenigen ansehen wollte, welcher auf eigene Rechnung von Anderen bezogene bewegliche körperliche Sachen weiter verkauft,¹¹⁾ unterschied man von ihm vor Allem den Geschäftsmann, welcher An- und Verkauf von Immobilien gewerbemässig betreibt, und den Produzenten, welcher (wenn auch gewerbemässig) seine Waaren nicht „von Anderen erwirbt“, sondern selbst erzeugte oder erarbeitete Sachen weiter verkauft;¹²⁾ man unterschied ferner den Handelsmann, welcher seine Waaren nicht „bezieht“, sondern am Platze selbst anschafft, und den Kommissionär, welcher nicht Properhandel treibt, die Waaren nicht „auf eigene Rechnung“ bezieht. Indessen liegt weder ein durchschlagendes inneres Motiv vor, diesen beiden letzteren Handeltreibenden die Eigenschaft eines Kaufmannes abzusprechen, noch auch spricht das gegenwärtig geltende Recht ihnen die Kaufmannseigenschaft ab. Ob ich die Waare, welche ich gewerbemässig weiter verschleisse, da oder dort eingekauft habe, kann offenbar an der rechtlichen Natur dieses Weiterverschleisses ebensowenig Etwas ändern, als die Thatsache, dass nicht ich allein, sondern ein Anderer mit mir Gewinn oder Verlust des Geschäftes trägt. Anders aber verhält es sich mit den beiden ersterwähnten Ausnahmen. Immobilien sind hergebrachtermassen und (wie bereits erörtert)¹³⁾ nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht als „Waare“ zu erachten; Kauf und Verkauf von Liegenschaften und diesen gleichgeachteten Dingen sind keine Handelsgeschäfte und daher wer sich damit gewerbemässig beschäftigt, kein Kaufmann. Insoweit aber die erstere Voraussetzung nicht zutrifft, kann ohngeachtet der Beziehung der Gewerbethätigkeit auf Immobilien dieselbe als eine kaufmännische anzusehen sein. Entscheidend ist, ob das Objekt, auf welches sich die gewerbemässig geübte Handelsthätigkeit bezieht, als bewegliches oder als Bestandtheil eines Immobile in die Absicht des Handelnden tritt.

Demnach ist Kaufmann:

a) wer gewerbemässig Gegenstände anschafft, in der Absicht sie als bewegliche weiter zu veräußern, wenn auch dieselben beim Geschäftsabschlusse

¹⁰⁾ „Waare ist eine zum Umtauschen bestimmte Sache“ (vgl. Roscher, System der Volkswirtschaft Bd. I, § 95 u. Thöl, Handelsrecht Bd. 1, § 12, Nr. III) und zwar „bewegliche Sache“ (vgl. Endemann a. a. O. § 75 Nr. III, Not. 9); „mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet“ (fr. 66 de V.S.)

¹¹⁾ Vgl. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 11, Not. 2.

¹²⁾ S. oben die Einleitung § 14, S. 58.

¹³⁾ Vgl. oben § 17.

mit Grund und Boden verbunden sind,¹⁴⁾ nicht aber wer bewegliche Gegenstände anschafft in der Absicht sie mit Grund und Boden zu verbinden und dann zu veräussern;¹⁵⁾

b) wer gewerbemässig Gegenstände, die er hiezu anschafft, als bewegliche veräussert, wenn auch der Erwerber die Absicht hat, sie mit Grund und Boden zu verbinden,¹⁶⁾ nicht aber wer Immobilien anschafft in der Absicht, Bestandtheile derselben nach Abtrennung als bewegliche zu veräussern.

Wenn aber wie erwähnt das Geschäft mit Immobilien seiner Natur nach, wegen der Beschaffenheit seines praktischen Objektes kein „Handels“-Geschäft ist, wird dagegen der Produzent¹⁷⁾ nicht durch Momente, die in der Sache selbst liegen, sondern nur in Folge der positiven Legislation¹⁸⁾ aus dem Kreise der Kaufleute ausgeschlossen. Aus diesem Grunde erstreckt sich dieser Ausschluss auch nicht weiter, als das Gesetz ausdrücklich bestimmt;¹⁹⁾ nur insofern den Erwerbungs-Geschäften der Charakter von absoluten Handelsgeschäften abgesprochen ist, macht deren gewerbemässiger Betrieb nicht zum Kaufmann. Der Fabrikant ist demnach nur insoweit ein Nichtkaufmann, als er die von ihm verarbeiteten Gegenstände weder dem Haupt- noch dem Nebenmaterial nach anschafft, sondern beides selbst produziert. Uebrigens macht die wenn auch gewerbemässige Anschaffung von blossen Hilfsmitteln, welche ein Produzent betreibt, um mit denselben seine Produkte entweder zu erzeugen²⁰⁾ oder nur umzugestalten,²¹⁾ ihn nicht zum Kaufmann.

Dem Vorhergehenden gemäss verengert sich nach gegenwärtigem deutschem Rechte der oberwähnte Gegensatz gegenüber den **Kunden** dahin, dass nicht Jeder, welcher durch den Absatz von Waaren Gewinn zu machen sucht, als Kaufmann im technischen Sinne des Wortes angesehen wird, sondern nur derjenige, welcher **bewegliche Sachen**²²⁾ weiter veräussert, die er selbst von **Anderen bezogen** hat.

¹⁴⁾ Vgl. oben S. 91, III A; also der Spekulant, welcher die Stämme im Walde zum Abholzen, Gebäude auf den Abbruch kauft, der Ziegeleibesitzer, welcher Grundstücke zum Ablehmen, der Brennmaterialienhändler, welcher Wiesen zum Abtorfen pachtet u. s. w.

¹⁵⁾ Vgl. oben S. 90, Not. 25.

¹⁶⁾ Vgl. oben S. 91, Not. 42.

¹⁷⁾ Dem „Kauf“ und der „anderweitigen Anschaffung“ wird (vgl. oben § 14, I A. 1. S. 57) ausser der Produktion auch der Erwerb durch Finden, Erbeutung, Liberalitäten, Delikte u. s. w. entgegengesetzt. Diese Arten des Erwerbes kommen für den Kaufmannsbegriff schon deswegen nicht in Betracht, weil ihnen rechtlich das Moment der „Gewerbemässigkeit“ niemals innewohnen kann.

¹⁸⁾ S. oben S. 58, Not. 13 u. 14.

¹⁹⁾ Und zwar ist unter „Produktion“ im Sinne des Gesetzes nicht jenes Produziren zu verstehen, welches im volkswirtschaftlichen Sinn (vgl. Roscher, Volkswirtschaftslehre § 30) in der Umstellung und Umformung der schon vorhandenen Güter besteht (vgl. oben S. 59, Not. 28), sondern nur (wie oben des Näheren ausgeführt ist, vgl. S. 57 u. 58) die Aneignung von Naturgaben durch Arbeit, sei es durch kurze (Occupation) oder länger dauernde (Aufschliessen des Bodens und seiner Kräfte).

²⁰⁾ Insbesondere indem die Hilfsmittel in Immobilien verwendet werden, vgl. oben S. 62, Not. 55 u. 56.

²¹⁾ Vgl. die nähere Ausführung dieses Satzes oben S. 63, Not. 61 u. 62.

²²⁾ Vgl. hierüber oben S. 60, Nr. 2.

B. Wenden wir uns nun zu dem zweiten der oben angeführten Momente, so finden wir, dass sich eine Vermittlung der Befriedigung wirthschaftlicher Bedürfnisse auch ausserhalb des eigentlichen Handels-Kaufes und Verkaufes denken lässt. Somit erweitert sich der Begriff des Kaufmanns, indem hierunter alle jene Personen gerechnet zu werden pflegen, welche sich mit solcher national-ökonomischer Vermittlung gewerbemässig befassen. In dieser Richtung hängt indessen Alles vom jeweiligen Kulturzustande ab; das positive Recht allein gibt Mass, welche derartige vermittelnde wirthschaftliche Thätigkeit als kaufmännische rechtlich erachtet wird, welche nicht.

§ 26.

2. Die Begriffsbestimmung des H.G.Buchs.

Das gegenwärtige positive deutsche Recht gibt keine Definition des Kaufmanns. „So lange das Handelsrecht ein eigenthümliches Recht des Kaufmannsstandes war, musste nothwendig bestimmt werden, wer als Kaufmann diesem Stande angehören konnte;“¹⁾ seitdem aber die Kaufleute als solche keine sociale Klasse mehr bilden, denen gewisse politische, gemeindliche und gewerbliche Rechte und Pflichten obliegen, bedarf es nur einer Feststellung darüber, wer jene privatrechtlichen Rechte geniessen, wer jenen privatrechtlichen Pflichten unterworfen sein soll, welche zu ihrem Begründetsein die Person eines Kaufmanns bedürfen. Deshalb sagt das A. d. H.G.B. nicht: „Kaufmann ist,“ sondern „als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen.“ Nur ist inzwischen das Geltungsgebiet der kaufmännischen Rechte und Pflichten über das Handelsgesetzbuch hinaus erweitert, indem überhaupt im gesammten Rechtsgebiete als „Kaufmann“ derjenige behandelt wird,²⁾ welcher im Sinne des Handelsgesetzbuches als solcher erscheint.³⁾

Indem aber das A. d. H.G.B. in Art. 4 bestimmt: „Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt,“ nimmt dasselbe den Begriff des „Handelsgeschäftes“ in die Definition des Kaufmannes auf; wir müssen deshalb, um die letztere rein zu erhalten, den ersteren auflösen und den Inhalt der Art. 271 u. 272 des A. d. H.G.B. einschalten, wie dieser oben (§ 14, S. 56 ff.) im Einzelnen erörtert ist. Be-

¹⁾ Endemann § 13, I; woselbst auch in Not. 1 die geschichtlichen Unterschiede zwischen negotiator und mercator legalis erwähnt werden. Wegen der Differenzbestimmung zwischen dem mercator u. usurarius vgl. auch Goldschmidt (2. Aufl.).

²⁾ Vgl. z. B. (die freilich jetzt aufgehobenen) §§ 2, 8 ff. des Reichsstrafgesetzbuches. Meistens ist dieser Satz in den Einführungsgesetzen zum A. d. H.G.B. enthalten, z. B. Art. 6 des Bayer. Einf.-Gesetzes; vgl. auch Art. 27 des Preuss. Einf.-Gesetzes.

³⁾ Einigermassen eine Einschränkung erleidet dies im Hinblick auf Titel VI des ersten Buches des A. d. H.G.B. In diesem ist der historische, der herkömmliche Begriff des „Kaufmannes“ zu Grunde gelegt nicht die Definition in Art. 4. Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung, Bd. XXIV. S. 271.

trachten wir hiernach die zum Kaufmannsbegriffe enthaltenen Momente näher, so ergibt sich Folgendes:

I. Das Gesetz sagt: „Wer Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt;“ also wer immer diese Thätigkeit ausübt. Kaufmann kann demnach sein ein Mann oder eine Frau,⁴⁾ ein Einzelner oder Mehrere in Gemeinschaft,⁵⁾ eine physische Person oder eine juristische. Diese letztere Modalität erfordert eine genauere Besprechung. Da nemlich das Gesetz **denjenigen**, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt, nicht „als Kaufmann“ erklärt,⁶⁾ sondern nur ausspricht, es seien die Vorschriften des Gesetzbuches über Kaufleute auf jeden gewerbemässig Handelsgeschäfts-Treibenden anwendbar, so kann man nicht sagen, eine juristische Person ist deshalb, weil sie Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, an und für sich Kaufmann. Vielmehr muss man diesen Satz dahin einschränken: soweit eine Korporation u. s. w. Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, muss sie sich den Pflichten des Kaufmanns unterwerfen und hat sie die Rechte des Kaufmanns.⁷⁾ Dieses vorausgesetzt begegnet man keinen Schwierigkeiten in der Subsumtion. Insbesondere wird man nicht zweifeln können, dass der Staat auch als Post- und Telegraphenanstalt⁸⁾ und in seinem Eisenbahnbetrieb als kaufmännisches Institut zu behandeln ist. Man hat zwar verschiedene Bedenken hiegegen geltend zu machen versucht, indem man einestheils das Nichtvorhandensein der Konkurrenz, andernteils den Zweck des Betriebes solcher Gewerbe durch den Staat, Gemeinde u. s. w., welcher nicht im Gewinn, sondern in Rücksichten des öffentlichen Wohles bestehe, geltend machte. Indessen sind diese Einwendungen in Wissenschaft⁹⁾ und Praxis¹⁰⁾ ebensowenig für zutreffend erkannt, als die Argumentation, welche aus dem Umstande, dass im zweiten Absatz des Art. 5 des A. d. H.G.Buchs nur die öffentlichen Banken als unter die Bestimmungen des Gesetzes in Betreff der Kaufleute fallend erklärt

⁴⁾ Verbum hoc „si quis“ tam masculos quam feminas complectitur. fr. 1, de V.S.

⁵⁾ Hierüber bedurfte es der besonderen Bestimmung in Art. 5 des A. d. H.G.B. deshalb, weil die Gesellschaft nicht als „Person“ erscheint.

⁶⁾ Das heisst: nicht eine Personenqualität damit schafft, nicht eine status-Aenderung aufstellt.

⁷⁾ Das Deutsche Reich ist kein „Kaufmann“, obwohl es eine Bank betreibt u. obwohl Reichseisenbahnen bestehen. Vgl. Völderndorff Commentar Bd. I, S. 35.

⁸⁾ Was die Post betrifft, so hat man Zweifel aus der Natur des Speditionsgeschäftes erhoben. Diese widerlegt ein Erk. des O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIII, S. 16 ff. In den Gründen heisst es unter Anderem: „man kann zwar nicht annehmen, dass die Post bei dem Debit der Zeitungen in eigenem Namen, sei es für eigene, sei es für fremde Rechnung als Käuferin oder Verkäuferin auftrete. Allein die Beförderung ist ein Frachtgeschäft u. die Zeitungen (wenn auch nicht die Postkarten und Briefe) sind „Güter“. Uebrigens würden die Debiturungsgeschäfte auch abgesehen von ihrem Zusammenhange mit dem Transportgeschäfte nach Art. 272 Nr. 4 als Handelsgeschäfte anzusehen sein, als Vermittlung u. Abschliessung von Handelsgeschäften für die Verleger.“

⁹⁾ Vgl. Goldschmidt, Handbuch; Endemann S. 55, Not. 5; Völderndorff, Commentar, Bd. I, S. 38 ff.; Hahn, Commentar (I. Aufl.) Bd. 1, S. 13.

¹⁰⁾ Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. III, S. 405 über Staatseisenbahnen; Bd. XXIII, S. 9 über die Postanstalt.

sind, folgern wollte, es seien sonstige öffentliche Gewerbeinstitute von der kaufmännischen Eigenschaft ausgeschlossen.¹¹⁾ Immerhin aber werden die beiden sofort zu besprechenden Momente der Gewerbemässigkeit und des Betriebes vorhanden sein müssen, was bei Wohlthätigkeitsanstalten zum Beispiel nicht der Fall ist.¹²⁾

II. Das Gesetz sagt ferner: „Wer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt;“ als entscheidendes Kennzeichen erscheint demnach nicht der Betrieb als solcher, sondern dessen Gewerbemässigkeit. Aber auch nur diese, nicht die Zugehörigkeit zu einem Gewerbebestande.

Der Betrieb ist wie oben (S. 68) dargelegt, ein gewerbemässiger, wenn der Wille des Handelnden von vornherein nicht auf den Abschluss eines einzelnen oder einzelner Geschäfte, sondern auf den Abschluss einer ganzen Reihe zusammengehöriger Handelsgeschäfte gerichtet ist, wenn der Betrieb als dauernde Einnahmsquelle, als ein regelmässiger im Gegensatze zu einem blos gelegentlichen und auf momentanen Gewinn gerichteter erscheint,¹³⁾ wenn überhaupt der Handelnde in solcher Thätigkeit seinen Beruf sowie die Nutzbarmachung seines Vermögens und seiner Arbeitskräfte findet, wenn er seine sociale Existenz durch das „Handeltreiben“ zu begründen sucht.

Der äusseren Erscheinung nach drückt sich die Gewerbemässigkeit aus durch das **Etablissement**.¹⁴⁾ Der Gewerbebetrieb muss thatsächlich stattfinden.¹⁵⁾ Ob dies der Fall, ist der Entscheidung des Richters nach vernünftigen auf die begleitenden Umstände des Falles gestützten Ermessen¹⁶⁾ zu überlassen. Ein strikter Beweis hierfür wird nicht gefordert werden können. Eröffnung eines Ladens, eines Comtoirs, eines Magazines lassen sich ebenso wie öffentliche Ankündigungen des Betriebes (durch Annoncen, Circulare, Aushängschilder) als Vermuthungen¹⁷⁾ für die faktische Ausübung des Gewerbes ansehen, allein nothwendig ist¹⁸⁾ all diess ebensowenig, wie die Beobachtung der unter den Kaufleuten üblichen oder für dieselben vorgeschriebenen Förmlichkeiten.¹⁹⁾ Auch auf die **Erklärung** und nicht einmal auf die **Absicht** dessen, welcher den Gewerbebetrieb ausübt, kommt es

¹¹⁾ Vgl. Protokolle der Handelsgesetzgebungs-Commission S. 1260.

¹²⁾ Das heisst, in sofern eine solche nur den Zweck verfolgt, Güter anzuschaffen um sie zu verschenken. Wenn sie aber Handelsgeschäfte in der Absicht betreibt, den daraus hervorgehenden Gewinn zu wohlthätigen Zwecken zu verwenden, muss sie als kaufmännisches Institut allerdings angesehen werden.

¹³⁾ Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XIV, S. 118.

¹⁴⁾ Endemann, a. a. O. § 16, II.

¹⁵⁾ Wenn auch nicht „effektiv“; der Kaufmann bleibt Kaufmann, auch wenn er Wochenlang Nichts verkauft.

¹⁶⁾ Ein Erkenntniss des Oberhofgerichtes zu Mannheim v. 3. Oktober 1865 (Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 472) nimmt z. B. Bezug auf die fortgesetzte ausgedehnte Geschäftsverbindung des Beklagten, auf die Zahl und die Werthbeträge seiner einzelnen Geschäfte u. s. w.

¹⁷⁾ Gegen welchen Gegenbeweis zulässig ist.

¹⁸⁾ „Es gibt viele heimliche Kaufleute.“ Thöl, S. 134, Nr. 5.

¹⁹⁾ Z. B. Eintrag im Register (welcher übrigens auch als Vermuthung dienen kann), vgl. Busch, Arch. Bd. XX, S. 113. Zahlung der Gewerbesteuer u. s. w. vgl. unten.

an; das heisst wenn die thatsächlichen Verhältnisse den Willen eines dauernden Erwerbes durch Handelsgeschäfte erkennen lassen, wird die Einrede, es liege eine andere Absicht vor, nicht gehört.²⁰⁾

III. Das Gesetz sagt endlich: „Wer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt.“ Es steht also nur demjenigen die Kaufmannseigenschaft zu, welchen der Betrieb des Handels in seiner eigenen rechtlichen Persönlichkeit angeht. Mit anderen Worten: Kaufmann zu sein muss man für sich selbst im eigenen Namen Geschäfte schliessen²¹⁾ (wenn auch nicht auf eigene Rechnung). Wenn Jemand nur einem anderen in dessen Geschäfte Beihülfe leistet, ist er nicht Kaufmann, obwohl er faktisch den Handel ausübt.²²⁾ Aber ebensowenig hört eine Person auf, Kaufmann zu sein, wenn sie als Inhaber des Handelsbetriebes die faktische Ausübung desselben durch dritte Hände oder Köpfe bethätigen lässt.²³⁾

Hiermit ist indessen (wie bemerkt) nicht gesagt, dass es darauf ankomme, ob die vermögensrechtlichen Folgen den Handeltreibenden treffen oder einen andern. Denn auch wenn das Gewerbe auf fremde Rechnung geht, treibt es doch derjenige, welcher auf seinen Namen die Geschäfte derselben abschliesst, und der als „Herr des Geschäftes“ sich darstellt.²⁴⁾ Hieraus ergibt sich die Entscheidung für die viel bestrittenen Fragen nach der Kaufmannsqualität bei Gesellschaften. Die Definition des Art. 85 des A. d. H.G.B. zeigt, dass bei offenen Handelsgesellschaften jeder Gesellschafter Kaufmann ist.²⁵⁾ Bei der Kommandit- und stillen Gesellschaft erscheint nur der Komplementar nicht der Kommanditist und stille Gesellschafter als „betreibend“. ²⁶⁾ Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, sind durch Art. 5 des A. d. H.G.B. als kaufmännische Institute erklärt. Aus der Definition des Art. 207 aber ergibt sich, dass weder der einzelne Aktionär, noch die Vorstände, noch auch die Beamten oder Liquidatoren²⁷⁾ als Kaufleute erscheinen.

²⁰⁾ Selbst eine betrügliche Absicht schliesst die Gewerbemässigkeit nicht aus. Vgl. Protokolle der Ber.-Comm. S. 538.

²¹⁾ Mit Recht macht Endemann (§ 13, II am Ende) aufmerksam, dass die Kaufmannseigenschaft nicht cessirt, wenn Jemand, der im eigenen Namen ein Handelsgewerbe treibt, daneben auch für fremde Personen thätig ist. Allein Kaufmann bleibt er nur für sein eigenes Gewerbe.

²²⁾ Deshalb ist der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, der Handlungsgehilfe kein Kaufmann.

²³⁾ Deshalb ist der Mündel, der Curand, wenn das Handelsgewerbe auf seinen Namen betrieben wird, Kaufmann; aber natürlich trifft ihn nicht die einem Kaufmann angeordnete Strafe, wenn die unerlaubte Handlung von seinem Vertreter verübt wurde.

²⁴⁾ Vgl. die Casuistik in Völderdorff's Commentar Bd. I, S. 43 ff.

²⁵⁾ Allerdings wie Thöl S. 132 bemerkt „nur im Zusammenhange mit der Firma“, das heisst, eben soweit er als Gesellschafter handelt.

²⁶⁾ Vgl. auch Hahn a. a. O.

²⁷⁾ Natürlich nur in Beziehung auf diese ihre Eigenschaft; der Aktionär u. s. w. kann ja daneben für sich selbst Kaufmann sein.

§ 27.

* 3. Wirkung und Anwendung des Kaufmannsbegriffs.

Sobald die Momente gegeben sind, welche nach Artikel 4 des A. d. H.G.B. eine Person als Kaufmann darstellen, ist dieselbe auch als solcher anzusehen und es bleibt die Eigenschaft begründet, solange sich jene Momente nicht ändern. Weitere Erfordernisse, welche administrative, polizeiliche oder sonstige Gesetze und Verordnungen für den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes aufstellen, haben auf die rechtliche Beurtheilung einer Person als Kaufmann keinen Einfluss. Aber auch die Erfüllung der im Handelsgesetzbuche selbst vorgeschriebenen Pflichten ist nicht von Bedeutung. Zwar schreibt z. B. Art. 28 vor, dass jeder Kaufmann verpflichtet ist, Bücher zu führen und Art. 19, dass er seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen hat. Allein wenn Jemand auch keine Firma führt, im Register nicht eingetragen ist und ohne alle Bücher Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, Kaufmann im Sinne des Gesetzes ist er doch. Ebenso bleibt er Kaufmann, wenn er das Gewerbe fortsetzt, nachdem er sich im Handelsregister hat streichen lassen, während umgekehrt der Umstand, dass seine Firma im Register noch ungelöscht ist, das Aufhören seiner Kaufmannsqualität nicht hindert, falls er etwa faktisch einen anderen Beruf ergriffen hat. Auch mit dem Austritte aus der Firma ist der Verlust der Kaufmanns-Eigenschaft nicht nothwendig verbunden.¹⁾ Nicht einmal eine Rechtsvermuthung für oder gegen das Bestehen der Kaufmanns-Eigenschaft wird durch das Vorhandensein eines oder des anderen der soeben erwähnten Umstände begründet, wohl aber (wie oben näher ausgeführt) eine faktische Vermuthung für eine „Gewerbemässigkeit“ des Geschäftsbetriebes.²⁾ Die Frage, ob Jemand eine Thätigkeit entwickelt, welche unter Art. 4 des A. d. H.G.B. zu subsumiren ist, erscheint als **Thatfrage**; wer sich auf das Bestehen³⁾ oder Erlöschen⁴⁾ der Kaufmannseigenschaft beruft, muss diese thatsächlichen Momente beweisen. Die Frage dagegen, ob die Thätigkeit, welche Jemand entwickelt, unter den Art. 4 des A. d. H.G.B. zu subsumiren ist, erscheint als **Rechtsfrage**⁵⁾ und diese hat der Richter festzustellen. Die Praxis hat nun seit Bestehen des Handelsgesetzbuches eine erhebliche Anzahl von derartigen Feststellungen geliefert, theils positiver theils negativer Art. Die wichtigeren hiervon sind folgende:⁶⁾

¹⁾ Erk. des R.O.H.G. vom 21. Oktober 1870 in der Sammlung Bd. I, S. 62.

²⁾ Ueber die auf Grund der Art. des A. d. H.G.B. zu ziehenden modifizirenden Sätze vgl. unten.

³⁾ Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. I, S. 215.

⁴⁾ Erk. des O.Hofgerichts zu Mannheim in Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 472.

⁵⁾ Vgl. das Erkenntniss des Berliner Obertribunals v. 27. November 1867 bei Busch, Arch. Bd. XVII, S. 168.

⁶⁾ Citirt wird der Kürze halber nur das Arch. von Busch; die meisten Entscheidungen finden sich aber ausser in den Sammlungen der Erkenntnisse auch in der Goldschmidt'schen Zeitschrift und im Centralorgan abgedruckt.

I. **Agenten.** Zwei Gerichte ⁷⁾ bejahen die Kaufmannseigenschaft der General- und Spezialagenten von Versicherungsgesellschaften, weil sie „gewerbemässig die **Vermittlung** von Versicherungen gegen Prämien für ihre Gesellschaften betreiben.“ Vier Gerichte ⁸⁾ verneinen die Frage, weil diese Agenten nur „im Handelsgewerbe eines Anderen thätig“ seien. **Busch** selbst ⁹⁾ verneint die Eigenschaft gleichfalls, und bemerkt ¹⁰⁾ dass das Obergericht die Entscheidung des einen der bejahenden Gerichte abgeändert hat. Für **Börseagenten** hat das Oberlandesgericht zu Wien ¹¹⁾ die Kaufmannsqualität gleichfalls aus dem Grunde verneint, weil sie „für eigene Rechnung“ keine Geschäfte schliessen dürfen.

II. **Apotheker.** Ueber die **Apotheker** bestund viel Streit. ¹²⁾ An sich sind dieselben offenbar Personen, welche gewerbemässig Objekte kaufen um sie wieder zu verkaufen. Allein man wandte ein, das Geschäft sei „eine Kunst“, es sei zur Ausübung eine Staatsprüfung erforderlich, die Apotheker könnten nicht die Preise bestimmen, sondern seien einer Taxe unterworfen u. dgl. Preussen, Sachsen, (auch die französische Rechtsprechung auf Grund ähnlicher Bestimmungen des Gesetzes) ¹³⁾ bejahen die Frage, ebenso der Oesterreichische Oberste Gerichtshof in einem Erkenntnisse v. 5. September 1871. ¹⁴⁾ Braunschweig ¹⁵⁾ und Baden ¹⁶⁾ verhalten sich verneinend.

III. **Appreteure, Färber** und dergleichen Arbeiter, welche vermöge der Theilung der Arbeit mit dem Fertigmachen der Waaren für den Handelsverkehr von den Fabrikanten beschäftigt werden, fallen unter Art. 272 Nr. 6 des A. d. H.G.B. und sind deshalb Kaufleute. ¹⁷⁾

IV. **Bäcker.** „Der Betrieb des Bäckergewerbes besteht wesentlich in dem Einkauf von Getreide und Mehl, in der Verarbeitung desselben zu Brod und Veräusserung der Fabrikate in grösseren oder kleineren Quantitäten. Das Bäckergewerbe ist daher nach Art. 271 Ziff. 1 des A. d. H.G.B. ein Handelsgewerbe. Geht der Umfang dieses Gewerbes — wie diess bei Bäckern gewöhnlich der Fall ist, — nicht über jenen des Handwerksbetriebes hinaus, so fällt der Bäcker zwar unter Art. 10 des A. d. H.G.B., aber er bleibt doch Kaufmann.“ ¹⁸⁾

⁷⁾ Centralorgan Nr. 30 v. 1862.

⁸⁾ Busch, Archiv. Bd. I, S. 385.

⁹⁾ Vgl. dessen Aufsatz in seinem Archiv. Bd. I, S. 189.

¹⁰⁾ A. a. O. S. 222.

¹¹⁾ Busch, Archiv. Bd. III, S. 57.

¹²⁾ Vgl. die Aufsätze und Urtheile in Busch, Archiv. Bd. I, S. 211. 180. 222. 383. 477. 481. 520; Bd. II, S. 151; Bd. III, S. 51. 131. 405; Bd. V, S. 495; Bd. VII, S. 1 u. 4, S. 156.

¹³⁾ Busch, Archiv. Bd. IV, S. 259.

¹⁴⁾ Busch, Archiv. Bd. XXVIII, S. 416.

¹⁵⁾ Busch, Archiv. Bd. VIII, S. 211.

¹⁶⁾ Ebenda Bd. IV, S. 260.

¹⁷⁾ Aus einem Erk. des App.Gerichts zu Zwickau v. 19. Januar 1865 in Busch, Archiv. Bd. VII, S. 414.

¹⁸⁾ Erk. des Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg v. 20. Juli 1863 bei Busch, Archiv. Bd. I, S. 534.

Dieser Ansicht ist das R.O.H.G. in dem Erkenntnisse vom 6. Dezember 1871¹⁹⁾ beigetreten.

V. **Bauunternehmer** als solche sind keine Kaufleute; denn entweder übernehmen sie die Bearbeitung eines Immobile zu einem Gebäude für einen Andern, was kein Handelsgeschäft ist,²⁰⁾ oder sie erbauen mit eigenem Material und veräußern das Gebäude,²¹⁾ was gleichfalls sich nicht als Handelsgeschäft darstellt. Der Baumaterialienhändler dagegen kann Kaufmann sein,²²⁾ wenn er nemlich aus dieser Art des An- und Verkaufes Gewerbe macht.

VI. **Boten.** Ein Erkenntniss des Oberlandesgerichts in Wien vom 17. November 1853²³⁾ hat den Boten von Hofgastein nach Salzburg für einen Kaufmann erklärt, weil er die Verfrachtung von Waaren gewerbemässig betreibt. Diese Entscheidung ist insofern zu billigen, als in der Regel die Boten sich als gewöhnliche Fuhrleute darstellen und daher nach Art. 10 Kleinkaufleute sind.

VII. **Brantweinbrennereien,** welche nur als integrierender Theil der Bewirthschaftung eines Grundbesitzes sich darstellen, bestimmt die selbsterzeugten Früchte mit Gewinnung von Viehfutter in marktfähiger Form umzuwandeln, machen denjenigen, der sie, wenn auch gewerbemässig, betreibt, nicht zum Kaufmann, nach einem Erkenntniss des Brünner Oberlandesgerichts vom 11. Dezember 1863.²⁴⁾

VIII. **Bräuer.** Der Bräuer als solcher, das heisst derjenige, welcher nur bei der Bierbereitung thätig ist, erscheint nie als Kaufmann; der Brauereibesitzer, welcher lediglich die eigenen Produkte verwenden würde, auch nicht. Aber solche wird es kaum geben; so ziemlich alle Bräuer müssen fremde Gerste und Hopfen einkaufen, und da sie diess in der Absicht thun, diese Stoffe in verarbeitetem Zustande weiter zu veräußern, so sind sie Kaufleute.²⁵⁾ Zwei Erkenntnisse²⁶⁾ haben die Bierbrauer als Handwerker erklärt und daher unter Art. 10 subsumirt.²⁷⁾

¹⁹⁾ Busch, Arch. Bd. XXV, S. 429.

²⁰⁾ Vgl. oben S. 90, Not. 25.

²¹⁾ „Der Verkauf eines Hauses kann nicht so aufgefasst werden, als würden die Steine, aus welchem es gebaut ist, in veränderter Beschaffenheit weiter verkauft, und zwar nicht sowohl wegen der grossen thatsächlichen Veränderung der Sache (denn auch andere Fabrikate erscheinen sehr oft als eine totale Veränderung des Rohstoffes), sondern weil die bisherige Waare zu einer Nichtwaare geworden und dadurch aus dem Handelsgebiete ausgeschlossen ist.“ (Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XIII, S. 343.)

²²⁾ Und zwar auch, wenn er nebenbei Bauunternehmer ist, vgl. oben S. 91, Not. 37.

²³⁾ Busch, Arch. Bd. III, S. 52.

²⁴⁾ Busch, Arch. Bd. III, S. 55.

²⁵⁾ Entsch. des Wiener Oberlandesgerichts in Busch, Arch. Bd. III, S. 50.

²⁶⁾ Hofgericht zu Giessen in Busch, Bd. V, S. 494 und Handelsj.-Contrat. in Busch Bd. XVIII, S. 474.

²⁷⁾ Vgl. auch Völderndorff's Sammlung der Entscheid. des Handelsappellger. zu Nürnberg Bd. II, S. 350, und Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 118.

IX. **Briefmarkenhandel** kann, wenn als Gewerbe betrieben, zum Kaufmann qualifiziren.²⁸⁾

X. **Collekteure** siehe Lottericollekteure.

XI. **Drechsler** (Dreher) sind unzweifelhaft Kaufleute; allein wenn sie auch einen Laden halten und in diesem einzelne Waaren vorrätig haben, welche sie nicht selbst verfertigt haben, so ist doch (nach einem Ausspruche des Hofgerichtes zu Giessen)²⁹⁾ dieser Umstand nicht von solcher Erheblichkeit, dass sie dadurch zu Vollkaufleuten würden.

XII. **Eisenbahnbauunternehmungen** sind keine kaufmännischen Geschäfte; wenn sie auch gewerbemässig betrieben und der Betreibende sich der im Handel üblichen Formen bedient, so wird die Kaufmannseigenschaft doch dadurch nicht begründet.³⁰⁾

XIII. **Eisenwerksbesitzer**. Was die eigentlichen Hüttenwerke betrifft, welche durch Bergbau Rohprodukte gewinnen, diese zu Material verarbeiten und damit Handel treiben, so sind diese von österreichischen Gerichten, selbst dem obersten Gerichtshof in Wien³¹⁾ offenbar mit Unrecht als kaufmännische Geschäfte erklärt. Dagegen sind Hammerwerksbesitzer, welche das Roherz von den Produzenten anschaffen, giessen und schmieden, allerdings Kaufleute.³²⁾

XIV. **Färber** sind den Appreteuren (Nr. III) gleich.

XV. **Fleischer**. Der Jäger und Fischer, welcher die selbst erlegten oder gefangenen Thiere gewerbemässig weiter veräussert, steht dem Fleischer (Metzger, Charcutier u. s. w.) gegenüber; letzterer ist ein Kaufmann; wenn auch in der Regel als Handwerker ein Kleinkaufmann.³³⁾

XVI. **Gerber**. Wer Häute lediglich gegen Lohn zu Leder umarbeitet, ist nicht Kaufmann, wohl aber der, welcher Felle kauft, sie gerbt und dann unter Zuschlag des durch seine Arbeit erzielten Mehrwerthes weiter veräussert.³⁴⁾

XVII. **Goldschläger** (Metallschläger) schaffen Metall (Rohmetall oder Halbfabrikate) an, verarbeiten dieses durch Handarbeit zu dem sogenannten Feingold (Schaumgold) und veräussern letzteres Fabrikat. Sie sind also Kaufleute. (Aus einem Erkenntniss des k. Handels- etc. Gerichts zu Nürnberg vom 21. Dezember 1864.³⁵⁾

XVIII. **Gärtner, Handelsgärtner, Kunstgärtner** sind keine Kaufleute.³⁶⁾

²⁸⁾ Erk. des Oberhofgerichtes zu Mannheim vom 11. Mai 1871 in Busch, Arch. Bd. XXV, S. 268.

²⁹⁾ Busch, Arch. Bd. V, S. 495.

³⁰⁾ Vgl. die beiden Bairischen Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 52 ff. u. Bd. XVIII, S. 474 ff.

³¹⁾ Busch, Arch. Bd. III, S. 45 und 47.

³²⁾ Busch, Arch. Bd. V, S. 497.

³³⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 571; Bd. IV, S. 294; Bd. VII, S. 247.

³⁴⁾ Busch, Arch. Bd. IV, S. 293. Vgl. auch Völderndorff's Sammlung Handelsapp.-Ger.-Entsch. Bd. I, S. 474.

³⁵⁾ Busch, Arch. Bd. V, S. 305.

³⁶⁾ Vgl. oben Not. 11, S. 58 und nach Busch, Arch. Bd. V, S. 245 und das Erkenntniss des Münchener Cassationshofes in Bd. XXVI, S. 199.

XIX. **Holzhändler**, welche Holz im Grossen kaufen, um es als Brennholz im Detail zu verschleissen, oder welche Holz zusammenkaufen, und damit im Grossen Lieferungen machen, sind natürlich Kaufleute. Bestritten ist die Qualität jener Holzhändler, welche Bäume im Wald erwerben, sie schlagen lassen und verkaufen, oder Wälder zum Abholzen (lediglich also die Stämme, nicht den Boden) erwerben.³⁷⁾

XX. **Hopfenhandel** ist auf Seite des Brauers ein Handelsgeschäft;³⁸⁾ auf Seite des Produzenten nicht. Die eigentlichen Hopfengeschäfte aber kaufen den Hopfen bei den Produzenten im Kleinen ein, bearbeiten denselben (mittels Schwefelung u. s. w.) und veräussern ihn in grossen Quantitäten weiter. Sie sind unbestreitbar Kaufleute.

XXI. **Kaffeesieder, Cafetiers** wurden anfänglich (selbst vom Wiener Oberlandesgerichte³⁹⁾ deshalb unter die Kaufleute nicht subsumirt, weil „ihr Hauptgeschäft in anderen Verrichtungen als im Abschlusse von Käufen und Anschaffungen bestehe.“ Mit Recht aber wurde sofort hiegegen eingewendet,⁴⁰⁾ dass die Cafetiers unter die „Wirthe“ zählen, daher ihre Eigenschaft als Kleinkaufleute nicht wohl bestritten werden könne.

XXII. **Kalkofenbesitzer** stehen im gleichen Verhältniss wie die Hüttenwerkinhaber (vgl. Nr. XIII). Sofern der Produzent selbst die aus Steinbrüchen gewonnenen Kalksteine brennt, ist er kein Kaufmann.⁴¹⁾ Allein in den meisten Orten sind die beiden Thätigkeiten getrennt, der Ofenbesitzer bezieht die Steine von Produzenten und veräussert sie als gebrannten Kalk; dann ist er Kaufmann.

XXIII. **Kürschner und Pelzhändler** sind Kaufleute⁴²⁾ nach einem Erkenntniss des Nürnberger Handelsapp.-Gerichts vom 5. Februar 1863.

XXIV. **Lackirer** sind keine Kaufleute,⁴³⁾ denn ihre Gewerbethätigkeit ist nicht auf Verarbeitung von Stoffen, um daraus selbständige Verkehrsgegenstände herzustellen, gerichtet, sondern das Wesen des Lackirergewerbes besteht in der **Arbeit**, durch welche bereits vorhandenen Gegenständen des Verkehrs bestimmte äussere Qualitäten verliehen werden. Wenn der Lackirer daher auch bewegliche Gegenstände (Farben, Firniss, Oel u. s. w.) anschafft, lässt sich doch nicht behaupten, dass die Anschaffung geschieht in der Absicht, das **Material** in verarbeitetem Zustande weiter zu veräussern, sondern bezahlt wird dem Lackirer seine **Arbeit**, zu deren Ausführung er das angeschaffte Material nur als Hilfsmittel benutzt.⁴⁴⁾

³⁷⁾ Vgl. die analogen Ausführungen des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg im Erkenntnisse vom 14. April 1864 in Völderndorff's Sammlung Bd. I, S. 412 u. oben S. 90, Not. 22.

³⁸⁾ Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 118.

³⁹⁾ Erk. vom 31. Dezember 1863 in der Gerichtshalle von 1864, S. 26.

⁴⁰⁾ Busch, Arch. Bd. III, S. 59, Not. 11.

⁴¹⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 579.

⁴²⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 412.

⁴³⁾ Verordnung des Dresdner Oberapp.-Gerichtes in Busch, Arch. Bd. I, S. 570.

⁴⁴⁾ In dieser Ausführung ist das treffende Kriterium zur Unterscheidung zwischen einem „Handwerk“ und dem „Handel mit verarbeiteten Waaren, wobei das verarbeitende Gewerbe nicht über den Handwerksbetrieb hinausgeht“ gegeben.

XXV. **Licitations-Geschäfts-Inhaber** sind keine Kaufleute.⁴⁵⁾

XXVI. **Lohnkutscher** (Fiaker, Droschkenführer, Gondoliere) gaben Anlass zur Controverse. Zwar ist darüber kein Streit,⁴⁶⁾ dass sie keine „Fuhrleute“ (im Sinne des Art. 10 des A. d. H.G.B.) sind und dass der Personentransport, auch wenn er gewerbemässig betrieben wird, doch im Hinblick auf Art. 273 Ziff. 3 des A. D. H.G.B. nur dann ein kaufmännisches Gewerbe ist, wenn er im Grossen betrieben wird.⁴⁷⁾ Allein was „im Grossen sei“, wurde verschieden aufgefasst. Das Berliner Kammergericht⁴⁸⁾ hat ein Geschäft mit 5 Droschken und 2 Wagen dazu gezählt. Indessen möchte es doch richtiger sein, anzunehmen, dass jener Art. 273 Ziff. 3 nur eigens zum Zwecke des Personentransports bestimmte Anstalten im Auge habe.⁴⁹⁾

XXVII. **Lotterie-Kollekteure** sind als Nicht-Kaufleute erklärt worden,⁵⁰⁾ weil Loose weder Werthpapiere, noch Waaren seien; dagegen hat das Reichsoberhandelsgericht (Urtheil vom 4. März 1878) die Kollekteure der Braunschweiger Lotterie als Kaufleute erklärt.

XXVIII. **Mäkler**, s. über diese unten Buch 3, Abschnitt 6.

XXIX. **Metzger** sind Kaufleute (s. Nr. XV).

XXX. **Müller** als solcher (welcher Getreide gegen Lohn in Mehl umwandelt) ist kein Kaufmann, wohl aber, wenn er zugleich Mehlhändler ist.⁵¹⁾

XXXI. **Oekonomen** eines Vereines, einer Gesellschaft als kaufmännischer Geschäftsführer erklärt vom Appellhofe in Cöln.⁵²⁾

XXXII. **Pferdehändler** ist natürlich Kaufmann; wohl auch Jemand, der zwar nicht eigentlicher „Roskamm“ ist, aber so oft sich ihm Gelegenheit bietet, mit Pferden handelt.⁵³⁾

XXXIII. **Posthalter** betreiben die Postgeschäfte nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung, sondern nur als Organe nach Anleitung der einschlägigen Bestimmungen der Post-Transportordnung; sie können hierdurch allein

⁴⁵⁾ Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 35.

⁴⁶⁾ Die Oesterreichischen Gerichte freilich (vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 52) erklären auf Grund ihres Einführungsgesetzes § 7 jeden Lohnkutscher als Kaufmann.

⁴⁷⁾ Erk. des Nürnberger Handelsapp.-Ger. in Busch, Arch. Bd. V, S. 304.

⁴⁸⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 223.

⁴⁹⁾ So das in Not. 44 citirte Erkenntniss und die Ausführung oben S. 74.

⁵⁰⁾ Vgl. den Aufsatz von Dietrich in Busch, Arch. Bd. II, S. 9 ff. und das Erk. des Dresdner Appellhofes in Busch, Arch. Bd. V, S. 110 ff. und hinwieder Sammlung Reichsoberh. Erk. Bd. XXIII, S. 213.

⁵¹⁾ Das Oesterr. Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. IV, S. 290 passt nur auf das Oesterr. Einführungsgesetz. Würde freilich das Mehlbereiten in solchem Umfange betrieben, dass die Thätigkeit des Müllers über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausginge, so würde dann Kaufmannsqualität entstehen (vgl. oben S. 70, Not. 20). Allein praktisch kommt dies nicht wohl vor, Goldschmidt § 43, Not. 10.

⁵²⁾ Busch, Arch. Bd. XXII, S. 43.

⁵³⁾ Sehr hübsch ausgeführt in einem Frankenthaler Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. XXII, S. 43.

die Eigenschaft als „Kaufmann“ nicht beanspruchen. (Aus einem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 10. Juni 1871.)⁵⁴⁾

XXXIV. **Schäferereibesitzer** wurden vom Handelsappellgericht zu Nürnberg (Erkenntnis vom 5. März 1866⁵⁵⁾ als Nichtkaufleute erklärt, weil das Haupterträgnis der Schäferereien erfahrungsgemäss in der Wolle bestehe, der Ankauf von Schafen Seitens eines solchen Besitzers also nicht in der Absicht der Wiederveräußerung, sondern in der Absicht der Erwerbung von Produktionsmitteln geschehe¹, und durch den Umstand allein, dass ältere oder zur Woll-erzeugung sonst untaugliche Stücke verkauft werden, der Schäferereibesitzer nicht als „Schafhändler“ im kaufmännischen Sinne angesehen werden kann.

XXXV. **Schieferdecker** als Kaufleute erklärt (in einem Erkenntnis des Nürnberger Handelsappellgerichtes vom 17. August 1868⁵⁶⁾, weil beim Betriebe des Schieferdeckergerwerbes nicht die Aufnagelung der Schiefertafeln der vorherrschende Faktor der Wertherzeugung ist, sondern der Unternehmergewinn, den ein billiger Einkauf der Vorräthe und die Höhe der den Geschäftskunden in Rechnung gesetzte Preis abwirft.

XXXVI. **Schlosser, Schmiede, Schneider, Schuhmacher, Spengler.** Bei allen diesen und derartigen Gewerben⁵⁷⁾ kommt es darauf an, ob sie nur das ihnen übergebene Material verarbeiten oder bestellte Gegenstände aus selbst angeschafftem Materiale erzeugen. Im ersteren Falle macht der Umstand, dass sie die „Zuthaten“ (z. B. der Schneider: Faden, Knöpfe, Futter u. s. w.) selbst anschaffen und daher in verarbeitetem Zustande weiter veräußern, den Gewerbsmann noch nicht zum Kaufmann, weil hiebei diese Waaren nicht als selbständige Preisobjekte in Betracht kommen, sondern nur im Arbeitslohn mitvergütet werden. Im anderen Falle aber bedarf es nicht der Thatsache, dass ein solcher Gewerbsmann sein angeschafftes Material auf Vorrath verarbeitet, sondern wenn er die Verarbeitung auch nur auf jedesmalige Bestellung vornimmt, ist er doch Kaufmann.⁵⁸⁾

XXXVII. **Steinbruchbesitzer** sind als solche keine Kaufleute.⁵⁹⁾

XXXVIII. **Steinkohlengrubenbesitzer** desgleichen, nicht.⁶⁰⁾

⁵⁴⁾ Sammlung von Entscheidungen (Palm u. Enke 1873) Bd. I, S. 7 und Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 200. Dagegen ist aber die Reichspost als solche Kaufmann, vgl. oben S. 74.

⁵⁵⁾ Busch, Arch. Bd. IX, S. 290.

⁵⁶⁾ Busch, Arch. Bd. XXI, S. 356.

⁵⁷⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. V, S. 494.

⁵⁸⁾ Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 18. Oktober 1872 in der Sammlung Bd. II, S. 428.

⁵⁹⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 579. Wenn auch das Berliner Obertribunal in einer Sache (vgl. Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 215) die Vereinigung zweier Steinbruchbesitzer als offene Handelsgesellschaft erklärt hat, so beruht doch diese Entscheidung nicht auf der supponirten Kaufmannseigenschaft, sondern auf dem formalen Grund, dass durch den Eintrag im Handelsregister die Gesellschaft die Qualität einer Handelsgesellschaft erlangt habe.

⁶⁰⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 520; Bd. V, S. 497.

XXXIX. **Tüncher** stehen den Appreteuren, Färbern, Lackirern u. s. w. gleich,⁶¹⁾ vgl. Nr. III und XXIV.

XL. **Viehhändler** sind unbestritten Kaufleute; ob Vollkaufleute, soll nach einer Entscheidung des Hessischen Justizministerium vom 1. September 1863⁶²⁾ von der Höhe ihrer Gewerbesteuer abhängen; nach Anderen sind die auf dem Lande umherziehenden Viehhändler (die sogenannten „Gäugeher“) nur Minderkaufleute. Viehhändler unter allen Umständen als Kaufleute, welche unter Art. 10 des A. d. H.G.B. fallen, zu erklären,⁶³⁾ ist unrichtig.

XLI. **Vorsteher eines Instituts** ist deshalb noch nicht „Kaufmann“, weil er seine Zöglinge beköstigt.

XLII. **Weber** ist Kaufmann, sobald er auf den Verkauf und das Lager arbeitet (Erkenntniss des Dresdner Appellgerichtes vom 4. Juni 1868).⁶⁴⁾ Als Lohnweber, da die Thätigkeit eines solchen nicht unter Art. 272 n 1 des A. d. H.G.B. eingereicht werden kann, sondern über den Umfang des Handwerks nicht hinausgeht, ist er kein Kaufmann.

XLIII. **Wirthe** führt der Art. 10 des A. d. H.G.B. ausdrücklich als „Minderkaufleute“ an, es sollte also über ihre Qualität eigentlich keine Controverse möglich sein. Demohngeachtet wurde nicht nur mitunter die Kaufmannsqualität bestritten, mitunter, umgekehrt, bei sehr grossem Geschäftsbetrieb der Wirth (Hotelbesitzer) als Vollkaufmann erklärt. Beides ist unrichtig.⁶⁵⁾ Die Vermietung von Zimmern, auch mit Abgabe von Speisen und Getränken Seitens eines Privaten, macht übrigens den Vermiether noch nicht zum Wirth.⁶⁶⁾ Der Besitzer eines förmlichen hotel garni aber ist ein solcher und daher Minderkaufmann.⁶⁷⁾

XLIV. **Zahnärzte** beziehen zwar Materialien, verarbeiten sie zu künstlichen Zähnen und Gebissen; allein sie veräussern diese nicht als „Waare“, sondern sie setzen sie ein und stellt sich daher die Abgabe dieser Gegenstände nur als Hilfsmittel zur Ausübung ihrer Kunst dar. Sie sind daher nicht Kaufleute. (Aus einem Erkenntniss des Bayer. Handelsappellgerichts zu Nürnberg vom 26. August 1869.)⁶⁸⁾

XLV. **Ziegeleibesitzer.** Die Kaufmannsqualität der Ziegeleibesitzer war sehr

⁶¹⁾ Vgl. auch das Erk. des Handelsgerichts Frankenthal in Busch, Arch. Bd. XXII, S. 46.

⁶²⁾ Busch, Arch. Bd. V, S. 496.

⁶³⁾ Wie Noak in Busch, Arch. Bd. II, S. 20 deshalb thut, weil sie nicht nach allgemeinen Werthmessern, sondern nach dem besonderen Stückwerth einkaufen.

⁶⁴⁾ Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 385.

⁶⁵⁾ Anerkannt in der Verord. des Sächs. Appellgerichtes, vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 220, ebenso das Erk. des k. Bayerischen Handelsappellgerichtes, Busch, Arch. Bd. I, S. 410 und die Preuss. Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. VI, S. 16. Vgl. auch Busch, Arch. Bd. II, S. 24; Bd. IX, S. 134; Bd. XVIII, S. 447; Bd. XXIII, S. 213.

⁶⁶⁾ Vgl. Erkenntniss des Cölnner Appellhofes in Busch, Arch. Bd. XX, S. 113, in eine Entscheidung, welche Behrend, Lehrbuch S. 99, Not. 7, als bedenklich erklärt.

⁶⁷⁾ Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 82.

⁶⁸⁾ Busch, Arch. Bd. XXIV, S. 352.

bestritten; bejaht vom Appellgericht zu Naumburg und anfänglich vom Obertribunale zu Berlin,⁶⁹⁾ verneint vom Wiener Oberlandesgericht,⁷⁰⁾ vom Preussischen Justizministerium⁷¹⁾ und dem Appellgericht zu Breslau⁷²⁾ und später vom Obertribunale in Berlin.⁷³⁾ Es wird darauf ankommen, ob der Lehm aus eigenem Boden gewonnen oder gekauft wird. Vgl. oben S. 90, Not. 22.

XLVI. Zimmermann, sofern sich sein Gewerbebetrieb nicht auf das handwerksmässige Behauen und Bearbeiten fremder Stämme beschränkt, sondern er das Holz selbst liefert, ist Kaufmann. Dass er die Balken zum Zwecke ihrer Verbindung mit Gebäuden bearbeitet und veräussert, schliesst die Kaufmannseigenschaft nicht aus.⁷⁴⁾

B. Unterarten.

§ 28.

1. Gross- und Kleinkaufleute.

Nach äusserlichen Momenten lassen sich die Kaufleute verschiedentlich in Unterarten abtheilen. Wie man eigentlichen und uneigentlichen Handel unterscheidet, so kann man als Arten der kaufmännischen Gewerbe-Treibenden die eigentlichen Kaufleute, diejenigen, welche Waaren feil haben und Wechselgeschäfte betreiben, den sonstigen in Handel und Wandel thätigen Personen, den Kommissionären, Spediteuren, Agenten, Mäklern, Frachtführern u. s. w. gegenüberstellen.¹⁾

Im eigentlichen kaufmännischen Gewerbe kann man Gross- und Kleinhandel,²⁾ auswärtiges (bez. überseeisches) Geschäft und Binnenhandel (bez. Landhandel), man kann Propre- und Kommissionshandel unterscheiden. Ferner mag man nach dem Objekte des Gewerbes Unterscheidungen machen; vor Allem zwischen Handel mit Geld und Werthpapieren und sonstigen Waaren und bei diesen letzteren wieder nach ihren verschiedenen Qualitäten.³⁾

Von all diesen Momenten nun kommt nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung rechtlich nur der Umfang und die merkantile Bedeutung des Geschäftsbetriebes in Betracht. Aber auch dieser nicht insoweit, dass hierdurch

⁶⁹⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 382.

⁷⁰⁾ Busch, Arch. Bd. II, S. 227.

⁷¹⁾ Busch, Arch. Bd. II, S. 280.

⁷²⁾ Ebenda S. 281.

⁷³⁾ Busch, Arch. Bd. XVII, S. 166.

⁷⁴⁾ Busch, Arch. Bd. VII, S. 347 (zwei Erk. des Nürnberger Handelsappellgerichtes) u. Bd. XXVI, S. 8 (Erk. des Bayer. obersten Gerichtshofes).

¹⁾ Ehedem waren nur die zuerst genannten Personen und zwar nur dann, wenn sie „forma non mutata“ verkauften, als Kaufleute anerkannt. Vgl. Endemann, § 1, Not. 4.

²⁾ Grossisten und Detailisten. Vgl. über die Arten und Zweige des Handels oben § 2 (S. 5).

³⁾ Langwaaren (Schnittwaaren), Kurzwaaren, Manufakturen, Kolonialwaaren, Droguen u. s. w.

der Begriff des Kaufmannes selbst berührt würde.⁴⁾ Auch der geringfügigste gewerbemässige Betrieb von Handelsgeschäften macht den Betreibenden immer noch zum Kaufmann im Sinne des Art. 4 des A. d. H.G.B.; und wer des Abends herumziehend in den Gasthäusern im Verschleisse von Zündhölzern seine Pfennige verdient,⁵⁾ wird von dem Gesetze ebenso als Kaufmann angesehen als derjenige, der alltäglich auf der Börse Millionen in Werthpapieren umsetzt.

Einen Unterschied macht das Gesetz nur insoferne, als einigen Kaufleuten gewisse Rechte zugeschrieben und gewisse Pflichten auferlegt werden, welche für andere nicht bestehen. Man hat deshalb den ersteren den Namen: **Grosskaufleute** oder **Vollkaufleute** beigelegt und bezeichnet die letzteren als **Kleinkaufleute**.⁶⁾ Als solche **Kleinkaufleute** erklärt das Gesetz (in Art. 10 des A. d. H.G.B.) zwei Hauptkategorien, die eine wegen geringer Bedeutung ihres Handels in pekuniärer, die andere wegen geringer Bedeutung desselben in merkantiler Hinsicht; von denselben scheidet sich die erstere Kategorie wieder in drei Unterklassen.

A. Kaufleute, welche wegen geringer pekuniärer Bedeutung ihres Handels, das heisst wegen geringen Umfanges desselben, nicht Vollkaufleute sind:

a) Personen, welche mit geringwerthigen Gütern Handel treiben, also die in Art. 271 Ziff. 1 genannten Geschäfte nur in geringerer Bedeutung ausüben. Hiervon nennt der Art. 10 die Höcker,⁷⁾ Trödler⁸⁾ und Hausirer speziell und fügt als allgemeine Bezeichnung bei „und dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe“. Damit zeigt das Gesetz, dass nicht der konkrete Umsatz im Geschäfte, sondern die Natur des Gewerbebetriebes in Abstrakto als Kriterium aufzufassen ist.⁹⁾ Deshalb gehören hierher nur jene kleinen Handelsleute, deren Gewerbebetrieb sich der Höckerei,¹⁰⁾ dem Trödel- und Hausirgeschäfte innerlich anreihen. Ob Jemand hierzu gezählt werden könne, ist eine nach den besonderen Umständen zu entscheidende Thatfrage.¹¹⁾

⁴⁾ Vgl. oben die Ausführung S. 7, Not. 12.

⁵⁾ Dies ging der Praxis sehr schwer in den Kopf und immer wieder hatten am Anfange die Obergerichte die Remedur in dieser Richtung zu üben, vgl. z. B. die von Völderndorff herausgegebene Sammlung handelsappellationsgerichtlicher Entscheidungen (Erlangen bei Palm u. Enke 1862—1867) Bd. I, S. 109. 126; Bd. II, S. 88.

⁶⁾ Thöl, Bd. I, S. 136 nennt diese auch: Minderkaufleute, welcher Ausdruck sich indessen nicht Bahn gebrochen hat.

⁷⁾ Höcker, Huckler, Hucker sind Leute, welche ihre Waaren huckeln (das heisst „auf dem Rücken tragen“) und sodann auf den Strassen, auf Plätzen oder in Hauseingängen u. dgl. „hockend“ (das heisst sitzend) verkaufen.

⁸⁾ Trödler, süddeutsch Tändler, handeln mit bereits gebrauchten Objekten.

⁹⁾ Vgl. über diese Kontroverse Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 79 ff.

¹⁰⁾ Kräme so viel als: Zeltdach, Wetterschutzdach; Kramer daher ursprünglich Kaufleute, welche nur in momentan errichteten Buden handeln, keinen festen Laden haben. Jetzt heisst man „Krämer“ auch solche, die einen eigentlichen Laden haben, aber nur im Kleinen Geschäfte machen. Dem gleichen kleinen Gewerbebetriebe gehören an: Fragner (Pfragner), Greissler, Salzstössler, Priechler, Pfenfer.

¹¹⁾ Endemann^a. a. O. S. 58, Not. 22.

b) Personen, welche die im Art. 271 Ziff. 2 bezeichneten Handelsgeschäfte nur in geringer Weise ausüben, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Handwerker als solche¹²⁾ nemlich sind schon nach Art. 272 Ziff. 1 überhaupt keine Kaufleute;¹³⁾ sie werden es aber, wenn sie den Stoff für ihre Arbeit nicht vom Kunden erhalten, sondern ihm selbst anschaffen und liefern. Insofern aber diese Art des Gewerbetriebes nicht in den Kreis der eigentlichen Lieferungsgeschäfte übergeht, sondern in dem üblichen Umfange des Handwerks bleibt, ist der Handwerker kein Vollkaufmann. Der Handwerker ist aber ferner auch dann kein Vollkaufmann, wenn er mit fertigen Fabrikaten, die er selbst nicht aus Stoff gearbeitet, sondern bereits vollendet gekauft hat, Handel treibt,¹⁴⁾ sofern diese Art des Handels die üblichen¹⁵⁾ Grenzen des Handwerks nicht überschreitet.

c) Personen, welche die in Art. 272 Ziff. 3 und in Art. 271 Ziff. 4 bezeichneten Geschäfte nur in geringem Umfange betreiben, als gewöhnliche Fuhrleute und gewöhnliche Schiffer. Unter dieser Benennung sind nicht die Gehülfen des Fuhrwerksbesizers,¹⁶⁾ nicht die im fünften Titel des Buch V des A. d. H.G.B. als „Schiffer“ aufgeführten Personen gemeint; denn diese haben die Kaufmannseigenschaft ohnehin nicht. Es sind vielmehr „Frachtführer“¹⁷⁾ darunter zu verstehen, deren Gewerbe ein geringes ist und so zu sagen handwerksmässig betrieben wird.¹⁸⁾

B. Gewisse Kaufleute zählen nicht zu den Vollkaufleuten wegen geringerer Bedeutung ihres Geschäftsbetriebes in merkantiler Hinsicht, dies sind die Wirthe. Dass der Wirth an sich unter den Art. 4 des A. d. H.G.B. fällt, lässt sich nicht bestreiten; denn dessen Gewerbe besteht in dem Ankaufe oder der anderweiten Anschaffung von Speisen und Getränken in grösseren Quantitäten, um solche entweder ohne Weiteres oder nach einer Zubereitung in kleineren Portionen käuflich weiter zu vergeben.¹⁹⁾ Wenn demohngeachtet dieser Gewerbetrieb, und

¹²⁾ Das heisst: Personen, welche die ihnen übergebenen Stoffe verarbeiten oder bearbeiten.

¹³⁾ Vgl. oben S. 69 u. 70.

¹⁴⁾ Vgl. die Beispiele in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 86 u. 87.

¹⁵⁾ Auch dies ist Thatfrage und richtet sich nach Zeit und Ort des Geschäftsbetriebes.

¹⁶⁾ Der „Lohnkutscher“ ist kein Kaufmann; den Frachtführer allein zählt das Gesetz hiezu.

¹⁷⁾ In erster Lesung des Gesetzbuches (Prt. S. 534) war der gewöhnliche Frachtfuhrmann überhaupt nicht als Kaufmann erklärt.

¹⁸⁾ In der Regel wird der „gewöhnliche Fuhrmann“, der „gewöhnliche Schiffer“ selbst fahren, und ein solcher wird nicht leicht als „Vollkaufmann“ zu erachten sein. Allein, umgekehrt wird nicht jeder Frachtführer u. Schiffer, welcher Gehülfen hat, aus der Klasse der Kleinkaufleute auszuschneiden sein.

¹⁹⁾ Erk. des Handelsappellgerichtes zu Nürnberg v. 5. Febr. 1863. (Busch, Arch. Bd. I, S. 120.)

zwar ohne Rücksicht auf grösseren oder geringeren Umfang,²⁰⁾ unter die Kleinkaufleute gestellt ist, so liegt der Grund hiefür wohl darin, dass der Geschäftsverkehr mit den Gästen im üblichen Wortsinne nicht als ein „kaufmännischer Betrieb“ erscheint, dass ihm die kaufmännische Signatur fehlt und dass historisch nie die Wirthe als Kaufleute erschienen sind.²¹⁾ Unter den Wirthen sind sowohl die Schankwirthe wie die Gastwirthe zu verstehen.²²⁾

Schliesslich mag noch erwähnt werden, dass das Handelsgesetzbuch drei Vorbehalte in Betreff der Qualifikation zum Kleinkaufmanne macht. Es gestattet der Landesgesetzgebung, die Klassen genauer festzustellen, es gestattet aber auch derselben, die Klassen auszudehnen oder einzuschränken. Von diesen Vorbehalten hat nun die Landesgesetzgebung meines Wissens nur in einzelnen Einführungsgesetzen Gebrauch gemacht. Eingeschränkt ist die Klasse der Kleinkaufleute in Oesterreich²³⁾ auf die Hausirer und diejenigen, welche eine ganz geringe Steuer zahlen, ausgedehnt in Lübeck²⁴⁾ auf alle diejenigen, welche nicht zur „Kaufmannschaft“ gehören, oder eine Fabrik, ein Bank-, Wechsel- oder Versicherungsgeschäft haben. Genauere Feststellungen der Klassen versuchen die Preussischen²⁵⁾ und Sächsischen²⁶⁾ Instruktionen und die Thüringischen Einführungsgesetze.²⁷⁾

§ 29.

2. Stellung der Kleinkaufleute.

Die Rechte und Pflichten, hinsichtlich deren sich die Vollkaufleute von den Kleinkaufleuten unterscheiden, sind diejenigen in Betreff der Firmen, Handelsbücher, Prokura und Handelsgesellschaften. Da sich aber der Art. 10 des A. d. H.G.B. dahin ausspricht, dass „die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält,“ auf die Kleinkaufleute keine Anwendung finden, so fragt es sich, unter welchen Be-

²⁰⁾ Das Stadtgericht zu Berlin und, ihm zustimmend, die Obergerichte (Busch, Arch. Bd. VI, S. 16) haben einen Wirth, der jährlich für 18,000 Thaler Aktienbier verbrauchte, unter den Art. 10 subsumirt. In zweiter Lesung des Gesetzbuches ward die frühere Limitirung auf „Schankwirthe“ beseitigt. Prt. S. 1262 u. 1281.

²¹⁾ Gründe eines Erk. des O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 35.

²²⁾ „Ein Brauer, welcher sein Geschäft im Grossen treibt, aber zugleich eine Schenke hält, ein Weinhändler, welcher nebenbei eine Weinstube hat, bleibt Vollkaufmann.“ Vgl. Völderndorff's Kommentar, S. 82.

²³⁾ Einf.Gesetz, § 7.

²⁴⁾ Einf.Gesetz, Art. 4.

²⁵⁾ Hiernach soll die Eigenschaft des Kleinkaufmannes in der Regel mit der III. Gewerbesteuerklasse zusammenfallen.

²⁶⁾ Eine Druckerei mit einer Presse soll z. B. als „Handwerksbetrieb“ angesehen werden.

²⁷⁾ Vgl. hierüber Goldschmidt, I. Aufl., Bd. I, S. 101.

stimmungen in dieser Materie stehen dieselben? Man kann sagen,¹⁾ nachdem das Handelsgesetzbuch nichts Neues für diese Art von Kaufleuten einführt, ist es beim bisherigen Rechte geblieben, und die Kleinkaufleute sind daher hinsichtlich ihrer Firmen, Handelsbücher u. s. w. nach dem früher bestandenen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen. Allein diese Ansicht widerspricht der aus den Berathungen ersichtlichen Absicht des Gesetzes und widerlegt sich aus der Fassung des Abs. 2 des Art. 10. Die Protokolle²⁾ zeigen, dass man nicht abgeneigt gewesen wäre, der in Frage stehenden Klasse von Handeltreibenden die Kaufmanns-Eigenschaft überhaupt zu versagen, dass man zwar hiervon mit Rücksicht auf die Bestimmungen des IVten Buches Umgang nahm, dass man aber die Vorschriften über das kaufmännische Etablissement in seiner äusseren formellen Erscheinung (Firma, Repräsentation, Buchführung) für sie als unzweckmässig erachtete. Es war daher die Idee, die Kleinkaufleute sollten überhaupt keine Firmen haben, keine Prokuristen aufstellen, zu keiner Buchführung verpflichtet sein. Und so heisst es denn auch im Abs. 2 des Art. 10 nicht: Vereinigungen zum Betriebe eines Kleingeschäftes sind den Bestimmungen des zweiten Buches³⁾ nicht unterworfen, sondern: „solche Vereinigungen gelten überhaupt nicht als Handelsgesellschaften,“ also auch nicht als Handelsgesellschaften des früheren Rechtes.

Was die Handelsbücher insbesondere betrifft, so sind die Kleinkaufleute weder zur Führung von solchen, noch zur Kopirung ihrer Handelsbriefe und zur Aufbewahrung der empfangenen verpflichtet; ebenso ist ihnen die Inventarisirung und Bilanz-Aufstellung erlassen.

Was die Beweiskraft der Bücher betrifft, welche (ohne die Verpflichtung hiezu) etwa von solchen Kleinkaufleuten geführt werden, so stand dieselbe ehemals derjenigen der Bücher von Vollkaufleuten nicht gleich. Nachdem jedoch durch das Einf.Ges. zur Reichsivilprozessordnung, § 13, Abs. 2, die Art. 34—36 des A. d. H.G.B. aufgehoben sind, hat dieser Unterschied sich beseitigt.⁴⁾ Das Nähere, insbesondere auch die Frage der Editionsspflicht wird unten behandelt werden.⁵⁾

¹⁾ So Thöl a. a. O. S. 135, Not. 2.

²⁾ S. 1257.

³⁾ Die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Buch III) sind keine „Handelsgesellschaften“ im technischen Sinne; hiervon also sind auch die Kleinkaufleute nicht ausgeschlossen.

⁴⁾ Hierdurch ist auch die Kontroverse (vgl. Goldschmidt, I. Aufl., S. 383, Not. 30) gegenstandslos geworden, ob Partikulargesetze und Gewohnheiten über die Beweiskraft der Handelsbücher solcher Personen, welche jetzt zu den Kleinkaufleuten zählen neben dem Handelsgesetzbuche noch bestehen geblieben seien.

⁵⁾ Vgl. § 13 Ziff. 2 des Einf.Ges. zur R.C.Pr.O.

C. Insbesondere.

1. Die Handelsfrau.

§ 30.

a. Begriff derselben.

Diejenigen Momente, welche den Mann zum „Kaufmann“ machen, machen eine Person weiblichen Geschlechts zur Handelsfrau. Erfordert wird demnach lediglich der gewerbemässige Betrieb von Handelsgeschäften Seitens einer Frau. Durch Betheiligung an einem einzelnen Gewinngeschäft, Einschuss eines Kapitals in einen Handelsbetrieb als Kommanditistin oder stille Gesellschafterin, durch Theilnahme an einer Aktiengesellschaft,¹⁾ wird das Frauenzimmer nicht zur Handelsfrau. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit anderen, auch mit ihrem Ehemann betreibt,²⁾ sofern sie nur hiebei selbst mit in der Geschäftsinhaberschaft steht und nicht bloß Beihülfe im Geschäft leistet.³⁾ Ist sie die Geschäftsinhaberin, so bleibt sie Handelsfrau, auch wenn sie nicht in eigener Person, sondern durch Dritte den Betrieb faktisch ausübt.⁴⁾

Ebenso wie beim Manne bedarf es auch bei der Frau nur des faktischen Betriebes des Gewerbes, um sie zur Handelsfrau zu machen; eine besondere Erklärung, eine solche sein zu wollen,⁵⁾ ist nicht erforderlich; eine Erklärung, nicht Handelsfrau sein zu wollen, ist dem faktischen Betriebe gegenüber unerheblich.

Für den Handelsbetrieb der Ehefrau aber schreibt das Handelsgesetzbuch noch eine besondere Voraussetzung vor,⁶⁾ indem der Art. 7 verfügt: „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Mannes nicht Handelsfrau sein.“

A. Das Gesetz sagt: „nicht sein.“ Das heisst: ohne Konsens in stehender Ehe nicht werden; falls sie es im ledigen Stande gewesen, bei der Verheirathung nicht bleiben, ohne die Einwilligung erhalten zu haben, und endlich, wenn der Ehemann seinen Konsens zurückzieht, aufhören.

¹⁾ Auch dann ist die Erbin nicht Handelsfrau, wenn in der Erbschaft, welche sie cum beneficio legis et inventarii angetreten hat, ein kaufmännisches Etablissement sich befindet und fortbetrieben wird. Brinkmann, § 18, Abs. 2.

²⁾ A. d. H.G.B., Art. 6, Abs. 3.

³⁾ Ueber das Sitzen zu „Kram und Laden“ vgl. unten.

⁴⁾ Das A. d. H.G.B. sagt in der Not. 2 citirten Stelle: es mache keinen Unterschied, ob sie das Gewerbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibe. Dies darf aber nicht dahin verstanden werden, dass der sie vertretende Dritte immer Prokurist sein müsse; er kann auch einfacher Handlungsbevollmächtigter sein.

⁵⁾ Wie dies ehemals partikularrechtlich mitunter verlangt war, vgl. Endemann, § 23, Not. 7.

⁶⁾ Eine Zustimmung des Kurators oder Beistandes, wo Geschlechtskuratel etwa partikularrechtlich noch besteht, halte ich nicht für erforderlich; denn sonst hätte das A. d. H.G.B. diese Voraussetzung erwähnen müssen.

Dieser letztere Fall bedarf einer näheren Erörterung. An sich kann die Befugniss des Ehemannes zu der Zurückziehung seiner Zustimmung nicht bezweifelt werden, fraglich ist nur, ob die Ehefrau hiegegen keine Einsprache hat und wie die Revokation gegen Dritte wirkt.

1) Es war früher Lehre des deutschen Handelsrechts, ⁷⁾ dass gegen grundlose Zurücknahme des Konsenses die Ehefrau sich an das Gericht wenden könne. Allein in dieser Allgemeinheit kann der Satz nicht gebilligt werden. Das Gericht vermag die Erklärung des Mannes nicht zu annulliren und der Ehefrau eine Autorisation zur Fortsetzung des Geschäftes ohne Zustimmung des Mannes nicht zu ertheilen, ausser in den Fällen und unter Herrschaft solcher partikularrechtlicher Gesetze, in welchen überhaupt die Supplirung des eheherrlichen Konsenses zulässig ist. ⁸⁾ Dagegen wird jedenfalls der Frau gegen unzeitige oder gar böbliche Kündigung ein gewisser Schutz in soweit zu geben sein, dass ihr eine angemessene Zeit zur Abwicklung der Geschäfte gegönnt werden muss. ⁹⁾

2) Was die Frage betrifft, in wie weit eine Zurückziehung des Konsenses durch den Ehemann gegen Dritte wirksam sei, so war bei Berathung des H.G.Buchs in Erwägung genommen worden, zu bestimmen, dass eine solche Revokation nur nach ihrer Veröffentlichung eine Wirkung äussern könne; ¹⁰⁾ allein man ging später davon ab, erwägend, ¹¹⁾ dass wenn auch ein lediglich zwischen Mann und Frau sich vollziehender Widerruf gegen Dritte nicht verbindlich sein könne, doch sich nicht bestimmt vorschreiben lasse, wie dieser Widerruf äusserlich kund zu machen sei. Es kann dies in verschiedenster Art geschehen; ¹²⁾ sobald nur der Dritte davon weiss oder wissen muss, tritt die Wirksamkeit gegen ihn ein. ¹³⁾

3) Das innere Motiv für die bisher erörterte gesetzliche Bestimmung liegt darin, dass die Ehefrau regelmässig unter der Gewalt ihres Mannes steht, dass sie über ihr Vermögen, ohne Zustimmung desselben, nicht verfügen soll und dass der Handelsbetrieb der Frau nicht nur das in der Ehe eingebrachte Vermögen,

⁷⁾ Vgl. Brinkmann, Handelsrecht, S. 47, Not. 9. Mittermaier, deutsches Privatrecht, II, § 536, Anmerk. 24.

⁸⁾ Diese Supplirung wird in den meisten Einführungsgesetzen zum A. d. H.G.B. ausdrücklich gemacht. Oesterreichisches Einf.Ges. § 6 (wenn sich aus der amtlichen Erhebung ergibt, dass durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind), Badisches Einf.Ges., Art. 6; Württembergische Art. 8, Bremen, § 3, Hamburg, § 5, Oldenburg, Art. 3, Mecklenburg, § 8, Preussen u. Bayern haben im Einf.Ges. die Frage nicht erwähnt. Nach Preussischem Rechte wird die Kontroverse erörtert in Busch, Arch. Bd. VI, S. 14 ff.

⁹⁾ Dies ist französische Lehre, welche einen nach Anhörung des Ehemannes erlassenen richterlichen Ausspruch gestattet, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 58, Not. 7.

¹⁰⁾ Vgl. Prot., S. 18.

¹¹⁾ Vgl. Prot., S. 888 ff.

¹²⁾ Schliessung des Ladens, Streichung der Firma, öffentliche Kundmachung u. s. w.

¹³⁾ Bei der Berathung des Gesetzbuches (Prt. S. 889) wurde die Frage, ob der Widerruf im Handelsregister einzutragen sei, verneint. Einzelne Einführungsgesetze schreiben die Eintragung indessen vor.

wovon dem Manne Rechte zustehen, sondern häufig sogar das Vermögen des Mannes selbst in Mitleidenschaft zieht. Daraus wäre zu folgern,¹⁴⁾ dass, wo die Vermögensverhältnisse beider Ehegatten völlig getrennt sind, wo nach dem unter ihnen geltenden Güterrechte der Mann an dem Eigenthum der Frau keinerlei Ansprüche hat und für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise haftet, da auch die Zustimmung des Mannes zum Handelsbetriebe der Frau nicht erforderlich sein müsse. Allein das Gesetz macht keinen Unterschied und mit Recht; denn immerhin ist die Ergreifung eines eigenen, die Frau der Häuslichkeit entfremdenden Lebensberufes eine so präjudizirliche Handlung, dass dem Ehemanne die Einwirkung darauf nicht versagt sein kann.¹⁵⁾

B. Unter „Ehefrau“ ist nicht jede einem Manne angetraute Frau, sondern nur die in rechter Ehe lebende Frau zu verstehen.¹⁶⁾ Hiernach bedarf diejenige Frau, deren Ehe nach dem Gesetze für ungültig oder für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, einer Zustimmung ihres früheren Ehemannes natürlich nicht.¹⁷⁾ Was die von Tisch und Bett geschiedenen Eheleute betrifft, so muss angenommen werden, dass nunmehr nur diejenige Ehefrau von der Vorschrift des Art. 7 des A. d. H.G.B. entbunden ist, welche nach § 77 Abs. 2 des R.Gesetzes vom 6. Februar 1875 diese Scheidung in eine Auflösung der Ehe gerichtlich hat umändern lassen. Eine blos temporär getrennte Ehefrau muss die Zustimmung ihres Ehemannes einholen.¹⁸⁾

Ebenso¹⁹⁾ bleibt die böslich verlassene Frau, die Frau, deren Mann geisteskrank, landesabwesend,²⁰⁾ im Strafvollzuge oder sonst an Ertheilung des Konsenses gehindert ist, Ehefrau und kann ein Handelsgeschäft nicht etabliren, ohne die Eheauflösung erwirkt zu haben oder (wo dies partikularrechtlich zulässig ist²¹⁾ den Konsens gerichtlich suppliren zu lassen.

¹⁴⁾ Namentlich jetzt, wo die frühere Erwägung, dass die Handelsfrau regelmässig, besonders durch den Wechselverkehr, ihre Person mitverhaftet, nicht mehr Platz greift.

¹⁵⁾ Ein Antrag: „landesgesetzliche Bestimmungen vorzubehalten“, war in I. u. II. Lesung des Handelsgesetzbuches angenommen gewesen, wurde aber in III. Lesung (Prot. S. 4508) gestrichen.

¹⁶⁾ Die Wittve fällt ohnehin nicht unter Art. 7 Abs. 1 des A. d. H.G.B. Auch dann, wenn die Kinder etwa an Stelle des verstorbenen Vaters die Gütergemeinschaft fortsetzen, tritt nicht etwa die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde an die Stelle des eheherrlichen Konsenses.

¹⁷⁾ Das nunmehr zu Kraft bestehende Personenstandsgesetz bedingt hiefür selbstverständlich das Erkenntniss des zuständigen weltlichen Gerichtes.

¹⁸⁾ Ueber die Frage, ob auch solche Scheidungen nach § 77 umgewandelt werden können, vgl. Stölzel, Wiederverheirathung, S. 45.

¹⁹⁾ Anderer Meinung ist Hahn, Kommentar Bd. I, S. 33, welcher sich dahin ausspricht, dass es von der verschiedenen Auffassung der ehemännlichen Rechte, sowie von den Umständen des Falles abhängt, ob die Einwilligung erforderlich sei oder nicht.

²⁰⁾ Diese Abwesenheit kann unter Umständen zur Todeserklärung führen, in welchem Falle dann die Frau als Wittve erscheint. Vgl. hierüber die ausführlichen Erörterungen von Sicherer's in seinem Kommentar zum Personenstandsgesetz zu § 34, S. 356 fig.

²¹⁾ Vgl. oben Not. 9.

C. Die Einwilligung des Ehemannes kann ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlung erfolgen; eine besondere Form ist für Ertheilung derselben nicht vorgeschrieben. Eine Eintragung im Handelsregister ist nicht allgemein gesetzlich angeordnet;²²⁾ wohl aber wird bei Anmeldung der Firma einer Ehefrau der Richter sich über Vorhandensein des Konsenses zu informiren haben.²³⁾

Als Hauptfall der stillschweigenden Einwilligung bezeichnet das Gesetz: wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch ihres Ehemannes Handel treibt. Der Ehemann weiss den Handelsbetrieb auch dann, wenn er ihn wissen muss;²⁴⁾ wer eine Handelsfrau heirathet, ohne dass diese ihr Geschäft aufgibt,²⁵⁾ wer am Orte anwesend ist, wo seine Ehefrau einen Laden eröffnet oder auf offenem Markte feil hält, kann sich auf Unkenntniss nicht berufen.²⁶⁾ Auch für den Einspruch ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben; indessen wird man davon ausgehen müssen, dass derselbe in einer dem Publikum erkennbaren Weise kundgegeben sein muss, z. B. durch Verhinderung des Firmeneintrags beziehungsweise Löschung der etwa eingetragenen Firma, öffentliche Ausschreibung u. s. w. Dass der Ehemann auch die gewerbepolizeiliche Einschreibung veranlassen kann, bezweifle ich nicht.²⁷⁾

§ 31.

b. Rechtliche Stellung derselben.

Die Handelsfrau steht dem Kaufmann rechtlich gleich;¹⁾ sie hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.²⁾

I. Daher finden einestheils die Bestimmungen über Anmeldung zum Handelsregister, über Buchführung, Inventarisirung und Bilanzziehung auf dieselbe Anwendung, andertheils ist ihre rechtliche Qualifikation als die eines Mannes,

²²⁾ Wohl aber partikularrechtlich in einigen Einf.Gesetzen.

²³⁾ Hierbei ist indessen ein förmliches Ermittlungsverfahren offenbar unzulässig, da ja blosses Stillweigen des Ehemannes genügt.

²⁴⁾ Entgegengesetzter Ansicht ist Behrend, Lehrbuch S. 176, Not. 3, und zwar weil der Antrag statt der Worte „mit Wissen und ohne Einspruch“ zu setzen „öffentlich“ bei der Berathung (Prot. S. 890) abgelehnt worden sei.

²⁵⁾ Preuss. L.R. Th. II., Tit. 8, § 49 ff.

²⁶⁾ Eine Folge seiner Einwilligung ist, dass er die Domizilsbegründung seiner Ehefrau an dem Ort, an welchem sie mit seiner Zustimmung ihr Handelsgeschäft eröffnet, auch gegen sich gelten lassen muss; vgl. Erk. des App.Ger. zu Hamm v. 19. März 1866 (Busch, Arch. Bd. XVII, S. 171).

²⁷⁾ Vgl. S. 171 und die Ausführung bei Behrend, Lehrbuch S. 179, Not. 14.

¹⁾ Dass eine Frau Handelsfrau sei, wird nicht vermuthet, sondern muss bewiesen werden; dagegen spricht bei einer Handelsfrau dafür, dass ihre Schuldscheine u. Verträge zum Handelsbetriebe gehören, allerdings der Vermuthung des Art. 274 (Thöl, Bd. I, § 42. II. 3).

²⁾ Sofern sie ausserhalb des Handelsbetriebes handelt oder nur einzelne Handelsgeschäfte abschliesst, bleibt das sonstige bürgerliche Recht für sie in Kraft (Endemann, § 23, S. 104). Dagegen bleibt die Handelsfrau eine solche nicht blos in ihrem Handelsbetriebe, sondern in jedem, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 51.

nicht als einer Frau festzuhalten. Sie bedarf zu den einzelnen Handelsgeschäften keines Konsenses,³⁾ sie kann sich vor Gericht selbständig vertreten (Art. 9 des A. d. H.G.B.); sie darf aber auch in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die Wohlthaten sich nicht berufen, welche in den Gesetzen den Frauen und den Ehefrauen insbesondere eingeräumt sind,⁴⁾ und zwar ohne Unterschied ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.⁵⁾ (Art. 6 des A. d. H.G.B.)

II. Dass die Handelsfrau mit ihrem gesammten Vermögen für die Handelsschulden haftet, ist an sich selbstverständlich. Das Gesetz spricht (in Art. 8 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) indessen für die Handeltreibende Ehefrau den weitergehenden Satz aus, dass für die Schulden auch jenes Vermögen haften soll, an welchem für den Ehemann durch die Ehe Rechte begründet sind. Die Bestimmung rechtfertigt sich durch den Umstand, dass die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes nicht Handelsfrau sein kann, dass aber in der Einwilligung zu diesem Gewerbebetriebe ein Verzicht auf die eheherrlichen Rechte gegenüber den Gläubigern gefunden werden muss.⁶⁾

Nur den Gläubigern gegenüber: der Ehemann behält, ohngeachtet des Handelsbetriebes seiner Ehefrau, rechtlich⁷⁾ die Verwaltung des Totalvermögens und des Eingebrachten, er verliert auch nicht die Nutzniessung am ehefräulichen Vermögen, soweit ihm alle diese Rechte nach Vertrag oder Landesrecht zustehen. Allein es kommt ihm weder im Allgemeinen ein den Handelsbetrieb der Ehefrau störendes Eingreifen in ihre Handelsgeschäfte, insbesondere auch nicht ein Anfechtungsrecht⁸⁾ zu, noch auch kann er seine Ansprüche den Ansprüchen der Handelsgläubiger entgegensetzen.⁹⁾

Die Bevorzugung der Gläubiger erstreckt sich aber auch auf das gemeinschaftliche Vermögen. Nicht blos die ideelle Hälfte der Ehefrau, sondern das Ganze haftet für ihre Schulden und zwar ohne Unterschied ob nun Errungenschaftsgemeinschaft, partikulare oder allgemeine Gütergemeinschaft besteht.

Mit seinem persönlichen Vermögen haftet natürlich der Ehemann an und für sich für die Schulden der Frau nicht. Nur im Falle der Ehemann in allgemeiner Gütergemeinschaft mit seiner handeltreibenden Ehefrau steht, lässt

³⁾ Auch nicht die Ehefrau, sobald sie den Konsens zum Handelsbetriebe einmal hat (Art. 8 Abs. 1 des A. d. H.G.B.), deshalb kann z. B. eine mit Genehmigung ihres Mannes handeltreibende Ehefrau in eine Gesellschaft eintreten, einen Gesellschafter aufnehmen, aus einer Gesellschaft austreten, ohne hierzu eine besondere Ermächtigung ihres Ehemannes nachzusuchen (Erk. des App. Ger. zu Eisenach v. 13. Oktober 1871 in Busch Arch., Bd. XXV, S. 377).

⁴⁾ So insbesondere hinsichtlich ihrer Verbürgung vgl. Busch, Arch. Bd. VIII, S. 149.

⁵⁾ Entgegengesetzte Bestimmung findet sich im Pr. L.R. Th. II, Tit. VIII. § 492 u. 495.

⁶⁾ Hierdurch rechtfertigt sich auch die unten S. 171 vertretene Ansicht, dass diese Einwilligung auch jetzt noch ohngeachtet der Gewerbeordnung nothwendig ist.

⁷⁾ Faktisch wird er wohl gewöhnlich das Vermögen „aus der Hand“ lassen müssen.

⁸⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 65.

⁹⁾ Die K.O. weist in § 1, Abs. 2 diesen Niesbrauch in die Konkursmasse des Ehemannes; allein auch hier gehen die Handelsgläubiger vor.

sich die Fiktion einer Handelsgesellschaft auf das Verhältniss anwenden¹⁰⁾ und weil ein solcher socius für die Schulden der Gesellschaft mit seinem persönlichen Vermögen haftet, so hat man in einigen Rechten¹¹⁾ dies auch hinsichtlich des Ehemannes verfügt. Das A. d. H.G.B. lässt es indessen beim Landesrechte.¹²⁾

§ 32.

c. Die Ehefrau als Gehülfin.

Die Ehefrau eines Kaufmannes, welche ihrem Ehemanne nur Beihülfe, wenn auch in noch so grossem Maasse, ja vielleicht so, dass sie thatsächlich allein die Geschäfte führt,¹⁾ im Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau (Art. 7, Abs. 3 des A. d. H.G.B.); denn „Kaufmann ist nur (vgl. oben S. 138) wer im eigenen Namen Geschäfte macht.“ Auch hier bietet indessen der Fall allgemeiner Gütergemeinschaft unter den Ehegatten eine Schwierigkeit; da hier der Geschäftsgewinn gemeinsam ist, so kann man zur Argumentation gelangen, dass nachdem die Ehefrau den Handel mitbetreibt und zugleich vermögensrechtlich von allen Geschäften mitbetroffen wird, ihre Mitinhaberschaft am Geschäfte faktisch vorhanden und sie deshalb als Handelsfrau anzusehen sei. Das Preussische Landrecht hatte daher^{1a)} den Satz genau formulirt dahin: „die Ehefrau eines Kaufmannes, welche dem Mann in seinen Geschäften blos hülfsreiche Hand leistet, ist selbst an Orten, wo Gemeinschaft der Güter unter ihnen obwaltet, für eine Kaufmannschaft treibende Person noch nicht zu achten.“ Das A. d. H.G.B. ist offenbar gleichfalls in dieser weiteren Fassung zu verstehen; auch dadurch dass die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau eines Kaufmannes im Geschäfte thätig ist, wird sie nicht Handelsfrau. Letztere Qualifikation tritt nur ein, wenn die Eheleute das Gewerbe als offene Gesellschafter ausüben und gemeinsame Inhaber der Firma sind.²⁾

Allein dies gilt nur hinsichtlich der persönlichen Eigenschaft der Ehefrau;³⁾ eine ganz andere Frage ist es, ob eine solche Ehefrau für die Handelsschulden

¹⁰⁾ In der Regel werden in solchem Falle wohl beide Eheleute gemeinsam Inhaber des Geschäftes sein.

¹¹⁾ Code du commerce Art. 5 „la femme marchande publique — oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux. Preuss. L.R. Th. II, Tit. I, § 337. Auch der Mann ist verhaftet, wenn die Frau die Einkünfte — sich nicht besonders vorbehalten hat.

¹²⁾ Der Preuss. Entwurf hatte die Bestimmung in Art. 6 Abs. 2; gelangte aber nicht zur Annahme, vgl. Prt. S. 891.

¹⁾ v. Hahn Bd. 1, S. 35. Gehülfin ist sie nicht, wenn das Geschäft auf ihren Namen allein oder in Gesellschaft geführt wird, was als thatsächlich nachgewiesen werden muss. S. die Entsch. des Berliner Ob.Trib. in Gruchot's Beitr. Bd. 20, S. 823.

^{1a)} Th. II, Tit. VIII. § 496.

²⁾ Gewöhnlich werden sie dann als solche im Register stehen; rechtlich freilich entscheidet dies nicht.

³⁾ Jetzt ist allerdings die ganze Unterscheidung nicht mehr sehr wichtig; ehemals aber handelte es sich um die Frage, ob eine solche Ehefrau dem Personalarreste unterworfen werden könne, und war daher sehr praktisch.

mit ihrem Vermögen hafte oder nicht. Diese Frage entscheidet sich nach Landesrecht und nach den meisten partikulargesetzlichen Vorschriften⁴⁾ wird die Ehefrau — einerlei ob sie Handelsfrau ist oder nicht — sobald sie im Geschäftsbetriebe Beihülfe leistet — „mit ihres Mannes Gewerbe erweislicher Massen sich beladet“, „im Laden und Markt mit Kaufen und Verkaufen handelt“ — für die Geschäftsschulden mit ihrem eigenen Vermögen haftbar.⁵⁾ Eine wichtige Folge hiervon ist, dass im Falle einer Ueberschuldung stets der Konkurs über das Vermögen beider Ehegatten eröffnet werden muss.⁶⁾

2. Der Minderjährige.

§ 33.

a. Fähigkeit.

Während das A. d. H.G.B. die Verschiedenheit des Geschlechtes bei seinen Bestimmungen über den Handelsbetrieb ausdrücklich in Betracht zieht, geschieht des Alters keine Erwähnung. Als nächste Schlussfolgerung hieraus würde sich ergeben, dass für das Gebiet des Handelsrechtes der Alterunterschied überhaupt keine Bedeutung haben solle, dass also der Minderjährige ebensogut und unter denselben Voraussetzungen wie der Grossjährige als Kaufmann auftreten könne und dass der Minderjährige, sobald er Kaufmann ist, dieselbe Stellung, Handlungs- und Rechtsfähigkeit innehat, wie der Grossjährige. Allein diese Folgerung wäre nur begründet, wenn das Handelsgesetzbuch eine umfassende Kodifikation bilden würde; nur in diesem Falle liesse sich aus dem Stillschweigen über einen gewissen Punkt gleichsam ein *argumentum e contrario* ableiten. Da aber neben den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches noch die allgemeinen gesetzlichen Normen stehen und erstere zu den letzteren sich nur derogirend und modifizirend verhalten, so ist die obige Argumentation unstichhaltig und bietet sich die zweite dar, dahin gehend: dass weil das Handelsgesetzbuch nichts Besonderes verfüge, hinsichtlich des Handelsbetriebes der Minderjährigen auch nichts Besonderes gelte, so dass der Minorene in Ausübung des Handelsgewerbes denselben Beschränkungen unterworfen wäre, wie in allen sonstigen Rechtsgeschäften, dass er aber andererseits auch die ihm im Allgemeinen zustehenden Schutzmittel für sich auch in Betreff der von ihm oder für ihn geschlossenen Handelsgeschäfte unbeschränkt anrufen könne. Allein auch diese Auslegung ist unrichtig; diess ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuches. Bei Berathung desselben wurde nemlich wiederholt¹⁾ beantragt auszusprechen, dass

⁴⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 63.

⁵⁾ Rechtlich wird dies in der Regel so formulirt: „Sitzen zu offenem Kram u. Laden, Sitzen zu offenem Bank u. Schragen bewirkt die allgemeine Gütergemeinschaft.“ Die Gewerbe, in denen Eheleute in solchen Güterstand stehen müssen, nennt man auch die „Gewerbe zur offenen Tasche.“

⁶⁾ Vgl. Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung Bd. I, S. 403.

¹⁾ Vgl. Lutz, Erläuterung des Bayrischen Einführungsgesetzes, S. 45.

sich der minderjährige Handelsmann in Betreff seiner Handelsgeschäfte auf die Rechtswohlthaten der Minderjährigen nicht berufen könne; dieser Antrag wurde abgelehnt, aber nur deshalb: „weil über die Frage der Stellung der Minderjährigen im Handelsverkehre die Partikulargesetzgebungen zu weit auseinandergehen, als dass eine Vereinigung möglich wäre.“²⁾

Sonach stellt sich die Sache so: die Altersgrenze zwischen Volljährigkeit und Minderjährigkeit ist auch für das Gebiet des Handels von Einfluss; ganz gleich mit der Stellung des Minderjährigen im Rechtsverkehre überhaupt aber ist dessen Stellung als Kaufmann nicht; welche besondere Bestimmungen hierüber massgebend sind, muss nach Partikularrecht entschieden werden.³⁾ Dagegen wird die Frage, wann ein Deutscher als „minderjährig“ zu erachten sei, auch für das Handelsgewerbe reichsgesetzlich beantwortet.⁴⁾

Das Gesetz vom 17. Februar 1875⁵⁾ lässt das Alter der Grossjährigkeit mit dem vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre beginnen.⁶⁾ Ueber *venia aetatio*, Dispensationen u. dgl. spricht das Gesetz nicht; es bleibt hierin beim Partikularrechte der einzelnen Staaten. Wo also diese⁷⁾ in der Gestattung einer Ausübung des Handwerksgewerbes die stillschweigende Ertheilung der *venia aetatio* gegeben erachten, hat es hiebei sein Bewenden. Ebenso ist es selbstverständlich, dass derjenige Minderjährige, welcher nach dem betreffenden Partikulargesetze mittelst Dispensation als grossjährig erklärt ist, auch im Gebiete des Handels keinen weiteren Beschränkungen unterliegt.⁸⁾

§ 34.

b. Kaufmannseigenschaft desselben.

Nachdem das Handelsgesetzbuch die Kaufmannseigenschaft an den faktischen Betrieb knüpft, ist auch der Minderjährige, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte schliesst, Kaufmann. Es ist aber zu unterscheiden:

I. Nach übereinstimmender Ansicht der Doktrin¹⁾ darf derselbe eine solche

²⁾ Protokolle Bd. I, S. 20.

³⁾ Behrend, Lehrbuch S. 156.

⁴⁾ Die Dauer der Minderjährigkeit ist nach dem Rechte des Staates zu bemessen, dem die betreffende Person angehört. Erk. des Badischen Oberhofgerichts vom 11. Mai 1871. Vgl. Not. 1 ff.

⁵⁾ Reichsgesetzblatt von 1865, S. 71, Nr. 8.

⁶⁾ Nachdem schon im Norddeutschen Bunde ein desfallsiger Antrag auf gemeinsame Regelung der Frage gestellt worden, ist das nunmehrige Gesetz in Folge Antrages des Reichstagsmitgliedes Prosch und Genossen erlassen (Stenogr. Ber. von 1874/75; Bd. III, S. 766 und Bd. IV, S. 961). Ueber die Verhandlungen im Plenum vgl. Bd. I, S. 582 ff. und S. 717 ff.

⁷⁾ Z. B. das in Bayern in einigen Orten als Partikularrecht geltende Oesterreichische Recht. (Gesetzbuch von 1786; Gesetzb. von 1811, Art. 252.)

⁸⁾ Die sich auf Immobiliargeschäfte beziehende Ausnahme des gemeinen Rechts (c. 36, de his qui omnino C. (2, 45) kommt beim Handel nicht in Betracht. Das Preuss. L.R. Th. II, Tit. 8, § 577 hatte die Bestimmung, dass der Minderjährige vor Zulassung zum Handelsgewerbe grossjährig erklärt werden müsse.

¹⁾ Vgl. z. B. Brinkmann § 19.

Thätigkeit nicht ausüben, ohne gewisse Vorbedingungen zu erfüllen, und ohne hiezu die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Vaters oder Kurators erholt zu haben. Was aber ist die Folge, wenn diese Vorbedingungen nicht erfüllt sind, wenn insbesondere diese Genehmigung nicht vorliegt? Ich bin der Ansicht, dass vor Allem ein solcher Geschäftsbetrieb von Seite der Gewerbebehörde verboten werden kann.²⁾ Denn wenn auch § 1 der Gewerbeordnung der Gewerbebetrieb „Jedermann“ (also auch Minderjährigen) gestattet, so folgt doch aus § 46, dass Minderjährige eines Stellvertreters bei der faktischen Ausübung bedürfen. Sie können gewerbeordnungsgemäss das Handelsgewerbe treiben, aber nicht ohne Weiteres selbstthätig auftreten. Hienach würde dem ohne Genehmigung arbeitenden Minderjährigen die Eintragung der Firma in das Handelsregister gleichfalls zu versagen sein. Andererseits aber bleibt der Minderjährige, sobald er effektiv Handel treibt, rechtlich doch ein „Kaufmann“; seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte, er steht unter Handelsrecht. Weil indessen das Handelsgesetzbuch des Minderjährigen nicht erwähnt, würde er meines Erachtens in Bezug auf seinen Handelsverkehr nur dann der im übrigen Verkehre für Minderjährige bestehenden Vorschriften enthoben oder verlustig sein, wenn das einschlägige Partikulargesetz dies ausdrücklich bestimmt.³⁾ Ein solches ist mir in Deutschland nicht bekannt. Demnach sind Handelsgeschäfte eines Minderjährigen, welcher ohne Erfüllung der vorgeschriebenen Vorbedingungen insbesondere ohne Genehmigung seines Vaters oder Kurators⁴⁾ ein Handelsgewerbe treibt, nicht weiter gültig und rechtswirksam, wie jedes andere von einem Minorennen eingegangene Rechtsgeschäft.⁵⁾ Die Restitution, wie solche im Civilrechte zulässig ist, muss ihm unbeschränkt gewährt werden;⁶⁾ wo eine Verjährung gegen Minderjährige nach gewöhnlichem Rechte ausgeschlossen ist, bleibt sie es auch für Klagen auf dem Gebiete des Handelsverkehrs⁷⁾ gegen unbefugt handelnde Minderjährige.

II. Was nun die partikulargesetzlichen Vorbedingungen für den ordnungs-

²⁾ Ein Erk. des Berliner Obertrib. vom 16. Februar 1866 (Oppenhof, Sammlung Bd. VII, S. 107; Busch, Arch. Bd. IX, S. 148) erklärt, dass der Thatbestand eines Betruges gegeben sei, wenn ein Minderjähriger durch Geschäftseröffnung und öffentlichen Handelsbetrieb den Schein erregt, als sei er handlungsfähig.

³⁾ Die Doktrin ist getheilt. (Vgl. Endemann a. a. O. S. 106, Not. 90.) Aber auch wenn sie einstimmig wäre, könnte sie meines Erachtens hierüber nicht entscheiden; dazu bedürfte es positiver gesetzlicher Vorschriften.

⁴⁾ Um so mehr wenn er gegen Verbot handelt.

⁵⁾ Dass der Dritte im Verkehre oft schwer im Stande ist, den Minderjährigen als solchen zu erkennen, ist richtig; allein in jedem Verkehre, nicht blos im kaufmännischen. In diesem kann er sich im Gegentheile durch Einsicht des Handelsregisters eher sichern, als sonst der Fall ist.

⁶⁾ Auch gegen Abschliessung eines Gesellschaftsvertrages; hier ist insbesondere der Dritte nicht wohl entschuldigt, wenn er ein so wichtiges Geschäft ohne volle Information abschliesst.

⁷⁾ Nur die Bestimmung des Art. 149 des A. d. H.G.B. findet gegen solche Minderjährige ihre Anwendung. Denn dieser Artikel spricht nicht blos von Minderjährigen, für welche der Vormund handelt, sondern stellt diese als „bevormundete Personen“ neben die „Minderjährigen“ als solche.

mässigen Handelsbetrieb durch Minderjährige betrifft,⁸⁾ so setzt das Preussische Landrecht (Th. II, Tit. 8, § 477) die Grossjährigkeitserklärung voraus und § 478 bestimmt, dass ein grossjähriger Haussohn durch ein nicht gegen Verbot seines Vaters betriebenes Handelsgewerbe sofort stillschweigend aus der väterlichen Gewalt geht.⁹⁾ Das Preussische Einführungsgesetz zum A. d. H.G.B. verfügt in Art. 37 — aber nur für den Geltungsbezirk des Französischen Rechts —: „ein Minderjähriger, ohne Unterschied des Geschlechts, kann nur dann Kaufmann sein,¹⁰⁾ und in Ansehung der in seinem Handelsbetriebe eingegangenen Verbindlichkeiten für volljährig erachtet werden, wenn er 18 Jahre alt, emancipirt und ausdrücklich ermächtigt ist (durch den Vater, eventuell der Mutter, subeventuell einen Familienrathsbeschluss), das Handelsgewerbe zu betreiben“.

Das Bayerische Einführungsgesetz verfügt in Art. 7, Abs. 2, dass Minderjährige rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Geschäfte und Rechtshandlungen für grossjährig erachtet werden sollen, wenn sie nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zum Handelsbetriebe befugt sind. Besondere Bestimmungen des bürgerlichen in Bayern geltenden Rechts über die Frage, wann ein Minderjähriger diese Befugniss habe, sind aber nicht vorhanden. Es muss demnach dabei sein Bewenden haben, dass eine obervormundschaftliche Genehmigung vorliegt.¹¹⁾ Eine solche wird aber wohl regelmässig nur ertheilt werden, wenn der Minderjährige bereits die nöthige Altersreife besitzt und der Vormund seine Zustimmung ertheilt. Ist der Minderjährige Haussohn, so tritt eine obervormundschaftliche Thätigkeit für ihn überhaupt nicht ein und es genügt demnach die ausdrückliche oder stillschweigende Gutheissung des Gewerbebetriebes durch den Vater.¹²⁾

In ähnlicher Weise ist der Rechtszustand in Sachsen, Württemberg, Baden und Hessen geordnet.¹³⁾

⁸⁾ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger fähig sei, selbständig Handel zu treiben, richtet sich nach den Gesetzen des Aufenthaltsortes Erk. des Badischen Oberhofgerichts vom 11. Mai 1871 (vgl. Not. 3 a).

⁹⁾ Dies gilt noch in Bayern für das ziemlich ausgedehnte Geltungsgebiet des Preussischen Rechtes. Für Preussen selbst ist die Bestimmung allerdings durch den Art. 4, Ziff. 1 des Einf.-Ges. zum A. d. H.G.B. aufgehoben. (Vgl. das Erkenntniss des obersten Gerichtshofes zu München vom 3. Dezember 1877 (Sammlung Bd. III, S. 812 ff.). Allein Th. II, Titel 18, § 807 besagt ganz allgemein: „Zur eigenen Betreibung bürgerlicher Gewerbe soll kein Minderjähriger vor erfolgter Majorennitätserklärung zugelassen werden.“

¹⁰⁾ Dieser Ausdruck ist ungenau. Faktischer Kaufmann bleibt (wie schon oben erwähnt) der Minderjährige immerhin. Der Schwerpunkt liegt auf der Kopulative; es sollte heissen: „ein mit den Rechten der Grossjährigkeit handelnder Kaufmann“ u. s. w. — S. auch Preuss. Ges. vom 12. Juli 1875 § 5; Dernburg Vorm.Ord. S. 114.

¹¹⁾ Vgl. Roth, Bayrisches Civilrecht Bd. I, S. 175; dass die Zustimmung des Vormundes allein nicht genüge, erörtert ein Erk. des H.A.G. zu Nürnberg vom 3. Juni 1870 Busch, Arch. Bd. XXIV, S. 282).

¹²⁾ S. das in Völderndorff's Sammlung (Bd. I, S. 419) abgedruckte Erk. des H.A.G. zu Nürnberg vom 7. April 1864.

¹³⁾ Vgl. z. B. Sächsisches Gesetzbuch § 509. Württemberger Einf.-Ges. Art. 7. Badisches Einf.-Ges. Art. 2. Hessisches Einf.-Ges. Art. 24 u. 25. Vgl. auch Busch, Arch. Bd. 25, S. 272, Not. 1.

§ 35.

c. Rechtliche Folgen.

Die erste und wichtigste Folge einer ordnungsgemässen Etablierung des Minderjährigen als Kaufmann ist, dass die einmal erteilte Genehmigung für die gesammte Thätigkeit im Handelsgewerbe wirkt.¹⁾ Mit der Genehmigung der Etablierung ist jedes einzelne Handelsgeschäft an und für sich genehmigt. Es bedarf keineswegs noch einer Zustimmung des Vaters oder Vormundes zu der einzelnen konkreten Ausübungshandlung; jedes Handelsgeschäft ist von vornherein als konsentirt anzusehen.

A. Zu diesen Handelsgeschäften gehört nun insbesondere auch die Ausstellung von Wechsln. Zwar ist in der A. D. Wechselordnung selbst²⁾ keine Bestimmung für den Fall enthalten, dass ein Minderjähriger sich als Kaufmann etablirt hat und in dieser Eigenschaft Wechselverbindlichkeiten eingeht. Aber der Art. 1 enthält den Satz, dass jeder wechselfähig sei, welcher sich durch Verträge selbständig verpflichten könne, und dies kann der ordnungsgemäss etablirte Minderjährige in Bezug auf seine Handelsgeschäfte. Da nun Wechsel nach Art. 274 des A. d. H.G.B. als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnete Schuldscheine gelten müssen, so kann über die Wechselfähigkeit von Minderjährigen kein Zweifel sein.

B. Wird der Minderjährige durch seine Etablierung überhaupt grossjährig, so versteht sich von selbst, dass er sich der Privilegien der Minderjährigen nicht bedienen kann. Aber auch dann, wenn er in solchem Falle nur „als grossjährig“ angesehen wird, wenn er also für seine Person Minderjähriger bleibt, fallen die Privilegien eines solchen für den Umfang seiner in Ausübung des Handelsgeschäftes vorgenommenen Rechtshandlungen hinweg.³⁾ So ist insbesondere die Restitution gegen die von einem solchen Minderjährigen geschlossenen Handelsgeschäfte unzulässig. Dass auch die prozessuale Restitution in Handelssachen⁴⁾ nicht stattfindet, ist jetzt keine Besonderheit mehr, da dieses Privilegium ganz allgemein durch § 210 Abs. 1 der R.Civ.Pr.O. beseitigt erscheint.

C. Nach denselben Grundsätzen richtet sich der Eintritt eines Minderjährigen in eine Handelsgesellschaft. Ist diese mit Genehmigung erfolgt, so liegt darin eben die Zustimmung zur Ausübung des Handelsgewerbes und alle weitere Thätigkeit ist eine konsentirte. Tritt aber ein ordnungsgemäss etablirter Minderjähriger in eine Gesellschaft ein, so bedarf, weil dies zur Ausübung des Handels-

¹⁾ Behrend (S. 158) behauptet, für Unmündige werde die Zustimmung des Vormundes zu allen einzelnen Handlungen durch die generelle Ermächtigung zum Handelsbetriebe nicht entbehrlich. Unmündigen wird man ohnehin jene generelle Ermächtigung nicht wohl erteilen.

²⁾ Auch nicht in den Einführungsgesetzen hiezu.

³⁾ Anderer Ansicht scheint Behrend a. a. O. S. 159 zu sein.

⁴⁾ Erk. des R.O.H.G. im Bd. IV, Nr. 5.

gewerbes gehört,⁵⁾ einer besonderen Zustimmung nicht mehr. Diese Sätze gelten sowohl für das Verhältniss des Minderjährigen gegen die Mitgesellschafter, wie gegen Dritte.⁶⁾

§ 36.

d. Ausübung des Gewerbes durch Stellvertreter.

Als Regel und als der eigentliche Fall muss immerhin angesehen werden,¹⁾ dass der Minderjährige das Handelsgeschäft nicht persönlich, sondern durch einen Stellvertreter ausübt, sei es, dass er dasselbe ererbt oder dass es ihm in anderer Weise zufällt.²⁾ Als der Stellvertreter erscheint in diesem Falle immer der Vormund. Derselbe kann allerdings wie jeder andere Inhaber eines Geschäftes das Gewerbe durch einen Prokuristen oder durch Handelsbevollmächtigte ausüben lassen; allein diese sind **seine** Stellvertreter, nicht Stellvertreter des **Minderjährigen**.

Ob der Vormund zu dem Entschlusse, das Geschäft auf Rechnung seines Pupillen fortzubetreiben eine obervormundschaftliche Genehmigung (sei es eines Familienrathsbeschlusses oder der gerichtlichen Ermächtigung) bedarf, richtet sich nach dem betreffenden Partikularrechte.³⁾ Ist aber diese ertheilt, so handelt er frei; zu den einzelnen Geschäften, auch zur Aufstellung eines Prokuristen, kann er eine weitere Ermächtigung der Natur der Sache nach einzuholen nicht gezwungen werden.

Es frägt sich nun, wie verhält es sich mit den einem Minderjährigen gesetzlich zustehenden Schutzmitteln gegen nachtheilige Handlungen seines Vormundes, insbesondere mit der Wiedereinsetzung und der Unterbrechung der Verjährung? Man muss vor Allem unterscheiden. Gegenüber den einzelnen im Betriebe des Handelsgewerbes von dem Vormunde selbst oder den von diesem aufgestellten Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen kann es eine Resti-

⁵⁾ Man könnte allerdings hiegegen Zweifel aufbringen, weil es doch etwas wesentlich Anderes sei, für sich ein Gewerbe zu treiben oder sich mit einem Anderen zu associiren und mancher Vater und Vormund vielleicht zu ersterem nicht aber zu letzterem zustimmen mag. Dann muss er eben die Abschliessung eines Gesellschaftsvertrages von vornherein ausschliessen.

⁶⁾ Ehedem unterschied man, aber nur für den Fall des ungenehmigten Gesellschaftsabschlusses. (S. 160).

¹⁾ Die Gewerbeordnung kennt, wie oben erwähnt, nur diese Art des Betriebes, nimmt also an, dass ausserdem der Minderjährige grossjährig erklärt werden sollte.

²⁾ Dass für Rechnung eines Minderjährigen während seiner Minorität ein Handels-etablissement neu errichtet wird, ist allerdings denkbar, wird aber im Leben nicht leicht vorkommen.

³⁾ Behrend gibt in seinem Lehrbuche § 33 A. eine ausführlichere Darlegung der desfallsigen Grundsätze des Gemeinen Rechtes. An die Spitze stellt derselbe: „Das in vormundschaftlicher Verwaltung befindliche Vermögen darf weder zur Neubegründung noch zum Erwerbe eines Handelsgeschäftes verwendet werden; nur die Fortführung eines vererbten Geschäftes kann gestattet werden.“ Ueber das Preuss. Recht s. auch die Vorm.-Ord. vom 5. Juli 1875, § 42; (Dernburg, Vorm.-Ord. 2. Aufl. S. 173 ff.)

tution nicht geben.⁴⁾ Denn der Betrieb des Handelsgeschäftes stellt sich als ein Ganzes dar, und es wäre faktisch ohne die grösste Unbilligkeit nicht möglich, die einzelnen Geschäftshandlungen von einander in ihrer rechtlichen Wirkung zu trennen. Ebenso wird es nicht denkbar erscheinen, hinsichtlich der Verjährung den einzelnen im Gewerbebetriebe vorgekommenen Rechtshandlungen gegenüber etwas Besonderes zu statuiren.

Schwieriger stellt sich die Frage, ob dem Minderjährigen nicht gegen den Rechtsakt des Geschäftsbetriebes für seine Rechnung als solchen eine Wiedereinsetzung zugestanden werden müsse? Allein auch hier sind die bei Bejahung der Frage entstehenden Schwierigkeiten so gross,⁵⁾ dass man sich für die Meinung aussprechen muss, es könne in solchem Falle, wenn eine Benachtheiligung des Minderjährigen vorliegt, von diesem nur der Regress gegen seinen Vormund genommen werden. Hiefür spricht auch die Analogie des Art. 149 des A. d. H.G.B., obwohl der Artikel selbst nur den konkreten Fall des Austrittes aus der Gesellschaft entscheidet.

⁴⁾ Hierüber herrscht in der Doktrin volle Einstimmigkeit; vgl. Endemann § 24 und die in Not. 3 citirten Autoren. Auch Thöl scheint sich in der neuesten Auflage dieser Ansicht angeschlossen zu haben. Dagegen lässt ein Erk. des App.Ger. zu Eisenach vom 22. März 1872 (Busch, Arch. Bd. 27, S. 57) die Restitution zu.

⁵⁾ Und der Dritte könnte sich weder durch Einsichtnahme des Handelsregisters noch durch Erkundigung schützen.

II. Die Ausübung des Gewerbes.

A. Recht dazu.¹⁾

§ 37.

1. Im Allgemeinen.

Die Befugniß das Gewerbe eines Kaufmannes auszuüben, setzt selbstverständlich vor Allem die Fähigkeit voraus, im Rechtsverkehre thätig zu sein und also das Recht: überhaupt Handel treiben zu dürfen. Denn wer gesetzlich verhindert ist, einzelne Handelsgeschäfte abzuschliessen, der kann natürlich um so weniger befugt sein, solche Geschäfte in der Ausdehnung eines Gewerbes zu betreiben.

Im Grossen und Ganzen nun bestehen keine von den regelmässigen Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte abweichende gesetzliche Einschränkungen oder Begünstigungen in Bezug auf den Abschluss von Handelsgeschäften. Wer im allgemeinen Rechtsverkehre die Handlungsfähigkeit besitzt — sei es in eigener Person oder durch Repräsentation — kann auch Handelsgeschäfte eingehen; wem die Fähigkeit fehlt, Geschäfte im Allgemeinen abzuschliessen, ist auch nicht befähigt, Handel zu treiben. Zweierlei ist indessen zu bemerken:

1) Sofern ein bestimmter Gegenstand, sei es dauernd, durch Monopole,²⁾ Regalien,³⁾ Privilegien, Veräusserungsverbote,⁴⁾ oder vorübergehend, durch Ein-

¹⁾ Diese Materie als solche ist in Monographien nicht behandelt. Einschlägig sind die Bearbeitungen der Reichsgewerbeordnung: R. Fischer, Gewerbeordnung nach den amtlichen Materialien und sämmtlichen Vorarbeiten. (1864 u. 1870.) R. Pannenberg, Deutsche Reichs-Gewerbe-Ordnung . . . nebst den zu derselben ergangenen Entscheidungen (1872). L. Turban, die Deutsche Gewerbeordnung . . . nebst Erläuterungen (1872). L. Jacobi, die Gewerbegesetzgebung im deutschen Reich (1874); dann noch die Gewerbeordnung aus den Materialien erläutert von Dr. A. Koller. Sehr viel Treffliches enthält Meves, die strafrechtlichen Bestimmungen der deutschen Gewerbeordnung in Bezolds Gesetzgebung des Deutschen Reiches (Erlangen 1877) Th. III, Bd. I, S. 561 ff.

²⁾ Monopole existiren seit Aufhebung des Salzmonopols in Deutschland nicht.

³⁾ Regalien, welche auch den Umsatz gewisser Güter hinderten, sind nicht mehr anzuführen.

⁴⁾ Ueber den Handel mit Gift (vgl. die churpälzbayerische Verordnung vom 8. August 1794) s. § 35 der R.Gew.Ordnung; mit Nitroglycerin vgl. den Bundesrathsbeschluss vom 13. Juli 1879. S. auch Goldschmidt § 44, Not. 9 a.

fuhr- oder Ausfuhr- oder auch Verkehrs-Verbote,⁵⁾ objektiv ausserhalb des Handels und Wandels gesetzt werden, stellt sich nach dieser Richtung hin zwar nicht die subjektive Fähigkeit der Personen zur Eingehung von Handelsgeschäften als aufgehoben dar, aber es fehlt die Dispositionsfreiheit des Einzelnen über diese bestimmten Gegenstände,⁶⁾ und insofern also erscheint ohngeachtet der im Allgemeinen vorhandenen **Handlungsfähigkeit** die Fähigkeit zum **Handel** beschränkt.

2) Durch positive gesetzliche Vorschriften wird — zwar nicht die objektive Fähigkeit Handelsgeschäfte überhaupt abzuschliessen — wohl aber aus subjektiven Gründen die Befugniss hiezu eingeschränkt, indem nach Art. 55 und 59 des A. d. H.G.B. Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehülfen ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen, nach Art. 514 der Schiffer ohne Einwilligung des Rheders für eigene Rechnung keine Güter verladen, nach Art. 69 Makler für eigene Rechnung weder mittelbar noch unmittelbar, auch nicht als Kommissionäre Handelsgeschäfte betreiben, nach Art. 96 der offenen Gesellschaften ohne Genehmigung der anderen Gesellschaften nicht in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte abschliessen darf. Indessen ergibt sich sofort, dass hierin nicht eine Abweichung von der allgemeinen Regel des freien Geschäftsbetriebes gefunden werden kann. Vielmehr stellt sich das Verbot nur als eine so zu sagen disziplinäre Wirkung des speziellen Abhängigkeitsverhältnisses dar, in welchem die betreffenden Personen stehen. Folge einer Uebertretung des Verbotes ist daher auch nicht ohne Weiteres die Nichtigkeit oder auch nur eine relative Unwirksamkeit der abgeschlossenen Geschäfte, sondern neben dem Schadensersatz,⁷⁾ welcher von den Schuldigen gefordert werden kann, ein Anspruch des Prinzipals oder der Gesellschaft⁸⁾ auf Eintritt in das verbotswidrig geschlossene Geschäft.⁹⁾

Demnach sind die im allgemeinen bürgerlichen Rechte über die Befähigung zum Abschluss von Rechtsgeschäften überhaupt gegebenen Vorschriften auch für das Recht zur Ausübung des Handelsgewerbes massgebend.

⁵⁾ Einfuhr- und Verkehrs-Verbote kommen besonders wegen Ansteckungsgefahr nicht selten vor; so z. B. die häufigen Einfuhrverbote von Vieh, Häuten u. s. w. wegen Rinderpest, von Gewächsen wegen der Reblaus und des Colorado u. s. w. Ausfuhrverbote bringt Krieg oder Kriegsgefahr mit sich für Pferde, Waffen, Munition u. dgl.

⁶⁾ Endemann (3. Aufl.) S. 60 bemerkt: „Soweit ein gesetzliches Verbot vorliegt, tritt neben etwaiger Bestrafung Nichtigkeit des verbotswidrig geschlossenen Geschäftes ein.“ Diess letztere möchte ich nicht so unbedingt annehmen. Ich glaube vielmehr, es kommt auf die mala oder bona fides theils des Veräusserers theils des Erwerbers an. Hienach wird sich die Frage entscheiden, ob und in welchem Umfange letzterer statt Tradition des Objectes das Interesse liquidiren darf.

⁷⁾ Den Schiffer trifft als Schaden die höchste Fracht.

⁸⁾ Art. 56, Abs. 3 und 97 des A. d. H.G.B.

⁹⁾ Der Makler wird nur disziplinar bestraft.

§ 38.

2. Nach der Reichsgewerbeordnung.

Nach dem Handelsgesetzbuche ist die Befugniss zur gewerbemässigen Ausübung des Handels nicht an andere Voraussetzungen als die im vorigen Paragraphen erörterte Handlungsfähigkeit und Dispositionsfähigkeit geknüpft. Sobald die Befähigung zum Abschlusse einzelner Handelsgeschäfte gegeben erscheint, liegt (nach dem Handelsgesetzbuche) auch die Befähigung vor, dieselbe in gewerbemässiger Weise zu treiben;¹⁾ das Dasein des Kaufmannes, die Anwendung des Handelsrechtes auf dessen Geschäfte und die privatrechtlichen Pflichten und Qualifikationen des Kaufmannes und seiner Geschäfte hängen von weiteren Voraussetzungen und von Erfüllung sonstiger Bedingungen nicht ab. Lediglich der faktische gewerbemässige Handelsbetrieb ist nach Handelsrecht entscheidend.

I. Wohl aber ist das Recht Kaufmann zu werden, die Befugniss Handelsgeschäfte nicht bloß gewerbemässig, sondern als Gewerbe zu treiben in administrativer und polizeilicher Hinsicht durch die Reichsgewerbeordnung²⁾ und die dazu ergangenen weiteren Bestimmungen geordnet.³⁾ Als solche weitere Bestimmung kommt insbesondere in Betracht die Novelle vom 17. Juli 1878⁴⁾ und das neuerlich⁵⁾ ergangene Nachtragsgesetz.⁶⁾

Dieses neue Gesetz hebt insbesondere den Titel VII der Gewerbeordnung vollständig auf.

Landesgesetze über die in der Reichsgewerbeordnung begriffenen Rechtsmaterien können eine weitere Geltung nicht mehr beanspruchen,⁷⁾ wohl aber hinsichtlich der noch durch dieselben vorbehaltenen Gebiete.

¹⁾ Sowohl Thöl § 43 als Endemann § 14 stellen den Satz auf, dass das A. d. H.G.B. die Entscheidung der Frage, wer zum Handelsgewerbe befugt sei, den Landesgesetzen zuweise und berufen sich zur Begründung hiefür auf Art. 69, Ziff. 1 und Art. 84. Allein beide Artikel sprechen nur von Handelsmäklern, nicht von den Handelsgewerbebetreibenden überhaupt.

²⁾ Gesetz vom 21. Juni 1869 (Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes von 1869, Nr. 29, S. 245—282); in den süddeutschen Staaten eingeführt durch die Gesetze vom 12. Juni 1872 (Bayern) und vom 10. November 1871 (Württemberg und Baden). Ueber die Entstehungsgeschichte und ausgedehnte Literatur s. v. Rönne, Staatsrecht des deutschen Reichs. II. Aufl. Bd. 1, S. 135, Not. 4 u. Laband, Staatsr. des d. Reichs § 76.

³⁾ Der Art. 4, Nr. 1 der Reichsverfassung hatte die „Bestimmungen über den Gewerbebetrieb“ der Beaufsichtigung durch das Reich unterstellt, und während Art 3 der R.V. verfügte, dass jeder Angehörige des einen Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate zum „Gewerbebetriebe“ zugelassen sei, war dieses Recht in § 1 des Gesetzes vom 1. November 1867 über die Freizügigkeit detaillirt und speziell auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen ausgedehnt worden.

⁴⁾ Reichsgesetzblatt Nr. 24, S. 199—212.

⁵⁾ In der Session von 1880.

⁶⁾ Betrifft nicht das Handelsgewerbe direkt.

⁷⁾ Endemann S. 60, Not. 6, und derselben Meinung wohl auch Thöl S. 154, sofern er unter den „daneben“ bestehenden Landesgesetzen“ nur die in seinem folgenden § 44 erwähnten versteht.

Dagegen gestattet der § 142 eine Ordnung gewisser handlungsgewerblicher Gegenstände⁸⁾ durch Ortsstatuten, welche nach Anhörung beteiligter Kaufleute (auf Grund eines Gemeindebeschlusses)⁹⁾ unter Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde abgefasst werden. (Vgl. oben S. 167 Not. 7.) Auch kommt in Betracht der § 12 der R.Gew.Ord., wonach es bei den Landesgesetzen hinsichtlich des Gewerbebetriebes Seitens ausländischer juristischer Personen (zu welchen insbesondere die Aktiengesellschaften¹⁰⁾ zu rechnen sind) sein Bewenden hat, und § 1 Abs. 2, welcher ausspricht, dass derjenige, welcher bei Promulgation des neuen Gesetzes zum Betriebe eines Gewerbes berechtigt war, das bestehende Recht für sich auch fernerhin anrufen könne.

II. Aber auch die Gewerbeetze schränken die vom Handelsgesetzbuche anerkannte Regel der allgemeinen, freien Befähigung zum Handelsgewerbe im Prinzipie nicht ein. An der Spitze der Gewerbeordnung (§ 1) steht der Satz: „Es darf jedes Gewerbe von Jedermann in jeder Art des Betriebes betrieben werden“ (Thöl). Folge dieser allgemeinen Gewerbebefreiung ist, dass Jedermann ohne Unterschied des Geschlechtes, Alters und Standes (nicht aber des Leumundes vgl. unten S. 173 Nr. 7) Kaufmann sein darf und dass alle in einzelnen Ländern Deutschlands bisher noch bestandenen Beschränkungen weggefallen sind. Die Unterscheidung zwischen Stadt und Land in Bezug auf den Handelsbetrieb und die Ausdehnung desselben ist aufgehoben (§ 2 der Gew.O.); der gleichzeitige Betrieb verschiedener Handelszweige sowie desselben Zweiges in verschiedenen Etablissements und Verkaufsstätten wird gestattet (§ 3 der Gew.O.); eine Beschränkung der Handwerker auf den Verkauf selbstverfertigter Waaren findet nicht mehr statt (§ 3 Alin. 2); den Zünften, Gilden und kaufmännischen Korporationen steht ein Recht, Andere von dem Handelsbetriebe auszuschliessen, nicht zu (§ 4 der Gew.O.); von dem Besitze des Bürgerrechtes soll die Zulassung zum Kaufmannsstande nicht abhängig sein (§ 13 der Gew.O.); alle Zwangs-, Bann- und Realrechte sind aufgehoben¹¹⁾ (§ 7, 8 und 10 der Gew.O.).

III. Von dieser allgemeinen Regel der absoluten Handelsfreiheit ergeben sich indessen verschiedene Ausnahmen:

⁸⁾ Solche sind: die Bestimmung der sogenannten Fabrikviertel, das heisst derjenigen Ortsteile, in welchen bestimmte die Nachbarschaft belästigende Gewerbe allein auszuüben sind (§ 23, Abs. 3 der R.Gew.Ord.); die Einführung obligatorischer Fortbildungsschulen (§ 106, Abs. 2); die Errichtung gewerblicher Schiedsgerichte (§ 108, Abs. 4); die Verpflichtung der Arbeitnehmer zu Krankenkassen (§ 141, Abs. 2).

⁹⁾ Dieser kann auch nicht durch einen Beschluss der Aeltesten, der Gilde u. s. w. ersetzt werden.

¹⁰⁾ Die Gewerbeordnung folgt hier dem Sprachgebrauche der früheren Gesetzgebung (z. B. dem preussischen Gesetze vom 9. November 1863), welche die Aktiengesellschaften als juristische Personen bezeichnet. Wenn nun auch das Handelsgesetzbuch diesen Gesellschaften jenen Charakter nicht beilegt, so ist doch jedenfalls § 12 der Gew.Ord. auf sie anzuwenden.

¹¹⁾ Die in § 7, Ziff 2 vorbehaltenen Abdeckereiberechtigungen fallen nicht wohl unter das Handelsgewerbe.

A. objektive.

1) Der Handel mit Arzneimitteln¹²⁾ und der Vertrieb von Lotterielosen¹³⁾ ist im Allgemeinen nicht freigegeben (§ 6 der R.Gew.Ord.), doch können verordnungsgemäss einzelne Apothekerwaaren dem freien Verkehre überlassen werden.¹⁴⁾

2) Das Versicherungsgeschäft, die Eisenbahnunternehmungen und die Errichtung öffentlicher Fährten unterliegen besonderen Gesetzen; zur Zeit ist diese Materie indessen reichsrechtlich nicht geordnet.

3) Diejenigen Beschränkungen, welche der Ausübung des Gewerbes im öffentlichen Interesse gezogen sind, bleiben aufrecht; diesen muss sich Jedermann unterwerfen, auch wenn ihm die Zulassung zum Gewerbebetrieb an sich nicht versagt werden kann.¹⁵⁾ Somit bleibt zum Beispiel die Ausübung des Handels in concreto an alle diejenigen allgemeinen und örtlichen Vorschriften gebunden, welche in Folge der Handhabung der allgemeinen Bau-, Feuer-, Sitten-, Gesundheits-, Strassen- und sonstigen Polizei gewisse einschränkende Normen geben und welche für alle Personen gelten, mögen sie Handeltreibende sein oder nicht.¹⁶⁾

4) Die Beschränkungen des Betriebes des Handelsgewerbes, welche auf den Zoll-, Steuer- und Postgesetzen beruhen, sind in § 5 der R.Gew.Ord. aufrecht erhalten. Damit sind Reichsgesetze, wie Landesgesetze gemeint und es fallen demnach auch die landesgesetzlichen Bestimmungen über Gewerbesteuer nicht hinweg. Sofern demnach landesgesetzlich die Ausübung des kaufmännischen Gewerbes von vorheriger Bezahlung der Gewerbesteuer abhängig gemacht wäre, hätte es dabei sein Bewenden.¹⁷⁾

5) Insofern der Betrieb nicht ohne Errichtung von Anlagen stattfinden kann, ist derselbe an diejenigen Voraussetzungen geknüpft, von welchen die Errichtung solcher Anlagen abhängt. Im Allgemeinen nun hängt dieselbe nur von der Beobachtung der gewöhnlichen baupolizeilichen Vorschriften ab. Für

¹²⁾ In Folge hievon die Errichtung und Verlegung von Apotheken.

¹³⁾ Sofern ein Handelszweig durch besondere Gesetze verboten wäre, würden diese als *leges speciales* das Prinzip der Gewerbefreiheit der Gewerbeordnung derogiren, wie z. B. in Folge des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1868 (mit seinen späteren Ausdehnungen auf das Reich) Niemand das Gewerbe einer öffentlichen Spielbank betreiben kann.

¹⁴⁾ Auf Grund dieser Ermächtigung ist die kaiserliche Verordnung vom 4. Januar 1875 (Reichsgesetzblatt von 1875, S. 5) ergangen, welche die früheren, manche Beschwerden veranlassende Verordnung vom 25. März 1872 (S. 85) aufhebt, den Grosshandel mit Arzneimitteln freigibt, und in zwei Verzeichnissen die Drogen und chemischen Präparate und die daraus bereiteten Heilmittel bezeichnet, deren Vertrieb im Detail nur in Apotheken gestattet ist.

¹⁵⁾ Erk. des Berliner Obertribunals vom 1. Juni und 4. November 1870 und vom 18. Januar 1871 (in Striethorst nicht abgedruckt, sondern nur in den preussischen Ministerialblättern, Ministerialblatt des Innern für 1870, S. 195 und 1871 S. 13. Justizministerialblatt von 1871, S. 115).

¹⁶⁾ v. Jacobi, Gewerbegesetzgebung S. 22.

¹⁷⁾ Ohne dass indessen derjenige, welcher ohne Zahlung der Gewerbesteuer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt, aufhören würde „Kaufmann“ in rechtlicher Hinsicht zu sein.

solche Anlagen aber,¹⁸⁾ welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, ist eine Genehmigung¹⁹⁾ der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde erforderlich. (§ 16 Abs. 1 der R.Gew.O.) Unter den in § 16 und 24 aufgeführten derartigen Anlagen, sowie unter den im Reichsgesetze vom 2. März 1874²⁰⁾ enthaltenen befindet sich kein blosses Handelsetablisement — nemlich Niederlagsräume und dergleichen,²¹⁾ — sondern es werden nur Anlagen zur Bearbeitung der Waaren genannt. Es sind genannt Anlagen²²⁾ zu:

Abdeckereien, Asphaltkochereien, Blechgefäßvernietungs-Anstalten, Braunkohlentheerbereitungs-Anstalten,²³⁾ Chemische Fabriken aller Art, Dachfilzfabriken, Dachpappfabriken, Dampfkessel überhaupt,²⁴⁾ Dampfkesselvernietungen, Darmsaitenverfertigung, Darmzubereitungen überhaupt, Düngpulverfabriken, Erdöldestillationen, Feuerwerkereianlagen, Firnisssiedereien, Gasbereitungsanstalten, Gasbewahrungsanstalten, Gerbereien, Glashütten, Gypsöfen, Hammerwerke, Hopfendörren, Kalköfen, Knochenbleichen, Knochenbrennereien, Knochendörren, Knochenkochereien, Kookfabriken, Leimsiedereien, Metallgiessereien,²⁵⁾ Pechsiedereien, Petroleumdestillationen, Poudrettefabriken, Rohmetallgewinnungsanstalten, Rostöfen, Russhütten, Schiesspulverfabriken, Schlächtereien,²⁶⁾ Schnellbleichen, Schwefeldörren, Seifensiedereien, Stauanlagen für Wasserwerke,²⁷⁾ Stärkefabriken,²⁸⁾ Stärkesyrupfabriken, Steinkohlentheerbereitungsanstalten, Strohpapierfabriken, Talgschmelzen, Thierhaarezubereitungsanstalten, Thonsiedereien, Vernietungsanstalten für Dampfkessel und Blechgefäße, Wachstuchfabriken, Windmühlen, Ziegelöfen, Zündstofffabriken.

Die Sachlage hinsichtlich dieser Anstalten ist nun folgende:

a) Sobald es sich um eine der verzeichneten Anlagen handelt, kann die Frage nicht mehr streitig sein, **ob** sie für Nachbarschaft und Publikum erheb-

¹⁸⁾ Sowohl zur Neuerrichtung als zur Aenderung.

¹⁹⁾ Fehlt die Erlaubniss, so tritt polizeiliche Sperre des Betriebs ein.

²⁰⁾ Reichsgesetzblatt von 1874, Nr. 8, S. 19. Dieses Gesetz erweitert das in § 16 der R.Gew.Ord. gegebene Verzeichniss.

²¹⁾ Polizeiliche Verfügungen, welche Quantitäten Pulver, Petroleum u. s. w. der Kaufmann im Hause gelagert haben und welche bauliche oder sonstige Vorkehrungen hiebei stattfinden müssen, sind natürlich vorbehalten. Aber eine Genehmigung zur Ausübung des Gewerbes bedarf der Kaufmann deshalb nicht, weil er z. B. mit Petroleum oder Knochen u. s. w. handelt.

²²⁾ Alphabetisch geordnet.

²³⁾ Soweit sie ausserhalb des Gewinnungsortes des Materials errichtet werden.

²⁴⁾ Ueber die Anlegung von Dampfkesseln gibt § 24 der R.Gew.Ord. noch besondere Vorschriften.

²⁵⁾ Sofern sie nicht blos Tiegelgiessereien sind.

²⁶⁾ Wo genügende öffentliche Schlachthäuser vorhanden sind, kann landesgesetzlich die Errichtung von Privatschlächtereien überhaupt verboten werden (§ 23, Abs. 2 der R.Gew.Ord.).

²⁷⁾ Hiebei ist nach § 23, Abs. 1 die Landesgesetzgebung gleichfalls zu beachten.

²⁸⁾ Sofern es sich nicht um Kartoffelstärke allein handelt.

liche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen, sondern diese ist kraft des Gesetzes bejahend entschieden.

b) Ebendeshalb kann aber bei solchen Anlagen die Genehmigung nicht versagt werden, lediglich weil sie für Nachbarschaft und Publikum Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen; denn das liegt ja von vornherein in ihrer Natur.

c) Die Genehmigung hängt vielmehr davon ab, ob die konkrete Anlage die nothwendig mit solchen Anlagen verbundenen Nachtheile, Gefahren und Belästigungen soweit vermindert, als es überhaupt möglich ist; sie kann versagt werden, wenn die örtliche Lage oder die konkrete Beschaffenheit der Betriebsstätte es unumgänglich macht, dass Nachbarschaft oder Publikum in unzulässiger Weise benachtheiligt, gefährdet, oder belästigt werden würde.²⁹⁾

Zur Feststellung hierüber ordnet die Reichsgewerbeordnung in §§ 17—22 ein eigenes Verfahren an und gestattet gegen die Entscheidung³⁰⁾ einen Rekurs.

B. subjektive.

1) Die Frau ist zwar im Allgemeinen dem Manne gleichgestellt; allein obwohl die Gewerbeordnung für die Ehefrau keine spezielle Ausnahme macht, ist doch diese durch Art. 7 Abs. 1 des A. d. H.G.B. beschränkt geblieben.³¹⁾ Während also eine Ehefrau andere Gewerbe auch ohne Zustimmung ihres Ehemannes betreiben kann, bedarf sie dieser zur Ausübung des Handelsgewerbes. (Vgl. hierüber § 30 S. 155. 156 Not. 6.)

2) Personen des Beamten- und Soldatenstandes und deren Angehörige können nur insoweit Handel treiben und das Geschäft eines Kaufmannes ausüben, als es ihnen reichs- und landesgesetzlich gestattet ist.³²⁾

3) Juristische Personen stehen im Allgemeinen den physischen in Betreff des Handelsbetriebes gleich; was indessen die ausländischen betrifft, bewendet es hinsichtlich ihrer Zulassung zur Ausübung kaufmännischer Geschäfte bei den Landesgesetzen.³³⁾

§ 39.

3. Arten des Gewerbebetriebs nach der Gewerbeordnung.

In gewerbepolizeilicher Hinsicht sind zu unterscheiden: 1) der stehende Handelsbetrieb, 2) der Hausirhandel, 3) der Verkehr auf Messen und Märkten.

²⁹⁾ Gegen lärmende Gewerbe schützt der § 27 noch besonders die Kirchen, Schulen, Heilanstalten und Krankenhäuser.

³⁰⁾ Die Entscheidung erfolgt durch Kollegialbeschlüsse.

³¹⁾ Denn diese Bestimmung erscheint als *lex specialis* gegenüber der Gewerbeordnung, welche als *lex generalis* sich darstellt. Anderer Meinung Thöl Bd. 1, S. 157.

³²⁾ Reichsbeamte bedürfen einer Erlaubniss der obersten Reichsbehörden (§ 16 des Reichsgesetzes vom 31. Mai 1873 über die Rechtsverh. der Reichsbeamten): Militärpersonen einer Erlaubniss der Vorgesetzten (§ 43 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874).

³³⁾ Doch wohl nur insoweit nicht Staatsverträge entgegenstehen.

I. ad 1) Stehender Handelsbetrieb.¹⁾

Als stehenden Handelsbetrieb bezeichnet man ²⁾ die Ausübung des gewerbemässigen Handels in einem den Mittelpunkt der kaufmännischen Thätigkeit bildenden örtlich unveränderlichen ³⁾ Etablissement.

A. An sich ist dieser stehende Handelsbetrieb **Jedermann freigestellt**; der Ausübende hat lediglich folgenden **polizeilichen Vorschriften** zu genügen:

1) Anzeige der Etablierung, das heisst des Beginnes des Betriebes an die (nach den Landesgesetzen) zuständige Behörde des Ortes (§ 14 der R.G.Ord.); beim Betrieb mehrerer verschiedener Gewerbe Anzeige jedes einzelnen; ebenso Anzeige jeder Aenderung.

2) Bezeichnung des Lokals (und zwar des anfänglichen und des Wechsels), in welchem das Geschäft geübt wird, Seitens einzelner Kaufleute.⁴⁾

3) Anzeige auch an die zuständige Behörde des Wohnortes Seitens der Agenten und Unteragenten von Mobiliar- oder Immobilien-Feuerversicherungen.⁵⁾

4) Nachweis der Befähigung ⁶⁾ Seitens der Apotheker.⁷⁾

¹⁾ Es ist hier nicht das Gewerberecht, sondern nur das Handelsgewerberecht darzustellen, daher die Bestimmungen über Nichtkaufleute (z. B. Aerzte, Hebammen u. s. w.) nicht aufgenommen sind. Vgl. auch Thöl § 47.

²⁾ Die Gewerbeordnung definirt den Begriff des „stehenden Gewerbes“ nicht. Ein Erkenntniss des Berliner Obertribunals vom 2. März 1871 (Oppenhof, Rechtsprechung Bd. XII, S. 125) charakterisirt das stehende Gewerbe negativ, indem es dazu rechnet: alle Betriebsformen, welche Tit. III der Gewerbeordnung nicht als Hausirhandel bezeichnet, ebenso Jacobi, Gewerbeordnung S. 36, Nr. 1. Ich kann mich indessen mit dieser Ausführung nicht einverstanden erklären. Vielmehr bin ich der Ansicht, dass nicht die Betriebsformen das Entscheidende sind, sondern die Betriebsart, nicht was als das Gewerbe ausgeübt wird, sondern wie und wo es ausgeübt wird. Dies zeigt ein Hinblick auf die Quelle der Reichsgewerbeordnung auf das preussische Gewerbegesetz vom 7. September 1811, worin § 135 lautet: „Personen, welche umherziehend ein Gewerbe treiben,“ während der § 60 das „stehende Gewerbe“ lediglich mit Beziehung auf das Lokal definirt. Hieraus ergibt sich, dass jede Ausübung des Geschäftes ausserhalb eines festen (stehenden) Etablissements Hausirhandel ist; wer in seinem Wohnorte herumzieht ist Hausirer und fällt unter den Titel III der Gewerbeordnung. Ob er das Hausiren mit oder ohne Legitimationsschein oder gar nicht betreiben darf, ist eine andere Frage.

³⁾ Es gehört also dazu ein Lokal; nicht gerade Laden oder Comptoir, aber doch ein Etablissement. Handel unter freiem Himmel, wenn auch etwa jeden Tag an derselben Strassenecke, ist kein „stehender Handelsbetrieb.“

⁴⁾ Der § 14, Abs. 2 nennt: Antiquare, Buch- und Kunsthändler, Buch- und Stein-drucker, Inhaber von Leihbibliotheken und Lesekabinetten, Verkäufer von Bildern, Druckschriften und Zeitungen.

⁵⁾ § 14, Abs. 2 der R.Ger.Ord.

⁶⁾ Hierauf erfolgt die Approbation (§ 29 der R.Ger.Ord.) Seitens der hierfür zuständigen Behörde.

⁷⁾ Bandagen, künstliche Gliedmassen, Rateliers und dergl. im Laden zu verkaufen bedarf es keiner Genehmigung; wenn aber Aerzte, Wundärzte, Zahnärzte als solche damit handeln, müssen sie als Aerzte approbirt sein.

5) Ausweis über den Besitz genügender Kenntnisse⁸⁾ bei Seeschiffern, See-steuerleuten und Lootsen.⁹⁾

6) Erlaubniss zum Gifthandel, wo dies landesgesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁰⁾

7) Erholung einer Genehmigung und zwar bei solchen Gewerben, welche entweder a) an sich nicht ohne Kontrolle bleiben dürfen oder welche b) hinsichtlich der Qualifikation der ausübenden Persönlichkeiten eine Ueberwachung als nothwendig erscheinen lassen.

ad a) Zu den ersteren rechnet die Gewerbeordnung die Gastwirthschaft, Schenkwirthschaft und den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus. Hiebei kommen für die Ertheilung der Genehmigung drei Gesichtspunkte in Betracht: die Beschaffenheit des Betriebslokales, die Bedürfnissfrage¹¹⁾ und die Frage nach der Nebenabsicht beim Gewerbebetrieb.¹²⁾ Ferner gehört hieher das Geschäft der Pfandleiher,¹³⁾ der Güterbestätter und Auktionatoren¹⁴⁾ und alle Gewerbe, welche den öffentlichen Verkehr innerhalb der Orte durch Wagen aller Art, Gondeln, Sänfte, Pferde und andere Transportmittel unterhalten.¹⁵⁾

ad b) Einer Genehmigung mit Rücksicht auf die persönliche Qualifikation bedarf nach dem Gesetze:¹⁶⁾ der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten, gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgeräthe, Metallbrüche (Trödel) oder mit Abfällen an Garn und Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen. Dieser Handel kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen eines aus Gewinnsucht begangenen Verbrechens oder Vergehens wider das Eigenthum bestraft ist.¹⁷⁾

⁸⁾ Durch ein Befähigungszeugniss der zuständigen Verwaltungsbehörde (§ 31 der R.G.O.)

⁹⁾ Für Stromschiffer und Lootsen bleiben die in Staatsverträgen getroffenen Anordnungen vorbehalten. (§ 31, Abs. 3 der R.Gew.O.)

¹⁰⁾ Nach § 34 der R.Gew.Ord. Vgl. S. 165, Not. 4.

¹¹⁾ R.Gesetz vom 23. Juli 1879, Art. 3: Die Landesregierungen sind befugt zu bestimmen, dass die Erlaubniss zum Ausschanken von Branntwein oder zum Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus allgemein, die Erlaubniss zum Betriebe der Gastwirthschaft oder zum Ausschanken von Bier, Wein oder anderem geistigen Getränk in Ortschaften mit weniger als 15000 Einwohnern, sowie in solchen Ortschaften mit einer grösseren Einwohnerzahl, für welche dies durch Ortsstatut festgesetzt wird, von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig gemacht wird. Vor Ertheilung der Erlaubniss ist die Ortspolizeibehörde und die Gemeindebehörde gutachtlich zu hören.

¹²⁾ Die Erlaubniss ist zu versagen, wenn anzunehmen ist, dass das Gewerbe der Völlerei, verbotenenem Spiel, der Hehlerei oder Unsittlichkeit dienen solle.

¹³⁾ Vgl. Art. 4 des Gesetzes vom 23. Juli 1879.

¹⁴⁾ Vgl. § 36 der R.Gew.Ord.

¹⁵⁾ Vgl. § 37 der R.Gew.Ord. Eigentlich gehören diese beiden Kategorien nicht zum Handelsgewerbe.

¹⁶⁾ § 35 der R.Gew.O. bestimmt ausserdem, dass die Ertheilung von Tanz-, Turn- oder Schwimmunterricht und die Gesindevermiethung sittlich bemakelten Personen untersagt werden soll.

¹⁷⁾ Der letzte Absatz des § 35 bestimmt zwar nur, dass solche Gewerbetreibende bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs Anzeige zu erstatten haben. Allein richtig interpretirt wird der Moment vor den wirklichen Geschäftsbeginn zu setzen sein, so dass man ein derartiges Geschäft ohne Genehmigung auch nicht anfangen darf. (Vgl. Rönne a. a. O. S. 148.)

B. Ueber den Umfang und den Inhalt des stehenden Handelsbetriebes stellt die Gewerbeordnung folgende Sätze auf:

1) Wer zum selbständigen Betriebe eines stehenden Handelsgewerbes befugt ist, hat das Recht, diesen Handel an verschiedenen Orten, also mittelst Zweigniederlassungen, oder an demselben Ort in verschiedenen Geschäftslokalen oder ohne solche zu betreiben.¹⁸⁾ (§ 42 der R.Gew.Ord.)

2) Die Befugniß zum selbständigen Betriebe des stehenden Handels berechtigt, in beliebiger Anzahl Handelsgehülfen und Handelsbevollmächtigte aufzunehmen; auch Lehrlinge, soweit dies nach der Gewerbeordnung überhaupt zulässig ist.¹⁹⁾ (§ 41 der R.Gew.Ord.)

3) Das stehende Handelsgewerbe muss nicht nothwendigerweise durch den Inhaber des Geschäftes persönlich ausgeübt werden. Er selbst,²⁰⁾ die Wittve, die Vormundschaft der minderjährigen Kinder können einen Stellvertreter aufstellen (§§ 45 und 46), welcher aber den für den betreffenden Gewerbebetrieb vorgeschriebenen Erfordernissen genügen muss.²¹⁾

4) Der Handelsbetrieb im Umherziehen kann am Wohnorte selbst (so wie leider das Gesetz jetzt lautet),²²⁾ dem Inhaber eines stehenden Geschäftes — nur aber diesem, nicht auch Personen, welche ein Etablissement überhaupt nicht besitzen — nicht verboten werden.

Ausserhalb des Wohnortes ist er Hausirer, wie jeder Andere und fällt unter die hieher geltenden Vorschriften. Doch ist der Kaufmann mit stehendem Gewerbebetrieb (§ 44 der R.Gew.Ord.) befugt, entweder selbst oder durch Gehülfen (Handlungsreisende) Waaren aufzukaufen und Waarenbestellungen einzu-

¹⁸⁾ Dies und nicht mehr spricht der § 42 aus. Eine andere Ansicht (vgl. z. B. Erk. des Münchner obersten Gerichtshofes vom 23. Mai 1879 und die darin citirten Schriftsteller, abgdr. im Minist.-Blatt des Innern für 1879, S. 270 ff.) geht dahin, dass der § 42 zum stehenden Gewerbebetriebe auch ein Umherziehen am Orte der Niederlassung selbst rechne. Nach dieser Ansicht bedürften nur die in § 59 erwähnten Gewerbe besonderer Genehmigung, falls sie von einem am Orte Wohnenden in diesem Orte herumziehend ausgeübt werden wollen. Ich glaube hingegen, es müsse in allen Fällen der Strassenpolizei vorbehalten bleiben, den Verkauf unter freiem Himmel zu regeln. Das Verkaufen von Druckwerken oder Bildern ausserhalb der ständigen Geschäftslokale ist durch § 43 der R.Gew.Ord. noch an eine besondere Erlaubniß geknüpft, die in den Fällen des § 57 versagt werden kann.

¹⁹⁾ Vgl. §§ 115—126 der R.Gew.Ord. § 116 entzieht das Recht, Lehrlinge zu halten allen aus nicht politischen Gründen Bemakelten und den wegen Diebstahls oder Betrugs Verurtheilten.

²⁰⁾ Auch der Kurator der Person oder der Verwalter des Nachlasses und der Konkursmasse. Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konk.Ord. Bd. II.

²¹⁾ Er muss also persönlich qualifizirt sein und die Anzeigen machen, die Genehmigungen erholen und dergleichen, welche für das Geschäft, das er betreiben soll, vorgeschrieben sind.

²²⁾ Es folgt dies zwar nicht aus dem gewöhnlich zur Begründung obigen Satzes citirten § 3, denn dieser spricht im Gegentheil gerade nur von Geschäftslokalen, aber aus § 55 *argumento e contrario* der Worte: „ausserhalb seines Wohnortes“ und aus § 43 *argumento e contrario* aus den Worten: „1) wer Druckschriften oder andere Schriften oder Bildwerke“. Hoffentlich beseitigt die Gesetzgebung baldigst diese Kalamität.

nehmen, aber nicht solche in Natur²³⁾ verkaufen. Es dürfen deshalb die Reisenden die aufgekauften Waaren nicht zum Wiederverkaufe bei sich behalten, sondern müssen sie direkt an ihren Bestimmungsort befördern. Proben und Muster²⁴⁾ können sie führen.

II. **Gewerbebetrieb im Umherziehen, Hausirhandel.**²⁵⁾ Eine Begriffsbestimmung des Hausirhandels ist in der Gewerbeordnung nicht enthalten. Nach dem Sprachgebrauche des Lebens ist Jedermann ein Hausirer, der ausserhalb eines Ladens oder sonst eines festen ihm eigenen Lokales oder einer Marktbude in den Häusern, in öffentlichen Lokalen oder auf den Strassen Waaren zum Verkaufe darbietet²⁶⁾ oder Waaren im Kaufe effektiv erwirbt. Die Gewerbeordnung geht nun in Titel III allerdings von demselben Begriffe gleichfalls aus, allein positive Bestimmungen über alle Arten von Hausirhandel gibt dieser Titel nicht; vielmehr erstreckt sich der § 55, welcher an der Spitze steht, nur auf denjenigen Gewerbebetrieb im Umherziehen, welcher ausserhalb des Wohnortes, ohne Begründung eines kaufmännischen Etablissements ausgeübt wird.

A. Es lassen sich demnach **drei Kategorien von Hausirern** (nach der Gewerbeordnung) unterscheiden;

1) Hausirer, welche ein festes Etablissement besitzen, an dem Orte ihrer kaufmännischen Niederlassung aber auch ausserhalb ihres ständigen Lokales Handelsgeschäfte abzuschliessen suchen;

2) Hausirer, welche ohne eine gewerbliche Niederlassung zu begründen, ausserhalb ihres Wohnortes umherziehen;

3) Hausirer, welche weder ihren Wohnort verlassen, noch daselbst ein Etablissement besitzen.

Die erste Kategorie darf ohne Legitimationsschein, lediglich auf Grund ihres stehenden Gewerbebetriebes, die zweite Kategorie darf nur mit einem Legitimationsschein, die dritte Kategorie darf gar nicht hausiren, wenn ihr nicht nach § 63 der Gew.Ord. die Landesgesetzgebung die Zulassung gewährt.

Die §§ 56, 59 und 62 erstrecken sich auf alle drei Kategorien von erlaubtem Hausirhandel, die §§ 55, 57, 58, 60 und 61 nur auf die zweite Kategorie.

Diese letztere, als der eigentliche Hausirhandel, den man auch — wenn Nichts weiter gesagt ist — gewöhnlich unter diesem Ausdruck allein begreift,

²³⁾ Feste Kaufgeschäfte dürfen sie immerhin abschliessen, aber keine Platzgeschäfte machen.

²⁴⁾ Welche Quantität Waare noch Probe und Muster sei, ist nicht gerade nach der Postordnung zu entscheiden, welche Versendung „als Muster“ (unter dem billigeren Portosätze) lediglich bei Quantitäten bis zu 250 Gramm gestattet. Eher liessen sich die Grundsätze der Zollregulative über das was die Zollbehandlung als „Muster“ genießt, hierher ziehen. Das richtigste Kriterium, welches auch der Preussischen Ministerialentschliessung vom 4. April 1844 (vgl. Jacobi, Gewerbebetrieb im Umherziehen S. 30 oben) zu Grunde liegt, dürfte der Satz sein: Waarenproben dürfen keinen eigenen Kaufwerth haben.

²⁵⁾ Vgl. L. Jacobi, der Gewerbebetrieb im Umherziehen nach Reichs- und Landesrecht dargestellt. Berlin 1878 u. 1879 (Erster Theil), ferner Thöl § 48.

²⁶⁾ Nicht blos anbieten, denn wer nur Bestellungen aufsucht, ist nicht „Hausirer“.

ist demnach vorhanden, wenn Jemand ausserhalb des Wohnortes ohne Begründung eines kaufmännischen Etablissements Gelegenheit zu effektiven Kaufs- und Verkaufsgeschäften aufsucht, **Platzgeschäfte** macht. Alle drei Momente sind zum Begriffe des Hausirhandels nach § 55 der Gewerbeordnung erforderlich. Wer nicht effektive Geschäfte macht, **Platzgeschäfte**, bei denen die Waare vorliegt und sofort tradirt wird, wer nur Bestellungen aufnimmt, **Muster offerirt**, nach Probe kauft oder verkauft, ist Handlungsreisender, Agent oder dergleichen. Wer zwar ausserhalb des Wohnortes effektiven Handel treibt, aber unter Begründung eines Etablissements,²⁷⁾ übt stehenden Handel aus in einem Zweiggeschäft. Wer endlich in seinem Wohnorte selbst umherzieht, bedient sich nur einer der Befugnisse, welche ihm das stehende Handelsgewerbe nach dem Gesetze verleiht.

B. Unter die Geschäfte, deren gewerbemässige Eingehung²⁸⁾ das Gesetz als Gewerbebetrieb im Umherziehen bezeichnet und welche sich als „Hausirhandel“ charakterisiren,²⁹⁾ gehört: 1) das Feilbieten von Waaren irgend einer Art; 2) das Ankaufen von Waaren irgend einer Art bei anderen Personen als bei Kaufleuten oder an anderen Orten als in Verkaufsstellen und zwar zum Zwecke des Wiederverkaufs; 3) das Aufsuchen von Waarenbestellungen.

1) Der Begriff des „**Feilbietens**“ verlangt, dass der Inhaber der Waaren durch Worte, verständliche Zeichen oder ein die Aufmerksamkeit der Käufer absichtlich erregendes Benehmen dieselben zur Abnahme der **Waaren** auffordert.³⁰⁾ Uebrigens genügt zur Strafbarkeit des Hausirens ohne Schein schon der **Beginn** des Gewerbebetriebes, mag es auch noch nicht zum Feilbieten oder

²⁷⁾ Es muss aber auch wirkliche „Etablierung“ vorliegen; wenn Jemand, welcher einen Legitimationsschein zum Handel im Umherziehen besitzt, an einem Orte ein Verkaufslokal miethet, so ist daraus allein noch nicht zu folgern, dass ein stehendes Gewerbe eröffnet sei. (Erk. des Berl. Obertribunals vom 17. Februar 1866 bei Oppenhoff Bd. XVI, S. 126.) Ueber Simulirung einer Niederlassung vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 8. Dezember 1869 in *Goldammer Arch.* Bd. XVIII, S. 122 und bei Oppenhoff Bd. X, S. 773.

²⁸⁾ „Nicht jeder Kauf und Wiederverkauf ausserhalb des Wohnortes, sondern nur der gewerbemässig betriebene kann als ein steuerpflichtiges Hausiren angesehen werden.“ Erk. des Berliner Obertribunals vom 13. Februar 1867 bei Oppenhoff Bd. VIII, S. 118. Dagegen ist eine Mehrheit von Fällen kein unerlässliches Erforderniss für die Feststellung der Gewerbemässigkeit (Erk. des Berliner Obertribunals vom 30. Septbr. 1869 bei Oppenhoff Bd. X, S. 606); das Kriterium derselben gehört vielmehr zum Thatbestand (Erk. des Berliner Obertribunals vom 14. Juni 1872 bei *Goldammer, Arch.* Bd. XX, S. 427) und kann unter Umständen auch in einem einmaligen Falle gefunden werden. (Erk. des Berliner Obertribunals vom 4. Dezember 1868 bei Oppenhoff Bd. IX, S. 699.)

²⁹⁾ Diejenigen Personen, welche „gewerbliche oder künstlerische Leistungen oder Schausstellungen feilbieten“ (§ 55, Nr. 4 der Ger.-Ord.) heisst man nicht „Hausirer“, sondern der technische Ausdruck für diese Art von Gewerbetreibenden im Umherziehen ist „fahrende Leute“.

³⁰⁾ Erk. des Berliner Obertribunals vom 14. Mai 1838 in der Sammlung Bd. I, S. 321 und vom 11. Nov. 1858 bei *Goldammer's Arch.* Bd. VII, S. 85.

Verkaufen gekommen sein. Worin dieser „Beginn“ zu finden ist, erscheint als Gegenstand thatsächlicher Beurtheilung.³¹⁾

2) Der Ankauf zu eigenem Bedarf kann natürlich nicht als Gewerbebetrieb angesehen werden; wenn aber dieser Bedarf als Bedarf von Rohprodukten oder Halbfabrikaten zur Fabrizirung von Waare zum Wiederverkaufe sich darstellt, so ist — die Gewerbemässigkeit des Ankaufes im Umherziehen vorausgesetzt — Hausirhandel gegeben.

3) In dem Wesen des Rechtes „Waaren feilzubieten“ ist die Befugniss „Waarenbestellungen aufzusuchen“ schon mitbegriffen. Denjenigen also, welchem der Hausirhandel mit gewissen Waaren gestattet ist, erscheint dadurch auch ohne Weiteres die Erlaubniss ertheilt, darauf Bestellungen aufzusuchen.³²⁾ Das „Aufsuchen“ muss nicht gerade durch persönliches Erscheinen bewirkt werden. Derjenige, welcher ohne einen Schein zu besitzen, Waaren ohne Bestellung an andere Orte versendet, um solche daselbst für seine Rechnung durch Andere verkaufen zu lassen,³³⁾ treibt unbefugten Hausirhandel.³⁴⁾

C. Ueber den Hausirhandel ist nun insbesondere im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

1. Der Betrieb des Handels im Umherziehen ist nach § 56 der R.Gew.Ord. für gewisse Gegenstände gänzlich verboten.³⁵⁾ Es darf:³⁶⁾ a) Aus Erwägungen der Sittenpolizei mit geistigen Getränken aller Art, mit Bruchgold und Bruchsilber nicht hausirt werden; b) aus Gründen der Sanitätspolizei untersagt sich das Hausiren mit Arzneimitteln, gebrauchten Kleidern und Betten, Garnabfällen, Enden und Dräumen von Seide, Wolle, Leinen oder Baumwolle; c) Rücksichten der Finanzpolitik verbieten das Hausiren mit Spielkarten, mit Lotterielosen, Staats- und sonstigen Werthpapieren; d) sicherheitsgefährlich ist der Verkauf von Schiesspulver, Feuerwerkskörpern, explosiven Stoffen, Giften und giftigen Stoffen.

³¹⁾ Erk. des Berliner Obertribunals vom 30. September 1864 und 4. Dezember 1868 bei Oppenhoff Bd. V, S. 141 u. Bd. IX, S. 699.

³²⁾ Diess spricht eine preussische Ministerialentschliessung vom 29. April 1847 (Minist. Blatt des Innern S. 103) ausdrücklich aus.

³³⁾ Und dies geschieht auch, wenn die Waare durch besondere Boten oder Leute ins Haus geschickt wird, wie eine preussische Ministerialverfügung vom 8. Oktober 1853 (Ministerialblatt des Innern S. 282) sich ausspricht.

³⁴⁾ Erk. des Obertribunals vom 25. Februar 1875 bei Oppenhoff Bd. XVI, S. 154.

³⁵⁾ Wie verhält es sich, wenn Jemand mit stehendem Handelsbetrieb in seinem Wohnorte umherziehend verkauft? Auch diesem ist der Verkauf der hier aufgeführten Gegenstände untersagt; denn er ist „Hausirer,“ vgl. oben S. 75, I. A. I.

³⁶⁾ Die Ziffern des § 56 stellen die Objekte nach ihrer Beschaffenheit zusammen, nicht nach den Gründen, welche das Verbot veranlasst haben. Deshalb steht Bruchgold und Bruchsilber, obwohl es nicht aus Gesundheitsrücksichten, sondern um der Hehlerei keinen Vorschub zu leisten, als Hausirobjekt ausgeschlossen ist, nicht unter Nr. 1, sondern bei Nr. 2, und die Arzneien bilden mit dem Gift eine eigene Nr. 5. Bei den unter Nr. 3 stehenden Lotterielosen spielt die Sittlichkeitspolizei, bei den Staats- und Werthpapieren die Sicherheitspolizei herein.

Uebrigens ist dem Verordnungsrecht³⁷⁾ sowohl die Erweiterung des Hausirhandels wie dessen Beschränkung temporär gestattet (§ 56 Abs. 2 und 3), und der Landesgesetzgebung bleibt es vorbehalten, den Ankauf und Verkauf bestimmter Gegenstände des gemeinen Verbrauches als Hausirobjekte frei zu geben. (§ 63.)

2. Jeder Handelsbetrieb im Umherziehen, sei es am Wohnorte, sei es ausserhalb desselben, muss von den **Betreibenden in eigener Person** ausgeübt werden, dass es für eigene Rechnung geschehe, ist dagegen nicht nothwendig.³⁸⁾ Der Hausirer darf sich auch zum eigentlichen Handel keines Gehülfen bedienen;³⁹⁾ nur zu Dienstleistungen, welche mit dem Hausiren an sich Nichts zu thun haben, Waarenbeförderung, Wartung des Gespannes u. s. w. werden ihre Begleiter, die jedoch nicht unter 14 Jahre alt sein dürfen,⁴⁰⁾ genehmigt.

3. Auch die erlaubten Gegenstände dürfen in der Regel ausserhalb des Wohnortes **nicht ohne Legitimationsschein** hausirt werden; nur zum Ankauf und Verkauf roher Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft, des Garten- und Obstbaues ist ein solcher nicht erforderlich. (§ 55 Abs. 2.) Der Legitimationsschein, welcher in den Fällen der Gewerbeschein-Ausstellung durch den Gewerbeschein ersetzt wird, gilt immer nur für das Kalenderjahr;⁴¹⁾ Erneuerung gilt als Neuausstellung. Der Schein hat das Signalement des Inhabers und die nähere Bezeichnung des von demselben beabsichtigten Gewerbebetriebes zu enthalten (§ 60), und der Inhaber ist verpflichtet, denselben bei sich zu führen⁴²⁾ und vorzuzeigen. (§ 61.)

4. Die **Ertheilung des Legitimationsscheines** erfolgt durch die zuständige Ortspolizeibehörde des Wohnsitzes für den Ankauf und Verkauf selbstgewonnener Erzeugnisse der Jagd und des Fischfanges und für den Verkauf von Naturerzeugnissen,⁴³⁾ frischer Lebensmittel⁴⁴⁾ und der mit Land- und Forstwirtschaft, Garten- und Obstbau, Fischerei und gewöhnlicher Arbeit in Verbindung stehender Produkte.⁴⁵⁾ Für alle anderen Arten des Gewerbebetriebes im Umherziehen ertheilt die höhere Verwaltungsbehörde⁴⁶⁾ den Legitimationsschein. (§ 58.)

³⁷⁾ Die Erweiterung, wenn Bedürfniss obwaltet, beschliesst der Bundesrath, die Beschränkung auf bestimmte Frist, wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheitspflege es erfordern, der Bundesrath, eventuell auch der Reichskanzler nach Anhörung des Bundesrathsausschusses für Handel und Verkehr.

³⁸⁾ Vgl. die Erkenntnisse des Berliner Obertribunals vom 29. September 1869 und 18. Mai 1873 in Goltdammers Arch. Bd. XIX, S. 773 u. Bd. XXI, S. 583.

³⁹⁾ Diese Bestimmung wird leider, wie das tägliche Leben zeigt, nicht gehandhabt; man sieht nur zu häufig Jungen mit Waaren hausiren, weil man den Hausirhandel nicht richtig definiert (vgl. oben S. 175, I. A. 1).

⁴⁰⁾ Hierin ist durch die Praxis des Berliner Obertribunals (vgl. die Erkenntnisse vom 19. November 1874, 4. März 1875 und 30. Juli 1875 in den Entscheidungen Bd. 74, S. 375 und Oppenhoff Bd. 16, S. 189) die Abschwächung eingetreten, dass das Mitführen der eigenen Kinder ohne Genehmigung straflos bleibt. Entgegengesetzt eine preussische Ministerialverfügung vom 15. Juli 1874.

⁴¹⁾ Also nicht für Jahresfrist vom Tage der Ausstellung an.

⁴²⁾ Ist er hiezu nicht im Stande, so muss er den Betrieb einstellen.

⁴³⁾ Grösseres Vieh ausgenommen.

⁴⁴⁾ Geistige Getränke ausgenommen.

⁴⁵⁾ Das Gesetz sagt „Gegenstände“, die zum Wochenmarktsverkehr gehören.

⁴⁶⁾ Welche diese sei bemisst sich nach Landesrecht.

5. Die Ertheilung des Legitimationsscheines hängt vom Bedürfnisse nicht ab;⁴⁷⁾ wohl aber von der **persönlichen Qualifikation**. Diese ist vom Gesetze theils positiv, theils negativ bestimmt. Positive Voraussetzung ist die Volljährigkeit⁴⁸⁾ und der feste Wohnsitz im Bundesgebiete. Personen, welche zwar älter als 14 Jahre, aber noch nicht volljährig sind, und solche, welche einen festen Wohnsitz nicht haben, kann die Erlaubniss zum Hausiren ertheilt werden, muss es aber nicht.

Negative Voraussetzungen sind, a) dass der Hausirlustige nicht mit einer abschreckenden oder ansteckenden Krankheit behaftet sei, b) dass er nicht wegen strafbarer Handlungen aus Gewinnsucht gegen das Eigenthum, gegen die Sittlichkeit, wegen vorsätzlicher Angriffe auf das Leben und die Gesundheit des Menschen, wegen vorsätzlicher Brandstiftung, wegen Zuwiderhandlungen gegen Verbote oder Sicherungsmassregeln betreffend Einführung und Verbreitung ansteckender Krankheiten oder Viehseuchen zu Gefängniss von mindestens sechs Wochen oder zwar zu einer geringeren Strafe verurtheilt, aber in der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte beschränkt worden ist und seit der Verurtheilung bez. dem Ablauf der Gefängnisstrafe zwei Jahre noch nicht verflossen sind; c) dass er nicht unter Polizeiaufsicht steht; d) dass er nicht wegen gewohnheitsmässiger Arbeitsscheue, Bettelei, Landstreicherei oder Trunksucht übel beleumundet sei.

6. Was die **Ausländer** betrifft, so unterliegt die Zulassung derselben zum Hausirgewerbe nach § 57 Abs. 3 der Gew.Ord. der Normirung durch den Bundesrath. Diese ist mittelst Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 7. März 1877⁴⁹⁾ veröffentlicht und zwar mit Geltung vom 1. Januar 1878 an. Für die Genehmigung soll die Bedürfnissfrage massgebend sein.

III. Mess- und Marktverkehr.

Das Gesetz unterscheidet „Messen“⁵⁰⁾ und beziehungsweise „Jahrmärkte“⁵¹⁾ unter welchen nicht bloß die im Jahre einmal stattfindenden, sondern alle in grösseren Zwischenräumen (Frühjahr und Herbst, Quartalweise) fallenden Märkte verstanden werden und „Wochenmärkte“, unter denen aber auch die jeden Tag abgehaltenen Märkte zu begreifen sind.

A. **Gemeinsam für alle Arten dieser öffentlichen, in nicht ständigen**

⁴⁷⁾ Ausgenommen bei einigen zum Handelsgewerbe nicht gehörigen Arten (§ 59).

⁴⁸⁾ Die Volljährigkeit beginnt nach dem Reichsgesetze vom 17. Februar 1875 mit dem vollendeten 21. Lebensjahre.

⁴⁹⁾ Reichszentralblatt von 1877, Nr. 11.

⁵⁰⁾ Man pflegt zu sagen, der Ausdruck „Messe“ komme davon, dass ehemals vor Beginn der grösseren Märkte Gottesdienst gehalten wurde. Eigentlich aber fanden derartige Märkte in der Regel aus Anlass und bei Gelegenheit besonderer Kirchenfeste, an denen Ablass, indultum, ertheilt ward und zu welchen daher viel Volk sich versammelte, statt, weshalb man in Süddeutschland den Ausdruck „Dult“ hat.

⁵¹⁾ Messen und Jahrmärkte unterscheidet das Gesetz nicht; erstere nennt man die Engros-Jahrmärkte.

Etablissements stattfindenden, aber im zeitweise stehenden Handelsbetriebe⁵²⁾ sich bewegenden Verkehr sind folgende Grundsätze:

1. Die **Zahl, Zeit und Dauer** wird von der zuständigen Verwaltungsbehörde festgesetzt (§ 65, Abs. 1 der R.Gew.O.), wobei indessen hergebrachter Gebrauch gewahrt bleiben soll (§ 70).⁵³⁾ Ebenso bestimmt die Behörde die Marktordnung (§ 69). 2) Eine besondere **Abgabe für den Besuch** darf weder von Einheimischen noch Fremden erhoben werden.⁵⁴⁾ 3) Der **Besuch des Marktes**, sowie der Kauf und Verkauf auf denselben steht in der Regel⁵⁵⁾ einem Jeden mit gleichen Befugnissen frei.⁵⁶⁾ (§ 64, Abs. 1). 4) Was auf Messen und Märkte gebracht ist und dort **nicht verkauft** wird, bleibt gewöhnliche Waare.⁵⁷⁾ (§ 71.)

B. **Besondere Bestimmungen** gelten:

1) für die **Wochenmärkte**.

a) **Gegenstände** des Wochenmarktverkehrs sind: 1. rohe Naturerzeugnisse mit Ausnahme des grösseren Viehs; 2. Fabrikate, deren Erzeugung mit der Land- oder Forstwirtschaft, dem Garten- oder Obstbau oder der Fischerei in unmittelbarer Verbindung steht, oder zu den Nebenbeschäftigungen der Landleute der Gegend gehört oder durch Tagelöhnerarbeit bewirkt wird, mit Ausschluss der geistigen Getränke; 3. frische Lebensmittel jeder Art. (§ 66 Abs. 1 der R.Gew.O.) Eine detaillirte Aufzählung der Gegenstände des Wochenmarktverkehrs gibt die Preussische Ministerialverfügung v. 26. Dezember 1847.⁵⁸⁾

b) Ausser diesen Gegenständen können durch die zuständige Verwaltungsbehörde⁵⁹⁾ nach **Ortsgebrauch und Bedürfniss** auch andere Gegenstände zugelassen werden (§ 66 Abs. 2) und zwar kann der Verkauf solcher ausnahms-

⁵²⁾ Hierin liegt das Kriterium: der Mess- und Marktverkehr hält die Mitte zwischen stehendem Handelsbetrieb und Hausiren; dem wirklich stehenden Kaufmann gegenüber erscheint der Messgast oder „Dultfierant“ (wie er in Süddeutschland heisst) als Hausirer, denn er kommt herbeigezogen und zieht nach kurzer Zeit wieder weiter. Aber so lange diese Zeit währt, zieht er nicht umher, sondern verkauft in einem bestimmten unveränderlichen Lokale, sei dieses eine sogenannte Bude oder ein Comtoir bez. Laden, welcher für die Marktperiode gemiethet ist.

⁵³⁾ Ueber allenfalls dadurch entstehende Beeinträchtigung bestehender Rechte wird unter Umständen Entschädigung gewährt (§ 65, Abs. 2).

⁵⁴⁾ Die Bezahlung für den Dultstand, die Marktboutique u. s. w. ist keine solche Abgabe.

⁵⁵⁾ Die Ausnahme s. unten B. 1. b.

⁵⁶⁾ Retorsion gegen Ausländer ist in § 64, Abs. 3 vorbehalten.

⁵⁷⁾ Gewisse Gesetze und Gebräuche gestatteten nicht, dass die einmal zu Markt gebrachten Waaren zurückgenommen würden; sie mussten, wenn unverkauft, bis zum nächsten Markte bleiben oder versteigert werden. Das ist aufgehoben. Andererseits erlangt aber auch die zu Markt gebrachte Waare kein Vorrecht; sie darf nicht etwa auch nach der Marktperiode beliebig verkauft werden, sondern nur entweder im stehenden Handelsbetriebe von den dazu Befugten oder im Umherziehen nach Massgabe der Vorschriften über den Hausirhandel.

⁵⁸⁾ Abgedruckt bei Jacobi a. a. O. S. 38.

⁵⁹⁾ Nach Antrag der Gemeindebehörde.

weise zugelassener Artikel (sofern sie ortsgebräuchlich Handwerkerwaaren sind) für die Einheimischen vorbehalten bleiben. (§ 64, Abs. 2.)

2) für Jahrmärkte.

a) Der Verkauf auf Jahrmärkten erstreckt sich auf alle Art von Waaren, seien diese Roh-Produkte (Verzehrungsgegenstände) oder Fabrikate (§ 67, Abs. 1 der R.Gew.Ord.). Indessen bleiben natürlich diejenigen Beschränkungen aufrecht, welche den Handel überhaupt betreffen. Was also Arzneien, Gift, gebrauchte Kleider und Abfälle, Druckschriften oder Bilder betrifft, so können diese unbeschränkt auch nicht auf den Markt gebracht werden, sondern es sind die Handeltreibenden im Marktverkehr an dieselben Vorschriften gebunden, wie ausserhalb desselben.

b) Zum Verkauf von geistigen Getränken zum Genusse auf der Stelle bedarf es auch im grösseren Marktverkehr einer besonderen Erlaubniss der Ortspolizei-Behörde. (§ 69, Abs. 2.)

c) Sofern es sich um einen hergebrachten Markt handelt, die sogenannten Spezialmärkte, wozu z. B. die Kirchweihmärkte gehören, bleiben die landesgesetzlichen und ortspolizeilichen Vorschriften aufrecht. Diesen gegenüber kann man sich auf §§ 64 u. 69 der R.Gew.Ord. nicht berufen.⁶⁰⁾

B. Das Geschäft.¹⁾

§ 40.

1. Begriff und Wesen desselben.

Es ist bereits früher (S. 137) erwähnt, dass sich die Gewerbemässigkeit des Handelsbetriebes in der äusseren Erscheinung erkennbar macht. Diese erkennbare Erscheinungsform der gewerbemässigen kaufmännischen Thätigkeit heisst das **Geschäft**; die Verbindung derjenigen äusserlich sichtbaren Hilfsmittel, welche zur Ausübung des Kaufmannsgeschäftes dienen, nennt man das **Etablissement**. Jedes Geschäft besitzt ein Etablissement, jedes Etablissement dient einem Geschäfte, beide verhalten sich wie Inneres und Aeusseres, wie animus und corpus. Das Geschäft ist, wie **Endemann**²⁾ trefflich definiert, „ein Komplex nicht blos der für den Handel bestimmten toten Produktivmittel, sondern zugleich der in wirtschaftlicher Bewegung befindlichen Kapitale und Arbeitskräfte“ (sei es Kapital und Arbeitskraft des Inhabers oder mögen sie von einem

⁶⁰⁾ Vgl. das Erk. des Münchner obersten Gerichtshofes vom 21. Februar 1879 in dem Amtsblatte des Bayerischen Ministerium des Innern S. 165 ff. abgedruckt.

¹⁾ Die Literatur hat bisher diese Materie selbständig nicht behandelt. Andeutungen finden sich in den bei **Endemann** (Handelsrecht § 15, Not. 2) citirten Aufsätzen von **Gelpke**, Zeitschrift Heft 2, S. 19 u. 20, **Bekker**, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IV, S. 547 und 554 und die polemischen Aufsätze gegen die von **Endemann** zuerst aufgestellte Theorie des Geschäftes als eines über der physischen Person des Inhabers stehenden Organismus des wirtschaftlichen Lebens (s. Not. 5).

²⁾ Handelsrecht S. 63.

Dritten dem Geschäfte zugeführt sein). Das Etablissement³⁾ dagegen ist ein Komplex nicht bloß der für den „Gewerbebetrieb dienenden Vorrichtungen und körperlichen Gebrauchsgegenstände, sondern auch der sichtbar werdenden Arbeitstätigkeiten im Geschäfte“.

Nach kaufmännischer Auffassung ist das Geschäft einestheils das **Objekt** dinglicher und persönlicher Berechtigungen, der Inbegriff der vom Kaufmanne im Betriebe seines Gewerbes verwendeten Vermögensbestandtheile, eine universitas rerum distantium,⁴⁾ andernteils aber das **Subjekt** der Verkehrsbeziehungen, der Inbegriff des aus den einzelnen gewerbemässigen Thätigkeiten sich zusammensetzenden Handelsbetriebes, eine universitas bonorum.⁵⁾ Diese subjektive Funktion des Geschäftes ist Angesichts des wirklichen Lebens nicht zu bestreiten⁶⁾ und ohne dass man bis zur Annahme einer „juristischen Persönlichkeit“ vorzugehen braucht, muss man doch anerkennen, dass „das Geschäft sein eigenes Leben hat; es schafft sich einen gewissen Umkreis, ein Gebiet des Bezugs und Absatzes, es tritt durch Bezug und Absatz in den Verkehr mit Andern. Das Geschäft hat seinen eigenen Charakter und Gang, der keineswegs lediglich von dem Inhaber abhängt. Dem Geschäfte nicht der Person des Prinzipals widmen die Gehilfen, ja der Prinzipal selbst, ihre Kräfte. Das Geschäft macht den Kaufmann, nicht umgekehrt. Das Geschäft als solches, nicht der Kaufmann, bestimmt in den meisten Fällen die Neigung Dritter mit ihm in Verkehr zu treten. Das Geschäft ist der eigentliche Träger des Kredits.“ (Endemann.) Deshalb sieht sich der Geschäftsinhaber als Prinzipal für durchaus verschieden mit sich selbst als Privatperson an; er thut und unterlässt als letztere Manches, was er als ersterer nicht thun oder unterlassen würde.

Der erste Akt, mit welchem die gewerbemässige Thätigkeit des Kaufmannes beginnt, die Eröffnung seines Geschäftes⁷⁾ ist die Etablierung. Diese Etablierung besteht darin, dass der Kaufmann entweder ein Etablissement errichtet oder ein schon bestehendes Etablissement erwirbt,⁸⁾ und wird be-

³⁾ Hierin weicht Völderndorff etwas von Endemann ab; was er unter Etablissement (z. B. S. 65, Nr. II) versteht, nennt man (wie übereinstimmend von den Kaufleuten versichert wird) immer „Etablierung“; im Französischen bedeutet allerdings établissement primär den Akt des sich Etablirens, der deutsche Ausdruck „Etablissement“ aber wird im kaufmännischen Leben nur für die äusserliche Anstalt, für die sichtbare Einrichtung des Geschäftes gebraucht.

⁴⁾ Als solches kommt das Geschäft in Betracht, wenn es auf einen anderen Inhaber übergeht, s. § 43. Vgl. v. Hahn zu Art. 22, § 2; Behrend, Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspf. Bd. 4, S. 431.

⁵⁾ Als solches führt das Geschäft einen Namen, die Firma.

⁶⁾ Es ist (wie Eingang erwähnt) das Verdienst Endemann's, diese Seite zuerst in das rechte Licht gestellt zu haben, und ohngeachtet mehrfacher Angriffe (vgl. Laband in der Goldschmidt'schen Zeitschrift Bd. VIII, S. 647 ff.; Regelsberger ebenda Bd. XIV, S. 13 ff.) muss meines Erachtens dabei stehen geblieben werden.

⁷⁾ Es kann aber allerdings sein Geschäft damit beginnen, dass er das Geschäft eines Anderen fortsetzt.

⁸⁾ In einem Lübecker Erkenntniss (in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI, S. 564) wird allerdings der Fall, dass Jemand durch Heirath in ein Geschäft als Inhaber eintritt, nicht als Bruch des Versprechens erklärt, sich nicht etabliren zu wollen. Allein offenbar beweist diese konkrete Entscheidung Nichts gegen den allgemeinen Sprachgebrauch.

gleitet von der Verschickung von Circularen oder Adresskarten, von Anzeigen in öffentlichen Blättern, Einzeichnung der Firma im Handelsregister, Anmeldung einer Marke, Beitritt zur Kaufmanns-Gilde und dergleichen. Die Errichtung des Etablissements selbst erfolgt gewöhnlich durch Eröffnung eines Comptoirs, Bureaus, Ladens, Magazins, Aufmachung einer Fabrik, Anschaffung der erforderlichen Geräthschaften und Aehnliches.⁹⁾ Die Etablierung hat für den Nachweis der Kaufmannseigenschaft eine wesentliche Bedeutung, indem aus ihr (vgl. oben S. 137) auf die Absicht den Handel als Gewerbe zu treiben geschlossen werden muss.

Als Name des Geschäftes erscheint die Firma (vgl. unten § 42); als Name des Etablissements wird entweder ein für den kaufmännischen Betrieb indifferentes,¹⁰⁾ an dem Etablissement als äusserer Erscheinung haftender oder aber das Waarenzeichen gewählt. Dieser „Etablissements-Name“ nimmt seiner Beschaffenheit wegen einigermassen an den Eigenschaften der Firma und des Waarenzeichens Theil. Man bedingt sich nicht selten beim Uebergang des Geschäftes den Uebergang des „Schildes“ aus; es wird auch der Besitz desselben gegen unberechtigte Eingriffe geschützt.¹¹⁾ Das Reichsoberhandelsgericht subsumirt sogar den Gebrauch der Firmentafel unter die Akte des Handelsbetriebes mit kaufmännischem Namen und hat es als einen nach Art. 27 des A. d. H.G.B. zu behandelnden Missbrauch erklärt, wenn ein Kaufmann den Schild mit einer ihm nicht gehörigen Firma am Hause hängen lässt.¹²⁾

§ 41.

2. Der Sitz des Geschäfts.

Indem sich der Kaufmann etabliert, wählt er damit einen Mittelpunkt für seine geschäftliche Thätigkeit. Dieser kann mit seinem persönlichen Wohnorte, seinem Domizile als Privatmann, welches der örtliche Mittelpunkt der Gesamtheit seines Vermögens und seiner Rechtsverhältnisse ist,¹⁾ zusammenfallen; er

⁹⁾ Aber auch wer kein Comptoir oder Laden hat, z. B. der hausirrende Kaufmann muss doch ein „Etablissement“, d. h. einen äusseren Apparat zur Geschäftsbetriebung einrichten; daher hat Endemann Recht, wenn er (Handelsrecht Not. 1, S. 65) sagt: „Handelsleute ohne Etablissement kann es nur geben, insofern sie nicht Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches sind.“

¹⁰⁾ „Zum schönen Türken“, „zum goldenen Löwen“ u. s. w.; bei uns nur mehr bei Wirthschaften und Apotheken, an anderen Orten z. B. Wien, Paris allgemein üblich, an letzteren Orten geht er häufig in die Firmen über.

¹¹⁾ Ein interessantes Beispiel bietet das Erk. des Berliner Obertribunals vom 26. September 1875 (Striethorst Bd. 89, S. 287). Hier hatte der Hauseigenthümer das Aushängeschild durch Schlingpflanzen so überdeckt, dass das Publikum die Figur nicht mehr erkennen konnte; das Gericht sah in diesem Verfahren eine „Störung des Besitzes“ und verurtheilte den Eigenthümer zur Beseitigung der Pflanzen.

¹²⁾ Erk. vom 17. September 1874 in der Sammlung Bd. XIV, S. 187 und in Busch Arch. Bd. XXXII, S. 255.

¹⁾ Thöl a. a. O. § 51.

kann aber auch von ihm verschieden sein. Der Kaufmann kann an einem Orte wohnen, an dem anderen sich als Kaufmann niederlassen. Die **Handelsniederlassung**,²⁾ das Haus in merkantilem Sinne³⁾ ist der Ort, wo das Geschäft seinen Sitz hat,⁴⁾ von dem aus die kaufmännischen Operationen geleitet, von wo die Direktion zu den einzelnen Geschäften ertheilt und wohin die Ergebnisse der Unternehmungen zurückgeleitet werden. Hieraus ergibt sich, dass ein- und dasselbe Geschäft nur einen Sitz haben kann und diesen nennt man die **Hauptniederlassung** desselben, während natürlich eine und dieselbe Person, indem sie Inhaberin mehrerer Geschäfte ist, allerdings mehrere Hauptniederlassungen haben kann. Indessen ist es möglich, dass ein kaufmännisches Geschäft an dem Orte, wo es ein Neben-etablissement besitzt, eine gewisse selbständige Thätigkeit entwickelt, einen bestimmten Umfang des Handelsbetriebes ausübt und damit an solchem Orte eine **Zweigniederlassung** begründet.

I. Im Allgemeinen bietet es keine Schwierigkeit, festzustellen, wo das Geschäft seinen Sitz, wo der Kaufmann seine Hauptniederlassung hat. Die klassische Definition des Domizils:⁵⁾ „unde quum profectus est peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari jam desiit“ gibt hiefür genügenden Anhaltspunkt. Keine Handelsniederlassung hat der Kaufmann am Messplatz, wenn er nur zur Messe reist“ (v. Hahn); aber wenn er auch für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Prokurist zu Hause die Geschäfte besorgt, hat er doch im letzteren Orte seine Niederlassung (v. Windscheid). Zweifelhaft könnte die Ermittlung der Hauptniederlassung da werden, wo der gewerbemässige Verkauf der Waaren erst nach Verarbeitung derselben stattfindet, also bei Fabrikunternehmungen (insbesondere von Aktiengesellschaften), da sich hier das Fabriketablissement häufig an einem anderen Orte befindet, als demjenigen der Direktion des Gesamtunternehmens. Hier ist nun weder auf die Lage der Fabrik noch auf den Wohnort der Inhaber⁶⁾ ein entscheidendes Gewicht zu legen. Massgebend ist vielmehr auch hier lediglich, von wo aus die merkantile Leitung des Unternehmens ausgeht, die Verwaltung geführt wird (wie sich § 19 der Reichscivilprozess-Ord. ausdrückt) und als äusseres Kenn-

2) Ich nehme die Ausdrücke Handelsniederlassung und Etablissement nicht als identisch; Handelsniederlassung ist der Ort, wo der Kaufmann ein Etablissement besitzt, entweder sein Hauptetablissement oder ein Nebenetablissement. Gerade daraus, dass nicht überall wo ein Nebenetablissement sich befindet, auch eine Zweigniederlassung sein muss, geht der Unterschied hervor. Indessen: „verba sunt.“

3) v. Hahn zu Art. 19, § 3.

4) Fr. 203, d. V.S. (50, 16) „ubi quisque sedes et tabulas haberet.“ Das Handelsgesetzbuch bezeichnet dieselbe ausdrücklich als „Sitz des Geschäftes“.

5) c. 9. C. de incolis (10, 39) die Worte: „ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit“ kann man (mit v. Hahn) für das kaufmännische Domizil treffend anwenden, wenn man liest: rerum ac fortunarum suarum ad mercaturam spectantium summam constituit, und ganz passend wird sie, wenn man statt „larem“ die Firma nennt.

6) Auch nicht bei einer Aktienunternehmung beispielshalber auf den Ort, wo die Generalversammlung stattfindet oder wo der Vorstand seine Berathungen abhält.

zeichen dient es, wo die Bücher geführt werden,⁷⁾ wo Zahlung⁸⁾ geleistet und empfangen wird, von wo die Wechsel gezogen und angewiesen werden, überhaupt wo Geschäftskasse, Bureau und Comptoir ist.⁹⁾ Mag dann auch die Fabrikation als solche die Hauptsache bilden, mag die technische Leitung des Unternehmens an einem anderen Orte statthaben, so ist der Sitz des Geschäftes doch immer da, wo die kaufmännische Geschäftsleitung sich befindet.

Mehr Schwierigkeiten als die Unterscheidung zwischen Handelsniederlassung und Wohnort und die Ermittlung, welche von mehreren Niederlassungen die Hauptniederlassung ist, bietet die Frage, ob in concreto ein Etablissement eine Zweigniederlassung begründet oder als ein blosses Nebenetablissement erscheint.¹⁰⁾ Sind freilich die verschiedenen Etablissements völlig von einander getrennt und bildet jedes derselben ein unabhängiges Geschäft,¹¹⁾ so ist kein Zweifel möglich, wohl aber wenn dieselben nicht getrennte Existenz führen, sondern in einem ständigen geschäftlichen Zusammenhange stehen. Hier kommt es darauf an, ob das eine Etablissement nur ein kaufmännisch unselbständiges untergeordnetes Glied des anderen bildet, oder ob es zwar keine von dem Hauptgeschäfte getrennte Existenz hat, aber doch eine gewisse Selbständigkeit genießt. Hierzu gehört, dass das Etablissement zwar nur mit dem Hauptetablissement in Verbindung stehende handelsgewerbliche Zwecke verfolgt, demselben seine Kraft zuführt und andererseits von demselben Mittel und Kräfte zugeführt erhält,¹²⁾ aber doch für sich betrachtet als ein ständiger Mittelpunkt des Betriebes durch eine zur Führung des Geschäftes berechnete Person¹³⁾ behandelt und anerkannt ist.¹⁴⁾ Aeusserlich kennzeichnet sich das Verhältniss am sichersten durch die gesonderte Buchung; sobald ein Etablissement im Buche der Hauptniederlassung ein Folium als Creditor und Debitor hat, kann man mit voller Sicherheit annehmen, dass

7) Das heisst die Hauptbücher; denn da wo die Waare verarbeitet wird, führt man natürlich auch Aufschreibungen.

8) Das heisst „Zahlung“ in abstracto; denn Zahlungen im Einzelnen können auch anderswo geleistet und empfangen werden.

9) Vgl. das Erk. des Handelsapp. Ger. zu Nürnberg vom 19. Februar 1863 in Völderndorff's Sammlung Bd. I, S. 181.

10) Man darf natürlich nicht von der Firma ausgehen; denn umgekehrt bestimmt sich die Frage der Firmeneintragung nach dem innern Charakter der Niederlassung.

11) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 174. Andreas Maier ist Inhaber der Ultramarinfabrik: „Maier's selige Erben“ in Altdorf und betreibt zugleich eine Glashandlung unter der Firma: „Andreas Maier u. Sohn“ in Neudorf.

12) Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 259.

13) Ein Gesellschafter oder Prokurist, wie ein Erkenntniss des Berliner Kammergerichts in Busch, Arch. Bd. II, S. 37 annimmt, muss indessen dieser keineswegs sein; es kann als solcher auch ein einfacher Handlungsbevollmächtigter fungiren.

14) Erk. des Mainzer Obergerichtes vom 12. November 1864 in Busch, Arch. Bd. VI, S. 129, und das Erk. des R.O.H.G. vom 14. Oktober 1874 (Sammlung Bd. XIV, S. 402) sagt: Kriterium ist, dass in der Niederlassung nicht blos nebensächliche, sondern wesentliche zu dem eigentlichen Geschäftsgange gehörige Verträge mit einer gewissen Selbständigkeit abgeschlossen werden. S. auch das. Bd. 17, S. 315.

es umgekehrt ein Etablissement, dem ein selbständiges Conto nicht eröffnet ist,¹⁵⁾ immer nur ein Neben- oder Hülfsétablissement bleibt.

II. Wo der Kaufmann seinen Geschäftssitz hat, da muss er auch für seine Geschäfte Rede und Antwort stehen; Wechsel können ihm nicht in seinem Wohnorte, sondern nur am Orte seiner Hauptniederlassung (und auch nicht in seiner Wohnung, sondern nur in seinem Geschäftslokale) präsentirt werden.¹⁶⁾ Für gerichtliche Ansprüche ist der obige Grundsatz im gegenwärtigen Rechte nicht mit voller Schärfe aufrecht erhalten.¹⁷⁾ Der Kaufmann muss sich im Allgemeinen an dem Orte verklagen lassen, wo er seinen Wohnsitz hat, (§ 13 der Reichscivilprozessordnung) und wenn er auch sein Geschäft an einem anderen Orte betreibt, als wo er wohnt, kann er doch nicht verlangen, dass die merkantilen Ansprüche gegen ihn ausschliesslich dort, wo die Handelsniederlassung ist, erhoben werden. Die Reichscivilprozessordnung hat nur (§ 22) dem Berechtigten freigestellt, gegen diejenige Person, welche zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes zu erheben, wo sich die Niederlassung befindet. Hiernach kommt der „Gerichtsstand des Etablissements“¹⁸⁾ sowohl gegen Hauptniederlassungen, wie gegen Zweigniederlassungen nur elektiv zur Geltung; übrigens ohne Unterschied, ob die Geschäfte durch den Inhaber der Niederlassung selbst oder durch Stellvertreter desselben geschlossen wurden. Voraussetzung ist lediglich,¹⁹⁾ dass unmittelbar Geschäfte²⁰⁾ von einem Orte aus geschlossen werden. Damit aber ist für das Nebenétablissement dieser elektive Gerichtsstand nicht gegeben; das heisst Klagen, welche auf ein solches sich beziehen, können nur am Wohnorte des Inhabers oder am Orte seiner Hauptniederlassung, nicht aber an dem Orte erhoben werden, wo das Nebenétablissement sich befindet. Inzwischen gilt das Bisherige nur für Einzelkaufleute; für Gesellschaften verfügt der § 19

¹⁵⁾ In diesem Falle werden die Erträge und Lasten auf diejenigen Conti finti gebracht, welche sich sonst dazu eignen, z. B. Betriebsconto, Waarenconto u. s. w.

¹⁶⁾ A. d. W.O. Art. 91.

¹⁷⁾ Mit Recht macht Endemann a. a. O. Note 15 aufmerksam, dass der Gestattung einer Wahlbefugnis eine nicht genügende Erkenntnis der Thatsache zu Grunde liegt, dass nicht die Person des Inhabers, sondern das Geschäft Träger des merkantilen Kredits ist.

¹⁸⁾ Wie er in den Motiven zum Civilprozess-Entwurfe genannt wird.

¹⁹⁾ Daher kann man nicht mit v. Sarwey (Kommentar zur Civ. Pr. O. Bd. I, S. 119) als Bedingung stellen, dass die zum Geschäftsabschlusse legitimirte Person am Niederlassungsorte wohnt. Wenn der Prinzipal jeden Nachmittag mit der Eisenbahn seinen Niederlassungsort verlässt und an einem andern Orte speist und schläft, also nur den Tag über im Comptoir sich aufhält, ist doch der Gerichtsstand der Niederlassung begründet.

²⁰⁾ Allerdings aber nicht ein Geschäft, sondern eine unbestimmte Reihe von Geschäften.

²¹⁾ Vgl. Endemann a. a. O. S. 67: „Um die Gesellschaft als solche zu verklagen, gibt es kein anderes Forum“ (als das des Sitzes).

der R.Civ.Pr.Ord.: „der allgemeine Gerichtsstand — derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderer Personenvereine — welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt.“²²⁾ Als Sitz ist, wie bereits erwähnt, der Ort erklärt, wo die Verwaltung geführt wird; dabei spricht aber der letzte Absatz des § 19 aus, dass ein durch Statut oder in anderer Weise geregelter Gerichtsstand neben dem Gerichtsstand der Niederlassung bestehen könne.²³⁾

Die allgemeine Bestimmung des § 22 der R.Civ.Pro.Ord. gilt auch für Gesellschaften und Genossenschaften.²⁴⁾ Dieselben können für Geschäfte, welche eine Zweigniederlassung zu vertreten hat, nicht bloß an dem Gerichte ihres Sitzes, sondern auch bei dem Forum des Ortes der Zweigniederlassung verklagt werden.²⁵⁾

Für den Konkurs hat das Gesetz dem Geschäftssitz keinerlei Bedeutung beigelegt. Falls ein Geschäft, eine Fabrik, ein Gewerbeetablisement fallirt, so kann nicht das Gericht, in dessen Bezirk das Geschäft seinen Sitz hat, die Fabrikgebäude stehen, das Gewerbe betrieben wird, sondern nur dasjenige Amtsgericht die Gant eröffnen, in dessen Umkreis der Inhaber seinen Wohnsitz hat. Man ging davon aus,²⁶⁾ dass in vereinzelt Fällen der Gerichtsstand der Niederlassung für ein Konkursverfahren praktische Vortheile gewähren könnte, dass aber da die Gant das Gesammte der schuldnerischen Persönlichkeit ergreife, zu Gunsten des obigen Gerichtsstandes eine generelle Ausnahme nicht gerechtfertigt sein würde. Bei Konkursen über das Vermögen von Gesellschaften ist gleichfalls das Gericht des „Sitzes“ (der Hauptniederlassung nicht jenes einer anderweitigen Niederlassung) zuständig.²⁷⁾

²²⁾ Nach dem Entwurfe sollte sogar der durch Statut oder in anderer Weise geregelte Gerichtsstand das Forum des Geschäftssitzes ausschliessen, was ein entschiedener Fehler gewesen wäre.

²³⁾ Man darf nur nicht, verleitet durch die Worte in Abs. 1 des § 19 (— wenn nicht ein Anderes erhellt), davon sprechen (wie z. B. Petersen, Kommentar S. 60), dass die Gesellschaft durch Statut über ihren Sitz verfügen könne. Der Sitz, das heisst die Hauptniederlassung, ist ein Faktum, derselbe bestimmt sich durch das Geschäft selbst und hängt nicht von der Willkür ab. Nur das steht einer Gesellschaft zu, sich freiwillig einem anderen als dem durch die Natur gegebenen Gerichtsstand zu unterwerfen, aber nur neben dem faktisch begründeten, ausschliessen kann sie diesen niemals.

²⁴⁾ Aus dem Wortlaute des § 22: „Hat Jemand“ könnte man allerdings schliessen, derselbe beziehe sich nur auf physische Personen. Vgl. dagegen Hellmann, Kommentar Bd. I, S. 111 ff.

²⁵⁾ Vgl. § 38 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875: Gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen können alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb derselben Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo die Zweiganstalt errichtet ist.

²⁶⁾ Motive zur Konkursordnung.

²⁷⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konkursordnung Bd. II, S. 586.

§ 42.

3. Das Geschäft als Subjekt.

Als Subjekt der Verkehrsbeziehungen eines bestimmten wirtschaftlichen Komplexes, wie wir oben (S. 161) das Geschäft bezeichnet haben, muss dasselbe auch Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein können. Der prägnanteste Ausdruck hiefür liegt in dem fast allgemein anerkannten Satze, dass die Firma klagen und beklagt werden dürfe;¹⁾ denn die „Firma“ als solche ist ja weder ein Subjekt noch ein Vermögensbegriff, sie bezeichnet nur das hinter ihr stehende Geschäft, sie ist nur der Name, unter welchem das Geschäft handelnd auftritt. Dadurch aber dass das Geschäft eine universitas bonorum bildet, ist begründet, dass dasselbe als ein selbständiges und gesondertes Vermögen auch seinen eigenen Kredit²⁾ und überhaupt seinen geschlossenen Kreis rechtlicher Beziehungen haben muss. Daraus würde nun folgen, dass die Geschäftskreditoren sich mit Ausschluss der persönlichen Gläubiger unter allen Umständen namentlich aber bei einer Ueberschuldung im Konkurse an das Geschäftsvermögen müssten halten können. Allein in dieser Ausdehnung ist bisher die Praxis der Theorie³⁾ noch nicht gefolgt.

I. Vor Allem ist in keiner Weise den Gläubigern der Firma eines Einzelkaufmannes ein Vorrecht gegenüber den Privatgläubigern desselben an dem Geschäfts-Vermögen eingeräumt. An diesem letzteren kann sofort eine Exekution zu Gunsten eines Kreditors der Person des Kaufmannes stattfinden und wenn nachträglich auch ein Geschäftsgläubiger auftritt, hat der zuerst Gekommene nicht zu weichen.⁴⁾

II. Auch im Konkurse wurde im Allgemeinen bisher in keinem Gesetze das Separationsrecht der Geschäfts-Kreditoren anerkannt. Nur in dem Falle, dass der Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabriken, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen Firmen betrieben hatte, war nach einigen Rechten⁵⁾ jenen Gläubigern, welche ausschliessend zu einem oder dem anderen dieser Geschäfte Kredit gegeben hatten, eine Absonderung des zu diesem Geschäfte gehörigen Vermögens zu ihrer Befriedigung aus demselben gestattet.⁶⁾ Ob dieses Separationsrecht auch auf Zweigniederlassungen (wo also das Erforderniss der getrennten Firma fehlt) sich erstrecke, ist in der Praxis ebenso controvers gewesen, wie in der Theorie. Nach der Reichskonkursordnung aber ist in dieser Richtung ein Separationsrecht überhaupt nicht gewährt.⁷⁾

¹⁾ Vgl. hierüber unten § 44.

²⁾ Die mittelalterliche Parömie sagt: magis merci quam mercatori creditur. Vgl. Endemann, Handelsrecht S. 70, Note 4.

³⁾ Besonders vertreten von Bekker in der Goldschmidt'schen Zeitschrift Bd. IV, S. 502 und Bd. XVII, S. 297.

⁴⁾ Argumento Art. 709, Abs. 3 der R.Civ.Pr.O.

⁵⁾ Z. B. Bayerische Prioritätsordnung von 1822, § 8 n. 5.

⁶⁾ Die Literatur hierüber siehe bei Endemann, Handelsrecht S. 70, Note 4, 5 und 6.

⁷⁾ Vgl. Mot. ders. S. 188.

III. Deutlicher trat die Anerkennung des Geschäftes als eines Rechtssubjektes von jeher bei der Gesellschafts-firma hervor. Dass die Gesellschafts-gläubiger auch ausserhalb des Konkurses hinsichtlich der Befriedigung ihrer Ansprüche an die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen den Privatgläubigern der persönlich haftenden Gesellschafter vorgehen, war hergebrachtes Recht.⁸⁾ Das A. d. H.G.B. gibt in Art. 119 und 121 dem Satze praktischen Ausdruck, indem den Privatgläubigern die Exekution nur an demjenigen gestattet wird, was die Gesellschafter an Zinsen, Gewinnantheilen und bei einer Auseinsetzung der Gesellschaft an Herauszahlungen trifft und indem ferner den Gesellschaftsschuldnern die Kompensation mit Privatforderungen versagt wird. In der Reichskonkursordnung tritt hiezu noch das besondere Separationsrecht des § 44,⁹⁾ wonach derjenige, welcher mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft sich befindet, wegen der auf ein solches Verhältniss sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem Antheile des ihm Verpflichteten an der Gemeinschaft fordern kann. Für den Konkurs hat dann das A. d. H.G.B. in Art. 122 des Separationsrecht speziell anerkannt, indem verfügt wird, dass die Gesellschafts-gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen vorweg befriedigt werden und ihren Ausfall als persönliche Schuld liquidiren können; diesem anschliessend verfügt die R.Konk.Ord. in § 198 einen Partikularkonkurs über die überschuldeten Gesellschaften.

IV. Andere Folgesätze aus der Eigenschaft des Geschäftes als Rechtssubjekt werden sich bei der Darstellung der einzelnen Lehren ergeben. So dass die Veräusserung einer Firma abgesondert vom Geschäftes unzulässig ist (Art. 23 des A. d. H.G.B.), dass das Gesellschaftsverhältniss vertragsmässig auch auf die Erben übergehen kann (Art. 123 des A. d. H.G.B.), dass das Dienstverhältniss des im Geschäftes thätigen Personals durch den Tod des Prinzipals oder durch den Uebergang des Geschäftes auf einen Andern nicht geendigt wird¹¹⁾ und Anderes.

§ 43.

4. Das Geschäft als Objekt.

Als Inbegriff der von einem Kaufmann im Betriebe seines Gewerbes thätigen Vermögensbestandtheile kann das Geschäft — auch abgesehen vom Etablissement — Objekt von Rechtsverhältnissen sein; dass diess ein Etablissement sein kann, versteht sich ohnehin.¹⁾ Aber während letzteres den Rechtsbeziehungen

⁸⁾ Vgl. die Nachweise bei Endemann a. a. O. S. 71, Note 8.

⁹⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 479 ff.

¹⁰⁾ Eigentlich sollte jedoch dies die Regel sein und das Gegentheil nur durch Vertrag bestimmt werden können.

¹¹⁾ Was indessen nicht unbestritten ist, vgl. Völderndorff's Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I, S. 424.

¹⁾ Denn das Etablissement als der äussere Apparat zum Geschäftsbetriebe ist eine universitas rerum distantium, also eine res wie jede andere.

unbeschränkt unterstellt werden kann, lässt das gegenwärtige Recht am Geschäfte nur eine Rechtshandlung zu, die Disposition über dasselbe behufs Ueberganges auf einen Anderen. Daher kann der Prinzipal sein Geschäft verschenken, verkaufen, verpachten, vererben (durch Erbeinsetzung oder Legat), aber nicht verpfänden, mit Servituten belasten, und dergleichen.²⁾ Denn in den letztgenannten Rechtshandlungen kommen stets nur die einzelnen Bestandtheile des Geschäftes, wenn auch alle zusammen,³⁾ in Betracht und ebendeshalb findet auch kein Besitz am Geschäfte und folgeweise auch keine „Besitzübertragung des Geschäftes als solches“ statt.⁴⁾

Durch diese Sätze erledigt sich denn die vielbestrittene Frage, ob mit der Firma auch die Aktiven und Passiven übergehen.⁵⁾ Vor Allem muss die „Firma“ ganz ausser Betracht bleiben, denn nicht auf ihren Uebergang, sondern auf den Uebergang des Geschäftes kommt es an und es tritt dasselbe ein, ob das Geschäft mit der Firma oder ohne solche übertragen wird.⁶⁾ Wenn aber das Geschäft als solches auf einen Anderen übergeht, so gehen unzweifelhaft Aktiven und Passiven mit über,⁷⁾ oder vielmehr der Uebergang des Geschäftes besteht gerade in der Ueberlassung der Aktiven und Passiven von Seite des bisherigen Prinzipals und in der Uebernahme der Aktiven und Passiven von Seite des neuen Prinzipals. Die Rechtshandlung überträgt indessen nur die bisherige rechtliche Innehabung des Geschäftes von Einem auf den Anderen, da aber das Geschäft nicht besessen wird, gehen auch die Vermögensbestandtheile, aus denen dasselbe besteht, nicht sofort und an und für sich auf den neuen Inhaber über. Das heisst: die Uebertragung des Geschäftes als eines Ganzen berechtigt den bisherigen Inhaber vom Erwerber Deckung aller Schulden zu fordern und verpflichtet ihn, dem Erwerber alle Ansprüche zu überlassen; sie verpflichtet den neuen Inhaber, den Veräusserer für alle Geschäftsschulden frei zu lassen und berechtigt ihn, alle Forderungen für sich einzuziehen.⁸⁾ Dritten gegenüber aber

²⁾ Anderer Meinung Endemann a. a. O. S. 73.

³⁾ Die Verpfändung schliesst sich dadurch aus, dass ein Faustpfand an einer ideellen Einheit nicht stattfindet, eine Hypothek auf einem Geschäfte aber aus formalen Gründen gleichfalls ausgeschlossen ist.

⁴⁾ Eine rechtliche Innehabung (Endemann) aber wohl am Ganzen.

⁵⁾ Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XIV, S. 1 ff. (Regelsberger), dann Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 201 (Mommson); Bd. XXXIV, S. 25 ff.; Bd. XXXVI, S. 81 ff. u. Bd. XL S. 49 ff. (Ladenburg) u. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXXIV, S. 91 (Simon); Zeitschr. für Gesetzgeb. u. Rechtspf. Bd. 4, S. 429 (Behrend); Gruchot's Beitr. Bd. 11, S. 266 (Hoffmann).

⁶⁾ Nur insofern ist der Firmaübergang von Bedeutung, dass aus diesem geschlossen werden darf, es habe sich um das Geschäft als solches, als Ganzes gehandelt.

⁷⁾ Damit auch im Zweifel die Bücher; R.O.H.G. Bd. 19, S. 419.

⁸⁾ Dieser Wille kann bei einer Ueberlassung des Geschäftes gar nicht zweifelhaft sein. Der Uebertragung des Geschäftes als solchen, als eines Ganzen kann seinem Begriffe nach gar keine andere Absicht zu Grunde liegen. Nicht also diese Frage muss aus den Umständen beantwortet werden, sondern nur die Frage, ob das Geschäft oder nur das Etablissement Objekt des Rechtsgeschäftes, welches den Uebergang bewirkt, gewesen sei. Dagegen mit allerdings sehr beachtungswerthen Gründen v. Kräwel in Busch's Arch. Bd. XII, S. 48 ff.

tritt die Rechtswirkung der geänderten Inhaberschaft auch nach Ueberlassung des Geschäftes nur dann ein, wenn die einzelnen Vermögensbestandtheile des Geschäftes nach der für jede Art derselben erforderlichen rechtlichen Weise übergegangen sind. Der neue Erwerber also usucapirt Sachen nicht in Folge des Geschäftsüberganges, sondern nur dann wenn hierbei zugleich die Sachen von dem neuen Erwerber in Besitz genommen sind; der Schuldner des Geschäftes befreit sich durch Zahlung an den bisherigen Prinzipal nur so lange und nur insoweit, als der debitor cessus noch mit Rechtswirkung an den Cedenten zahlen kann; der Geschäftsgläubiger kann sich an den neuen Erwerber nur halten, insofern nach den Gesetzen eine Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten zugelassen ist⁹⁾ und er muss sich an denselben halten, insoweit eine rechtswirksame Uebertragung der bisherigen Obligation stattgefunden hat.

Die Praxis erkennt indessen obige Sätze keineswegs unbestritten an und insbesondere sind die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts¹⁰⁾ obwohl unter sich nicht völlig übereinstimmend, doch gegen den stillschweigenden Uebergang der Aktiven und Passiven beim Geschäftsübergange gerichtet;¹¹⁾ während das Berliner Obertribunal sich constant seit Einführung des Handelsgesetzbuches für die in Obigem adoptirte Ansicht ausgesprochen hatte.¹²⁾ Die übrigen Ge-

⁹⁾ Eine solche gesetzliche Bestimmung gibt Art. 113 des A. d. H.G.B. für den Fall des Eintrittes in ein bestehendes Gesellschaftsgeschäft. Ausserdem ist es Usance, dass die öffentliche Bekanntmachung (durch Annonce oder Circulare, noch mehr durch speziell adressirte Briefe) die Uebernahme eines Geschäftes (insbesondere aber der Firma) eine den Gläubiger berechtigende Schuldübernahme enthält. Es ist aber meines Dafürhaltens genügend, wenn die Uebernahme des Geschäftes kurzweg annoncirt wird, während nach einem Erk. des R.O.H.G. vom 23. Januar 1875 (vgl. Busch, Arch. Bd. 32, S. 260) die Uebernahme der Passiva speziell bekannt zu geben sein soll.

¹⁰⁾ Zusammengestellt und behandelt von Dr. Mommsen in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 201 ff.

¹¹⁾ Dieselben finden sich in der Sammlung: Bd. I, Nr. 18; Bd. II, Nr. 8, 33, 36, 40; Bd. III, Nr. 38, 70, 75; Bd. IV, Nr. 2, 41; Bd. VII, Nr. 108; Bd. VIII, Nr. 9, 93; Bd. XI, Nr. 150; Bd. XII, Nr. 55, 73; Bd. XV, Nr. 28; Bd. XVI, Nr. 66; Bd. XXI, Nr. 73. Mehrfach hat das R.O.H.G. ausgesprochen, dass die Firmenübernahme noch keine Uebernahme der Firmenschulden involvire, für sich allein den Erwerber noch nicht legitimire, die Gläubiger nicht verbinde, vielmehr zunächst nur die Kontrahenten obligire. S. dazu Mommsen, in Busch's Arch. Bd. 32, S. 201. Nach Bd. XII, Nr. 55, u. Bd. XV, Nr. 28 bedarf es, wenn nicht öffentl. Bekanntmachung, und zwar nicht blos des Geschäftsübergangs (s. Bd. XVI, Nr. 66), sondern der Uebernahme der Passiva erfolgt ist, der Zustimmung der Gläubiger. Bei gehöriger Bekanntmachung ist solche nicht nöthig und der Uebergang erstreckt sich dann auf alle bekannten und unbekanntenen Gläubiger des Geschäftes; aber nicht auf die Privatgläubiger des seitherigen Inhabers (Bd. 8, S. 61). S. weiter die Nachweise bei Keyssner zu Art. 23, Nr. 5.

¹²⁾ Vgl. die ausführlichen Erkenntnisse vom 18. Juli 1865 (Busch, Arch. Bd. VII, S. 195) vom 1. November 1866 (Busch, Arch. Bd. XII, S. 229) dann vom 24. Juni 1869 u. 4. November 1869 (Busch, Arch. Bd. XX, S. 50 u. 52).

richtshöfe¹³⁾ schwanken gleichfalls.¹⁴⁾ Die Zukunft gehört indessen sicherlich der kaufmännischen in Obigem vertretenen Anschauung.

C. Das Firmenrecht.

§ 44.

1. Die Bedeutung der Firma.

Es treten im Rechtsleben die Menschen nicht als solche nach ihrer physischen Individualität, sondern sie treten als „Personen“ auf. Die Persönlichkeit, die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht ist es — nicht eine oder die andere Aeusserung des körperlichen Daseins, — auf welcher die Existenz von Rechten und Verbindlichkeiten beruht. Der physische Mensch und die rechtliche Person desselben sind demnach von einander zu unterscheiden. Die Persönlichkeit ist als eine besondere Funktion der Individualität aufzufassen und zu behandeln.

Im gewöhnlichen Rechtsverkehre allerdings tritt diese Scheidung nicht überall sofort äusserlich sichtbar hervor; im kaufmännischen Leben dagegen hebt sich die Funktion des „Eintretens in rechtliche Beziehungen“, welche hier identisch wird mit der Funktion des „Handel-Treibens“ mit aller Schärfe ab vom sonstigen physischen Leben. Der Kaufmann hat als Kaufmann seinen eigenen Namen, der ein anderer sein kann als derjenige, welchen der Kaufmann als Mensch zu führen hat. Dieser Name nun,¹⁾ unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, heisst die Firma.²⁾ Die Firma³⁾ kann demzufolge allerdings als der Name des kaufmännischen Geschäftes bezeichnet werden, aber nur indem sie der Name des

¹³⁾ Das frühere Bayerische Handelsappellgericht zu Nürnberg hatte sich der Ansicht zugeneigt: Geschäftsübergang mit Firma überträgt Aktiva u. Passiva, ohne Firma nicht (Vgl. die Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 256 u. in der Sammlung v. 1862. Bd. I, S. 80) und dieser Ansicht schloss sich das Berliner Obertribunal in dem schön motivirten Erkenntnisse vom 15. November 1870 (Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 222 ff.) an.

¹⁴⁾ Ein Erkenntniss speziell über die Frage, ob ein von dem Veräusserer des Geschäftes mit der Firma gezeichnetes Accept den neuen Inhaber der Firma binde, welches diese Frage (aber gewiss gegen alle kaufmännische Usage) verneint bei Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 224. Zugestimmt aber muss dem Erkenntnisse des Badischen Oberhofgerichtes (Busch, Arch. Bd. XIX, S. 41) werden, dass der Anspruch des ausgetretenen Theilhabers keine Geschäftsschuld ist und auf den späteren Erwerber der Firma nicht übergeht. Vgl. auch das Erk. des App. Ger. zu Eisenach in Busch, Arch. Bd. XIX, S. 256.

¹⁾ Der Art. 15 des A. d. H.G.B. stellt die Definition um.

²⁾ „Firma“ hiess ursprünglich der Gewährbrief, die schriftliche Urkunde bei Verträgen.

³⁾ Italienisch: Ditta, von dicere. Ursprünglich „Chance“ im Spiele; Tasso, Rime P. I heisst es: Quando il gincatore è stato favorito dal primo favore, aspetta ragionevolmente il secondo, e dopo il primo danno a gran ragione del secondo suol dubitare. Questo è quello che „ditta“ o „disditta“ si dice. Französisch: Raison, nicht von „Vernunft“, sondern von ratio als „Geschäftsantheil“; le livre de raison (liber rationum) = das Hauptbuch.

Inhabers in seiner Stellung als Prinzipal des Geschäftes ist. Denn das Geschäft als solches in seiner äusseren Erscheinung, als Etablissement kann dabei einen besonderen „Geschäftsamen“ führen.⁴⁾

Ursprünglich entstand wohl die Firma aus dieser Etablissementsbezeichnung, welche ehemals (wie die Hausmarken überhaupt) am Geschäftsgebäude haftete. Solcher Zeichen bedienten sich die Kaufleute, wie Adelige und Andere des Wappens.⁵⁾ Mit diesem seinem merkantilischen Zeichen beurkundete derselbe seine Rechtsakte und sein Eigenthum, besonders an der Waare.⁶⁾ Zur eigentlichen und durchgreifenden Bedeutung aber entwickelte sich der Gebrauch des Zeichens bei der Vereinigung Mehrerer zum gemeinsamen Handelsbetriebe. Der Satz des Römischen Rechts, dass der *societas* als solcher keine gesonderte Existenz zuzulegen sei, sondern immer nur die Einzelpersonen der *socii* in Frage zu kommen haben, entspricht nicht der Idee des modernen Verkehrs. Diese ist stets davon ausgegangen, dass⁷⁾ „bei einem Zusammenarbeiten von Einzelnen, wenn es gedeihlich werden soll, neben dem Einzelinteresse ein Gesamtinteresse, neben den Sonderzwecken ein Gesamtzweck bestehen müsse und dass durch ein solches Zusammenarbeiten von selbst eine über den Einzelnen stehende Gemeinsamkeit des Handelns sich erzeuge“.

Die Idee dieser Gemeinsamkeit drückte sich im Gebrauche der kaufmännischen Zeichen dadurch aus, dass die Gesellschaft sich eines aus den Zeichen der einzelnen Gesellschafter zusammengefügtens Gesamtzeichens bediente, welches dann als: *signum corporis totius societatis* erachtet wurde. Und so sehr war Firma und Gesellschaft mit einander verwachsen, dass man annahm, nur Gesellschaften könnten eine Firma haben; ein Satz, welcher sich später dahin entwickelte: als ob Gesellschaften immer eine Firma haben müssten, während der Einzelkaufmann entweder unter seinem eigenen Namen oder unter einer Firma den Handel betreiben könne.⁸⁾ Als Folge hiervon galt es dann, dass für eine „Firma“ nur eine vom gewöhnlichen bürgerlichen Namen verschiedene Bezeichnung geachtet wurde.⁹⁾

⁴⁾ Adolph Arnstein betreibt unter der Firma Benno Bönfeld das Droguerie-Geschäft: „Zum schönen Türken“.

⁵⁾ Vgl. die interessante historische Darstellung von Dietzel in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts Bd. IV, S. 227 ff.

⁶⁾ S. Dietzel a. a. O. S. 246; auch unten S. 209.

⁷⁾ S. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 136.

⁸⁾ Vgl. Brinkmann Handelsrecht S. 54. — Aber nach der Ansicht des R.O.H.G. Bd. 2, S. 50; Bd. 10, S. 411 soll die Firma immer nur Name des Kaufmanns im Betriebe des Geschäfts nicht aber Sachname des Geschäfts sein.

⁹⁾ Indessen genügte jede Verschiedenheit: Anton August Adamer war als der bürgerliche Name des Kaufmanns keine Firma; wohl aber galt als eine solche A. A. Adamer oder August Adamer (ohne Anton) u. s. w.

§ 45.

2. Die Pflicht der Firmenführung nach dem H.G.B.

Auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkte steht das A. d. H.G.B. Dasselbe stellt die Pflicht eine Firma zu führen¹⁾ für Jeden auf, welcher Handel treibt, sei dies ein Einzelkaufmann, oder sei es eine Mehrheit von Personen, welche sich zum gemeinsamen Handelsbetriebe verbunden haben. Wer mehrere Geschäfte treibt, so dass er für jedes derselben als ein selbständiger Inhaber erscheint,²⁾ muss auch für jedes derselben eine eigene Firma führen.

Was nun die Wahl der Firma betrifft, so müsste es eigentlich freigestellt sein, unter welcher Bezeichnung der Kaufmann sein Geschäft betreiben wolle. In gewisser Hinsicht ist dies auch der Fall; das Geschäft als solches kann er nennen, wie es ihm beliebt.³⁾ Da aber die Firma, wie oben bemerkt, nicht so fast dem Geschäfte, sondern dem Inhaber des Geschäftes zukommt, sohin Name einer Person und nicht einer Sache ist,⁴⁾ so schliesst das Handelsgesetzbuch die Sachfirma aus, das heisst dasselbe verbietet, die Geschäfte unter einer Benennung zu treiben, welche nicht den Geschäftsinhaber, sondern einen mit der Persönlichkeit des Geschäftsinhabers nicht in Bezug stehenden beliebigen toten Gegenstand bezeichnet.⁵⁾ Als erstes Prinzip also gilt nach jetzigem deutschen Handelsrecht: Jede Firma muss Personenfirma sein. Hieraus erklären sich gleichmässig die Bestimmungen, dass der Name der Person oder der Personen in der Firma erscheinen muss, wenn der Geschäftsinhaber eine Person oder eine Mehrheit von Personen ist, wie dass ein solcher Personennamen nicht in der Firma erscheinen kann, wenn wie bei der Aktiengesellschaft, nicht die Personen (die Aktionäre), sondern der Zweck, das Unternehmen als handelnd im Verkehre auftreten.⁶⁾

¹⁾ Allerdings enthält das Handelsgesetzbuch diesen Satz nicht als solchen; allein wenn Art. 19 sagt: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma anzumelden“, so ist darin stillschweigend enthalten, dass jeder Kaufmann eine Firma haben muss. Das setzt auch Art. 15 voraus. Vgl. über das Folgende auch Thöl § 53.

²⁾ Nicht also, wenn es sich um ein Geschäft mit Nebenétablissements handelt; vgl. hierüber § 41 im Gegensatze zu einer Zweigniederlassung im eigentlichen Sinne. Vgl. über die Zulässigkeit der Führung mehrerer Firmen die Abhandlung von Dr. Zimmermann in Busch, Arch. Bd. XXXI, S. 209 zu Note 2. Auch für dasselbe Geschäft, s. Z. f. H.R. Bd. 21, S. 414; für örtlich getrennte Zweigniederlassungen s. R.O.H.G. Bd. 19, S. 36.

³⁾ Neben der Wahl der Firma vgl. auch Spiller in Busch's Arch. Bd. 34, S. 166.

⁴⁾ Sachfirma, die ja auch *nom d'établissement* genannt wird und Etablissementszeichen gehen ineinander über, vgl. Goldschmidt in der Heidelberger Zeitschrift Bd. IV, S. 122.

⁵⁾ Die von einigen Rechtslehrern, z. B. von Hase Bd. I, S. 82 im Anschlusse an einen Aufsatz von Goldschmidt in der Heidelberger kritischen Zeitschrift Bd. IV, S. 122, noch als dritte Kategorie genannte „gemischte Firma“ kommt im Handelsgesetzbuche nicht vor.

⁶⁾ Praktisch ist es ohne Nachtheil, wenn man die Firma, welche den Namen des Unternehmers enthält, Sachfirma nennt, wie z. B. Endemann a. a. O. S. 79 für

Als fernerer Grundsatz wird vom Handelsgesetzbuche aufgestellt die Regel, dass die Firma nicht willkürlich gewählt werden darf, sondern den Inhaber des Geschäftes auch wirklich bezeichnen soll. Man heisst dies das Prinzip der „Wahrheit der Firma“. Dieses Prinzip ist aber mit Rücksicht auf den Verkehr nicht vollständig durchführbar.⁷⁾ Deshalb erkennt das Handelsgesetzbuch ein Recht an, die Firma bei dem Geschäfte zu belassen; sobald das Geschäft in andere Hände übergeht, kann mit ihm auch seine bisherige Bezeichnung übergehen.⁸⁾ Die ursprüngliche Firma muss immer wahr sein, die übergegangene Firma ist immer unwahr.⁹⁾

Als Folgesätze aus den beiden oben erörterten Prinzipien ergeben sich:

I. Der Einzelkaufmann darf als ursprüngliche Firma nur seinen bürgerlichen Namen wählen. (Art. 16 des A. d. H.G.B.)

A. Als Einzelkaufmann erscheint eine Person, auch wenn ihr ein stiller Gesellschafter zur Seite steht; denn die stille Gesellschaft ist dem Publikum gegenüber keine Gesellschaft; diesem tritt der Gesellschafter nicht entgegen, sondern nur der Geschäftsinhaber.

B. „Bürgerlicher Namen“ ist derjenige Namen, welcher einer Person nach den bürgerlichen Gesetzen zukommt.¹⁰⁾ Nur der wahre bürgerliche Name kann als Firma bei seiner Annahme gewählt werden.¹¹⁾ Nothwendig ist nur der

die Aktiengesellschaft thut; theoretisch aber scheint es mir richtiger, sich auf dem im Texte vertretenen Standpunkte zu halten.

⁷⁾ Gerade die Firma als solche, das Renommée des Namens, die diesem zugehörte Kundschaft macht ein Geschäft werthvoll.

⁸⁾ „Kann“ nicht „muss“; es hängt einerseits vom Erwerber ab, ob er seinen eigenen Namen, ob er die bisherige Firma allein, oder ob er diese mit einem das Nachfolerverhältniss bezeichnenden Zusatz führen will; andererseits aber steht es im Ermessen des bisherigen Inhabers, ob er den Uebergang der Firma gestatten will. (Art. 22 des A. d. H.G.B.). Es gilt demnach nicht das Prinzip: Mit dem Geschäft geht kraft des Gesetzes die Firma über.

⁹⁾ Aber nicht jede Firma bei einem übergegangenen Geschäft, wie aus voriger Note hervorgeht. Sollte der Erwerber zufällig denselben Namen führen, wie der frühere Besitzer, so sieht man allerdings äusserlich nicht, ob die Firma als übergegangene oder als ursprüngliche geführt wird.

¹⁰⁾ Hiernach entscheidet sich, welche Firma der Adoptirte, Arrögrirte u. s. w. zu wählen hat. Bewirkt der betreffende Rechtsakt nach dem massgebenden Civilrechte den Uebergang des Namens auf den Adoptirten, Arrögrirten u. s. w., so kann er denselben als Firma wählen, andernfalls nicht. Ebenso entscheiden die Landesgesetze über die Frage, unter welchen Voraussetzungen Jemand seinen Familiennamen ändern darf. Ist er rite geändert, so muss dieser gewählt werden, wenn Jemand später ein Geschäft eröffnet. Ob auch die Aenderung auf eine bestehende Firma zurückwirkt? In einem Erk. vom 18. Mai 1872 hat das H.Apell. zu München (vgl. Sammlung von 1873 Bd. I, S. 391) ausgesprochen: es sei in dem Handelsgesetzbuche keine Bestimmung enthalten, wonach der Kaufmann bei einer eintretenden Aenderung seines Familiennamens seine Firma ebenfalls ändern müsse.

¹¹⁾ Darin besteht die Firmenwahrheit, die durch simulirte Verträge nicht verletzt werden darf. R.O.H.G. Bd. 4, S. 235; Bd. 6, S. 246.

„Familiennamen“,¹²⁾ die Beifügung des Vornamens ist nicht geboten, aber gestattet,¹³⁾ wird er beigefügt, so geht er nothwendig dem Familiennamen voran.¹⁴⁾ Als Vorname scheint der nach § 22 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Familienstandes beurkundet.¹⁵⁾

C. Jeder Zusatz, welcher ein Gesellschaftsverhältniss andeutet, ist verboten; andere Zusätze sind gestattet. (Art. 16 Abs. 2.) Verboten also ist jede Bezeichnung, welche es zweifelhaft macht, ob nur eine oder ob mehrere Personen das Geschäft betreiben.¹⁶⁾ Auch andere Zusätze sind nicht unbedingt gestattet, sondern nur solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen,¹⁷⁾ und welche zugleich in der Unterschrift jederzeit mitvorkommen,¹⁸⁾ selbstverständlich, sofern dadurch die sonstigen Vorschriften über den Gebrauch der Firma nicht übertreten werden.¹⁹⁾

D. Die **Handelsfrau** als Einzelkaufmann führt, wenn sie verheirathet ist, als Familiennamen nicht ihren Mädchennamen,²⁰⁾ sondern den Namen ihres Mannes. Wenn sie geschieden wird, hängt die Entscheidung der Frage, welche Firma sie wählen muss, davon ab, welchen Namen das Urtheil ihr zuspricht, wobei indessen fraglich bleibt (vgl. Note 10), ob sie die bereits erworbene Firma wieder verliert, wenn ihr der bisherige Name abgesprochen wird. Die

¹²⁾ Auch ein adeliger Name muss geführt werden. Wenn in einzelnen Rechten (z. B. Bayern, Edikt über den Adel vom 26. Mai 1818, § 21) die Ausübung eines offenen Geschäftes den Adel suspendirt, bleibt nur der Titel weg.

¹³⁾ Er kann vollständig oder abgekürzt beigefügt werden: Adalbert Anton Agmüller oder A. Anton Agmüller oder A. A. Agmüller. Diminutiva (Mina, Fritz) sind zulässig, wohl auch blosse Schmeichelnamen (Lulu, Polly).

¹⁴⁾ Also nicht Agmüller Anton, vgl. das Gutachten der Prager Handelskammer im Centralorgan Bd. II, S. 30.

¹⁵⁾ Ich halte es für unzulässig, diesen zu surogiren, sei es, dass ein „Moses“ sich „Moritz“ nennen will (vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 148, Note 9), sei es, dass sich der „Johann“ als „Jean“ oder „John“ aufspielt. Vgl. indessen Note 19.

¹⁶⁾ Dahin gehört jede Mehrheit von Namen (auch wenn sie den Familiennamen bildet, z. B. Völderndorff und Waradein?), und jeder Beisatz, der auf eine Mehrheit von Personen deutet, z. B. Gebrüder, Söhne (auch Nachfolger), wenn nicht durch den wirklichen Namen die Undeutlichkeit gehoben ist; also erschiene z. B. die Benennung „Benno Börtner's Nachfolger“ als unzulässig, weil man so nicht weiss, wie viele Nachfolger als Inhaber vorhanden sind, wohl aber wäre zulässig: „Anton Agmüller, Benno Bärmüller's Nachfolger.“

¹⁷⁾ Die einzelne Handelsbranche zur Firma zu ziehen oder in derselben Angaben über den Betrieb zu machen ist unpassend (vgl. die Verordnung des Sächsischen Ministerium vom 8. April 1863 in Bd. XXX, S. 105 in Busch, Arch. Bd. V. S. 354); desgleichen darf der Etablissementsname in der Firma nicht vorkommen (vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 394) und noch weniger Epitheta wie „gut und billig“ u. dgl. (vgl. Busch Arch. Bd. I, S. 394).

¹⁸⁾ Dies folgt aus der Fassung des Art. 15 des A. d. H.G.B., vgl. das Erk. des Berliner Handelsgerichtes vom 11. September 1863 in Busch, Arch. Bd. II, S. 47.

¹⁹⁾ Also darf nicht der Name eines Dritten beigesezt werden, wenn nicht der Fall des § 22 vorliegt.

²⁰⁾ Es wäre denn gesetzlich (wie z. B. nach altem Sonthofener Recht), dass sie diesen bei der Verheirathung beibehält.

Wittve muss den Namen so wählen, dass die Firma als ursprüngliche kenntlich bleibt.²¹⁾

E. Nachdem die Gerichtssprache deutsch ist, die Firma aber der Eintragung bei Gericht bedarf, so ergibt sich, dass sowohl die Firma selbst als die etwaigen Zusätze deutsch sein müssen. Dagegen wird Nichts im Wege stehen, wenn in der Korrespondenz mit fremden Sprachen auch die Firma in der Uebersetzung gezeichnet wird.²²⁾ Auch fremde Schriftzeichen sind (in analoger Anwendung des Art. 32 des A. d. H.G.B.) verboten.

II. Die **offenen Gesellschafter** müssen alle ihre Namen oder wenigstens einen Namen mit der Angabe, dass noch andere Namen der Inhaber vorhanden sind, als Firma führen (Art. 17 Abs. 1 des A. d. H.G.B.).

A. Die naturgemässeste Gesellschaftsfirmen ist es, wenn **sämtliche Namen der offenen Gesellschafter** in derselben enthalten sind.²³⁾ Dies pflegt aber in der Praxis nur bei zwei Gesellschaftern vorzukommen; bei mehreren ist es gebräuchlich den Zusatz: et Compagnie²⁴⁾ zu geben.

B. Alle Namen der Gesellschafter zu nennen und noch den Beisatz „et Compagnie“ zu geben, ist ebenso ungesetzlich, wie von mehreren Gesellschaftern nur einige zu erwähnen.²⁵⁾

C. Als **Zusätze**, welche ein Gesellschaftsverhältniss bezeichnen, sind die Worte: „Gebrüder“, „Söhne“, „Erben“ u. dgl. zu erachten. Auch für diese gilt, was soeben bemerkt. Die Brüder Anton und Balduin Agmüller können nicht firmiren: „Gebrüder Agmüller et Cpie.“ Die Söhne Anton Agmüllers, Adolph, Balduin und Cuno, welche mit Doris Domayer in offener Gesellschaft stehen, dürfen nicht die Firma²⁶⁾ führen: „Anton Agmüller's Söhne“.²⁷⁾

D. In Art. 17 ist zwar die Schlussbestimmung des Art. 16 Abs. 2, dass „Zusätze zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes zulässig“ seien, nicht wiederholt. Indessen wird die analoge Anwendung gestattet und

²¹⁾ Sie kann also firmiren: Wittve Anna Mayer, aber (den Fall des Art. 22 vorbehalten) nicht die Firma wählen: Andreas Mayer's selige Wittve.

²²⁾ In diesem Falle dann darf sich der Johann „Jean“ oder „John“ zeichnen. Vgl. Note 12. Man braucht also einen französischen Brief nicht zu unterzeichnen: Johannes Zeltner, Bierbrauerei, sondern man kann unterschreiben „Jean Zeltner, Brasserie“.

²³⁾ Grundherr und Hertel, Königsberger und Löwy. — Die Firmenwahrheit besteht darin, dass nur der Name der offenen Gesellschafter, der wahre, bürgerliche, aufgenommen werden darf; Puchelt, Kommentar zu I, S. 48.

²⁴⁾ Oder „et Cpie.“, et Comp.“, „et Co.“.

²⁵⁾ Wenn demnach Anton Agmüller, Benno Beghuber, Cuno Cudorfer und Doris Domayer ein Geschäft in offener Gesellschaft betreiben, kann die Firma nicht lauten: „Agmüller und Beghuber“, aber auch nicht: „Agmüller, Beghuber, Cudorfer, Domayer et Cpie.“.

²⁶⁾ Den Fall des Art. 22 immer vorbehalten.

²⁷⁾ Auch nicht Adolph Agmüller und Söhne, obwohl dem Wortlaute nach hierdurch die Vorschrift des Art. 17 erfüllt wäre, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 153. Ueber den Fall, wo mehrere Gesellschafter gleichen Familiennamen führen, vgl. das Erk. des Danziger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegs in Busch, Arch. Bd. I, S. 391.

z. B. die Firma: „Agmüller et Cpie., Münchner Papierfabrik“ nicht zu beanstanden sein.²⁸⁾

E. Tritt zur offenen Gesellschaft ein stiller Gesellschafter, so darf dieser in der Firma ebensowenig erwähnt werden, wie beim Einzelkaufmann.

III. Die Firma einer **Kommanditgesellschaft** muss den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem die Kommanditeigenschaft des Geschäftes bezeichnenden Zusatz enthalten (Art. 17 Abs. 2).

A. Für die Wahl der Firma einer Kommanditgesellschaft gilt im Allgemeinen dasselbe, wie unter II erörtert, nur ist die Benennung der Namen auf die persönlich haftenden Gesellschafter beschränkt. Die Bezeichnung des Gesellschaftsverhältnisses als eine Kommanditgesellschaft ist nicht geboten,²⁹⁾ aber erlaubt.

B. Besonders verboten wird es im Gesetze (Art. 17 Abs. 3) die Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft zu bezeichnen, auch wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.³⁰⁾ Die Bezeichnung als „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ wäre zulässig.³¹⁾

C. Die Folgen der Aufnahme eines Namens in der Firma sind verschieden; Kommanditisten, welche genannt sind, haften als offene Gesellschafter (Art. 168 und 257 des A. d. H.G.B.), bei anderen Namen tritt lediglich die gewöhnliche Abhülfe ein.³²⁾

IV. **Aktiengesellschaften** betreiben das Geschäft unter dem Namen des Unternehmens (Art. 18 des H.G.B.). Das Handelsgesetzbuch gibt für die Wahl der Firma einer Aktiengesellschaft eine absolute und eine fakultative Vorschrift. Unzulässig ist die Aufnahme des Namens der Aktionäre oder anderer Personen in die Firma, als Regel (aber nicht als unumstößliche) wird die Bezeichnung des Unternehmens der Gesellschaft in der Firma erklärt.

²⁸⁾ Vgl. auch Busch, Arch. Bd. III, S. 72. Der Zusatz „Herr“ bei der Gesellschaftsfirmen ist an sich nicht zulässig. Der Beisatz im praktischen Leben aber kommt vor, vgl. das interessante Erk. des Münchener Handelsgerichtes in Busch, Bd. XXXVI, S. 328.

²⁹⁾ Hierdurch entsteht allerdings eine Unklarheit; wenn Anton Agmüller persönlicher Gesellschafter, Benno Beghuber aber Kommanditist ist, so lässt die Firma „Agmüller et Cpie.“ nicht ersehen, ob diese Kompagnie eine offene, oder eine Kommandit-Gesellschaft ist. Die Firma „Mayer et Kommandite“ in Busch, Arch. XXX, S. 105.

³⁰⁾ Als Motiv ist seinerzeit angeführt worden (Motive zum Preussischen Entwurfe eines H.G.B. S. 17), dass wegen der bei Aktiengesellschaften bestehenden Staatsaufsicht die Bezeichnung zur Täuschung des Publikums führen könnte. Dieses Motiv ist nun zwar in Folge der Novelle von 1870 nicht mehr zutreffend, indessen der Satz: cessante legis ratione lex cessat ipsa wird nicht genügen, die formell stehen gebliebene Vorschrift des Art. 1, Abs. 3 zu beseitigen.

³¹⁾ Beispieler in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 155.

³²⁾ Dass nur die Befügung von Namen in der Form, welche auf eine Beteiligung der Personen am Geschäft schliessen lässt, hier gemeint, erscheint selbstverständlich. Vgl. unten Note 34.

A. Aktionäre dürfen als solche niemals in der Firma figuriren;³³⁾ andere Personennamen dann, wenn damit eine Täuschung des Publikums nicht verbunden ist.³⁴⁾ Bestritten ist, ob ein Personennamen auch dann nicht in der Firma der Aktiengesellschaft erscheinen darf, wenn er nur in dem Zusatze vorkommt,³⁵⁾ insbesondere wenn er ein Nachfolgeverhältniss andeutet. Mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Zulässigkeit eines Zusatzes nur bei Art. 16 des A. d. H.G.B. erwähnt ist und im Hinblick auf die Motive, welche zu der Festsetzung in Art. 18 Abs. 2 geführt haben,³⁶⁾ dürfte die strengere Ansicht, welche auch in dieser Form jeden Personennamen in der Firma einer Aktiengesellschaft verboten erachtet, die richtigere sein.³⁷⁾

B. Das Unternehmen kann entweder allein oder mit Beisätzen in der Firma der Aktiengesellschaft vorkommen. Ersteres wird nicht leicht vorkommen, da diese Bezeichnung nicht deutlich genug erscheinen wird. Gewöhnlich wird irgend eine Staats- oder Ortsbezeichnung hinzugefügt.³⁸⁾ Ob die Eigenschaft des Geschäftes als Gesellschaft oder als Aktiengesellschaft in der Firma ausgedrückt werden will, steht frei.³⁹⁾ Es ist nicht untersagt,⁴⁰⁾ sich solcher Beisätze zu bedienen, welche auf ein öffentliches Institut gedeutet werden könnten, sofern dieser Beisatz überhaupt der betreffenden Gesellschaft gebührt.

§ 46.

3. Das Recht an der Firma.

Das A. d. H.G.B. erkennt ein Recht auf die Firma an.¹⁾ Und zwar zeigt sich dieses in zweifacher Richtung:

I. Das Bestehen der Firma gilt als Grund, dass der Inhaber jeden Anderen

³³⁾ Wäre eine Aktiengesellschaft in offener Gesellschaft mit einem Aktionäre, dann dürfte der Name des Letzteren wohl in der Firma vorkommen, weil er darin eben nicht als der des Aktionärs, sondern als der des persönlich haftenden Gesellschafters erscheint.

³⁴⁾ Wenn hinter den Personen keine persönlich haftende physische Persönlichkeit vermuthet werden kann, z. B. Götternamen oder Namen in deutlicher Verbindung: Prinz-Leopold-Aktiengesellschaft, Schaafhausen'scher Bankverein u. s. w.

³⁵⁾ Z. B. Magdeburger Omnibus-Aktien-Gesellschaft (vormals Albert Faber) oder Böhmisches Brauhaus (A. Knoblauch).

³⁶⁾ Prot. S. 37.

³⁷⁾ Vgl. den Beschluss des Magdeburger Appellgerichtes in Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 441 ff.

³⁸⁾ Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, Hallische Zuckersiederei-Kompagnie, Getreidekunstmühle in Rosenheim, Kreditverein für Handwerker in Magdeburg, Ritterschaftliche Privatbank in Pommern.

³⁹⁾ Ein Antrag, die Bezeichnung als „Aktiengesellschaft“ (wie in England „limited“) obligatorisch zu machen, wurde abgelehnt, vgl. Prot. S. 37. S. auch Keyssner, Aktienges. S. 36. Ein Zusatz „vormals N. N.“ bei Erwerb eines Geschäftes durch die zu gründende Aktiengesellschaft ist zulässig; vgl. Gruchot, Beitr. Bd. 17, S. 72.

⁴⁰⁾ Früher war dies in Oesterreich und Hamburg nicht freigegeben. Vgl. Völdern-dorff's Kommentar Bd. I, S. 157, Note 7.

¹⁾ Untersuchungen über das Wesen des Firmenrechtes s. bei Gareis, Busch's Arch. Bd. 35, S. 185.

an dem Gebrauche derselben verhindern kann. Das Bestehen einer Firma verhindert das 1) Entstehen einer neuen gleichen Firma und weil die Firma nur besteht für einen bestimmten **Inhaber**, so darf auch nur 2) dieser Inhaber sich ihrer bedienen.

Ad 1). Die im Handelsregister eingetragene Firma ²⁾ wird zunächst dadurch geschützt, dass das Gericht den Eintrag einer gleichlautenden jedem Anderen versagt. Dies erhellt aus Art. 20 Abs. 1, wobei folgendes zu bemerken kommt:

A. **Den Satz**, dass neben einer Firma eine gleiche neue nicht entstehen kann, stellt Art. 20 des A. d. H.G.B. mit dem erklärenden **Zusatze auf**, dass sich die Firmen von einander nicht nur unterscheiden, sondern **deutlich** unterscheiden müssen. Indessen darf hiedurch das Grundprinzip der Wahrheit der Firma nicht alterirt werden. Bei den Aktiengesellschaften ist die gleichzeitige Durchführung beider Vorschriften leicht; es muss eben eine andere als die bisher schon vorhandenen Firmen aus dem Unternehmen oder sonst wie geschöpft werden. Bei der Gesellschaftsfirmen wird gleichfalls selbst bei gleichen Namen aller Gesellschaften in der Regel unschwer eine neue Kombination derselben, die sich von der bisherigen Gesellschaftsfirmen unterscheidet, zu finden sein. Anders aber liegt die Sache bei der Einzelfirma; denn es würden an sich der Art. 16 und der Art. 20 jedesmal in Kollision kommen, wenn zwei Kaufleute gleichen Vor- und Familiennamen führen. Man muss also hier einen Ausweg suchen und dieser lässt sich auf doppelte Art erzielen. Da Art. 16 die Firmirung nur mit dem Familiennamen gebietet, den Vornamen aber fakultativ erklärt, so kann durch die von der bisherigen Firma sich unterscheidende Kombinirung beider Namen geholfen werden. Führt aber der bisherige Kaufmann den vollen Namen als Firma und will der neue Kaufmann, was ihm nicht verwehrt werden kann, dieses gleichfalls thun, so verordnet das Handelsgesetzbuch (Art. 20 Abs. 2) dem letzteren die Beifügung eines Zusatzes, welcher eine „deutliche Unterscheidung“ bewirkt.

Was als „deutliche Unterscheidung“ anzusehen sei, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden. Man muss hiebei auf die Absicht des Gesetzes zurückgehen, welches dahin gerichtet ist, das Publikum vor Täuschungen, den Kaufmann vor unsauberer Konkurrenz zu schützen. Hiezu kann unter Umständen schon eine Abkürzung des Vornamens genügen,³⁾ unter Umständen

²⁾ In der eingetragenen Form, s. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 4, S. 236. Vorausgesetzt redlichen Erwerb des Eintrags; erschlichene oder unrechte, auf vorgeschobene Namen lautende Firmen werden in dieser Weise nicht geschützt; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 6, S. 146; Bd. 10, S. 292.

³⁾ Aber eine Abkürzung, die auch im gewöhnlichen Leben anerkannt wird; die Firma C. F. Meyer liest man so, wie sie geschrieben steht; Friedr. Meyer aber wird Jedermann Friedrich Meyer aussprechen, sie unterscheidet sich demnach nicht „deutlich“ vom vollen Namen. Noch weniger, wenn zwar die Schreibweise des Namens verschieden, die Aussprache aber gleich ist, z. B. Behrendt und Barent (Erk. des Königsberger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegiums bei Busch, Arch. Bd. XXX, S. 87). Dasselbe muss Platz greifen, wenn die Namen zwar verschieden gesprochen, aber gleich geschrieben werden; der aus England stammende Miles und der deutsche Meils unterscheiden sich sicherlich nicht deutlich. Vgl. Hahn, Kommentar Bd. I, S. 95.

aber nicht einmal ein erheblicher Zusatz. Zwei gleiche Geschäfte müssen deutlicher sich von einander in der Firma abheben, als ungleichartige. Die Eisenhandlung Friedrich David Meyer wird Niemand mit der Hopfenhandlung F. D. Meyer verwechseln; auf der Champagnerflasche ist die Firma „Nouve Cluquot Ponsardin“ gegenüber der Firma „Franz Cluquot et Comp.“ als nicht genügend unterschieden erklärt.⁴⁾ Desgleichen können unter Umständen bei einer Gesellschaft Abkürzungen der Namen ein Unterscheidungsmerkmal abgeben und Aehnliches, nicht wohl aber Veränderungen in dem Beisatze et Compagnie, noch weniger blosse Umstellungen.⁵⁾

Als Zusätze, wie sie das Gesetz erfordert, können manchmal die Bezeichnungen „Sohn“, „junior“ und dergleichen vollkommen ausreichen,⁶⁾ während hinwiederum ein solcher kleiner Unterschied der Firma als mitunter illusorisch erscheinen kann. Das vernünftige Ermessen des Handelsrichters muss daher Mass geben und im Zweifel lieber Mehr als Weniger verlangen. Im Grossen und Ganzen ist jetzt in Folge des Gesetzes über den Markenschutz (vgl. unten § 48) die Lehre von der Nothwendigkeit der Unterscheidung der Firmen in ihrer Funktion als kaufmännische Unterschrift gegenüber ihrer Bedeutung als Waarenbezeichnung zurückgetreten.

B. Das Bestehen zweier gleichlautender Firmen ist natürlich nicht allgemein, für die ganze Welt oder auch nur für ganz Deutschland zu verhindern, der eintragende Handelsrichter kann nicht Kenntniss von allen irgendwo bestehenden Firmen besitzen und andererseits kann aus der Gleichartigkeit des Namens zweier weit auseinander liegender Handelsniederlassungen auch kein erheblicher Nachtheil erfolgen. Indessen lässt sich zweifeln, in welchem Umfange das Verbot zu handhaben sei. Am Richtigsten wäre wohl, wenn das Geltungsgebiet eines bestimmten Handelsregisters als massgebend erklärt würde, so dass in keinem Handelsregister zwei gleichlautende Firmen vorkommen und eingetragen werden könnten.⁷⁾ Allein das A. d. H.G.B. steht nicht auf diesem Standpunkte, sondern anerkennt die Ausschliesslichkeit einer gleichlautenden Firma nur innerhalb eines bestimmten geographischen Bezirks, und zwar ist als solcher der Ort oder die Gemeinde bezeichnet. Unter dem Ausdrucke „Ort“ versteht man einen bestimmten mit Häusern bebauten Flächenraum, unter Gemeinde die politische Zusammengehörigkeit unter einer kommunalen Verwaltung.⁸⁾ Es kann also eine Gemeinde mehrere Orte umfassen und es kann ein Ort in verschiedene Gemein-

⁴⁾ In dem berühmten Erk. des Pariser Appellgerichtes vom 6. März 1851, eine Entscheidung, gegen welche freilich sich manches sagen lässt. Vgl. Brinkmann, Handelsrecht S. 56, Note 12.

⁵⁾ Ob Friedrich Müller mit: et Compagnie, et Cpie. oder et Co. firmirt, wird von dem Publikum kaum beachtet; daran wird es also den Konkurrenten nicht erkennen.

⁶⁾ Z. B. Gebrüder Baumann und Baumann Gebrüder, vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 75.

⁷⁾ So war der Vorschlag des Oesterreichischen Entwurfes eines Handelsgesetzbuches § 17; allein derselbe wurde in der zweiten Lesung nicht angenommen, vgl. Prot. S. 920. Vgl. v. Hahn zu Art. 20, § 5.

⁸⁾ Vgl. die Protokolle S. 920 und Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 169.

den gehören;⁹⁾ in beiden Fällen tritt die Ausschliesslichkeit ein. Wenn also Haudorf und Schlagfeld die Gemeinde Prügelwald bilden, so darf der in Haudorf etablirte Franz Grob dem Franz Grob, der in Schlagfeld unter dieser Firma ein Geschäft eröffnen will,¹⁰⁾ dies ebenso untersagen, als es in München der Ferdinand Mayer in Haidhausen darf, wenn in Sendling sein Namensgenosse sich unter dieser Firma etabliren will.¹¹⁾ Ebenso kann in Ruhla weder im Weimarischen noch im Gothaischen Theile dieselbe Firma geführt werden.

C. Einige besondere Fälle sind noch zu erwähnen:

1) Ob die Firma **Hauptniederlassungsfirma** ist oder nur Firma einer **Zweigniederlassung** kommt nicht in Betracht. Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, sei dies die Firma eines selbständigen Geschäftes, oder hätte ein Kaufmann dortselbst bereits eine Zweigniederlassung unter dieser Firma registriren lassen, so muss die neu angemeldete Zweigniederlassung der Firma ihres Geschäftes einen unterscheidenden Beisatz hinzufügen.¹²⁾

2) Es kann vorkommen, dass die **Begriffe des Ortes und der Gemeinde sich nicht decken**. Z. B. die Stadt Mollberg besteht aus zwei durch den Illbach getrennten Hälften, welche zwei gesonderte Gemeinden bilden. Zur Gemeinde Mollberg links des Baches gehört aber noch die Ortschaft Frischthal. Hier darf zwar in Mollberg links und in Frischthal nicht die gleiche Firma geführt werden, wohl aber in Mollberg rechts des Illbachs und in Frischthal.¹³⁾ Häufig wird ein bisher selbständiger Ort zu einer grösseren Gemeinde geschlagen;¹⁴⁾ was ist nun Rechtens bezüglich der schon bestehenden Firmen? Meiner Ansicht nach muss im Falle einer Gleichheit diejenige einen Zusatz annehmen, welche der Zeit nach später angemeldet wurde.¹⁵⁾

D. **Der Rechtsschutz**, welcher im Obigen dargestellt ist, wird übrigens nicht jeder Firma, sondern nur der im Register eingetragenen gewährt. Das bloss faktische Bestehen genügt nicht, es muss vielmehr derjenige Firmeninhaber

⁹⁾ Das grosse Fabrikdorf Ruhla gehört sogar nach Hahn, Kommentar Bd. I, S. 96 in zwei verschiedene Staaten.

¹⁰⁾ Ob die Hinzufügung des Ortes die Firmen genugsam unterscheidet, ist nach den Umständen zu bemessen.

¹¹⁾ Haidhausen und Sendling gehören nemlich zur Gemeinde München.

¹²⁾ Bestritten ist, ob die Registerbehörde am Orte der Zweigniederlassung an die Entscheidung der Behörde vom Orte der Hauptniederlassung in Betreff der Frage der Gleichartigkeit gebunden ist. Z. B. die zwei Andreas Mayer in München firmiren (unter Zustimmung des Gerichtes) der eine Andr. Mayer, der andere A. Mayer; letzterer ist in Augsburg auch für eine Zweigniederlassung mit dieser Firma eingetragen; nun meldet Andr. Mayer sich in Augsburg auch für eine Zweigniederlassung an. Kann das Augsburger Handelsgericht ihn zurückweisen, weil dasselbe die Firmen nicht deutlich genug unterschieden findet? Ein im Centralorgan, neue Folge Bd. I, S. 51 abgedrucktes Erkenntniss des Königsberger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegiums spricht sich dafür aus.

¹³⁾ Ebenso v. Hahn a. a. O. S. 97.

¹⁴⁾ Z. B. Gostenhof und Rennweg zu Nürnberg; Sendling zu München u. s. w.

¹⁵⁾ Vgl. Völderdorff's Kommentar Bd. I, S. 169.

als der stärkerberechtigte angesehen werden, der zuerst den vom Gesetze vorgeschriebenen Schritt zur Sicherstellung des faktischen Bestehens gethan hat.¹⁶⁾ Die früher eingetragene, wenn auch später entstandene geht der früher entstandenen aber später eingetragenen Firma vor.

Ad 2). Das ausschliessliche Recht des stärkeren Firmeninhabers äussert sich in doppelter Richtung. Es ist vor Allem ein Verbotungsrecht. Der Inhaber einer eingetragenen Firma kann den Unberechtigten vor Gericht ziehen und ihm die Führung der Firma untersagen lassen. Ob Jemand die Firma unberechtigt als Inhaber führt oder ob er als Vertreter einer unberechtigten Firma auftritt, macht hierin keinen Unterschied.¹⁷⁾ Dagegen sollte es nach der rechtlichen Idee des Prinzipes allerdings darauf ankommen, ob derjenige, welcher ein Verbotungsrecht geltend machen will, selbst eine eingetragene Firma besitzt oder nicht; denn ausserdem hätte er ja eigentlich kein stärkeres Recht, als derjenige, welcher firmirt.¹⁸⁾ Allein der Schutz gegen unbefugten Firmengebrauch geht weiter; wenn auch natürlich ohne eine Rechtsverletzung überhaupt kein Einschreiten möglich ist, so wird doch allgemein¹⁹⁾ angenommen, dass es nicht ein effektives Vermögensrecht sein muss, dessen Schutz der Verbotende beabsichtigt, sondern dass das Recht auf den eigenen Namen stark genug sei, um jeden unbefugten Gebrauch desselben untersagen zu dürfen.²⁰⁾

Es ist daher (nach v. Hahn) nicht nöthig, dass der Verbotende seinen bürgerlichen Namen selbst als Firma führe, oder dass er überhaupt Kaufmann sei, oder seine Absicht darthue, später selbst den Namen als Firma anzunehmen.²¹⁾ Auch ist es gleichgiltig, an welchem Orte der seinen Namen Führende wohnt. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die unerlaubte Firma den Eintrag erwirkt hat, und endlich auch nicht, ob dem unbefugt geführten Namen ein Zusatz beigefügt ist. Einzige Voraussetzung ist, dass der Firmirende zu

¹⁶⁾ Als diesen Schritt will man aber bereits die Anmeldung ansehen (Erk. des Berliner Stadtg. in Busch, Arch. Bd. I, S. 395). Ich halte nach dem Wortlaute des Gesetzes dies nicht für richtig.

¹⁷⁾ Umgekehrt nicht; z. B. ein Agent der berechtigten Firma kann nicht als legitimirt erachtet werden, wegen Missbrauch der Firma aus eigener Person aufzutreten. Vgl. das Erk. des Kreisgerichts zu Hanau in Busch, Arch. Bd. XXXVII, S. 186.

¹⁸⁾ Was kümmert es den Dichter Anton Mayer, dass der Hopfenhändler Aaron Levi unberechtigter Weise als David Scholem firmirt, oder selbst als „Anton Mayer“; der Dichter verkauft ja selbst keinen Hopfen und wird also nicht beschädigt.

¹⁹⁾ Völderdorff's Kommentar Bd. I, S. 211 ff., v. Hahn, Kommentar Bd. I, S. 113 ff. und das Erk. des R.O.H.G. Bd. IV, S. 256: „Die Rechtsverletzung, durch welche die Anwendbarkeit des Art. 27 bedingt ist, braucht nicht nothwendig das Vermögen zu betreffen und wer nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf Inhibirung der Firmaführung klagt, braucht auch nicht einen Beweis, Schaden erlitten zu haben, anzutreten.“

²⁰⁾ Im Beispiele der Note 19 also kann der Dichter zwar nicht die Firmirung mit David Scholem, wohl aber die mit Anton Mayer verbieten.

²¹⁾ Daher kann ich die Ansicht, welche von v. Hahn a. a. O. S. 114 vertreten wird, nicht theilen, dass der Gebrauch eines Familiennamens, namentlich eines oft vorkommenden, den Träger desselben zur Untersagung nicht ohne Weiteres berechtige.

der Firma kein Recht hat, dass er unbefugt firmirt. Dies kann der Fall sein, weil er den Art. 16 des A. d. H.G.B. verletzt, oder weil er dem Art. 20 bez. 21 zuwiderhandelt. Allein beide Fälle unterscheiden sich; im letzteren kann das Verbotungsrecht auch gegen denjenigen eintreten, welcher zu der Firma, die er führen will, an sich berechtigt wäre, es kann aber nur von demjenigen geübt werden, welcher bereits im Register steht. Im ersteren Falle dagegen kann das Untersagungsrecht nur gegen denjenigen eintreten, welcher zu der Firma, die er führt, überhaupt und abgesehen von einem früheren Eintrage unberechtigt ist, kann aber von Jedem geübt werden, der zu der Firma an sich berechtigt wäre, wenn er auch mit derselben im Register nicht eingetragen ist.

Die unbefugte Firmenführung kann nicht bloss in dem Gebrauch bei Rechtsakten oder Vertragsschlüssen, sondern auch z. B. in der Aufschrift des Geschäftslokales u. dgl. liegen, und wegen unbefugter Führung der Firma kann auch recht wohl einer der in Art. 10 des H.G.B. bezeichneten Händler belangt werden.²²⁾

Das Gesetz gewährt aber ausser dem Recht auf Untersagung auch ein Recht auf Schadensersatz, und die Geltendmachung dieses Rechts ist dadurch erleichtert, dass das Handelsgericht über Existenz und Höhe des Schadens lediglich nach seinem freien Ermessen zu urtheilen hat.²³⁾ Doch wird hiedurch nicht die rein subjektive Willkür des Richters sanktionirt, sondern nur die Befreiung von den strikten Beweisregeln, wie sie ehemals bestanden.²⁴⁾

Zur Begründung der Klage muss dargethan werden, dass der Beklagte unbefugt die Firma gebraucht, ferner dass ein Recht des Klägers hiedurch verletzt ist²⁵⁾ und endlich dass diese Rechtsverletzung einen vermögensrechtlichen Schaden hervorgerufen hat.²⁶⁾ Dieser Beweis wird nunmehr nur in den seltensten Fällen zu liefern sein.²⁷⁾

²²⁾ Keyssner, A. d. H.G.B. zu Art. 27, Note 1.

²³⁾ Es kann auch die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten ausgesprochen werden (Art. 27 Abs. 3), nicht aber die der Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers. Die Wahl, in welchem Blatte die Veröffentlichung zu erfolgen habe, ist nicht auf die in Art. 14 des A. d. H.G.B. bezeichneten beschränkt.

²⁴⁾ Nach der R.Civ.Pr.O. wäre der Art. 27 Abs. 2 des A. d. H.G.B. nicht mehr nöthig.

²⁵⁾ Dies muss auch bei der Ausübung des Verbotungsrechtes bewiesen werden, die dritte Voraussetzung aber nicht.

²⁶⁾ Das Nähere in Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 211 und 213. Vgl. R.O.H.R. Bd. 4, S. 253; Bd. 6, S. 196; Bd. 10, S. 292. Ueber die Bemessung des Schadens s. C.P.O. § 283.

²⁷⁾ Der unbefugte Gebrauch einer Firma wird (wie schon oben erwähnt) in der Regel dann Schaden verursachen, wenn sie als Waarenzeichen oder als Etablissementsnamen benutzt wird. Diese Fälle aber sind nicht nach Art. 27 des A. d. H.G.B., sondern nach dem Markenschutz-Gesetz zu beurtheilen (vgl. über diese Frage Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 208 ff.). Hierher gehört nur, wenn unter Anwendung der Firma ein Handelsgeschäft geschlossen oder eine Unterschrift abgegeben ist. Abstrahirt man nun vom Falle solchen unbefugten Gebrauches, die einen Betrug in sich schliessen, so bleibt nicht leicht Material zur Konstruirung von Beschädigungsfällen. R.O.H.G. Bd. 14, S. 187; vgl. Bd. 4, S. 254.

Zu erwähnen kommt noch, dass beide Rechte, das Verbotungsrecht und das Recht auf Schadensersatz auch auf die Rechtsnachfolger übergehen.²⁸⁾

II. Die Firma ist als **Rechtsobjekt** veräußerlich und übertragbar. In welchem Umfang s. § 47.

§ 47.

4. Der Gebrauch und die Uebertragung der Firma.

Aus dem Begriffe der Firma, weil sie als die Bezeichnung der eigentlichen kaufmännischen Persönlichkeit erscheint, folgt mit Nothwendigkeit, dass sie als Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten erscheint. Da aber hinter der Firma immer das Geschäft als Komplement der kaufmännischen Persönlichkeit steht (vgl. oben S. 192), so zwar, dass man im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Ausdrücke „Firma“ und „Geschäft“ häufig für einander setzt,¹⁾ so ist es der Firmainhaber in seiner Funktion als Geschäftsinhaber, welcher unter der „Firma“ handelt.

I. Diese Bedeutung des Gebrauchs der Firma zeigt sich in Folgendem:

A. **Rechtsgeschäfte, welche auf den Namen der Firma geschlossen werden**, berechtigen²⁾ und verpflichten den Geschäftsinhaber ebenso, als wenn sie auf den bürgerlichen Namen einer Person lauten.³⁾ Urkunden, insbesondere Wechsel,⁴⁾ welche mit der Firma gezeichnet oder an die Firma gerichtet sind, gelten als vom Inhaber unterschrieben, beziehungsweise als an ihn gerichtet. Sie sind recognoscibel, wie eine mit persönlichem Namen gefertigte Urkunde. Zu erwähnen kommt hier, dass, nachdem die Firma nur in ihrer Vollständigkeit der Handelsname des Kaufmanns ist, dieselbe auch stets in allen wesentlichen Bestandtheilen gezeichnet werden muss.⁵⁾

B. Der Gebrauch der Firma ist das **Kennzeichen**⁶⁾ dafür, dass die betreffende **Handlung für das Geschäft vorgenommen ist.**⁷⁾ Deshalb haben nur die Organe des Geschäftes das Recht, zu firmiren, und die Ertheilung des

²⁸⁾ Es ist hierbei nicht nur der Erbe, sondern derjenige als Rechtsnachfolger anzusehen, welcher das Geschäft mit der Firma übernimmt. Vgl. Busch, Arch. Bd. XXXVI, S. 200.

¹⁾ Vgl. Endemann a. a. O. S. 77, Note 10. Man sagt: „A. ist Reisender der Firma B.“; oder „der Firma C kann man keinen Kredit gewähren“ u. dgl.

²⁾ Eine Firma kann zum Erben eingesetzt, es kann ihr ein Legat hinterlassen werden.

³⁾ Und zwar auch dann, wenn die Firma eine an sich unzulässige oder unrechtmäßige ist. Vgl. z. B. das Erk. des R.O.H.G. vom 24. Januar 1877 in der Sammlung Bd. XXII, Nr. 71.

⁴⁾ A. d. W.O. Art. 4, Nr. 3, 5 und 7. Art. 96, Nr. 3 und 5; vgl. auch v. Hahn, Bd. I, S. 82.

⁵⁾ Erk. des R.O.H.G. vom 2. Januar 1874 in der Sammlung Bd. XII, S. 173.

⁶⁾ Nicht das absolute; bei mündlichen Rechtsgeschäften z. B. hängt es von den Umständen ab, ob nicht ungeachtet des Nichtgebrauches der Firma doch das Geschäft vom Inhaber der Firma als solchem geschlossen war, vgl. Endemann a. a. O. S. 82, Note 50.

⁷⁾ „Wenn ein Kaufmann unter Gebrauch seiner Firma handelt, erklärt er, als Kaufmann handeln zu wollen.“ v. Hahn, Bd. I, S. 83.

Rechtes zu firmiren, macht den Betreffenden zum Geschäftsherrn (Inhaber oder Vertreter des Inhabers).

C. Unter Umständen kann der Inhaber des Geschäftes nur unter der Firma handelnd auftreten, so insbesondere bei Aktiengesellschaften. Daraus folgt, dass bei Gesellschaften die Firma das Rechtssubjekt ist, welche in den öffentlichen Büchern eingetragen werden muss, und bei Einzelkaufleuten wenigstens an sich⁸⁾ eingetragen werden kann.⁹⁾

D. Auch passiv legitimirt im Rechtsverkehr erscheint die Firma. Nur kann sie natürlich physische Akte nicht vornehmen. Dass der Wechselprotest gegen die Firma erhoben werden muss, schliesst nicht aus, dass die Protesturkunde die Person anzuführen hat, welche Namens der Firma die Zahlung verweigert.¹⁰⁾ Desgleichen kann in einem Ladungsnachweis der Gerichtsvollzieher nicht die Firma als „redend mit ihm selbst“ anführen und Aehnliches.

E. Die wichtigste Folge aber der Handlungsfähigkeit ist, dass die Firma klagen und beklagt werden kann.¹¹⁾ Man hat dieses bestritten, weil dieselbe kein Subjekt sei und nicht physische Handlungen ausüben könne. Nun ist es richtig, die Thätigkeiten im Prozesse muss allerdings der hinter der Firma stehende physische Geschäftsinhaber vornehmen, er muss z. B. den Eid leisten.¹²⁾ Allein das ist nicht nur bei allen juristischen Persönlichkeiten der Fall, sondern auch bei den Firmen in anderen Handlungen, die unzweifelhaft ihr zustehen.¹³⁾ Entscheidend bleibt, dass die prozessuale Auseinandersetzung über kaufmännische Rechte und Verbindlichkeiten ein kaufmännischer Rechtsakt ist und daher die Firma denselben vornehmen kann.

II. Als Name der kaufmännischen Persönlichkeit ist die Firma an den Fortbestand dieser Persönlichkeit, des Geschäftes — nicht der Person des Geschäftsinhabers, gebunden. Wenn der Kaufmann aufhört Kaufmann zu sein, kann ein doppelter Anlass obwalten; geschieht es, weil das Geschäft aufhört, sei es, dass es freiwillig aufgegeben oder wegen eingetretener Insolvenz geschlossen wird,¹⁴⁾ so endigt die Firma und muss im Register gelöscht werden. Hört der Kaufmann aber nur für seine Person auf Handel zu treiben und überkommt

⁸⁾ Soferne die Hypothekenordnungen nicht formal noch entgegenstehen.

⁹⁾ Vgl. das Erk. des Kölner Appellhofes vom 27. Januar 1871 in Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 435.

¹⁰⁾ Das R.O.H.G. hat in einem Erk. vom 4. Dezember 1874 (Sammlung Bd. XV, S. 208 und Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 309) ausgesprochen, ein Protest sei ungültig, in welchem „die allgemeine Depositenbank“ Zahlung verweigert.

¹¹⁾ Nach der Entsch. des R.O.H.G. Bd. 14, S. 307 kann auch der Einzelkaufmann unter der Firma klagen und verklagt werden, selbst wenn sie von seinem Namen abweicht; ob daraus bei der Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten entstehen können, kommt nicht in Betracht.

¹²⁾ Vgl. Lit. D.

¹³⁾ Die Firma schreibt nicht das „acceptirt“ auf den Wechsel.

¹⁴⁾ Der Konkurs endigt nicht das Geschäft von Rechts wegen; es liegt die Entscheidung bei den Gläubigern, § 118 der K.O. (Völderndorff's Kommentar Bd. II, S. 262 ff.) und § 120 der K.O. (Völderndorff's Kommentar Bd. II, S. 270 ff.). Ueber die Frage nach früherem Recht s. Busch. Arch. Bd. II, S. 292 und Bd. XV, S. 257.

das Geschäft ein Anderer, so muss die Firma keineswegs endigen. Die Befugnis, dieselbe auch bei geänderter Inhaberschaft fortzuführen, kann erworben werden, durch Erbgang oder durch Einwilligung des ursprünglich Berechtigten;¹⁵⁾ es bleibt aber immer eine Befugnis des neuen Geschäftsinhabers, ob er die ihm nach Art. 16 zukommende wahre Firma annehmen oder die bisher mit dem Geschäfte verbundene fortführen will (Art. 22 des A. d. H.G.B.).¹⁶⁾ Desgleichen kann die Firma fortgeführt werden, wenn in das bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn zu einer Handelsgesellschaft ein Gesellschafter neu hinzutritt, oder aus einer Handelsgesellschaft ein Gesellschafter austritt; in letzterem Falle ist dessen Einwilligung dann von Nöthen, wenn sein Name in der Firma vorkommt (Art. 24 des A. d. H.G.B.).¹⁷⁾

Im Einzelnen kommt zu bemerken:

A. Ohne Uebertragung des Geschäftes kann die Firma niemals übergehen (Art. 23 des A. d. H.G.B.); es folgt dies aus dem Begriffe der Firma, die keine selbständige Sache, überhaupt keine Sache, sondern nur die Bezeichnung eines Rechtssubjektes ist.¹⁸⁾

B. Die Firma haftet am Geschäft als solchem; es kann daher die Firma dann nicht übergehen, wenn nur eine Zweigniederlassung den Besitzer wechselt, das Hauptgeschäft aber bleibt.¹⁹⁾

C. Uebergang des Geschäftes tritt auch ein bei dessen Verpachtung, der Pächter kann also die Firma des Eigentümers führen.²⁰⁾

D. Die Einwilligung des abgebenden Geschäftsinhabers oder des eintretenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma muss eine ausdrückliche²¹⁾ sein; sie kann weder präsumirt, noch aus den Umständen gefolgert werden.

E. Nachdem das Geschäft mehr ist als das blosse Geschäftsetablisement, so kann von der Erwerbung eines bestehenden Handelsgeschäftes und der darauf sich gründenden Fortführung der bisherigen Firma nur dann die Rede sein,

¹⁵⁾ Der ursprünglich Berechtigte ist im Falle mehrerer Erben deren Gesamtheit, daher müssen, wenn ein Erbe allein das Geschäft fortsetzt, die Miterben zum Fortbestand der Firma ihre Einwilligung geben.

¹⁶⁾ Natürlich dann nicht, wenn er sich beim Erwerbe zur Fortführung aus besonderen Rücksichten verpflichtet hat. Ein interessanter Fall in dieser Hinsicht bei Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 253.

¹⁷⁾ Keyssner, f. Erlt. die H.Ges. S. 22. — Dagegen kann eine Aktiengesellschaft die Firma eines Einzelkaufmannes oder einer offenen Handelsgesellschaft nicht fortführen, wenn sie auch das Geschäft erwirbt. Vgl. oben und Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 441.

¹⁸⁾ Vgl. die Ausführungen in Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 191 ff.; Behrend, Zeitschr. für Gesetzg. und Rechtspf. Bd. 4, S. 437 ff.

¹⁹⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. IV, S. 129.

²⁰⁾ Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 667 und das Erk. des Handelsapp.Gr. zu Nürnberg vom 18. Dezember 1865 (Völderndorff's Sammlung, Bd. II, S. 120).

²¹⁾ Wenn auch nicht gerade mit ausdrücklichen Worten. Keyssner zu Art. 22, Nr. 5; Ueberlassung auf Zeit s. das. Nr. 7.

wenn der Erwerber in alle Rechtsverhältnisse²²⁾ des Handelsgeschäftes eintritt, nicht aber wenn nur das Waarenlager, die Lokalitäten und dergleichen übergehen. Vgl. hierüber und darüber insbesondere, ob aus dem Uebergang der Firma der Schluss auf Uebernahme aller Aktiven und Passiven gerechtfertigt ist, die Ausführungen oben S. 190.

F. Das Recht des neuen Geschäftsinhabers zur Fortführung der seitherigen Firma ist ebenso wie seine Haftung für die unter der Firma geschlossenen Geschäfte nicht davon abhängig, dass der Uebergang des Geschäftes, zu dem er nach Art. 25, 26 gezwungen werden kann, bereits erfolgt ist. Neben dem thatsächlichen Geschäftsinhaber bleibt freilich auch der im Register eingetragene haftbar.²³⁾

D. Waarenzeichen und Markenschutz.¹⁾

§ 48.

1. Die Bedeutung des Waarenzeichens.

Dasjenige äussere Merkmal, welches die Waare eines bestimmten Gewerbetreibenden von der Waare anderer Gewerbetreibenden unterscheidet,²⁾ heisst **Waarenzeichen**, **Waarenmarke** (auch **Handelszeichen**).³⁾ Das Zeichen kann entweder auf der Sache selbst, welche die Waare bildet,⁴⁾ und zwar an einer

²²⁾ Vorbehalt einzelner Forderungen oder Belassung einzelner Schulden beim Veräusserer ist natürlich nicht ausgeschlossen. Ein Oesterreichisches Erk. (bei Busch, Arch. Bd. XXX, S. 105) sagt deshalb: „in alle oder doch den grössten Theil der Rechtsverhältnisse.“

²³⁾ Entsch. des R.O.H.G. Bd. 17, S. 240.

¹⁾ Endemann, der Markenschutz (Busch, Arch. Bd. 32, S. 1 ff. und separat), Meves, Erläuterung zum Ges. von 1874 (Bezold, Gesetzgebung des deutschen Reichs Th. III, Bd. 1, S. 165 ff. und separat), Siegfried (Berlin 1875), A. Stockheim (München 1875), Erläuterungen zum Reichsgesetze über den Markenschutz. Löbker, in Hausers Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht Bd. 4, S. 129. S. auch Thöl, H.R. § 209; Endemann, H.R. § 19.

²⁾ Diese Definition ergibt sich aus § 1 des Reichsgesetzes von 1874.

³⁾ Unterschieden hiervon sind jene Zeichen, welche den Zweck haben, dem Publikum Sicherheit für die Güte und Beschaffenheit der Waare zu gewähren, z. B. die Abstempelung der Gold- und Silberwaaren, die Bezeichnung des Hopfens, der Wollen- und Leinenwaaren mit Siegeln oder Marken u. s. w.

⁴⁾ Natürlich muss die Sache als „Waare“ im Sinne des Gesetzes sich darstellen. Unbewegliche Gegenstände sind nicht Objekt der Handelsgeschäfte und deshalb ist das auf stehenden Bäumen eingepflanzte Zeichen keine Waarenmarke (Meves a. a. O. S. 168), aber dasselbe kann solche werden, wenn die Bäume zum „Holz“ werden, das heisst gefällt sind.

beliebigen Stelle, oder auf der Umhüllung⁵⁾ der Sache (dem Etui, Fasse, Behälter, der Flasche und dergleichen) angebracht sein.⁶⁾

Das Waarenzeichen ist entweder die Bezeichnung dafür, dass die Waare in der Hand eines bestimmten Kaufmanns war, er drückt sie auf die Sache zum Behufe des Umsatzes in Natur, in welchem Falle sie **Handelsmarke**, kaufmännische Marke genannt wird. Oder aber sie ist Ursprungszeichen, **Fabrikmarke**, **Etikette**.⁷⁾ Beide Arten fliessen indessen jetzt häufig ineinander⁸⁾ und es lässt sich nach den gegenwärtigen Verhältnissen des Handels und der Industrie mit Sicherheit eine Gränze zwischen beiden Zeichen kaum mehr ziehen.⁹⁾

Die im Folgenden darzustellende Bedeutung der Handels- und Fabrikmarke ist neueren Ursprungs; das frühere Recht beschäftigte sich, wie bereits früher (S. 183) gelegentlich erwähnt wurde, mit dem Waarenzeichen nur in seiner Funktion als Eigenthumsmarke. In dieser Richtung wurde demselben im Handelsverkehre eine doppelte Bedeutung beigelegt; man nahm an, die Aufsetzung des Zeichens bedeute den Uebergang des Eigenthums,¹⁰⁾ oder doch des Besitzes¹¹⁾ oder wenigstens der Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer¹²⁾ und man erblickte anderseits in der Signirung ein Anerkenntniss der Empfangbarkeit der Waare. Indessen waren die Ansichten im Einzelnen sehr getheilt;¹³⁾ der Handelsgebrauch aber ging vordem wohl dahin,¹⁴⁾ dass das Aufsetzen des Zeichens sowohl die Besitzergreifung wie die Genehmigung der Waare bekundet, sofern nicht aus den Umständen das Gegentheil zu vermuthen ist, und dass diese Vermuthung besonders dann ausgeschlossen erscheint, wenn die ganze Partie bezeichnet wurde,

⁵⁾ Das Reichsgesetz sagt: „Verpackung“; allein unter diesem Ausdrücke versteht man im gewöhnlichen Leben die „Umhüllung zum Zwecke der Versendung von einem Orte zum andern“, während das Waarenzeichen ohne Rücksicht auf Versendung auf der Umhüllung angebracht wird.

⁶⁾ Ueber Namen einer Zeitung und das Recht darauf vgl. Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. VI, S. 65.

⁷⁾ Vgl. die Motive zum Reichsgesetz von 1874 (stenograph. Ber. pro 1874/75, Bd. III, S. 365). Zu bemerken ist indess, dass die Benennung „Etikette“ auch in einem weiteren Sinne gebraucht wird; Endemann, S. 83, Note 2.

⁸⁾ Vgl. die stenographischen Berichte a. a. O. S. 635.

⁹⁾ Es gibt Kaufleute, welche die von ihnen ausschliesslich vertriebenen Waaren in kleineren Fabrikstädten nach Vorschrift fertigen lassen und daher, ohne Fabrikanten zu sein, mit ihrer kaufmännischen Marke zugleich ein Ursprungszeichen für die Waare geben und Aehnliches.

¹⁰⁾ So die Auffassung der mittelalterlichen Juristen Stracha, Marquard und Casaregis bei Thöl, S. 872, Note 5.

¹¹⁾ Z. B. Brauer, Deutsches Handelsrecht Bd. I, § 82.

¹²⁾ Z. B. Pöhl's Handelsrecht Bd. I, S. 191.

¹³⁾ Paulus in l. 14, § 1 D. de periculo et commodo rei venditae (18, 1) lässt den Alfenus sagen: *Videri trabes traditas, quas emtor signasset; und das Gleiche lehrte nach Ulpian (cod. l. 1, § 2) Trebatius; während Labeo und mit ihm Ulpian in der Zeichen- aufsetzung im Zweifel nur eine Vorsichtsmassregel zur Feststellung der Identität erblickten.*

¹⁴⁾ Brinkmann, Handelsrecht § 74, S. 297 und 298 und Note 8. Endemann, H.K. § 19, Note 43—45.

während bei Waaren, welche regelmässig erst durch Kosten, Nachstechen u. s. w. vor dem Empfange näher untersucht werden, die Bezeichnung unter Umständen nur als Feststellung derjenigen Theile, welche geprobt sind oder geprobt werden sollen, dienen.¹⁵⁾ Die neuere Lehre¹⁶⁾ aber nimmt vor Allem an, dass das Zeichnen der Waare niemals Tradition sei, weder wirkliche noch symbolische, nicht einmal in dem Falle, wenn es mit Zustimmung des Veräusserers geschieht. Dagegen könne unter Umständen in dem Akte des Zeichnens die Besitzergreifung sich ausdrücken. Und was die Gefahr der Waare betrifft, so hat der moderne Verkehr dahin geführt, dass der Versender der Waare ihr regelmässig sein Zeichen aufsetzt, ohngeachtet dieselbe nicht oder nicht mehr sein Eigenthum ist, und dass mit diesem Zeichen versehen die Waare durch die verschiedensten Hände geht, ohne dass Jemand daran denkt, aus dem Zeichen eine rechtliche Qualifikation zu entnehmen.

Sonach lässt sich zwar nicht dem (von Goldschmidt a. a. O. ausgesprochenen) Satze vollständig beistimmen: dass zur Zeit der rechtliche Zusammenhang zwischen dem Kaufmannszeichen und dessen Träger, wo nicht völlig geschwunden, so doch mindestens in hohem Grade gelockert sei, denn diesem widerspricht die ganze folgende Lehre vom Markenschutz, aber mit der Modifikation ist der Satz gewiss richtig, dass nach gegenwärtiger Sitte das Zeichnen der Waare nur zur Wahrung des Ursprungs, nicht als Vornahme eines Rechtsaktes angesehen wird.

§ 49.

2. Wesen und Grundlage des Markenschutzes. Anmeldung.

Dem Ermessen des Gewerbetreibenden ist es anheimgestellt, ob er seine Waaren und Fabrikate mit einer Bezeichnung versehen will oder nicht.¹⁾ Ferner steht es ihm frei, wenn er sie bezeichnen will, ob er hiezu sich seines Namens und seiner Firma bedienen oder ob er hiefür ein selbstgeschaffenes Bild oder sonstiges Merkmal wählen will.²⁾ Während indessen die zuerst erwähnte Art der Waarenkennzeichnung die ursprüngliche und längst als ein Individualrecht³⁾ anerkannt und geschützt war,⁴⁾ ist letztere — die Marke im technischen Sinne —

¹⁵⁾ Hamburger Arch. für Handelsrecht Bd. II, S. 574.

¹⁶⁾ Sehr schön und erschöpfend behandelt bei Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I, Abth. 2, S. 645 ff.

¹⁾ Für einige Gewerbe besteht partikularrechtlich eine Pflicht, den Namen an der Waare kenntlich zu machen, z. B. bei Gold- und Silberarbeiten; reichsgesetzlich (Bundesrathsbeschluss vom 13. Juli 1879 § 4, Al. 7) müssen Behälter, welche Dynamit enthalten, mit der Firma oder der Marke der Fabrik, aus welcher der Dynamit herrührt, bezeichnet sein.

²⁾ Auf zweifache Art kann eine Waare in berechtigter Weise mehrfache Zeichen tragen; einmal kann jeder Kaufmann, durch dessen Hand sie geht, sein Zeichen aufsetzen; es kann aber auch die Umhüllung selbst als Fabrikat eine Marke tragen.

³⁾ Dieses bezeichnenden Namens bedient sich Gareis in seiner schätzenswerthen Erörterung in Busch, Arch. Bd. XXXV, S. 185 ff.

⁴⁾ Indessen nicht unbeschränkt und allgemein, vgl. das Erk. des Handelsapp. Ger. zu Nürnberg vom 15. März 1866 in Völderndorff's Sammlung, Bd. II, S. 237, und das Erk. in Busch, Arch. Bd. XV, S. 412.

erst durch das Reichsgesetz vom 30. November 1874⁵⁾ zu einem civil- und strafrechtlich gesicherten Gebrauche gelangt, und zwar wird in diesem Gesetze unter „Warenzeichen“ stets nur die figürliche, selbstgeschaffene Marke (die eigentlichen Warenzeichen, welche in willkürlich gewählten Figuren bestehen) verstanden⁶⁾ und als solche der im Aufsetzen des Namens und der Firma bestehenden Warenbezeichnung entgegengesetzt.

Der Schutz des Gesetzes erstreckt sich übrigens nur auf die Ausschliessung der unbefugten Konkurrenz zwischen Kaufleuten beziehungsweise Fabrikanten, nicht auf Sicherung des Publikums gegen Täuschung durch unbefugte Warenzeichnung.⁷⁾

Im Einzelnen ergeben sich folgende Sätze:

I. Als Grundlage des Rechtsschutzes erklärt das Reichsgesetz die **Anmeldung** (nicht die wirkliche Eintragung). Dieselbe hat zu erfolgen zum Handelsregister, in welchem nach der Bekanntmachung vom 8. Februar 1875 eine besondere Abtheilung⁸⁾ mit dem Namen „Zeichenregister“ anzulegen ist.⁹⁾ Die Anmeldung muss eine deutliche Darstellung des Warenzeichens (vgl. unten Nr. IX) enthalten nebst einem Verzeichnisse der Waarengattungen, für welche das Zeichen bestimmt ist. Als Ort, an welchem die Anmeldung geschehen soll, erklärt das Gesetz das zuständige Handelsgericht der Hauptniederlassung.¹⁰⁾ **Subjekt** der Anmeldung ist jeder Gewerbetreibende, der eine im Handelsregister eingetragene Firma führt; er muss also nicht bloß eine solche führen dürfen — das heisst (Art. 10 des A. d. H.G.B.) sein Gewerbebetrieb muss über den

⁵⁾ Reichsgesetzblatt von 1874 Nr. 28, S. 143—146. Entwurf nebst Motiven: Stenogr. Ber. von 1874, II. Session, Bd. IV, S. 632 ff. Berathung hierüber: ebenda S. 32—36; 79—93; 98—112; 127—136 und 175. Zur Ausführung des Gesetzes erging eine Bekanntmachung des Reichskanzleramtes vom 8. Februar 1875 im Centralblatt von 1875, S. 123.

⁶⁾ So drücken sich die Motive aus. Vgl. die überzeugende Nachweisung bei Endemann in Busch, Arch. Bd. 32, S. 5 und 6.

⁷⁾ Und zwar hat der Erwerber (strafrechtlichen Betrug vorbehalten) weder ein Recht gegen den Gebrauch unechter Marke für echte Waare, noch gegen den Gebrauch echter Marke für unechte Waare.

⁸⁾ Diese Abtheilung steht den Abtheilungen Firmenregister: Prokurenregister, Gesellschaftsregister gleich, Meves a. a. O. S. 169, II. — S. im Näheren die Instruktion vom 8. Februar 1875.

⁹⁾ Dasselbe hat 5 Columnen (in Preussen 6 nach dem Justizministerialerlass vom 22. März 1875. Just.Min.Bl. S. 90), nemlich:

- a) Benennung der anmeldenden Firma, des Ortes der Hauptniederlassung und des Eintrags der Firma im Register;
- b) Tag und Stunde der Anmeldung;
- c) Bezeichnung der Waarengattung;
- d) Darstellung der Marke;
- e) Besondere Bemerkungen, insbesondere Lösungsvermerk;
- f) Laufende Nummer.

¹⁰⁾ Nicht der Ort der Produktion der Waare; ist die Hauptniederlassung im Auslande, im Inlande aber eine Zweigniederlassung, so ist nach § 20 des R.G. unter Umständen diese der Anmeldungsart.

Umfang des Handwerkes hinausgehen,¹¹⁾ — sondern er muss sie wirklich **führen**, — das heisst er muss im Handelsregister mit derselben bereits eingetragen sein.¹²⁾ Der Anmeldende muss seine Hauptniederlassung im Inlande haben, aber er braucht weder ein Deutscher zu sein, noch in Deutschland zu wohnen.¹³⁾

Unter obigen Voraussetzungen können nicht blos physische, sondern auch juristische Personen (auch Gesellschaften jeder Art, offene, Commandit- und Aktiengesellschaften), endlich Genossenschaften¹⁴⁾ den Markenschutz durch Anmeldung erlangen.¹⁵⁾

II. **Objekt der Anmeldung** sind die **Waarenmarken** im engeren Sinne, das heisst die selbstgeschaffenen Zeichen.¹⁶⁾ Wer Produkte oder Waaren nur mit seinem Namen oder seiner Firma zeichnen will, ist schon durch Anmeldung der Firma geschützt, und bedarf daher nicht einer nochmaligen Eintragung derselben in ihrer Funktion als Waarenzeichen.

III. Die **Form der Anmeldung** ist im Gesetze nicht näher normirt; sie kann daher wie jede Anmeldung zum Handelsregister (vgl. unten) schriftlich¹⁷⁾ oder mündlich zum Protokolle¹⁸⁾ beim zuständigen Gericht erfolgen. Vorgeschieden ist (§ 2) eine deutliche Darstellung des Waarenzeichens, ein Verzeichniss der Waarengattungen, für welche dasselbe bestimmt ist, Unterschrift der Firma, und Nachweis, dass diese im Handelsregister bereits eingetragen ist. (Vgl. oben Not. 12.)

IV. Auf Grund der Anmeldung erfolgt, wenn der Richter das Zeichen als eintragungsfähig und die Legitimation des Anmeldenden als genügend erachtet, die **Eintragung**.¹⁹⁾ Bei dieser ist insbesondere die Zeit (sogar die Stunde) der Anmeldung zu vermerken²⁰⁾ und zwar bleibt diese Zeit gewahrt, auch wenn der Eintrag, in Folge Verlegung der Hauptniederlassung, in ein anderes Register transferirt werden muss.²¹⁾ Die erste Eintragung, für welche eine Gebühr von

¹¹⁾ Controvers ist, ob ein Kleinkaufmann, wenn er mit einer Firma im Register steht, den Markenschutz geniesst, dagegen Landgraf, Kommentar S. 9, dafür Endemann a. a. O. S. 13. Die Gründe des Letzteren scheinen mir überwiegend.

¹²⁾ Da aber das Firmenregister die erste Abtheilung bildet, so ist diese Voraussetzung auch dann erfüllt, wenn der Kaufmann gleichzeitig Firma und Marke anmeldet.

¹³⁾ Die Fragen, ob ein Prokurist, ein Analphabet u. s. w. ein Waarenzeichen anmelden können, beantworten sich einfach darnach, ob sie eine Firma anmelden können.

¹⁴⁾ Trefflich nachgewiesen von Endemann a. a. O. S. 15 ff.

¹⁵⁾ Nicht aber mehrere Personen, sofern sie weder Gesellschaften, Genossen oder mit korporativen Rechten ausgestattet sind. Ein desfallsiges Amendement zum Reichsgesetz wurde abgewiesen, vgl. Stenogr. Ber. a. a. O. S. 366.

¹⁶⁾ Endemann nennt dieselben „Figurenzeichen“.

¹⁷⁾ In „beglaubigter Form“.

¹⁸⁾ In diesem Falle hat der Richter die Identität des Anmeldenden zu konstatiren.

¹⁹⁾ Gegen den Bescheid auf „Nichteintragung“, der mit Gründen versehen dem Antragsteller zugehen muss (Instr. vom 8. Februar 1875, § 7), findet die übliche Beschwerde statt, vgl. Motive zu § 1 (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 635).

²⁰⁾ Ueber die Art des Eintrags s. R.Ges. § 4; Instr. § 4.

²¹⁾ Dasselbe muss natürlich gelten, wenn die Firma gewechselt, das Zeichen aber beibehalten wird, und ohnehin dann, wenn die Anmeldung nur (nach § 5, Ziffer 3) erneuert wird.

50 Mark entrichtet werden muss, ist im Deutschen Reichs-Anzeiger bekannt zu machen²²⁾ und der Anmeldende ist von derselben (oder der Abweisung seines Antrages) schriftlich zu verständigen. Die Eintragung begründet indessen keine an sich nicht vorhandene Rechtsbeständigkeit der Anmeldung; sie schafft nicht etwa formales Recht, wenn dieses nicht materiell begründet ist, nicht einmal eine Präsumtion für das letztere. Die Stellung des Registerrichters ist die einer Justizverwaltungsbehörde; er hat die Eintragung eines angemeldeten Warenzeichens zu bewirken, wenn die Anmeldung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht; darum aber, ob dem Gebrauche des Zeichens durch den Anmeldenden Rechte Dritter entgegenstehen, hat er sich nicht zu kümmern. Der Eintrag selbst hat daher lediglich die Bedeutung einer Beurkundung der geschehenen Anmeldung, nicht aber werden dadurch Rechte zur Entstehung gebracht, welche nicht bereits durch die Anmeldung begründet sind. Den Rechten eines Anderen wird dadurch nicht präjudiziert.²³⁾

§ 50.

3. Die Wahl des Zeichens.

Der Anmeldende ist im Allgemeinen in der Wahl desjenigen Zeichens, mit welchem er arbeiten will, frei. Das Gericht hat weder zu prüfen, ob die Marke zur Unterscheidung der Waaren geeignet oder zweckmässig sei, noch auch ob der Anmeldende Waaren produzirt oder besitzt, für die es sich lohnt, sich eines Zeichens zu bedienen.¹⁾ Indessen bestehen immerhin einige Beschränkungen und zwar sind verboten:

I. alle Zeichen, welche sich von einem bereits angemeldeten nicht ganz deutlich unterscheiden (§ 18 des R.Gesetzes).

II. alle Zeichen, welche geeignet sind den Irrthum zu erregen, als ob die Waaren durch ein Patent geschützt seien (Patentgesetz § 40, Abs. 1.).

III. Zeichen, welche Aergerniss zu erregen geeignet erscheinen (§ 3, Abs. 2 des R.G.).

IV. Zeichen, welche aus öffentlichen Wappen bestehen,

V. Zeichen, welche ausschliesslich Zahlen, Worte oder Buchstaben enthalten.²⁾

ad I. Diese Bestimmung³⁾ ist wohl die wichtigste und in der Praxis am

²²⁾ R.Ges. § 6; Instr. §§ 8, 9.

²³⁾ Aus dem Erk. des R.O.H.G. vom 16. September 1878 (Sammlung Bd. XXIV, S. 79 ff.).

¹⁾ Endemann in Busch a. a. O. S. 21 und 20.

²⁾ Im Gesetze ist die letzte Alternative voran gestellt, wodurch die Annahme entstehen könnte, als ob sich das Wort „ausschliesslich“ auch auf die beiden anderen Alternativen des § 3, Abs. 2 beziehen solle. Diese Annahme wäre aber irrig; im Entwurfe fehlte nemlich das Wort und die Begründung der desfallsigen Aenderung im Reichstage zeigt, dass nur die Zahlen, Worte und Buchstaben als ausschliessliches Zeichen beseitigt werden wollten.

³⁾ Dieselbe Bestimmung ist auch in Betreff der Namen und Firmen gegeben und ist für das Folgende daher auch die obige Ausführung zu vergleichen. S. 200.

Meisten controvertirte des Gesetzes; sie allein gibt auch den wirklichen, reellen Schutz. Als Massstab für die Deutlichkeit der Unterscheidung verlangt der § 18, dass diese nur dann als vorhanden angesehen werden soll, wenn sie ohne besondere Aufmerksamkeit, das heisst ohne eine Anspannung der Sinne und Geisteskräfte und ohne eine sorgfältige Vergleichung beider Zeichen entdeckt werden kann, wenn sie im gewöhnlichen Verkehr sofort in die Augen fällt.⁴⁾ Obwohl also dem Begriff nach die Identität der Waarenbezeichnung nur in einer vollständigen und getreuen Wiedergabe des fremden Zeichens gelegen und die Identität demnach aufgehoben wäre, wenn bei dem Figurenzeichen irgend eine Hinzufügung, Weglassung oder Umgestaltung, bei dem Namen und der Firma irgend eine wenn auch nebensächliche Aenderung vorgenommen würde,⁵⁾ so soll doch nach dem Willen des Gesetzes weiter gegangen und Identität der Bezeichnung auch dann angenommen werden, wenn das grosse Publikum, die gewöhnliche Kundschaft den Unterschied nicht sofort bemerkt, und indem es die eine Waare kauft, die andere zu kaufen glaubt.⁶⁾ Interessante Beispiele aus der bisherigen Gerichtspraxis, welche die Anwendung dieser Vorschrift deutlich machen, gibt es viele; ohne dass man aus derselben eine prinzipielle Gränze bestimmen könnte, wie weit man in der Auslegung zu gehen hätte, da hierin Alles auf die Umstände ankommt.⁷⁾ Nur das Eine möge noch bemerkt werden, dass bei kombinierten Zeichen, welche aus Figur und Namen bestehen, Identität nicht schon dann als vorhanden angenommen werden kann, wenn auch nur entweder die Figur oder der Name bez. die Firma dieselbe ist;⁸⁾ dass vielmehr für die Identität zweier aus einer Figur und einer Firma kombinierten

⁴⁾ Meves a. a. O. S. 243.

⁵⁾ Endemann in Busch a. a. O. S. 69.

⁶⁾ Vgl. die Entscheidungen über die Etikette des Kölnischen Wassers (Johann Maria Farina) im Kölner Centralorgan von 1862 S. 170 und 181, und weiter in der Sammlung der Entscheidungen Bd. X, S. 289 und Bd. XXIV, S. 228. (Im letzteren Erkenntnisse vom 29. Oktober 1878 wurde der Firma „Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichplatz“ das Recht eingeräumt, gegen die Etikette: „Uebertroffen Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichplatz Eau de Cologne, Morschwitz, Stiftsdame“ aufzutreten.) Das Erk. des Berliner Kammergerichtes über die Marke der Faber'schen Bleistifte vom 7. Oktober 1871 (Deutsches Handelsblatt, Jahrgang 1871); des Berliner Obertribunals vom 19. Mai 1865 (Goldammer, Arch. Bd. XII, S. 564); die Entsch. des R.O.H.G. vom 9. Dezember 1871 (Busch, Arch. Bd. 25, S. 432) über die Firma Laferme (Laferme und J. Huppmann La Ferme sind genügend unterschieden); das Erk. des Reichsgerichtes vom 18. Dezember 1879 (Handelsbeilage der Allgemeinen Zeitung v. 1880, Nr. 18), worin „Kronthaler Apollinaris-Brunnen v. f., Brunnen-Direktion Bad Kronthal Nassau“ als genügend unterschieden von „Apollinaris Brunnen zu Apollinaris-Brunnen, Aktiengesellschaft“ erklärt ist, und das Erk. des R.O.H.G. vom 13. Dezember 1878 (Sammlung, Bd. XXIV, S. 299).

⁷⁾ In Frankreich sind die Gerichte sehr streng; das Erk. wegen Veuve Cliquot ist oben (S. 201, Note 4) schon citirt und jüngst erklärte das Handelsgesicht in Nizza den Zeitungsnamen „Nouveau Figaro“ als Beeinträchtigung des Pariser „Figaro“, vgl. Figaro von 1880, Nr. 144.

⁸⁾ Wie das Stuttgarter L.O.H.G. annahm (vgl. Busch, Arch. Bd. 36, S. 56) be-
richtigt durch Erk. des R.O.H.G. vom 22. Juni 1876.

Waarenzeichen der Name bez. die Firma ebensogut in Betracht kommt, wie die Figur,⁹⁾ wobei indessen bei einem Unberechtigten der Gebrauch von Name oder Firma wenn auch mit veränderter Figur die Gesetzverletzung begründet.

ad II. Das Lösen eines Patentes ist mit Umständlichkeiten und Kosten verbunden; anderseits hat eine patentirte Waare in den Augen des Publikums einen höheren Gebrauchswerth. Aus beiden Gründen kann es deshalb dem Staate nicht gleichgültig sein, wenn in dieser Richtung eine Täuschung geübt wird.

ad III. Als „Aergerniss erregend“ erscheint ein Zeichen, wenn dasselbe bei dem Publikum anstößig ist. Es ist nicht nöthig, dass sich alle Leute daran stossen, aber es genügt auch nicht, dass sich der Eine oder Andere darüber ärgert. Das Verbot tritt übrigens nicht erst dann ein, wenn das Zeichen faktisch Aergerniss erregt hat, sondern der Richter verweigert die Eintragung, wenn er es nach seinem vernünftigen Ermessen für geeignet erachtet, Aergerniss zu erregen.¹⁰⁾ Als Aergerniss erregend sind indessen nicht blos unzüchtige und unsittliche Darstellungen, sondern alle Zeichen zu erklären, welche in irgend einer mit dem Zwecke der Schutzmarke nicht in Beziehung stehend ungehöriger Absicht gewählt werden.

ad IV. Privatwappen zur Marke zu wählen ist nicht verboten. Natürlich kann man nur sein eigenes¹¹⁾ wählen oder das eines Anderen, wenn er und die übrigen zur Führung Berechtigten dazu einwilligen. Unter „öffentlichen“ Wappen sind auch Städte- oder Gemeindepappen verstanden;¹²⁾ auch wenn eine Stadt oder eine Gemeinde als Korporation für ihre Waaren ihr öffentliches Wappen als Waarenzeichen benutzen wollte, wäre diess unzulässig, sie kann diess nur mit solchen Veränderungen, dass es nicht mehr als das öffentliche Wappen erscheint.

Das Gesetz verbietet indessen nicht die Benutzung des öffentlichen Wappens ganz allgemein, sondern nur die Eintragung als exclusive Marke. Im Gegentheile der Gebrauch des deutschen Adlers auf Etiketten ist durch Erlass vom 16. März 1872¹³⁾ allgemein gestattet, wenn er nicht als Wappenschild erscheint.¹⁴⁾ Ebenso kann (mit Erlaubniss des Berechtigten) jedes öffentliche Wappen auf der Waare geführt werden, aber es kann nicht den Schutz des Gesetzes dahin erlangen, dass kein Anderer dasselbe Wappen auf der Waare führen darf.

⁹⁾ Ein Erk. des R.O.H.G. vom 29. Januar 1877 (Busch, Arch. Bd. 37, S. 191) erklärt es daher für statthaft, wenn ein Gewerbetreibender zwar die nemliche Figur wie ein anderer wählt, aber die Figur mit einem Namen, einer Firma oder mit sonstigen Zahlen, Buchstaben oder Worten so kombinirt, dass man den Unterschied sofort bemerkt.

¹⁰⁾ Z. B. um politische oder religiöse Demonstrationen zu machen. Endemann, a. a. O. S. 25.

¹¹⁾ Wo dem Adel landesgesetzlich der Handel oder Fabrikbetrieb untersagt ist, kann jedes Familienglied gegen den Gebrauch des adeligen Wappens als Marke Einspruch erheben.

¹²⁾ Der unbefugte Gebrauch des Wappens eines Bundesfürsten zieht ausserdem die Strafe des § 370 des R.St.G.B. nach sich.

¹³⁾ Reichsgesetzblatt S. 90.

¹⁴⁾ Erlass des Reichskanzlers vom 11. April 1872, Reichsgesetzblatt S. 93.

ad V. Es ist einerlei, aus welcher Sprache oder Schrift die Zahlen, Buchstaben oder Worte gewählt werden wollen; sie sind ausgeschlossen, gleichviel ob sie aus einer lebenden oder toten Sprache stammen. Ferner werden dieselben auch nicht dadurch zulässig, dass sie kombinirt oder in eine gewisse Form (z. B. einen Kreis) gebracht sind. Dagegen können Zahlen, Buchstaben und Worte in Verbindung mit figürlichen Zeichen allerdings verwendet werden; denn die strengere Ansicht des Gesetzentwurfes,¹⁵⁾ „dass auch in Verbindung mit anderen rein figürlichen Zeichen die Zahlen, Buchstaben und Worte für eine Bevorrechtung im Sinne des Gesetzes nicht geeignet seien“, wurde in der Debatte heftig bekämpft¹⁶⁾ und durch Beisetzung des Wortes „ausschliesslich“ beseitigt. Somit bleiben alle Kombinationen aus Zahlen, Buchstaben oder Worten mit anderen figürlichen Merkmalen eintragungsfähige Marken.

Eintragungsfähig ist ein Bild jeder Art (symbolische oder andere Figuren, Chiffren, Monogramme, Vignetten, Zeichnungen mit oder ohne Inschriften u. s. w.). Die natürliche Grösse ist gleichfalls frei, wenn auch bei der Anmeldung des Zeichens die vorgelegte Zeichnung¹⁷⁾ auf den Umfang von 3 Quadratcentimeter reduzirt sein muss.¹⁸⁾

§ 51.

4. Landesgesetzlich, im Verkehr allgemein anerkannte, oder im Gebrauche des Gewerbetreibenden befindliche Zeichen.

Das Gesetz enthält einige so zu sagen transitorische Vorschriften, bestimmt die neue Einrichtung mit den bestehenden Rechtsverhältnissen in Einklang zu bringen. Es sind diess folgende:

a) Die Eintragung von Waarenzeichen, deren Benutzung für den Anmeldenden schon vor Erlass des Gesetzes vom 30. Nov. 1874 landesgesetzlich geschützt war, ferner von solchen Zeichen, welche bis zum Beginn des Jahres 1875 im Verkehr allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, darf nicht versagt werden (§ 3, Abs. 1 des R.G. v. 1874); und

b) auf Waarenzeichen, welche bisher im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden haben, kann durch Anmeldung Niemand ein Recht erwerben (§ 10, Abs. 2 des R.G. v. 1874).

ad a) Schon vor dem Erscheinen des Reichs-Gesetzes von 1874 be-

¹⁵⁾ Vgl. die Stenogr. Berichte, S. 636.

¹⁶⁾ In erster und zweiter Lesung vergeblich; erst in der dritten Lesung wurde das Amendement durchgesetzt, vgl. Stenogr. Ber. S. 63.

¹⁷⁾ Die blosse Beschreibung genügt nicht, vgl. Nr. 2 der Bekanntmachung vom 8. Februar 1875.

¹⁸⁾ Diese Anmeldezeichnung muss deutlich sein, auf dauerhaftem Papier und unter Angabe der Form, in welcher das Zeichen angebracht werden soll, in vier Exemplaren vorgelegt werden.

stund in Deutschland partikularrechtlich ein gewisser Markenschutz.¹⁾ Um nun die in Folge der früheren Bestimmungen wohlervorbenen Rechte zu sichern, bestimmt das Gesetz,²⁾ dass die Vorschriften über die Art der Zeichen nicht rückwirken solle.³⁾ Bereits im Verkehre übliche Marken, sei es dass sie förmlich in einem Register, Protokoll u. s. w. eingetragen waren oder dass sie sonst allgemeine Anerkennung genossen,⁴⁾ können auch dann den Schutz des neuen Gesetzes beanspruchen, wenn ihre Beschaffenheit nach dem gegenwärtigen Gesetze nicht zulässig wäre, z. B. wenn sie nur aus Zahlen, Buchstaben oder Worten bestünden.⁵⁾ Wie aber hat der Kaufmann oder Fabrikant die „allgemeine Anerkennung“ nachzuweisen? Es muss dargethan werden, dass man bisher Waaren, welche mit dem bestimmten Zeichen versehen waren, allgemein und unbezweifelt für Waaren angesehen habe, die von ihm und von Niemand Anderem herrühren.

ad b) Die Motive⁶⁾ sagen hierüber Folgendes: „vielfach werden Waaren mit Zeichen versehen, welche von Alters her für diese Waaren sich im Gebrauch befinden,⁷⁾ eine weitere Bedeutung aber zur Zeit nicht mehr besitzen. Bei anderen Waaren sind Zeichen allgemein üblich, welche hergebrachtermassen bestimmte Qualitäts- und Grössenverhältnisse bekunden. Endlich gibt es noch Zeichen, welche die Herkunft der Waare aus einem bestimmten Orte oder Bezirke erkennbar machen und demgemäss von allen dort wohnenden Gewerbetreibenden gebraucht werden.“ Es wäre nun offenbar unbillig, dadurch dass ein Einzelner sich eines solchen Zeichens bemächtigt, die Uebrigen, welche doch dasselbe Recht haben, zu schädigen.

¹⁾ Preussisches Gesetz vom 3. Juli 1818 über das Stabeisen-Zeichen mit der Verordnung vom 18. August 1847 und dem Gesetze vom 24. April 1854; Bayerische Verordnung vom 21. Dezember 1862 (Rg.Bl. S. 2661).

²⁾ Nach § 21, Abs. 2 des Gesetzes müssen indessen die Rechte bis zum 1. Oktober 1875 in Anspruch genommen sein. Für die „landesgesetzlich geschützten“ Zeichen ist dies unbezweifelt. Dagegen spricht der soeben citirte Absatz nicht von den bloss „allgemein benützten“; man könnte demnach annehmen, dass diese auch jetzt noch könnten angemeldet werden.

³⁾ Ein Erk. des R.O.H.G. vom 22. Juni 1876 (Busch, Arch. Bd. 36, S. 57) spricht aus, nach bisherigem Rechte sei es sehr wohl möglich gewesen, dass für ein und dasselbe Waarenzeichen in zwei verschiedenen deutschen Staaten zwei verschiedene Personen den landesgesetzlichen Schutz genossen. In solchem Falle seien nun beide durch § 9 des Reichsgesetzes geschützt.

⁴⁾ Aber nur in Deutschland, vgl. Busch, Arch. Bd. 37, S. 338, und das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 80.

⁵⁾ Auch wird der Richter nicht befugt sein, ein solches Zeichen für ein Aergerniss erregendes zu erklären.

⁶⁾ Stenogr. Ber. a. a. O. S. 637.

⁷⁾ So bezeichnet man z. B. in Nürnberg die zum Auskämmen der Seide nach dem Orient und Italien gehenden Kämme von jeher mit Carlo Schwarz und zwei gekreuzten Schlüsseln.

§ 52.

5. Beendigung des Rechts am Waarenzeichen.

Beseitigt wird der Eintrag des Waarenzeichens durch **Löschung** desselben im Handelsregister. Allein diese Löschung ist nach den Motiven des Reichsgesetzes¹⁾ ein rein formeller Akt, welcher an sich in keiner Weise für den Inhaber der Firma und für dessen Recht präjudizirlich sein kann. Vielmehr knüpft sich das Aufhören des durch Eintragung der Marke erworbenen Schutzes an die Thatsache der Nichtexistenz eines Anspruches auf diesen Schutz, und die Löschung ist nur die äusserliche Kundbarmachung dieser Nichtexistenz.²⁾

In Folge hiervon hat die **Löschung von Amtswegen** (§ 5) zu geschehen, sobald das rechtliche Nichtbestehen einer im Register eingetragenen Marke dargethan ist. Und zwar a) wenn ein zur Eintragung ungeeignetes Zeichen eingetragener worden wäre; b) wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird, denn in diesem Falle hört die Legitimation zum Führen eines Waarenzeichens auf, weil kein Inhaber desselben mehr existirt. Dasselbe Prinzip erfordert, dass bei einer Aenderung der Firma das Waarenzeichen neuerdings in Anspruch genommen werden muss, wobei indessen die frühere Inhaberschaft in Bezug auf die Priorität stillschweigend fortwirkt.

Ebenso ist die **Löschung von Amtswegen** vorzukehren, c) wenn das Zeichen verjährt ist. Nach dem Reichsgesetze wirkt nemlich eine Anmeldung überhaupt nur für die Dauer von zehn Jahren. Ist dieselbe nicht eingetragen, so erlischt sie nach Ablauf von zehn Jahren vom Tage der Anmeldung an gerechnet. Wurde sie eingetragen, so beginnt der Lauf der Verjährung vom Tage des Eintrags an, und wenn die Anmeldung vor Ablauf der Frist nicht erneuert wird, so ist der Eintrag von Amtswegen zu löschen.

d) Man könnte fragen, wie es sich im Falle des Konkurses verhält. An und für sich tritt durch die Krida ein Verlust des angemeldeten oder eingetragenen Zeichens nicht ein. Wenn die Firma während der Gant etwa für die Masse fortgeführt wird, bleibt auch das Schutzrecht für das Zeichen; hört aber aus Anlass des Konkurses die Firma auf, so erlischt natürlich das Waarenzeichen gleichfalls.

Ausser den obigen Fällen erfolgt die **Löschung auf Antrag** des Inhabers der Firma, zu welchem Antrage indessen derselbe gezwungen werden kann, wenn

- a) ein besser Berechtigter vorhanden ist oder wenn
- b) ein gleich Berechtigter solches verlangt.

Ersteres ist der Fall, wenn im Wege der Klage festgestellt wurde, dass das eingetragene Waarenzeichen demjenigen, welcher es angemeldet hat, nicht zusteht, letzteres wenn ein Waarenzeichen eingetragen worden ist, welches bis-

¹⁾ Stenogr. Ber. von 1874, S. 637.

²⁾ Wenn daher die Marke irrthümlich im Handelsregister gelöscht wäre, so besteht das Recht des Inhabers demungeachtet fort.

her im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden gewesen ist.³⁾

Nachdem die Löschung nur bei einem wirklich eingetragenen Zeichen stattfinden kann, muss auch Vorsorge getroffen werden, wie ein bloß angemeldetes Zeichen seine Wirksamkeit verliert. Hierüber nun bestimmt das Gesetz (§ 12), dass dieselben Gründe, welche zur Löschung eines eingetragenen Zeichens führen, auch zur Beseitigung der Anmeldung führen müssen. Ausserdem kann auch der Berechtigte seine Anmeldung jederzeit zurücknehmen.

§ 53.

6. Bezeichnung mit dem Namen oder der Firma.

Die Anmeldung und daraufhin erfolgende Eintragung einer Handels- und Fabrikmarke gibt nach § 8 des Reichsgesetzes dem Inhaber der Firma, für welche angemeldet wurde, das ausschliessliche Recht,¹⁾ Waaren oder deren Verpackung mit diesem Zeichen zu versehen und ferner solche bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen. Und zwar ist dieses Recht demjenigen erworben, für welchen zuerst²⁾ angemeldet ist.³⁾ Ein gleiches ausschliessliches Recht hat (wie oben erwähnt) jeder Gewerbetreibende auf Bezeichnung der Waaren und deren Verpackung mit seinem Namen⁴⁾ oder seiner Firma, sei es in vollständiger Anwendung oder in abgekürzter Form, vorausgesetzt, dass die Abkürzung nicht so ist, dass man die Firma oder den Namen nicht mehr erkennt.

In dieser letzteren Richtung bedürfen einige Punkte näherer Erörterung:

I. Es muss sein Name, das heisst der bürgerliche Name und zwar der Familienname des Geschäftsinhabers sein. Der blosse Vorname oder ein fingirter Name wird nicht geschützt. Auch die Genehmigung des Dritten berechtigt nicht sich dessen Namen zu bedienen.⁵⁾

¹⁾ Der § 11 verweist zwar auf § 10, Abs. 2 allgemein; allein bei „Warenzeichen, deren Eintragung unzulässig“ ist, gibt es keine „Betheiligten“; solche müssen ohne Antrag gelöscht werden.

²⁾ Ohne Rücksicht darauf, ob er selbst sich des Zeichens bedient, kann er doch jeden Anderen von dessen Gebrauch ausschliessen.

³⁾ Wenn dies schriftlich geschehen, so entscheidet über die Priorität nicht das Datum der Eingabe, sondern das Präsentatum bei der Registerbehörde, vgl. Meves, Kommentar S. 193.

⁴⁾ Natürlich ist eine legitimirte Anmeldung erforderlich, vom Inhaber der Firma selbst oder dessen befugtem Stellvertreter. Das für die Firma erworbene Recht geht aber auch auf den Geschäftsnachfolger über. Will Jemand dem Firmeninhaber deshalb das Recht zur Führung des Warenzeichens bestreiten, weil er zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, so muss er zuvörderst auf Bereinigung des Handelsregisters klagen. Erk. des R.O.H.G. vom 13. Dezember 1878 (Sammlung Bd. XXIV, S. 301).

⁵⁾ Wie man die Firma anwenden will auf Bezeichnung ist irrelevant; einen Fall der Bezeichnung des Geschäftslokals selbst s. Sammlung der Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIV, S. 184.

⁶⁾ In der Regel wird Niemand etwas einwenden, dass Adolph Arner seine Waaren mit Balthasar Bockel zeichnet, wenn es diesem Bockel recht ist. Aber einen Schutz

II. Wenn Name und Firma, wie es in der Regel der Fall sein sollte, identisch sind, so entsteht keine Schwierigkeit. In diesem Falle wird die Benutzung sowohl des Namens wie der Firma durch den Inhaber auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass ein Anderer gleichen Namen und gleiche Firma führt.⁶⁾ Wenn nun aber Namen und Firma nicht übereinstimmen, das heisst die Firma eine übergegangene ist? Dass hiedurch ein Anderer nicht das Recht erlangt, sich des Namens des Firmeninhabers unbefugt zu bedienen,⁷⁾ wird nicht zu bestreiten sein, ebensowenig ist zu bezweifeln, dass der Geschäftsinhaber die Wahl hat, ob er mit dem Namen oder mit der Firma die Bezeichnung vornehmen will.⁸⁾

III. Wer seine Firma einem Anderen überlässt, begibt sich dadurch auch des Rechtes, sich derselben als Waarenzeichen zu bedienen. Diess tritt auch dann ein, wenn die Firma sein eigener Name gewesen ist. Zwar dem Wortlaute des Gesetzes nach wäre diese Annahme nicht begründet,⁹⁾ allein sie ergibt sich aus der Natur der Sache; das Gegentheil würde dem im Verkehre vor Allem massgebenden Treu und Glauben widersprechen. Denn gerade im Gebrauche der Firma als Waarenschützendes Zeichen kann unter Umständen die Hauptveranlassung zum Erwerbe derselben bez. des Geschäftes mit derselben gelegen sein.

§ 54.

7. Subjekt des Markenschutzrechtes. Inländer und Ausländer.

Als Subjekt des im Vorigen erörterten Rechtes erklärt das Gesetz (§ 13): „jeden inländischen Produzenten oder Handeltreibenden“.

I. Es wäre nun allerdings eine zu enge Interpretation,¹⁾ wenn man nach dem Worte „jeder“ einschalten wollte „im Handelsregister eingetragenen“, so dass nicht registrierte Kaufleute auch für die Waarenbezeichnung mit ihrem Namen und ihrer Firma keinen Schutz geniessen würden. Da aber anderseits die Marke (im engeren Sinne) nur von einem Firmeninhaber angemeldet werden

gegen irgend einen Andern, der auch mit Bockel zeichnet, geniesst der Adolph Arner nicht, und ein Geschäftsinhaber, welcher selbst auch Balthasar Bockel heisst und damit seine Waare zeichnet, kann dem Adolph Arner die Bezeichnung mit Bockel verbieten.

⁶⁾ Vorausgesetzt, dass nicht eine Täuschung beabsichtigt ist (vgl. oben) und dass auch nicht ein spezielles Recht verletzt wird (vgl. unten Nr. III.).

⁷⁾ Adam Amler betreibt unter der Firma Benno Bemler eine Fabrik und zeichnet seine Waaren B. Bemler. Dass demungeachtet Cuno Cumler seine Waaren nicht „Adam Amler“ zeichnen darf, ist klar; denn sein Name ist das nicht.

⁸⁾ Denn, wie Meves a. a. O. S. 209, Nr. 9 richtig bemerkt, es ist ein Kaufmann, der eine übergegangene Firma besitzt, nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich dieser Firma anstatt seines Namens zu bedienen.

⁹⁾ Der Schutz des Art. 27 des A. d. H.G.B. gegen Missbrauch der „Firma“ bezieht sich nicht auf den Gebrauch der Marke; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 4, S. 258; v. Hahn zu Art. 27, § 1; Erk. Semann a. a. O. S. 76.

¹⁾ Thöl, Handelsrecht S. 618 nimmt dieselbe an und es lässt sich nicht läugnen, dass die vielen Schwierigkeiten, die im Vorhergehenden hinsichtlich des Gebrauches des Namens und der Firma erörtert sind, durch diese strengere Ansicht beseitigt wären.

kann und die Firma rechtlichen Schutz nur genießt, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist, so folgt hieraus, dass man den Ausdruck „jeden“ immerhin etwas limitiren muss. Und zwar dahin, dass jeder inländische Produzent und Handeltreibende in der Waarenbezeichnung geschützt wird, der gewöhnliche aber nur insoweit er sich seines Namens zur Bezeichnung bedient, während die Bezeichnung mit einer Firma eine registrierte Firma voraussetzt und die Eintragung bez. Anmeldung einer Schutzmarke ohnehin ohne Eingetragensein der Firma im Register undenkbar ist. Der Produzent, der Handwerker, der Kleinkaufmann kann demnach unbestritten den Schutz des Gesetzes für Waarenbezeichnung mit seinem Namen, jedenfalls aber nicht für Bezeichnung mit einer figürlichen Marke beanspruchen, zweifelhaft bleibt, ob er, wenn seine Firma nicht eingetragen ist, für die Bezeichnung mit solcher geschützt wird.²⁾

II. Das Gesetz sagt: „jeder inländische Produzent und Gewerbetreibende.“ Unter „Inland“ ist vor Allem nicht der einzelne Bundesstaat, sondern das gesammte Deutsche Reich zu verstehen. Ferner aber ist nicht die Nationalität des Produzenten oder Gewerbetreibenden, sondern nur der Ort der Produktion und des Gewerbebetriebes selbst zu beachten. Es kommt lediglich darauf an, wo die Niederlassung desjenigen sich befindet, der den Schutz beansprucht. Hat ein Deutscher im Gebiete des Deutschen Reichs keine Handelsniederlassung, so ist er als Ausländer, hat ein Nichtdeutscher eine solche innerhalb Deutschlands, so ist er als Inländer zu behandeln (§ 20 des Reichsgesetzes). Was nun den Ausländer betrifft, so ist er nicht völlig schutzlos; sofern in seinem Niederlassungsstaate Reziprozität besteht, hat er für Namen und Firma den gleichen Schutz, wie der Inländer, und für sein Waarenzeichen kann er ihn sich verschaffen, wenn er dasselbe beim Handelsgerichte in Leipzig anmeldet³⁾ und nachweist, dass er in seinem Niederlassungslande ein Recht auf die Schutzmarke genießt.⁴⁾

Die Frage, ob im fremden Staate für Deutschland Reziprozität geübt wird, hat der Richter nicht materiell zu entscheiden; das Gesetz erklärt für die Entscheidung der Frage massgebend, ob eine desfallsige Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt⁵⁾ erfolgt ist. Diese Bekanntmachung kann einfach die Thatsache

²⁾ Bei der Berathung des Gesetzes gab der Regierungsvertreter auf Anfrage eines Reichstagsmitgliedes (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 636) die Erklärung ab: „dass dem Worte „Firma“ keine andere Bedeutung habe beigelegt werden sollen, als es bereits jetzt nach der Reichs- und Landesgesetzgebung habe.“ Während Endemann a. a. O. S. 63 ff. hieraus folgert, dass jede, auch die nicht registrierte Firma geschützt sei, stützt sich Meves a. a. O. S. 210 auf diese Aeußerung zur Begründung der engeren (im Texte gleichfalls vertretenen) Ansicht.

³⁾ Hierbei muss er als nothwendige Konsequenz der Anmeldung für Klagen auf Grund des Gesetzes sich der Gerichtsbarkeit in Leipzig unterwerfen (§ 20 des R.G. Nr. 1).

⁴⁾ Er muss also alle Voraussetzungen erfüllt haben, an welche in seiner Heimath der Schutz seiner Marke geknüpft ist und er verliert auch in Deutschland den Schutz, sobald er im eigenen Lande keinen solchen mehr beanspruchen kann (§ 20 des R.G. Nr. 2 u. 3).

⁵⁾ Nur im Reichsgesetzblatt, frühere Publikationen im Bundesgesetzblatt müssen, um Anerkennung zu finden, nochmals publizirt werden. Anderer Ansicht Meves a. a. O. S. 216, Nr. 5.

des im betreffenden auswärtigen Staate bestehenden Schutzes publiziren, sie kann aber auch darin liegen, dass ein Staatsvertrag publizirt wird, welcher den Schutz gewährt. Bekanntmachungen ersterer Art sind mir bis Schluss des Jahres 1879 nicht bekannt, **Staatsverträge** dagegen sind im Reichsgesetzblatte veröffentlicht mit Belgien, Brasilien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Luxemburg, Nordamerika, Norwegen, Oesterreich, Portugal, Russland, Schweden und der Schweiz, nemlich:

1) Vertrag mit Nordamerika v. 11. Dezember 1871, Art. 17 (R.G.Bl. v. 1872, S. 106);

2) Vertrag mit Portugal vom 3. März 1872, Art. 10 (R.G.Bl. S. 258);

3) Vertrag mit Schweden und Norwegen vom 11. Juli 1872 (R.G.Bl. S. 293);⁶⁾

4) Vertrag mit Russland vom 18. August 1873 (R.G.Bl. S. 337);

5) Declaration vom 8. Oktober 1873 über Art. 11 des Additionalvertrages zum Friedensschlusse zwischen Deutschland und Frankreich (R.G.Bl. S. 363);

6) Declaration vom 14. April 1875 über Art. 2 des Handelsvertrages mit Grossbritannien (R.G.Bl. S. 199);

7) Bekanntmachung vom 20. April 1875 über den Art. 6 des Handelsvertrages mit Italien (R.G.Bl. S. 200);

8) Uebereinkunft v. 20. August 1875 zwischen Deutschland und Oesterreich (R.G.Bl. S. 259), nunmehr ersetzt durch Art. 20 des Handelsvertrages vom 16. Dezember 1878 (R.G.Bl. S. 372) und das Schlussprotokoll hierzu (R.G.Bl. S. 392);⁷⁾

9) Uebereinkunft mit Belgien vom 13. September 1875 (R.G.Bl. S. 301);

10) Uebereinkunft mit Luxemburg vom 14. Juli 1876 (R.G.Bl. S. 169);

11) Uebereinkunft mit Brasilien vom 28. Februar 1877 (R.G.Bl. S. 406);

12) Uebereinkunft mit Dänemark vom 4. April 1879 (R.G.Bl. S. 123);

13) Der Handelsvertrag zwischen Deutschland und der Schweiz vom 13. Mai 1869, welcher in Art. 10 die Reziprozität in Bezug auf den Waarenzeichen-Schutz⁸⁾ ausspricht, ist nicht im Reichsgesetzblatte, sondern im Bundesgesetzblatte von 1869 (S. 606) veröffentlicht. Da aber im Reichsgesetzblatte von 1880 (S. 10) enthaltene Erklärung vom 31. Dezember 1879 dessen Fortdauer bekannt macht, so dürfte von jetzt an die in § 20 geforderte „Bekanntmachung im Reichsgesetzblatte“ als erfolgt anzusehen sein.

Alle diese Vereinbarungen beziehen sich ebensowohl auf Namen und Firmen, wie auf die eigentlichen Waarenzeichen; denn wenn auch in einigen derselben nur der Waarenzeichen allein erwähnt wird, so ist doch stets die „Bezeichnung“ im weitesten Sinne gemeint.

⁶⁾ Diese Bekanntmachungen sind noch unter Bezug auf § 287 des R.St.G.B. erlassen.

⁷⁾ Durch Uebereinkunft vom 31. Dezember 1879 (R.G.Bl. von 1880, S. 10) verlängert.

⁸⁾ Dieser Vertrag spricht nicht von den Namen und Firmen.

§ 55.

S. Die Rechtsmittel des Markenschutzes.

Der Schutz, welchen die gehörig erwirkte Anmeldung und Eintragung einer Handels- oder Fabrikmarke gewährt und welcher von Rechtswegen auch ohne Eintragung der Waaren- oder Produkten-Bezeichnung mit Namen und Firma gewährt wird, ist ein doppelter:

I. Vor Allem steht es dem Berechtigten frei, im Wege der Klage ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Contravenienten dessen Nichtberechtigung festzustellen (§ 13 des R.G.). Als Contravenient erscheint sowohl derjenige, welcher widerrechtlich¹⁾ Waaren oder deren Verpackung mit einem von ihm nicht angemeldeten Waarenzeichen oder mit fremdem Namen oder Firma²⁾ zeichnet,³⁾ als auch derjenige, welcher solche widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feil hält. Hiezu gehört auch, wer etwa in die rechtlich (vom Urheber) bezeichneten Gefässe oder Umhüllungen andere Waaren als die vom Urheber herrührenden verpackt.

Die objektive Widerrechtlichkeit genügt, auf die Absicht oder das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit kommt Nichts an. Es ergiebt sich nun die Frage, ob der § 13 des R.G. lediglich die Feststellung der Nichtberechtigung zulasse⁴⁾ oder ob die Klage auch darauf gerichtet werden könne, dem Gegner den Gebrauch fortan zu verbieten und für den Fall der Uebertretung Strafe anzudrohen.⁵⁾ Der letzteren Ansicht⁶⁾ hat sich das R.O.H.G. in einem Erkenntnis vom 29. Oktober 1878⁷⁾ angeschlossen, ausführend: „es ergebe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, das derjenige, welchem eine ausschliessliche Berechtigung privatrechtlicher Natur zustehe, gegen Zuwiderhandelnde nicht allein auf Anerkennung seines Ausschliessungsrechtes, sondern auch auf ein Verbot fernerer Zuwiderhandlungen klagen und die Befolgung des Verbots durch die im Exekutionsverfahren zulässigen Mittel erzwingen könne“.⁸⁾

¹⁾ Einwilligung des Berechtigten schliesst die „Widerrechtlichkeit“ aus. (Endemann.)

²⁾ Es besteht aber ein Unterschied darin, dass bei der eigentlichen Waarenmarke nur die Bezeichnung derselben Waarengattung, bei Namen und Firma aber die Bezeichnung von Waaren überhaupt widerrechtlich ist, vgl. Meves a. a. O. S. 212, Nr. 17.

³⁾ Auch wenn er sie nicht „in den Verkehr“ bringt.

⁴⁾ Ich halte dies in Uebereinstimmung mit Endemann a. a. O. S. 73 u. Meves a. a. O. S. 215 für richtiger.

⁵⁾ Bei der zweiten Lesung war hierauf ein Antrag gestellt, aber in dritter Lesung abgelehnt worden. Vgl. Stenograph. Ber. Bd. I, S. 104 u. 131.

⁶⁾ Vertreten von Thöl, Handelsrecht S. 622 u. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. III, S. 56.

⁷⁾ Sammlung Bd. XXIV, S. 232.

⁸⁾ Dies Recht gab schon Art. 27 des A. d. H.G.B. u. bei der Berathung des Markenschutz-Gesetzes habe der Regierungskommissär die ausdrückliche Erwähnung desselben für unnöthig erklärt. — Ueber die Klage auf Anerkennung der Nichtberechtigung (Ges. § 13) s. jetzt auch R.Civ.P.O. § 231; über die Vollstreckung der Verurtheilung zur Unterlassung des Gebrauches der Marke R.Civ.P.O. § 775.

II. Gegen denjenigen, welcher absichtlich oder wissentlich das Recht des Geschützten verletzt,⁹⁾ findet wieder eine zweifache Remedur statt.

a) Der Geschützte kann die Strafgerichte anrufen,¹⁰⁾ und es trifft den Conravenienten Geldstrafe von 150—3000 Mark oder Gefängniß bis zu 6 Monaten.¹¹⁾

b) Er kann auf Entschädigung klagen; diese Klage ist entweder *α*) vor den Handelsgerichten¹²⁾ im gewöhnlichen Civilprozesse anzustrengen, in welchem Falle die allgemeinen Regeln¹³⁾ über die Feststellung des Schadens gelten müssen,¹⁴⁾ oder aber *β*) anstatt des Civilprozesses vor dem Strafrichter als Entschädigung eine ihn zu zahlende Busse bis zum Betrage von 5000 Mark erlangen.

In beiden Fällen¹⁵⁾ kann der Geschützte (§ 17 des R.G.) bezüglich der im Besitze des Verurtheilten befindlichen Waaren die Vernichtung der auf denselben oder deren Verpackung vorhandenen Zeichen, und wenn deren Beseitigung nicht anders möglich ist, auch auf Vernichtung oder der Waaren selbst antragen.

Erfolgt die Verurtheilung im Strafverfahren, so ist dem Verletzten die Befugniss zuzusprechen, die Verurtheilung des Beklagten auf dessen Kosten öffentlich bekannt zu machen, wobei auch die Art und Frist dieser Bekanntmachung im Urtheil festzusetzen ist.

Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem Gesetz über den Markenschutz gehören nach dem R.G.Verf.Gesetz vom 27. Januar 1877 § 101, Nr. 3 c zur Zuständigkeit der landgerichtlichen Kammern für Handelssachen.

⁹⁾ Aber nicht bloß „zu verletzen versucht.“ Versuch ist nicht strafbar.

¹⁰⁾ Von Amtswegen schreiten diese nicht ein, § 14, Abs. 2 des R.G.: „die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein.“

¹¹⁾ Ueber das Verhältniß dieser Bestimmung zu § 287 des R.St.G.B. vgl. Endemann in Busch a. a. O. S. 83 ff.

¹²⁾ § 19 des R.G. erklärt diese Art von Klagen als Handelssachen.

¹³⁾ Vgl. oben zu Art. 27 des A. d. H.G.B. S. 204.

¹⁴⁾ Doch ist die strafrechtliche Verurtheilung Voraussetzung; der Freigesprochene kann niemals zu einer Entschädigung verurtheilt werden, vgl. Meves a. a. O. S. 224, Nr. 16.

¹⁵⁾ Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 234.

III. Rechte und Pflichten des Kaufmanns.

§ 56.

A. Uebersicht.

Man kann von besonderen Rechten und Pflichten des Kaufmannes in zweifacher Weise reden; man kann fragen, welche Rechte und Pflichten stehen einer Person bloß deshalb, weil sie Kaufmann ist, zu — und man kann andererseits von Rechten und Pflichten sprechen, welche einer Person zustehen, insofern sie sich als Kaufmann darstellt. Die erstere Klasse hatte ehemals große Bedeutung und erheblichen Umfang; so lange der Kaufmannsstand ein geschlossener war, oblag einer Person schon deshalb, weil sie zur Gilde oder Zunft gehörte, mancherlei Pflichten, und sie hatte hinwiederum mehrfache sociale und politische Rechte. Auch im Rechtsgebiete nahm der Kaufmannsstand als solcher eine besondere Stellung ein. Er allein war wechselfähig, er war von den gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmasses und der Zinsbeziehung¹⁾ befreit, ein bestimmtes eheliches Güterrecht mit ausgedehnter Schuldhafung der Ehefrau war ihm eigenthümlich.²⁾ Von diesem Allen ist im gegenwärtigen Deutschen Rechte Nichts mehr geblieben. Das moderne Personenrecht kennt keine Spezialbestimmungen für Stände, es stellt den Kaufmann als Person nicht anders wie jeden sonstigen Handlungsfähigen. Dagegen aber allerdings sind noch einzelne Rechte und Pflichten geblieben, welche zu beanspruchen und zu erfüllen sind, insofern Jemand das Handelsgewerbe ausübt. Hiervon sind ein Theil lediglich historisch zu erklärende Abweichungen vom allgemeinen Verkehrsrechte;³⁾ ein anderer Theil aber hängt mit der Eigenthümlichkeit des Handelsgewerbes zu-

¹⁾ Brinkmann, Handelsrecht S. 52.

²⁾ Wenn auch nicht ganz allgemein, vgl. Endemann § 20, Note 2 u. 3.

³⁾ Dieselben werden wohl mit einer Reform des Civilrechtes verschwinden; sie sind entstanden, weil man gewisse althergebrachte Sätze mit dem modernen Verkehrsrechte nicht mehr vereinbar fand, die Zuständigkeit aber fehlte, über das Gebiet des Handelsrechtes hinaus zu reformiren. Es gehören hieher die Artikel des A. d. H.G.B. Art. 78 ff., Auslegungsfreiheit für den Richter, Abschaffung der Grade der culpa, der laecio enormis, Einführung des Satzes „Hand muss Hand wahren“ und Aehnliches.

sammen und kann, wie in Art. 6 des A. d. H.G.B. geschieht, allerdings noch als „Rechte und Pflichten des Kaufmannes“ bezeichnet werden.⁴⁾ Es sind diess die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister und die Pflicht zur Buchführung mit den zugleich durch die Eintragung und die Buchführung begründeten Rechten.⁵⁾

B. Veröffentlichungspflicht.

§ 57.

1. Bedeutung derselben. Das Handelsregister.

Die Seele des Handels ist der Kredit; Kredit aber beruht auf Vertrauen und dieses tritt nicht ein ohne eine gewisse Oeffentlichkeit dessen, was man zu wissen nöthig hat, um Vertrauen schenken zu können. Daher erfordert es das kaufmännische Leben, solchen Rechtsverhältnissen, deren Kenntniss für die Möglichkeit eines gesicherten Verkehrs als geboten erscheint, eine Gemeinkundigkeit zu verschaffen, so dass sie Niemandem ohne eigenes Verschulden verborgen bleiben können.¹⁾

Früher war es Sache des Einzelnen, in welcher Weise er dem Publikum und seinen Standesgenossen derartige Kundgebungen bewirken wollte; Circularschreiben, Annoncen und dergleichen sind auch jetzt noch reine Privatveröffentlichungen. Allmähig nahmen die kaufmännischen Corporationen die Sache in die Hand und an diese Zeit erinnern die Börsenanschläge, die Proklame in den Innungslokalen und Aehnliches.²⁾ Es konnte aber bei der allgemeinen Wichtigkeit für den gesammten handelsrechtlichen Verkehr nicht fehlen, dass auch der Staat auf die Art der Veröffentlichungen Einfluss zu nehmen bestrebt war³⁾ und man schrieb gesetzlich vor, dass bei Gericht oder sonstigen Behörden Urkunden über gewisse Rechtsakte von allgemeinerem Interesse hinterlegt werden mussten. Das Wichtigste bleibt hierbei stets, dass man jederzeit mit Sicherheit Kenntniss zu erhalten vermag, wer als Geschäftsinhaber erscheint und

⁴⁾ Wogegen Thöl § 52 (Note 1) sich ausspricht.

⁵⁾ Dagegen scheint mir nicht von einem „Rechte auf Firma, auf Prokura, auf Abschluss von Handelsgeschäften“ u. dgl. gesprochen werden zu können; der Kaufmann hat immer eine Firma, ob er will oder nicht, sobald er Kaufmann ist, wird sein eigener oder ein anderer Name Firma genannt; sobald er einen Universal-Stellvertreter aufstellt, wird dieser zum Prokuristen, sobald zwei Kaufleute gemeinsam ein Handelsgewerbe treiben, sind sie eine Handelsgesellschaft; zu all diesem erscheinen sie weder berechtigt noch verpflichtet, sie sind es einfach.

¹⁾ Endemann, § 21.

²⁾ Allgemein gesetzlich ist diese Veröffentlichungsform nicht mehr. Doch wurde (Prot. S. 895) bei der Berathung des Handelsgesetzbuches auf ausdrücklichen Beschluss zu Protokoll erklärt, „dass die Partikulargesetzgebungen auch anordnen können, dass die Veröffentlichungen durch Börsenanschläge erfolgen müssen.“

³⁾ Vgl. Preuss. L.R. Th. II, Tit. VIII, §§ 505, 619. Code du Commerce Art. 2, 42, 66, 79.

wer also aus den mit einem bestimmten Geschäfte eingegangenen Rechtsverhältnissen haftbar ist, und deshalb wurde insbesondere von Staatswegen auf Führung von sogenannten Firmenprotokollen, Geschäftsmatrikeln⁴⁾ u. s. w. gedrungen, welches Institut sich allmählig⁵⁾ zu dem auch im A. d. H.G.B. aufgenommenen umfassenden Handelsregister entwickelte.⁶⁾

Die Führung der Handelsregister ist den Gerichten (wo solche bestehen, den Handelsgerichten)⁷⁾ übertragen. Die Thätigkeit des Beamten stellt sich indessen nicht als eine richterliche, sondern als eine justizpolizeiliche dar.⁸⁾

Was nun die formalen Bestimmungen anlangt, so ist ein Handelsregister bei jedem Handelsgerichte zu führen (Art. 12, Abs. 1 des A. d. H.G.B.); die Art und Weise der Registerführung im Einzelnen ist der Landesgesetzgebung überlassen.⁹⁾ Dasselbe zerfällt in das Firmenregister und in das Gesellschaftsregister; Zweigniederlassungen, Prokuristen u. s. w. werden in besonderen Columnen eingetragen. Die Eintragungen¹⁰⁾ sollen in kurzen, deutlichen Sätzen mit möglichst guter Schrift ausgeführt, es soll Nichts ausgestrichen, radirt oder korrigirt werden, Zwischenschriften sind zu vermeiden.¹¹⁾

Die Anmeldungen zum Handelsregister können mündlich, auch durch Bevollmächtigte erfolgen (in welchem Falle ein Protokoll aufzunehmen ist), oder schriftlich, worüber die Einf.Gesetze mehrfach Näheres enthalten. Das Handelsregister ist öffentlich (Art. 12, Abs. 2). Die Oeffentlichkeit besteht in einem Dreifachen.¹²⁾ 1) Jedermann hat das Recht auf Einsichtnahme während der gewöhnlichen Dienststunden. 2) Jedermann hat ein Recht auf beglaubigte Abschrift des Eingetragenen. 3) Jedermann soll den Inhalt auch ohne Einsichtnahme inne werden können.

⁴⁾ Solche bestanden z. B. in Bayern nach § 4 der Wechselordnung von 1785.

⁵⁾ In Wien sollen förmliche Register schon seit mehr als 100 Jahren bestehen, vgl. Prot. S. 21.

⁶⁾ Ueber die Entstehungsgeschichte der einzelnen Artikel des A. d. H.G.B. s. v. Hahn, Bd. I, S. 57, 58 und 59.

⁷⁾ In Preussen führen jetzt die Amtsgerichte die Register; in Bayern ist dagegen auch bei der neuen Organisation diese Pflicht den Landgerichten als Handelsgerichte verblieben, bei welchen ein „beauftragter Richter“ dazu bestimmt ist, vgl. hierüber Keyssner in Busch, Arch. Bd. 40, Heft 3.

⁸⁾ Vgl. das Erk. betreffend des Markenschutzes S. 213, Not. 23. S. auch Spiller, der Handelsrichter als Kommissarius zur Führung des Handelsregisters, 1876.

⁹⁾ In den meisten deutschen Staaten sind die desfallsigen Instruktionen von den Justizministerien im Verordnungswege erlassen. — Ueber die Bestimmungen der Einf. Gesetze s. Selpius, S. 83 ff., und zur Kritik der Bestimmungen über die Führung v. Kräwel, Z. f. H.R. Bd. 22, S. 135.

¹⁰⁾ Es kann für dieselben von der Partei eine Gebühr verlangt werden nach einer ausdrücklichen Konstatirung in dem Protokolle S. 22.

¹¹⁾ Es ist in der Regel auch vorgeschrieben, dass dauerhaftes Papier zu nehmen sei, in welche Spalten und von welchen Dimensionen die Blätter des Registers zu zerfallen haben u. s. w.

¹²⁾ Thöl, Bd. I, S. 176, Nr. II.

1. Wer Einsicht verlangt, hat nicht etwa ein Interesse zu bescheinigen;¹³⁾ das Gesetz geht davon aus, dass uninteressirte Personen ohnehin nicht kommen werden. Immerhin wird über die Art der Einsichtnahme eine Kontrolle geübt werden können, damit das Register nicht etwa beschädigt werde. Nicht blos das Register selbst, sondern auch die Beilagen können eingesehen werden. Die „gewöhnlichen Dienststunden“ müssen dem Publikum bekannt sein.¹⁴⁾

2. Das Recht auf Abschriftnahme von den Eintragungen erstreckt sich auch auf die Beilage der Eintragungen. Nur Abschriften, nicht ein Zeugnis über den Inhalt des Handelsregisters kann man verlangen; das Gericht ist daher auch nicht verpflichtet, eine Bestätigung zu ertheilen, dass ein bestimmter Eintrag nicht erfolgt sei.¹⁵⁾

3. Die Eintragungen in das Handelsregister sind in öffentlichen Blättern¹⁶⁾ in der Regel ihrem ganzen Inhalte nach bekannt zu machen. Ganz verboten ist die Veröffentlichung nur in einem Falle, nemlich für Name, Stand und Wohnort des Kommanditisten sowie für den Betrag seiner Vermögenseinlage (Art. 151, Abs. 3, 155 Abs. 2. 156 u. Art. 171, Abs. 2); die Veröffentlichung nur im Auszuge ist vorgeschrieben für die Errichtung und Abänderung des Gesellschaftsvertrages der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Aktiengesellschaft (Art. 176, 198, Abs. 2 u. Art. 210, 214, Abs. 2).¹⁷⁾ Die Bekanntmachung erfolgt auf Kosten der Partei, einmal oder öfters und ohne Verzug.

An das Handelsregister schliessen sich als besondere Abtheilungen noch an 1) das Genossenschaftsregister nach dem R.Ges. vom 4. Juli 1878;¹⁸⁾ 2) das Zeichenregister;¹⁹⁾ 3) das Musterregister.²⁰⁾

¹³⁾ Wie z. B. für Einsichtnahme der Hypothekenbücher in den meisten Rechten verordnet ist. — S. über die Einsichtüberf. Preuss. J.M. Instruk. vom 21. Dezember 1861, §§ 49, 65, 74.

¹⁴⁾ Ob in dringenden Fällen das Register auch ausser den gewöhnlichen Dienststunden eingesehen werden dürfe, ist bestritten. Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 124 und 125.

¹⁵⁾ Erk. des Nürnberger Handelsapp.-Ger. in Völderndorff's Sammlung, Bd. I, S. 438 und Zeitschr. für H.R. Bd. VII, S. 540. — Dass aber dergleichen doch vorkommen s. Keyssner zu Art. 12, Nr. 9, und vgl. namentlich wegen Atteste über Vollmachtseinträge Noack, Busch, Arch. Bd. IV, S. 212; Keyssner, ebenda Bd. XI, S. 193.

¹⁶⁾ Im Dezember jeden Jahres bestimmt das Handelsgericht, in welchen Blättern die Bekanntmachungen für das folgende Jahr erscheinen sollen. Hört das bestimmte Blatt zu erscheinen auf, so ist es durch ein anderes zu ersetzen.

¹⁷⁾ Ueber den Inhalt des Auszuges vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 128 ff.

¹⁸⁾ S. darüber unten Abschnitt 3 dieses Buches unter C.

¹⁹⁾ S. oben S. 211, Nr I.

²⁰⁾ Nach dem R.Ges. vom 11. Januar 1876. S. unten in Buch 2, Abschn. 4. Ueber Register behufs Beurtheilung der Ausschliessung der ehelichen Gütergemeinschaft. S. Selpius, S. 17.

§ 58.

2. Umfang der Anmeldung und Eintragung.

Was ist in das Handelsregister aufzunehmen?

I. Art. 12 des A. d. H.G.B. verfügt: „die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen.“

Angeordnet ist:

1) Jeder Vollkaufmann muss¹⁾ seine Firma und die auf dieselbe bezüglichen Thatsachen eintragen lassen. Diess geschieht beim Beginn des Geschäftes (Art. 19), bei einer Aenderung des Inhabers, bei einer Aenderung der Firma (Art. 25), bei einer Abzweigung des Geschäftes (Zweigniederlassung) (Art. 21), beim Erlöschen der Firma (Art. 25).

Die Eintragung (Aenderung, Löschung) erfolgt auf Anmeldung; die Anmeldung ist vorzunehmen beim Handelsgerichte, in dessen Bezirk sich die Handelsniederlassung — also die Hauptniederlassung oder die Zweigniederlassung²⁾ — befindet. Hierbei³⁾ muss die Firma vor dem Handelsgerichte persönlich gezeichnet oder die Zeichnung in beglaubigter⁴⁾ Form eingereicht werden (Art. 19). Wer nicht schreiben kann, wäre daher eigentlich von der Anmeldung ausgeschlossen;⁵⁾ allein diese Auslegung nach dem Wortlaute wäre zu streng⁶⁾ und es ist, falls die Verhinderungsursache der persönlichen Unterschrift eine vorübergehende ist, die Zeichnung nachzuholen, andernfalls wie bei der Beurkundung für Analphabet überhaupt zu verfahren.

2) Die Ertheilung und das Erlöschen jeder Prokura ist einzutragen (Art. 45). Die Anmeldung erfolgt Seitens des Prinzipals (persönlich oder in beglaubigter Form); die Zeichnung (gleichfalls persönlich oder in beglaubigter Form) erfolgt durch den Prokuraträger.⁷⁾

3) Alle wichtigeren Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschaften sind einzutragen, nemlich:

A. Die Errichtung einer Handelsgesellschaft, sowie die Verlegung des Gesellschaftssitzes, ferner die Gründung einer Zweigniederlassung bei der offenen

¹⁾ Der unter Art. 10 fallende Kleinkaufmann kann die Firma anmelden, muss es aber nicht.

²⁾ Eine besondere Bestimmung enthält noch Art. 21 Abs. 3, dass die Firma für eine Zweigniederlassung nicht eingetragen werden darf, bevor nachgewiesen ist, dass die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung erfolgt ist.

³⁾ Anmeldung und Zeichnung der Firma sind also zwei verschiedene Akte; letzterer ist höchst persönlich, ersterer kann auch durch einen Stellvertreter oder mittelst schriftlicher Eingabe geschehen.

⁴⁾ Ueber die Form der Beglaubigung siehe Völderdorff's Kommentar Bd. I, S. 167.

⁵⁾ Busch, Arch. Bd. III, S. 363, Goldschmidt, Zeitschrift Bd. VIII, S. 541.

⁶⁾ Völderdorff's Kommentar, Bd. I, S. 165 ff. v. Hahn, Bd. I, S. 94.

⁷⁾ Bei der Löschungs-Anmeldung ist der Prokurist nicht betheilig, vgl. Völderdorff's Kommentar, Bd. I, Seite 342, Ziff. 5.

Gesellschaft (Art. 86), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 151 u. 152), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 176. 179), bei der Aktiengesellschaft (Art. 210. 212).

B. Die Aenderung der Firma bei allen Gesellschaften (Art. 87 u. 155),⁸⁾ der Eintritt eines neuen Gesellschafters bei der offenen und Kommanditgesellschaft, jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bei der Aktiengesellschaft und der Aktien-Kommanditgesellschaft (Art. 198 u. 214).

C. Alle das Publikum berührenden Verhältnisse über die Aktionsfähigkeit der Gesellschaften nach Aussen, also a) die Aufhebung einer Vertretungs-Befugniß eines offenen Gesellschafters, sei es von Anfang an (Art. 86, Nr. 4) oder durch nachträgliche Veränderung (Art. 87) oder bei der Kommanditgesellschaft eines persönlich haftenden Socius (Art. 158 u. 157), ebenso die nachträgliche Ertheilung dieser Befugniß (Art. 87); b) die Bestellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (Art. 228), sowie die Aenderungen in diesem Vorstande (Art. 233); c) die Ernennung von Liquidatoren und die Beendigung ihrer Aufstellung bei der offenen Gesellschaft (Art. 135), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 172), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 205),⁹⁾ bei der Aktiengesellschaft (Art. 244).

D. Die Auflösung der offenen Gesellschaft (Art. 129, Abs. 1), der Kommanditgesellschaft (Art. 171), der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 201), der Aktiengesellschaft (Art. 243);¹⁰⁾ ebenso die Ausschliessung oder das Ausscheiden eines offenen Gesellschafters (Art. 129, Abs. 3); eines persönlich haftenden Gesellschafters in der Kommanditgesellschaft (Art. 171, Abs. 3); des Kommanditisten mit seiner ganzen Einlage oder mit einem Theile derselben (Art. 171, Abs. 1); die theilweise Zurückbezahlung des Kapitals der Kommanditisten in der Kommanditaktiengesellschaft (Art. 203, Abs. 2) und des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft (Art. 248, Abs. 2).

Die verschiedenen Einführungsgesetze¹¹⁾ ordnen noch andere Eintragungen an. z. B. die des ehelichen Güterstandes, der Dispositionsunfähigkeit¹²⁾ u. s. w.

Eine wichtige Neuerung hat die Reichs-Konkursordnung in § 104 eingeführt, welcher verfügt, dass jede Konkursöffnung unter Bezeichnung des Konkursverwalters den Registerbehörden mitzuthellen ist, damit (wie die Motive sagen) „dem öffentlichen Glauben dieser Register Genüge geleistet werde.“ Ebenso müssen die den eröffneten Konkurs wieder aufhebenden Entscheidungen (§ 105, § 151, § 175, § 191 der K.O.) den Registerbehörden mitgetheilt werden.

II. Indem der Art. 12 des A. d. H.G.B. sagt: „in dem Handelsregister

⁸⁾ Bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist dies nicht ausdrücklich verfügt, liegt aber in der Anordnung, dass jede Abänderung der Statuten registriert werden muss.

⁹⁾ Dieser Artikel schreibt zwar die Eintragung der Liquidatoren nicht vor, allein sie ergibt sich aus Art. 198, Abs. 2.

¹⁰⁾ Ausser im Falle des Konkurses.

¹¹⁾ Vgl. v. Hahn a. a. O. Bd. I, S. 53 ff.

¹²⁾ Z. B. Württemberg. Einf.Ges. Art. 22. Die Eintragung der ehelichen Güterstände war anfänglich allgemein beabsichtigt, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 121 ff.

seien die im Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen“, verfügt es, dass nur diese und keine anderen aufgenommen werden sollen. Hierbei ging man von der Ansicht aus,¹³⁾ dass wenn man dem Kaufmanne frei stellen wollte, jeder Thatsache im Handelsregister Veröffentlichung zu verschaffen, deren Kundmachung an das Publikum ihm vielleicht von Interesse erscheint, nicht nur eine Ueberfüllung des Handelsregisters unvermeidlich sein, sondern auch die Handelswelt in die den Verkehr im höchsten Grade störende Nothwendigkeit versetzt würde, bei jedem Geschäfte zahllose Vermerke der einzelnen Handelsregister durchzusehen, um sich vor Schaden zu bewahren. Deshalb wurde beschlossen,¹⁴⁾ dass freiwilligen Einträgen das Register nicht zu eröffnen sei.¹⁵⁾ Folge dieses Grundsatzes ist, dass:

a) **Handelsvollmachten**, welche nicht Prokuren sind, im Handelsregister nicht eingetragen werden können; auch nicht **Beamte und Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft**.¹⁶⁾ Die sogenannten **Geranten**, wenn sie zum eigentlichen Vorstände gehören, sind mit diesem, wenn sie nur Bevollmächtigte sind, gar nicht einzutragen.¹⁷⁾

b) Desgleichen kann über die **Form** der Firmazeichnung, nicht aber über Modifikation der Befugnisse eines an sich zur Firmazeichnung Bevollmächtigten ein Eintrag erfolgen;¹⁸⁾ demnach z. B. nicht, wer bei der Aktiengesellschaft die Zeichnung des Beamten zu contrasigniren hat.

c) Anmeldungen **bevorstehender Veränderungen** in den Eingebungen (über Firmen, Prokuren, Gesellschaftsverhältnisse u. dgl.) sind unzulässig.¹⁹⁾

III. Ein Satz von entscheidender Wichtigkeit ist endlich, dass im Handelsregister nur Thatsachen, nicht aber Rechtsverhältnisse eingetragen werden sollen. „Das Register soll nur den faktischen Zustand des Geschäftslebens darstellen, es soll die thatsächlichen Vorgänge (allerdings soweit sie eine rechtliche Bedeutung für den kaufmännischen Verkehr haben) zur öffentlichen Kenntniss bringen;“²⁰⁾ es dient aber nicht zum Schaffen von Rechten, es begründet an sich nicht die Folge, dass was nicht existirt, dadurch dass es im Register eingetragen ist, existent wird. So hängt z. B. die Frage, ob Jemand Kaufmann sei oder nicht, ob eine Prokura rechtsgiltig ertheilt sei oder nicht, ob eine Gesellschaft eine offene sei oder nicht und so weiter, keineswegs von der Eintragung oder Nichteintragung im Register ab. Wohl aber können unter Umständen die rechtlichen Folgen, welche sich an die Thatsache knüpfen, je nach dem Inhalte des Registers verschiedene sein.²¹⁾

¹³⁾ Motive zum Preussischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 10.

¹⁴⁾ Protokolle S. 80.

¹⁵⁾ Ueber Eintrag im Wege des Sicherheitsarrestes s. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 113, 282; Keyssner, Arch. Bd. 5, S. 30; Bd. 31, S. 287.

¹⁶⁾ Busch, Arch. Bd. I, S. 585.

¹⁷⁾ Centralorgan Bd. II, S. 141 und Neue Folge Bd. I, S. 245.

¹⁸⁾ Beschluss des Kölner Apellhofes in Busch, Arch. Bd. II, S. 175.

¹⁹⁾ Centralorgan Neue Folge Bd. I, S. 575.

²⁰⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 102.

²¹⁾ Vgl. das Nähere in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 100 ff.

§ 59.

3. Vorschriften und Wirkung der Eintragung.

Die Eintragung im Handelsregister steht unter gesetzlichen Vorschriften und Wirkungen und zwar in vierfacher Hinsicht:

A. Die Erfüllung der Anmeldepflicht innerhalb bestimmter Frist¹⁾ und in korrekter Weise ist der disciplinaren Aufsicht der Registerbehörden unterstellt. Diese haben dieselbe mittelst Ordnungsstrafen²⁾ zu erzwingen und sind solche Strafen angedroht in den Artikeln: 26, 45, 89, 129, 135, 154, 155, 171, 179, 198,³⁾ 212, 214, 228, 233, 243, 244, 247, 251.

B. In gewissen Fällen ist an den Eintrag eine sofortige rechtliche Wirkung geknüpft, die entweder nicht eintritt oder deren Gegentheil eintritt, so lange der Eintrag nicht erfolgt ist. So bestimmen a) die Art. 211 und 178, dass die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien vor der Eintragung als solche nicht bestehen, dass die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien nichtig sind und dass die Ausgeber den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch haften;⁴⁾ bei Aktienkommanditgesellschaft überdiess, wenn vor der Eintragung gehandelt worden ist, die Handelnden persönlich und solidarisch haften.

b) Auch Abänderungen des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien haben vor erfolgter Eintragung keine rechtliche Wirkung.

c) Der Art. 163 Abs. 3 bestimmt, dass dritten Personen der Kommanditist für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter eintreten muss, wenn die Kommanditgesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat, bevor sie eingetragen wurde.

d) Wird der Gesellschafter nicht ausdrücklich als Kommanditist eingetragen oder wird der stille Gesellschafter überhaupt eingetragen, so haften dieselben als offene Gesellschafter. (Art. 168 und 257.)

e) Die Klagverjährung gegen den Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die

¹⁾ Für diese Fristen sind die Einführungsgesetze massgebend.

²⁾ Die Ordnungsstrafen sollen „zunächst“ in Geldbusse bestehen; über die Höhe ist im Handelsgesetzbuche Nichts bestimmt. Das Preussische Einführungsgesetz regelt die Sache in Art. 5 und normirt die Strafe auf 5 bis 200 Thaler mit dem Beifügen, dass Umwandlung in Gefängnisstrafe nicht stattfindet. Das Bayerische Einf.Ges. setzt — unter derselben Beschränkung — Geldbusse bis zu 300 fl. fest. Auf das Verfahren hat die neue Civilprozessordnung Einfluss gehabt, vgl. den Aufsatz von Keyssner im Busch'schen Arch. Bd. 40.

³⁾ Völderndorff's frühere (Kommentar, Bd. I, S. 119, Note 12) Bemerkung über das v. Hahn'sche Citat dieses Artikels, welche übrigens keine „Rüge“ (v. Hahn, Kommentar S. 70, Note 14) enthielt, nimmt er zurück; dagegen muss er sein Citat des Art. 251 aufrecht erhalten, denn mit Ordnungsstrafe ist nicht allein die bloß faktische Firmaführung bedroht, sondern sicher auch die erschlichene Eintragung einer Gesellschaftsfirmas, wenn der Gesellschafter nur ein stiller ist.

⁴⁾ Diese Bestimmung ist für die Aktiengesellschaften erst durch die Novelle vom 11. Juni 1870 getroffen.

Gesellschaft beginnt nach Art. 146 Abs. 2 und Art. 172 nicht von der Thatsache der Auflösung, bez. der Ausschliessung oder dem Ausscheiden, sondern vom Moment der Eintragung dieser Thatsache.

f) Auch die Frist eines Jahres, welche nach den Artikeln 202, 203, 245, 247, 248 verstreichen muss, bis vertheilt, zurückgezahlt, fusionirt werden darf, läuft nicht von der Thatsache, auf die es ankommt, sondern erst von der Eintragung an.

C. Die dritte Art der Wirkung ist das Entstehen einer Vermuthung⁵⁾ für die Wissenschaft der eingetragenen Thatsache und gegen die Wissenschaft der nichteingetragenen Thatsache.⁶⁾ So muss der Dritte die Aenderung oder das Erlöschen der Firma oder der Prokura gegen sich gelten lassen, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht ist, und andererseits spricht für seine Nichtkenntniss die Vermuthung, wenn sie nicht eingetragen war (Art. 25, Art. 46). Das gleiche Verhältniss waltet ob bei Aenderungen in der Vertretungsbefugniss eines Gesellschafters (Art. 87 u. 155). Hierbei ist die Regel, dass wo Beweis verlangt wird, dass ohngeachtet des Nicht-Eintrages der Dritte die Thatsache kannte, nur der Beweis der effektiven Kenntniss, nicht des „Kennenmüssens“ genügt. Wo es aber darauf ankommt, ob der Dritte ohngeachtet des Eintrages die Thatsache gegen sich nicht geltend zu lassen brauche, muss bewiesen werden, dass er dieselbe weder kannte, noch kennen musste.⁷⁾

D. Ausserdem begründet der Eintrag im Handelsregister sammt Veröffentlichung oder die Unterlassung nur eine gewöhnliche Vermuthung, dass die betreffende Thatsache bestehe oder nicht bestehe.⁸⁾

C. Buchführung und Handelsbücher.

§ 60.

1. Bedeutung derselben.

Das kaufmännische Gewerbe als solches besteht im „Handeln“; jede Ausübung desselben erfolgt durch ein Geben oder Empfangen, durch eine Handlung. Allein diese bloß faktische Ausübung, welche momentan eintritt und sofort wieder verflossen ist, erscheint ungenügend; die kaufmännische Thätigkeit erfordert daneben zu ihrer vollen Entwicklung eine schriftliche Beurkundung dessen, was im Geschäfte sich ereignet, die einzelnen Ausübungshandlungen sollen fixirt, sie sollen gleichsam aus der Zeit herausgehoben und aus dem Kreise des momentanen Thuns zu einer bleibenden Erscheinung umgestaltet werden. Die schriftliche Beurkundung alles dessen, was im Geschäfte ge-

⁵⁾ Gegen welche ein Beweis zulässig ist.

⁶⁾ Immer vorausgesetzt, dass die Eintragung auch veröffentlicht ist.

⁷⁾ Ueber „Kennenmüssen“ vgl. v. Hahn a. a. O. Bd. 61, § 7.

⁸⁾ Vgl. die ausführliche Darstellung der ganzen Lehre in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 108—117.

schieht, heisst man die kaufmännische Buchführung.¹⁾ Sie ist die Grundlage des kaufmännischen Gewerbebetriebes,²⁾ ohne sie ist ein reelles und solides Geschäftsleben nicht wohl denkbar.³⁾ Von jeher galt es daher als erste Pflicht eines jeden Kaufmannes, ordnungsgemäss Buch zu führen, und auch nach heutigem Rechte ist der Vollkaufmann hierzu gehalten (Art. 28 des A. d. H.G.B.). So lange der Kaufmannsstand ein im öffentlichen Leben anerkannter gesonderter war, bildete die Verbindlichkeit zur Buchführung eine Standespflicht und stund unter öffentlicher Kontrolle; seitdem die Trennung der Stände in politischer Beziehung aufgehört hat, bleibt die Erfüllung des gesetzlichen Gebotes zwar an sich unüberwacht, allein die Nichterfüllung hat bestimmte nachtheilige Folgen.⁴⁾ Diese Folgen treten aber nur unter gewissen Umständen ein und daher liegt nach gegenwärtigem Rechte der eigentliche Antrieb zur Erfüllung der Pflicht zur Buchführung lediglich in der Eingangs erwähnten inneren Wichtigkeit derselben für das Geschäft, in dem Umstande, dass ohne eine solche der Kaufmann einen regelrechten Geschäftsbetrieb nicht ausüben kann und sich selbst Vermögens-Schaden zufügt.

Demnach liegt die Sache so:

1) Kaufmann ist auch derjenige, welcher keine Bücher führt; vom Minderkaufmanne wird die Buchführung vom Gesetze gar nicht verlangt, — dem Vollkaufmanne legt das Gesetz zwar die Pflicht hiezu auf, allein die Erfüllung wird weder im Disciplinarwege noch durch Androhung von Ordnungsstrafen im Unterlassungsfalle überwacht. Unterlässt der Verpflichtete die Buchführung, so bleibt er doch Kaufmann im Sinne des Gesetzes und zwar je nach seinem Geschäftsbetriebe auch Vollkaufmann.

2) Besondere gesetzliche Vortheile bringt die Buchführung nicht mit sich;⁵⁾ deren Unterlassung aber, wo sie vorgeschrieben ist, bewirkt eine strafrechtliche Folge, jedoch er nur im Falle der Unterlassung seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs geräth.⁶⁾ Sofern also der Kaufmann solvent bleibt, ist es äusser-

¹⁾ Die Korrespondenz erfolgt zwar auf einzelnen Blättern (Briefen), aber auch diese werden „gebucht“, Kopirbuch, Briefsammlung.

²⁾ Wenn auch der ursprüngliche Grund zu besonderen gesetzlichen Vorschriften über die kaufmännische Buchführung in der Einräumung anormaler Beweiskraft der Bücher gelegen sein mag (Endemann S. 95), so ist doch diese Beweiskraft nur die äussere Folge der inneren Bedeutung der Buchführung.

³⁾ Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 215.

⁴⁾ Der Umstand, dass ein Kaufmann schon vor Einführung des A. d. H.G.B. sein Geschäft begonnen hatte, befreit ihn nicht von der durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten Pflicht der Buchführung. Erk. des Berliner Obertribunals vom 20. März 1865 (Busch, Arch. Bd. VII, S. 167).

⁵⁾ Denn Art. 34 des A. d. H.G.B. ist aufgehoben, vgl. unten.

⁶⁾ Lag hierbei die Absicht vor, die Gläubiger zu benachtheiligen, so trifft nach Konk.Ord. § 209 Nr. 3 und 4 die Schuldner, welche Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder welche ihre Handelsbücher vernichtet, verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren, Zuchthaus, bei mildernden Umständen Gefängnisstrafe nicht unter 3 Monaten. Fehlt die Benachtheiligungsabsicht, so tritt nach

lich für ihn einerlei, ob er Bücher führt oder nicht; ein ordentlicher Geschäftsmann aber ist er nicht, wenn er die Buchführung unterlässt.

3) Was aber die Bedeutung der Buchführung nach Aussen hin betrifft, so ist Folgendes zu erwägen. Nach den streng formalen Beweisregeln kann eine Schrift für den, der sie geschrieben, nicht beweisen; ⁷⁾ denn ausserdem könnte sich Jedermann Beweismittel schaffen nach Bedarf. Eine Ausnahme von dieser Regel findet statt, wenn diese letztere Möglichkeit durch die Natur der schriftlichen Beurkundung ausgeschlossen erscheint und diess ist der Fall in der ordnungsgemässen Buchführung eines kaufmännischen Geschäftes. Handelsbücher ⁸⁾ genossen daher von jeher einer besonderen Glaubwürdigkeit. Schon im Römischen Rechte erscheinen die Bücher (rationes) der damaligen Bankiers und Geldwechsler (argentarii et nummularii) als privilegiert; ⁹⁾ im Mittelalter wurde zuerst in Italien, ¹⁰⁾ später auch in Deutschland die Rechtsanschauung massgebend, ¹¹⁾ dass Handelsbücher, sei es an sich, sei es unter Verstärkung durch einen Eid, als voller Beweis anzusehen seien und zwar pro scribente und gegen Dritte. ¹²⁾ Motivirte anfänglich die Doktrin diese privilegierte Stellung durch die subjektive Glaubwürdigkeit der Person, welche das kaufmännische Buch führt, also durch das Vertrauen auf den Kaufmann, ¹³⁾ so schränkte andererseits die Praxis die Wirkung des Privilegs auf Streitigkeiten zwischen Kaufmann und Kaufmann ein. Als nun aber in Folge der allgemeinen Verkehrsfreiheit dieser subjektive Standpunkt verlassen werden musste, ¹⁴⁾ und man sonach die persönliche Glaubwürdigkeit der Kaufleute nicht mehr zu Begründung der normalen Beweiskraft

Konk.-Ord. § 210, Nr. 2 Gefängniss bis zu 2 Jahren ein. Vgl. Völderndorff, Kommentar zur K.O. Bd. II, S. 625 ff.

⁷⁾ Vgl. indessen hierüber Endemann, Zeitschrift von Goldschmidt Bd. II, S. 330 ff. und über die Legaltheorie des Handelsbuchs überh. dessen Beweislehre (1860) § 75.

⁸⁾ Oder wie Kräwel in Busch's Arch. Bd. III, S. 167 ausführt, richtiger „Handlungsbücher.“

⁹⁾ Vgl. Kraut, de argentariis et nummulariis. Göttingen 1826.

¹⁰⁾ In den Statuten von Bologna vom Jahre 1757 findet sich bereits eine ausführliche Bestimmung über die Beweiskraft der Handelsbücher, vgl. v. Märtens, Ursprung des Wechselrechtes, Arch. Nr. 10, S. 57.

¹¹⁾ Pemsel, Die Fassung des Bucheides (1866) S. 1 und 2.

¹²⁾ Endemann, Beweislehre S. 312, Note 16.

¹³⁾ Man betrachtete die Selbstverständlichkeit forderungsgemässer Buchführung als einen Ausfluss der kaufmännischen Ehre und mit Rücksicht darauf, dass der gesammte kaufmännische Verkehr auf Treue und Glauben beruht, nahm man an, es könne solche präsumirt werden (Pöhls, Darstellung des Handelsrechts, Bd. I, S. 351).

¹⁴⁾ Ein Erk. des vormaligen Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg vom 20. April 1864 (Völderndorff's Sammlung, Bd. I, S. 439) sagt: „Bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, wonach der Kaufmannsstand nicht mehr ein streng geschlossener, auf verhältnissmässig wenig zahlreiche und sich wechselseitig im Geschäfts- und Privatleben genau kennende und kontrollirende Personen beschränkter Stand ist, sondern ohne Konzession, obrigkeitliche Ermächtigung oder Prüfung der Geschäftskunde, persönlicher Tüchtigkeit und des Leumundes — Jeder sich als Kaufmann geriren kann und darf, würde die Vermuthung, dass ein Jeder, welcher Handel treibt und ein Buch führt, auch ein redlicher und wahrheitsliebender Mann sei, nicht begründet erscheinen.“

ihrer Bücher zu benutzen vermag, kann das Motiv, weshalb den Einträgen in die Handelsbücher eine bevorzugte Bedeutung beigegeben werden sollte, nur darin gefunden werden, dass die kaufmännische ordnungsgemässe Buchführung in sich selbst eine gewisse Garantie dafür enthält, dass das was sie konstatirt, der Wirklichkeit entspricht. Denn die Beschaffenheit der Buchführung bringt es mit sich, dass in derselben jeder Versuch, sich nachträglich ein Probemittel durch einen willkürlichen Eintrag zu schaffen, ausgeschlossen ist, und wenn die feststehenden Regeln der Handelswissenschaft beachtet werden, erscheint das hiernach geführte Buch als eine betrüglichen Manipulationen unzugängliche unparteiische Beurkundung der thatsächlichen Verhältnisse. Das kaufmännische Buch ist hiernach nicht in der Absicht geführt, Beweismittel zu erlangen, sondern Thatsachen für die Erinnerung festzuhalten; ¹⁵⁾ im Momente der Beurkundung lässt sich nicht ermesen, ob die Thatsache, welche beurkundet wird, dem Buchführenden vortheilhaft oder nachtheilig sein werde, und eine nachträgliche willkürliche Aenderung findet nicht Raum bei ordnungsgemässer Buchung. **Man glaubt dem Kaufmann nicht, weil er ein Kaufmann ist, sondern weil und soweit er kaufmännisch gebucht hat.**

Indessen auch dieser Standpunkt ist von der modernen Gesetzgebung verlassen und wohl mit Recht. Denn leider ist die moderne Art des kaufmännischen Verkehrs wenig geeignet, den Charakter der Buchführung, wie er nothwendig wäre, um denselben als glaubwürdiges Beurkundungsgeschäft erscheinen zu lassen, zu wahren. Fast in keinem Etablissement werden die Thatsachen sofort, wie sie eintreten, gebucht; die Buchführung folgt vielmehr erst Tage, Wochen, ja Monate dem Faktum nach, und es ist klar, dass damit der Anspruch auf besondere innere Glaubwürdigkeit unvereinbar ist.

Während demnach noch das A. d. H.G.B. in seinen Art. 34 und 35 davon ausging, dass ordnungsgemäss geführte kaufmännische Bücher ¹⁶⁾ in Handels-sachen hinsichtlich ihrer Einträge unter Kaufleuten einen unvollständigen durch den Eid oder andere Beweismittel ergänzbaren Beweis liefern sollten, ¹⁷⁾ haben nach der Reichscivilprozessordnung, nachdem der § 13 des Einf.Ges. die obigen Artikel des H.G.B. aufgehoben, Handelsbücher für den Beweis keinerlei besondere gesetzliche Bedeutung mehr. Faktisch natürlich wird der Richter, wenn er in Gemässheit des § 259 der C.Pr.O. seine Ueberzeugung bildet, immer noch dem Inhalte eines ordnungsgemäss geführten Handelsbuches eine erhebliche Berücksichtigung zuwenden. Er ist nicht gehindert, sogar demselben vollen Glauben beizulegen.

¹⁵⁾ Vgl. Endemann in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. II, S. 344 ff.

¹⁶⁾ Der richterlichen Prüfung blieb anheimgestellt, wie weit eine Unregelmässigkeit in das Gewicht fallen solle und auch welchem von zwei sich widersprechenden Büchern die grössere Glaubwürdigkeit innewohne.

¹⁷⁾ Diese Beweisfähigkeit galt sowohl zu Gunsten des Buchführers als gegenüber von Dritten; ob auch Nichtkaufleuten gegenüber, darüber entschieden die Partikularrechte.

§ 61.

2. Beschaffenheit der Buchführung.

Das A. d. H.G.B. gibt für das System der Buchführung nur den einen Anhaltspunkt (Art. 28 Abs. 1), dass aus den Büchern die **Handelsgeschäfte des Kaufmannes und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sein müssen.**

Es heisst nicht „jederzeit“;¹⁾ der Umstand allein, dass man die einzelnen Einträge der Bücher vergleichen, dass man Berechnungen anstellen, dass man noch andere Behelfe zur Hand nehmen muss, um den Stand des Handelsgeschäftes und die Vermögenslage klar zu übersehen, macht die Buchführung noch nicht zu einer ordnungswidrigen. Es heisst aber auch nicht: „dass er ersehen könne.“ Bücher, in denen nur der Buchführende selbst sich auskennt, die ein Dritter nicht versteht oder nicht zu beurtheilen versteht, sind keine ordnungsgemässen.²⁾

Eine weitere Vorschrift über Zahl, Beschaffenheit und Art der Bücher ist im Gesetzbuche nicht enthalten. Sofern nur die Buchführung des Kaufmannes der im obigen aufgeführten Anforderung genügt, ist es im Uebrigen vollkommen in sein Belieben gestellt, wie er buchen will. Indessen kann ohne gewisse Formen und ohne eine plangemäss nach bestimmten Grundsätzen geordnete Aufzeichnung die Buchführung eben jenen Zweck, die Handelsgeschäfte und den Vermögensstand vollständig übersehen zu lassen, nicht erfüllen. Erwägt man dazu das zweite oben bemerkte Moment, dass die Buchführung auch für Dritte verständlich sein muss, so ergibt sich von selbst für den Kaufmann, welcher der gesetzlichen Pflicht genügen will, die Nothwendigkeit, das im Allgemeinen durch Erfahrung und Wissenschaft als „kaufmännische Buchführung“ anerkannte System wenigstens in seinen Hauptgrundsätzen nicht zu verlassen.

Diese Grundsätze sind in Kurzem folgende:

I. Für das **Gesamtvermögen** des kaufmännischen Geschäftes stellt sich jeder einzelne Vorgang dar: entweder als **Mehrung** des Besitzstandes, der Kasse, oder aber als **Minderung** derselben; zugleich muss aber selbstverständlich dadurch für den anderen an dem Vorgange Beteiligten, für den Kunden entweder eine Schuld oder ein Guthaben entstehen. Für Alles, was dem Geschäft durch den einzelnen bestimmten Vorgang zugeht, dafür schuldet es, es wird faktisch dadurch „belastet“,³⁾ es soll seinerseits dafür Etwas thun, es mehrt sich sein „Soll“, Debet. Dagegen gewährt das Geschäft für Alles, was durch den einzelnen bestimmten Vorgang von ihm wekommt, ein Guthaben, dieses fällt also in sein

¹⁾ Wie der Preuss. Entwurf vorgeschlagen hatte.

²⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konk.Ord. Bd. II, S. 636 und 638.

³⁾ Rechtlich natürlich nicht immer; denn wenn z. B. dem Kaufmann eine Forderung bezahlt wird, so erhält er nur, was ihm rechtlich schon gehört. Er „soll“ aber den Zahlenden nicht mehr weiter anfordern; er „schuldet“ kaufmännisch dem Schuldner Entlastung von dessen Schuld.

„Haben“, ⁴⁾ Credit, ⁵⁾ da es dafür seinerseits Etwas zu fordern hat. Umgekehrt stellt sich natürlich der Vorgang in der Richtung der Kunden dar, was das Geschäft diesem **soll**, das **hat** derselbe, das wird ihm „gutgebracht“, dafür wird er als berechtigt „erkannt“. Was aber er dem Geschäfte schuldet, dafür wird er von diesem „belastet“.

Wird nun in der Buchführung jeder Vorgang nur in seiner einfachen Funktion als Mehrung oder Minderung des Geschäftsvermögens vorgetragen, so genügt hierzu die **einfache Buchhaltung**. Wird aber in Betracht genommen, dass, abgesehen von Mehrung oder Minderung des **Vermögens**, ein jeder Geschäftsvorgang auch nothwendigerweise eine Veränderung in dem **Besitzstande** mit sich bringt und will man diese Veränderungen mit beurkunden, so erfordert diess die sogenannte **doppelte Buchhaltung**. ⁶⁾ Diese letztere allein lässt auch diejenigen Geschäftsvorgänge erkennen, welche nur eine Veränderung im Besitzstande, nicht aber zugleich eine Mehrung oder Minderung im Vermögen bewirken. Um indessen dieses zu ermöglichen, müssen die einzelnen Bestandtheile des Besitzers als selbständig gedacht und gleichsam als handelnde Personen fingirt werden, die doppelte Buchhaltung bedarf daher der sogenannten **Conti finti**. ⁷⁾ Diese fingirten oder **totden Conti** (auch Sachen- oder Hilfs-Conti genannt) stehen den Personen-Conti, den eigentlichen Kunden zur Seite.

II. Abgesehen von dieser Form der Buchung des einzelnen Geschäftes gibt es zwei verschiedene Arten der Buchung der Geschäfte überhaupt. Man kann dieselben nemlich in **historischer Reihenfolge** einschreiben und man kann dieselben systematisch ihren Resultaten nach zusammenstellen. Die erstere Klasse ist diejenige der **Tagebücher, Journale**, die zweite Klasse ist jene der **Hauptbücher, Contobücher**. Auf diese zwei Kategorien lassen sich alle in der Praxis gebrauchte Bücher zurückführen; sie sind entweder modifizierte Journale oder modifizierte Contobücher. Eine genaue Darstellung der sämtlichen Buchformen, welche im Handel vorkommen, lässt sich schon deshalb nicht geben, weil Mode, Ortsgebrauch auch individuelle Willkür eine unübersehbare Varietät hervorrufen. Die gewöhnlichen Bücher indessen sind:

⁴⁾ Früher „Soll haben“.

⁵⁾ Der Ton liegt hier auf der ersten Silbe, Crédit; wer viel im Crédit stehen hat, der hat viel Kredit.

⁶⁾ Wenn dem Kaufmann A der Kunde B für ehemals gelieferte Waaren den rückständigen Betrag von 1000 M. bezahlt, so kann A einfach in seinem Kassabuch eintragen: „Zahlung von B 1000 Mark“. Wenn er aber auch die Aenderung des Besitzstandes vermerken will, so muss er neben der Belastung seines Kassakontos mit 1000 Mark zu Gunsten des B, auch für denselben Betrag den Konto des B entlasten.

⁷⁾ Wenn Kaufmann A zur Sicherstellung seines Etablissements das bisher miethweise innegehabte Haus um 50,000 Mark kauft und bezahlt, so ist er an sich weder reicher noch ärmer. Um also doch eine Mehrung einerseits und eine Minderung andererseits und damit die Aenderung im Besitzstande zu bekunden, muss der Kassa- oder der Kapital-Konto (je nachdem die Zahlung aus der laufenden Einnahme geleistet wird oder nicht) dem Immobilien-Konto gegenüber gestellt werden, der eine hat dem andern 50,000 Mark gegeben.

A. bei der einfachen Buchhaltung:

1) Das **Memorial, Journal**, auch **Prima Nota** genannt, neben welchen zum sofortigen Eintrag im Tagesgeschäft die **Strazze** (**Kladde, Brouillon**) geführt wird;

2) das **Kassabuch**;

3) das **Hauptbuch, Kontokorrentbuch**;

4) das **Waarenbuch, Waarenscontro**, bei gewissen Geschäften auch ein **Wechselsecontro**.⁸⁾

B. Bei der doppelten Buchhaltung:

1) **Kladde**,

2) **Memorial**,

3) **Kassabuch**,

4) **Journal**,

5) **Hauptbuch**.⁹⁾

Von diesen Büchern sind **Kladde, Memorial, Kassabuch** und **Hauptbuch** identisch mit den unter **A.** erwähnten, nur hinsichtlich der Form der Buchung verschieden. Das **Journal** der doppelten Buchhaltung aber pflegt sich vom **Memorial** dadurch zu unterscheiden, dass man in demselben die Geschäfte der einzelnen Kunden zusammenstellt, und dadurch eine bessere Uebersicht gewinnt.

III. Neben den eigentlichen kaufmännischen Büchern bildet die **Korrespondenz** die Hauptgrundlage zur vollständigen Kenntniss der Geschäftsvorgänge. Deshalb legt Art. 28 Abs. 2 des A. d. H.G.B. die Pflicht auf, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren¹⁰⁾ und eine Abschrift der abgesandten Handelsbriefe, welche nach der Zeitfolge in ein Kopirbuch eingetragen werden sollen, zurückzubehalten. Diese Abschrift muss indess keine wörtliche sein¹¹⁾ und ebenso ist die Pflicht nicht auf alle Geschäftsbriefe erstreckt.¹²⁾ Es genügt die Aufbewahrung der wichtigeren empfangenen und die Notirung des Hauptinhaltes der abgesandten. Die Abschriftnahme kann mittelst Kopirmaschinen erfolgen, weshalb das Gesetz in Parenthese das Wort „Abdruck“ beigefügt hat. Indessen müssen die Abdrücke in das Buch selbst gemacht werden, Copieen auf einzelne Blätter, welche erst nachträglich zusammengebunden werden, sind dem Gesetze nicht entsprechend.

⁸⁾ Der Wechselsecontro zerfällt in grossen Geschäften in verschiedene Unterbücher, vgl. **Völderndorff's** Kommentar Bd. I, S. 228, Note 50.

⁹⁾ Ueber die gebräuchlichen Hülfsbücher siehe **Völderndorff's** Kommentar Bd. I, S. 230. S. weiter **S. Salemon**, Komtoirhandbuch 1877; **Schuhmacher**, Grundriss der kaufm. Buchführung. — Zur Geschichte der Buchführung s. auch **E. Jäger**, **Lucas Pacciold** und **S. Starin** nebst einigen jüngeren Schriftstellern über Buchhaltung 1877, und drei Skizzen zur Buchhaltung 1879.

¹⁰⁾ Ueber die Art der Aufbewahrung bestimmt das Gesetz Nichts. Art. 8 des Code du commerce schreibt vor: mettre un liasse, in Packete binden.

¹¹⁾ Der desfallsige Preussische Vorschlag wurde nicht angenommen. Prot. S. 44.

¹²⁾ Vgl. **Völderndorff's** Kommentar Bd. I, S. 234 und 235 und **Anschütz** in **Goldschmidt's** Zeitschrift Bd. I, S. 219.

§ 62.

3. Die Vorschriften des H.G.Buchs über die Buchführung.

„Bei der Führung der Handelsbücher und bei den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen (also bei der Inventarisierung und Bilanz)¹⁾ muss sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen bedienen.“ (Art. 32 Abs. 1 des A. d. H.G.B.) Aus der Entstehungsgeschichte²⁾ dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich, dass man als tote Sprache besonders die hebräische ausschliessen,³⁾ unter lebenden Sprachen aber nicht blos die bei uns üblichen (deutsch, französisch, englisch und italienisch), sondern auch solche, die weniger Gang und Gabe sind, z. B. türkisch verstehen wollte.⁴⁾

I. In Bezug auf die Formalien schreibt das Gesetz vor, dass die Bücher gebunden und jedes von ihnen Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein muss. (Art. 32 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) „Gebunden“, also nicht blos geheftet⁵⁾ oder zusammengesetzt; jedes „Blatt“, nicht jede Seite, so dass bei den sog. Konto-Büchern die Bezeichnung der linken Seite des einen und der rechten Seite des anderen Blattes mit derselben Zahl nicht ausgeschlossen erscheint.⁶⁾

II. Zwei weitere zur Sicherheit der Bucheinträge gegebene Formvorschriften sind in Abs. 2 des citirten Art. 32 des A. d. H.G.B. enthalten. Erstens sollen an Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, keine leeren Zwischenräume gelassen werden und zweitens soll der einmal vorhandene Eintrag unverändert bleiben.

1) „Was der Regel nach beschrieben zu werden pflegt“ ergibt sich aus der kaufmännischen Übung und der Natur der Sache. So ist es zulässig, bei Briefkopien (wegen der Leserlichkeit) die Rückseite leer zu lassen, bei zwei einander gegenüberstehenden Kontokorrent-Seiten die Saldi in gleicher Höhe zu ziehen, wodurch die Seite mit weniger Posten einen leeren Raum zeigt.⁷⁾ Um-

¹⁾ Auch bei der Korrespondenz? Ich glaube wohl; sofern aber die Briefe nicht im Kopirbuch eingetragen und nicht aufbewahrt werden, lässt sich natürlich die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht nicht kontrolliren.

²⁾ Prot. Bd. I, S. 48.

³⁾ Die sogenannte „jüdische Sprache“, welche bekanntlich auch eine besondere Kursivschrift besitzt (die indess häufig als sog. Rabbinerschrift nur zur Schreibung der eigenen Landessprache benutzt wird), ist gleichfalls verboten, vgl. Zentralorgan von 1863, S. 41.

⁴⁾ Doch darf man hier nicht zu weit gehen, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 244. Freilich schliesst das praktische Leben hier ohnehin das Ueberflüssige aus.

⁵⁾ Kriterium ist, ob man unbemerkt nachträglich Blätter herausnehmen und einfügen kann. Erscheint diese Manipulation ausgeschlossen, so ist das Buch „gebunden“.

⁶⁾ Dies ist sogar allgemein üblich, weil die linke Seite das „Soll“, die rechte das „Haben“ enthält.

⁷⁾ Durch die allerdings ein Querstrich gezogen zu werden pflegt.

gekehrt werden (obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt) Einträge auf Stellen, die nach kaufmännischer Uebung leer bleiben, unzulässig erscheinen.⁸⁾

ad 2) Radiren oder sonst vollständig (z. B. durch chemische Mittel) beseitigen ist jedenfalls verboten. Durchstreichen,⁹⁾ corrigiren¹⁰⁾ und dergleichen ist dann unzulässig, wenn dadurch der erste Eintrag unleserlich wird. Prinzip ist: jede Veränderung, welche sich nicht als Beurkundung eines späteren Vorganges darstellt, soll vermieden werden.

III. Als ergänzende Verpflichtung zur Buchführung besteht die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung der geführten Bücher, der empfangenen Handelsbriefe, der Inventuren und Bilanzen.¹¹⁾ Art. 33 des A. d. H.G.B. bestimmt die Dauer dieser Aufbewahrungspflicht auf zehn Jahre und zwar vom Tage an gerechnet, an welchem in die Bücher die letzte Eintragung erfolgte oder, wenn dieser Tag nicht zu ermitteln ist, an welchem der Eintrag über das streitige Geschäft ordnungsgemäss hätte erfolgen sollen.¹²⁾ Wird in ein bereits geschlossenes Buch nachträglich eine Einschreibung irgend welcher Art vorgenommen, so beginnt der Lauf der zehnjährigen Frist von Neuem.¹³⁾ Wann die Frist der Verbindlichkeit zur Aufbewahrung der Handelsbriefe, Inventuren und Bilanzen beginne, bestimmt das Gesetz nicht. Man kann indessen nicht annehmen, dass dieselbe erst mit dem Aufhören des Handelsgeschäftes zu laufen anfange,¹⁴⁾ sondern jeder Brief muss zehn Jahre lang von seinem Datum an, die Inventur und Bilanz zehn Jahre lang nach der Aufstellung aufbewahrt bleiben. Auf die Belege (Fakturen, Wechsel u. s. w.) erstreckt sich die Aufbewahrungspflicht nicht.¹⁵⁾

Was die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Vorschrift betrifft, so ist vor Allem auf die Bestimmung der K.O. § 209 Ziff. 4 und § 210 Ziff. 2 hinzuweisen, welche die Vernichtung der Bücher unter Umständen unter Strafe stellt. Ausserdem wird das Gericht den nach § 391 der R.Civ.Pr.O. zu leistenden Eid entsprechend zu normiren haben, indem es hinsichtlich der Handelsbücher nicht genügen wird, zu beschwören, dass dieselben nicht in doloser Absicht beseitigt wurden. Vielmehr wird die Rechtsfolge des § 392 der

⁸⁾ Z. B. eine auf der Rückseite einer Briefkopie geschriebene Briefkopie wäre verdächtig, vgl. Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I, S. 219 ff.

⁹⁾ Wenn dagegen durch einen über einen Eintrag gezogenen Querstrich die Erledigung (z. B. die Zahlung der eingetragenen Faktura) kundgegeben wird, ist dies nicht verboten.

¹⁰⁾ Bei irrigen Einträgen wird die Korrektur durch nochmaligen richtigen Eintrag geübt. Handelt es sich um Irrthum in der Qualität als „Soll“ oder „Haben“, so wird *stornirt*, das heisst das irrhümlich Gebuchte auf der Gegenseite gleichfalls gebucht.

¹¹⁾ Und zwar im Original; ein Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 10. Mai 1872 (bei Oppenhof Bd. XIII, S. 298) erklärt es für genügend, wenn eine wortgetreue Abschrift behalten wird. Indessen nur in Bezug der strafrechtlichen Zurechnung.

¹²⁾ v. Hahn a. a. O. Bd. I, S. 150, § 4.

¹³⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 247, Note 3.

¹⁴⁾ Wie z. B. das Spanische Gesetzbuch Art. 55.

¹⁵⁾ Die Kommission zur Berathung des Handelsgesetzbuches hatte in ihrer I. Lesung diese Verbindlichkeit festgesetzt, in II. Lesung aber wurde die desfallsige Bestimmung gestrichen.

R.Civ.Pr.O. auch dann eintreten, wenn nicht eine unverschuldete Unmöglichkeit die Bücher, welche gesetzlich aufzubewahren waren, vorzulegen nachgewiesen oder beeidet ist.¹⁶⁾

§ 63.

4. Inventur und Bilanzziehung.

Wenn die Bücher ihren Zweck erfüllen sollen, die Lage des Vermögens des Buchführenden jederzeit vollständig ersehen zu lassen, so muss von Zeit zu Zeit das Resultat der einzelnen Beurkundungen in ein Resultat zusammengefasst werden und zwar nicht nur der leichteren Uebersicht wegen, sondern insbesondere auch um eine Basis zu gewinnen, auf welcher in den Berechnungen fortgebaut werden kann. Dieses Resultat nun gewinnt man durch **Inventarerrichtung** und durch **Bilanzziehung**.

I. Mit der **Inventur** (Inventarisirung, Inventarerrichtung) beginnt der Kaufmann sein Gewerbe und an jedem Jahresschlusse wiederholt er die Inventarisirung. Nur wenn die Inventur des Waarenlagers nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, gestattet das Gesetz (Art. 29 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) hiefür einen Zeitraum von zwei Jahren.¹⁾

Das Inventar lässt sich als „Konto des Etablissements“ bezeichnen;²⁾ es hat im Haben sämmtliche Aktivbestände des Geschäftsvermögens: die Grundstücke, die Mobilien, das Waarenlager, das Baargeld, die Wechsel, die Werthpapiere, die Forderungen und Ausstände aufzuführen; im Soll sind die Passiven aller Art, insbesondere die Hypotheken und Kurrentschulden, die acceptirten Wechsel, die unbeglichenen Facturen u. s. w. aufzunehmen. Die „Inventarisirung“ verzeichnet hiebei die Objekte als solche und nimmt sie im Inventar als in Geld angeschlagene, als geschätzte Vermögensbestandtheile auf.³⁾

II. Das Ergebniss der Inventarisirung zeigt die **Bilanz**; dieselbe zieht das Resultat des Inventars, sie stellt das Aktivum und Passivum, das Soll und Haben des Etablissements-Konto einander gegenüber und gleicht es ab, so dass es „bilanzirt“, das heisst, dass die Gesamtsumme des Kredit dieselbe wie diejenige des Debet ist. Hiezu bedarf man in der Regel⁴⁾ eines ausgleichenden Postens, des „Saldo auf neue Rechnung“, und je nachdem dieser im Soll oder im Haben nöthig wird, ergibt sich, ob das Geschäft Vermögen hat oder überschuldet ist.⁵⁾ Die Bilanz muss jedes Jahr gezogen werden, auch dann wenn

¹⁶⁾ Vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 285 ff. Vollständig lassen sich indessen die früheren Argumentationen wegen der inzwischen eingetretenen Aufhebung des Art. 34 ff. nicht mehr anwenden.

¹⁾ Hiergegen kann sich weder auf entgegenstehenden Gebrauch, noch auf Unmöglichkeit berufen werden, vgl. Busch, Arch. Bd. X, S. 314.

²⁾ Vgl. Völderndorff, Kommentar zum A. d. H.G.B. Bd. I, S. 286 ff.

³⁾ Nähere Details über die Form und so weiter gibt Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung, Bd. II, S. 233 ff.

⁴⁾ Wenn nemlich nicht zufällig beide Summen an sich gleich sind.

⁵⁾ Und zwar in umgekehrtem Verhältniss: Vermögen zeigt den Ausgleichsposten in Soll, Ueberschuldung den Ausgleichsposten in Haben.

das Waarenlager nur alle zwei Jahre gefordert ist. Natürlich darf im letzteren Falle nicht das frühere Inventar des Vorjahres unverändert, sondern nur entsprechend modifizirt benutzt werden.⁶⁾

III. Die Zeit der Inventarisirung und Bilanz ist frei gestellt; man kann das Jahr vom Beginne des Geschäftes rechnen, man kann das Kalenderjahr oder das Etatsjahr oder die Messzeit⁷⁾ zu Grunde legen, nur darf der Zwischenraum vom ersten zum zweiten Male (und so fort) nicht länger als ein Jahr betragen.⁸⁾

IV. Was die Form anbelangt, so kann das Inventar und die Bilanz in ein besonderes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden; in diesem letzteren Falle aber sind die einzelnen Aufnahmen zu sammeln und in geordneter Reihenfolge aufzubewahren. Zur Bestätigung muss der Kaufmann und wo mehrere Geschäftsinhaber⁹⁾ sind, sämmtliche mit seinem kaufmännischen Namen unterzeichnen und zwar sowohl das Inventar als die Bilanz. (Art. 30 des A. d. H.G.B.)

Diese Unterzeichnung ist nicht eine leere Förmlichkeit, sie soll als Anerkennung der Richtigkeit dienen und hat deshalb eine besondere Bedeutung bei Gesellschafts-Inventaren¹⁰⁾ und Bilanzen. Denn bei diesen ist während des Bestehens die jährliche Einigung über Inventar und Bilanz (welche durch die Unterschrift dokumentirt wird) das Einzige, was zur Ordnung der Ansprüche und Gegenansprüche der Sozien geschehen kann. Deshalb muss auch eine Klage auf Erklärung über Inventar und Bilanz gegen die der Unterzeichnung sich weigernden Mitgesellschafter zugelassen werden.¹¹⁾

Die Anerkennung des Inventars involvirt übrigens noch nicht zugleich die Genehmigung der Bilanz; denn es kann, ohngeachtet die einzelnen Ansätze des Inventars nicht bestritten werden, doch die Art und Weise bemängelt werden, in welcher sie bilanzirt sind.¹²⁾

V. Das Gesetz verfügt noch besonders, dass bei Gesellschaften die für Inventarisirung und Bilanzziehung gegebenen Vorschriften in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung zu kommen haben.¹³⁾ (Art. 29 Abs. 3

⁶⁾ Vgl. hierüber Völderndorff, Kommentar zum A. d. H.G.B. Bd. I, S. 238.

⁷⁾ Etwa von Ostermesse zu Ostermesse.

⁸⁾ Das Erk. des Berliner Obertribunals vom 16. Mai 1866 (Busch, Arch. Bd. X, S. 313) scheint dem zu widersprechen und für jedes Kalenderjahr, eierlei wann das Geschäft eröffnet worden, die Bilanzziehung vorzuschreiben. Allein die faktische Feststellung des Erkenntnisses zeigt, dass das Gericht nur die Thatsache als strafbar erklärte, dass länger als 365 Tage lang das Geschäft ohne Bilanzirung geführt worden ist, und dass nur die Ueberschrift eine allzuweite Fassung erhalten hat.

⁹⁾ Der stille Gesellschafter, der Kommanditist unterzeichnet nicht; bei der Aktiengesellschaft unterschreiben natürlich nicht die Aktionäre, sondern die mit der Geschäftsführung Beauftragten.

¹⁰⁾ Vgl. auch Art. 91 Abs. 2 des A. d. H.G.B.

¹¹⁾ Vgl. das Erk. des Handelsapp. Ger. zu Nürnberg in Völderndorff's Sammlung Bd. II, S. 91 und Busch, Arch. Bd. VII, S. 349.

¹²⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 385.

¹³⁾ Vgl. über die Frage des Zusammenwirkens der Gesellschafter hierbei Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 471 ff.

des A. d. H.G.B.) Hiemit soll ausgesprochen sein, dass dieses letztere Vermögen allein den Gegenstand des Inventars und der darauf ermittelten Bilanz bilden darf und dass demnach das Resultat ohne Rücksicht auf das daneben stehende Privatvermögen der Gesellschafter zu betrachten ist. Eine Gesellschaft erscheint demnach dann als überschuldet, wenn die Passiven der Gesellschaft das aktive Gesellschaftsvermögen übersteigen. Der Umstand, dass dieser Schuldenüberschuss in Folge der subsidiären Haftbarkeit der Gesellschafter aus dem Privatvermögen eines oder aller Gesellschaften Deckung finden werde, schliesst die Gesellschafts-Insolvenz nicht aus.

VI. Die wichtigste Frage ist, in welcher Weise behufs Einstellung im Inventar und behufs der darauf zu gründenden Bilanz die einzelnen Vermögensbestandtheile gewerthet werden sollen; denn es ist klar, dass hievon die eigentliche Bedeutung der beiden Akte abhängt.¹⁴⁾ Das Gesetz bestimmt nun (in Art. 31 des A. d. H.G.B.) hierüber Dreierlei:

A. Vor Allem sind **uneinbringliche Forderungen** „abzuschreiben“. Dies gilt selbstverständlich für alle anderen werthlosen Vermögensbestandtheile gleichfalls. Die Ladung eines Schiffes z. B., von welchem man so lange Nichts mehr gehört hat, dass es als verloren gelten muss, darf man nicht mehr als Inventarobjekt ansehen. Eine weitere Konsequenz des Grundsatzes ist,¹⁵⁾ dass, nachdem sich die zum Gebrauche dienenden Objekte durch den Gebrauch abnützen und daher stets ein ideeller Theil derselben allmähig werthlos wird, dieser werthlos gewordene Theil bei der Inventarisirung „abzuschreiben“ ist und in der Bilanz nicht mehr erscheint.

B. Sodann bestimmt das Gesetz, dass **zweifelhafte Forderungen** nur nach ihrem „wahrscheinlichen“ Werthe eingesetzt werden dürfen. Auch diese Bestimmung findet analoge Anwendung auf alle Vermögensbestandtheile. Eine noch ausstehende Ernte z. B. kann man keinesfalls zum vollen Werthe, sondern höchstens in einem approximativen Anschlage zur Bilanz ziehen.¹⁶⁾ Blosser Hoffnungen dagegen dürfen an sich nicht als Objekte, die einer Werthschätzung unterliegen, angesehen werden; es kann selbstverständlich die Bilanzirung nicht etwa eine, wenn auch noch so sicher in Aussicht stehende, Kurssteigerung der im Inventar aufgeführten Werthpapiere escomptiren.

C. Endlich — und dies ist das Grundprinzip — sind bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz **sämmtliche Vermögensbestandtheile** nicht nach dem Anschaffungswerthe, sondern nur nach dem effektiven zur Zeit der Aufnahme im Inventar wirklich vorhandenen Werthe anzusetzen. Als dieser

¹⁴⁾ Ueber die Inventarisirung bei Eisenbahnen vgl. Keyssner in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 138 und die Abhandlung von Strombeck's in Busch, Arch. Bd. XXXIX, S. 1 ff.

¹⁵⁾ Man kann dies auch als Anwendung des dritten Grundsatzes (lit. C) auffassen; allein die Handelswelt spricht in diesem Falle von „Abschreiben“, weshalb hier seine Stelle ist.

¹⁶⁾ Soweit überhaupt deren Einstellung zulässig erscheint. Vgl. auch den Fall einer schwimmenden Ladung in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 145.

Werth erscheint nach kaufmännischen Grundsätzen: die Summe, um welche das Objekt zur angegebenen Zeit sofort zu Geld gemacht werden kann. Demnach wären

1) **Immobilien** in das Inventar zu dem Preise anzusetzen, welcher für sie zu der Zeit der Inventarerrichtung beim Verkaufe aus freier Hand zu erzielen sein würde. Allein man pflegt in der Praxis es so zu halten, dass der Erwerbspreis beibehalten wird, nur besonders solide und vorsichtige Geschäftsinhaber schreiben davon alljährlich eine Quote ab.¹⁷⁾

2) **Mobilien** (Maschinen, Geräthschaften, Mobiliar) sind in ihrem durch den Gebrauch verminderten Werthe einzustellen (vgl. lit. A). Waaren insbesondere dürfen nicht nach dem zu erhoffenden Verkaufspreise,¹⁸⁾ sondern nur nach dem Ankaufspreise unter Abschreibung des durch Lagerung, Veraltung, Schwund u. s. w. eintretenden Minderwerthes¹⁹⁾ eingestellt werden.

3) **Passivforderungen** sind zum vollen geforderten Betrage und zwar auch dann einzustellen, wenn etwa der Geschäftsinhaber glaubt zu Abzügen berechtigt oder nicht den vollen Betrag schuldig zu sein; dagegen sind

4) **Aktivforderungen**, wie schon oben erwähnt, nur in dem mit Sicherheit zu erwartenden Eingange zu inventarisiren.²⁰⁾

D. **Besondere Bestimmungen über Aufstellung der Bilanz bei Aktiengesellschaften** enthält der (durch die Novelle vom 11. Juni 1876 geschaffene) Art. 239 a des A. d. H.G.B.²¹⁾ Hievon ist indessen die Vorschrift in Nr. 1, dass kurshabende Papiere höchstens zu dem Kurswerthe angesetzt werden dürfen, welchen dieselben zur Zeit der Bilanzaufstellung haben, allgemein anwendbar, weil sich derselbe aus den bereits früher erörterten Prinzipien ergibt.

VII. Bei den Bestimmungen über Aufstellung des Inventars und der Bilanz selbst spricht das Gesetzbuch nicht von der Qualifizirung des daraus sich ergebenden Resultates; dagegen erwähnt der letzteren der Art. 107 für die Geschäftsgebarung der offenen Gesellschaft²²⁾ und in Betreff der Aktiengesellschaften gibt Art. 217 eine Direktive. Diese Qualifikation des Resultates der Bilanz ist von grosser Wichtigkeit und wird nur zu häufig irrig behandelt.

Richtig ist, dass sofern die Summe der im Inventar eingesetzten Aktiva die Passivsumme übersteigt, „Vermögen“, wenn sie umgekehrt von der Passivsumme überschritten wird, kein Vermögen, sondern Ueberschuldung vorliegt. Richtig ist ferner, dass im Falle der aus der späteren Bilanz sich ergebende

¹⁷⁾ Diese Abschreibung hatte der Preuss. Handelsgesetzentwurf obligatorisch machen wollen; allein im Gesetzbuch ist dies nicht adoptirt. Keinenfalls aber darf man ohne Weiteres eine momentane Steigerung, z. B. des Häuserwerthes in einer Stadt zur Bilanzirung benutzen.

¹⁸⁾ Die Protokolle (S. 47) lassen indessen ausnahmsweise eine Berücksichtigung der besseren Konjunktur zu.

¹⁹⁾ Vgl. das Lübecker Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 145.

²⁰⁾ Für zweifelhafte Schuldner kann man auch unter Einstellung des vollen Betrages einen unter das Debet zu stellenden Anschlag für Verlust an dubiosen Debitoren ansetzen.

²¹⁾ Vgl. die Reichstagsverhandlungen von 1876, Stenogr. Berichte S. 1058 und 1074.

²²⁾ In Art. 161 auch für die Kommanditgesellschaft anwendbar erklärt.

Aktivsaldo grösser ist, als der Aktivsaldo der früheren Bilanz,²³⁾ Vermögen^mehrung, im entgegengesetzten Falle aber Vermögen^minderung vorhanden ist. Im Allgemeinen und für das gewöhnliche Leben nun heisst man diese Vermögen^mehrung „Gewinn“, die Vermögen^minderung aber „Verlust“. Allein es wäre falsch und würde zu den gefährlichsten Konsequenzen führen, wenn man diese Ausdrücke als „technische“ ansehen und namentlich jeden Gewinn in diesem Sinne als Gewinn im Sinne des Gesetzbuches ansehen wollte.²⁴⁾ Der Art. 107 sagt ausdrücklich: dass der Gewinn oder Verlust des Jahres auf Grund des Inventars und der Bilanz erst noch „ermittelt“ werden muss, und der Art. 217 erklärt als massgebend für die Vertheilung nur den „reinen Ueberschuss“.

Es ist demnach zu unterscheiden der Gewinn im Allgemeinen und der Gewinn im technischen Sinne, der zu vertheilende Gewinn.²⁵⁾ Als solcher erscheint keineswegs jede in der Bilanz erscheinende Vermögen^mehrung, sondern nur eine in Geld bereits umgesetzte Mehrung, nur realisirte Vortheile.²⁶⁾ Von grosser Bedeutung wird diese Unterscheidung für den Anspruch der Aktionäre auf Dividende; es ist hierüber das Nähere bei dieser Lehre darzustellen.

²³⁾ Es ist oben bemerkt worden, dass mit Aufstellung des ersten Inventars der Kaufmann sein Geschäft beginnen soll. Diese erste Bilanz zeigt also das Geschäfts-Grundkapital, durch dessen Vergleichung mit den späteren Bilanzen sich die Frage abmisst, ob das Geschäft prosperirt oder in Abnahme geräth.

²⁴⁾ Vgl. überhaupt die interessante Abhandlung von Keyssner über Aktienzinsen, Dividende, Bauzinsen und Bilanz in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 99 ff.

²⁵⁾ Vgl. Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 504.

²⁶⁾ Vgl. Busch, Arch. Bd. XL, Heft 4.

Abschnitt 2.

Die Hilfspersonen.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Wendt in Jena.)

I. Der Handlungsgehilfe.

§ 64.

A. Begriff.

Der Betrieb eines Handelsgewerbes bringt es in der Regel mit sich, dass der Kaufmann sich einer Reihe von Gewerbsgehülfen bedient, deren Arbeit und Thätigkeit ihn im Betriebe des Geschäfts unterstützt. So ergibt sich ein Handlungspersonal, d. h. eine Mehrheit von Personen, welche in einem und demselben Geschäfte thätig sind, wiewohl in verschiedener Stellung zu demselben. Der Handlungsinhaber, der das Geschäft selbst leitet oder für dessen Rechnung es geführt wird, erscheint von dieser Seite her, im Verhältniss zum sonstigen Personal, als der **Prinzipal** oder Chef. Zu ihm stehen alle anderen Personen als seine **Gehülfen**, in seinem Interesse und für ihn in seinem Auftrage thätig, von ihm angestellt und ihm als ihrem **Dienstherrn** unterworfen. In Arbeit und Dienst bestehen die Verpflichtungen dieser Gehülfen, und juristisch kommen also die Regeln dieses Dienstverhältnisses in Betracht. Indessen aus der besonderen Natur eines Theils dieser Dienstleistungen ergeben sich Rechtsfragen von weit grösserem Belang, welche die Materie der „Stellvertretung bei Rechtsgeschäften“ zum Gegenstand haben. Der Betrieb jedes Handelsgewerbes besteht ja in dem Abschluss von Handelsgeschäften: „Kaufmann ist, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt“. So hat auch die Hülfeleistung im Betriebe die besondere Richtung auf den Abschluss von Handels- d. h. Rechtsgeschäften und ist also gleichsam juristischer Qualität. Hier handelt es sich dann um das Wesen und die Voraussetzungen der Stellvertretung. Das Wort **Handlungsbevollmächtigter** bezeichnet eben denjenigen Gehülfen, dessen Dienstleistungen in solcher Weise sich als juristische von den anderen rein faktischen Arbeiten aussondern.

Das Handelsgesetzbuch hat im 5. Titel des ersten Buchs Vorschriften über die Handlungsbevollmächtigten, im 6. Titel sodann über die Handlungsgehülfen, und sachlich handelt jener Abschnitt von der Stellvertretung, dieser aber von dem Dienstverhältniss zwischen Prinzipal und Gehülfen. Die nächste Frage bezieht sich auf das Anwendungsgebiet dieses 6. Titels. Im Allgemeinen wird man wohl darüber einverstanden sein, dass zu den Handlungsgehülfen des 6. Titels auch die Handlungsbevollmächtigten zu zählen sind, und dass also die Absonderung des 5. Titels nicht so zu verstehen ist, als wenn dadurch die Handlungsbevollmächtigten den Vorschriften des 6. Titels entzogen sein sollten. Zwar ist auch diese Meinung nicht unvertreten, und vor Allem vertheidigt Thöl¹⁾ diese Begriffsscheidung, wonach der Handlungsgehülfe streng im Gegensatz des Handlungsbevollmächtigten verstanden werden soll: wo nur vom Handlungsgehülfen die Rede sei, bleibe der Handlungsbevollmächtigte von der Anwendung des über jenen aufgestellten Rechtssatzes frei. Diese Meinung kann jedoch nicht gebilligt werden. Sie ruht nur auf einer besonderen Auslegung des Art. 58, welcher ausspricht, dass die Vornahme von Rechtsgeschäften für den Prinzipal stets der besonderen Vollmacht bedürfe, und dass also auch der angestellte Handlungsgehülfe nicht schon dadurch auch zu Rechtsgeschäften legitimirt sei. Daraus folgt aber nicht, dass zwischen Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigten ein begrifflicher Gegensatz zu denken sei, sondern nur dass aus dem generellen Begriff der Gehülfschaft die Spezies des Bevollmächtigten auszuondern ist. Die Vorschriften des 6. Titels finden sonach ihre Anwendung auch auf die Spezies der bevollmächtigten Gehülfen, wie auch von Endemann²⁾ wenigstens stillschweigend gebilligt wird. Ausdrücklich dafür die Kommentare von v. Hahn (3. Aufl., S. 165 ff., S. 233) und von Anschütz - Völderndorff (Bd. I. S. 417 fg.).

Unbestritten gehören zu den Handlungsgehülfen in dem Sinne, dass sie den Vorschriften des 6. Titels unterworfen sind, die **Lehrlinge**, welche der Art. 57 direkt erwähnt. Wohl ist für sie der Inhalt des Anstellungsvertrages ein ganz anderer, weil er für den Prinzipal die Pflichten des Lehrherrn begründet und die Erlernung der Handlung durch den Lehrling als Zweck seines Eintrittes in das Geschäft hinstellt. Der Lehrling lernt aber, indem er seine Dienste richtig zu gewähren unterwiesen wird, und ist eben dadurch schon ein Gehülfe, wenn auch ein solcher, dessen Dienstkenntnisse und Fähigkeiten erst entwickelt werden sollen.

Nach der Art der Dienstleistungen unterscheidet sich von den Gewerbsgehülfen des Kaufmanns sein **Hausgesinde**, und der Art. 65 hebt ausdrücklich hervor, was freilich auch beim Fehlen desselben sich ohnedies nicht anders verhalten würde, dass es hinsichtlich solcher Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, bei den für das Gesindedienstverhältniss geltenden Bestimmungen sein Bewenden behalte und also die Vor-

¹⁾ Handelsrecht, 6. Aufl. § 77.

²⁾ Handelsrecht, 3. Aufl. § 26.

schriften des 6. Titels des Handelsgesetzbuches soweit keine Anwendung zu erfahren haben. Freilich ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Handlungsgehülfen von vorne herein kontraktlich auch zu einzelnen Gesindediensten verpflichtet werden. Auch rein herkömmlich pflegen mitunter z. B. Lehrlinge accessorische Gesindedienste zu verrichten, wie Reinigung des Ladens u. dgl. Dass in solchen Fällen die Vorschriften des H.G.B. keineswegs unanwendlich werden, ist in einem Erkenntniss bei **Seuffert** Bd. 24 Nr. 140 besonders ausgesprochen. Gesindedienste aber von der eigentlichen Gewerbshilfe zu unterscheiden, wird im Allgemeinen der Rechtsanwendung nicht schwer fallen. Der Begriff der „häuslichen Arbeiten“ ist ja auch dem gewöhnlichen Leben geläufig, und ob eine Dienstleistung also durch die Bedürfnisse der Haushaltung und Wirthschaft oder aber des Gewerbebetriebes selbst veranlasst wird resp. den Zwecken der einen oder des anderen dient, das bleibt der leitende Punkt.

Im Uebrigen ist vom Gesetz nicht zwischen den einzelnen Arten der Dienste unterschieden, und so umfasst das Wort „Handlungsgehülfe“ eine grosse Reihe von Varietäten, wie der Betrieb eines jeden Geschäftes bald dies bald jenes mit sich bringt. Da ist nun in Theorie und Praxis vielfach eine Ansicht vertreten, welche den Begriff des Handlungsgehülfen, trotzdem er im Gesetzbuche selbst keine besondere Einschränkung erfahren hat, dennoch auf die sogenannten **kaufmännischen** Dienstleistungen ausschliesslich bezieht. Fast überall kehrt dabei die Motivirung wieder, dass das Gesetz, wenn es auch auf eine eigene Definition verzichtet habe, doch von dem **üblichen** Begriff des Handlungsgehülfen ausgegangen sei und also denjenigen darunter verstanden habe, welcher kaufmännische Dienste im **hergebrachten** Sinne des Wortes in einem Handelsgewerbe verrichte. So soll in Art. 57 der parenthetische Zusatz (Handlungsdiener, Handlungslehrlinge) grade diese Deutung an die Hand geben. Die praktische Wichtigkeit dieser Ansicht zeigt sich daran, dass hiernach die einzelnen Bestimmungen des 6. Titels z. B. über die Auflösung des Dienstverhältnisses oder das Verbot des Art. 59 auf eine Reihe von Personen nicht angewendet werden sollen, weil man deren Diensten das Prädikat kaufmännisch glaubt versagen zu müssen. In Verbindung damit steht die weitere Meinung, dass solche Arbeiter, eben weil sie nicht zu den Handlungsgehülfen zu rechnen seien, den Vorschriften der **Gewerbeordnung** zu unterstellen seien, da ihnen die Eigenschaft als Gewerbsgehülfen wiederum nicht abgesprochen werden könne.

Zweierlei Kategorien sind besonders von der Anwendung der genannten Ansicht betroffen. Zuerst und hauptsächlich alle diejenigen Gehülfen, welche lediglich bei der Hervorbringung oder Bearbeitung von Waaren Dienste thun, z. B. Techniker, Ingenieure, Monteure, Zeichner, Fabrikmeister und Fabrikarbeiter, Handwerksgesellen, Köche und Kellner u. s. w. Andererseits solche Personen, deren Arbeit keine besonderen gewerblichen Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert, und welche dennoch zum Betriebe dieses oder jenes Gewerbes unentbehrlich sind, wie z. B. Markthelfer, Fuhrleute, Auflader. Bei diesen letzteren mag die Grenze gegen die Gesindedienste zweifelhaft sein. Wer sie aber einmal als Gewerbsgehülfen anerkennt, sieht sich dann ebenso wie bei der erst

genannten Kategorie in der Lage, unter den Gehülfen eines Kaufmannes und seines Handelsgewerbes noch zwischen speziell kaufmännischen und anderen Gehülfen unterscheiden zu müssen. Dafür haben sich ausgesprochen **Endemann**,³⁾ **v. Hahn**,⁴⁾ **Anschütz-Völderndorff**,⁵⁾ und sodann das Reichsoberhandelsgericht in einer Reihe einzelner Entscheidungen,⁶⁾ gegen welche vor Allem die Kritik **Thöl's** sich gerichtet hat. Dieser vertritt mit **Energie** und **Klarheit** die entgegengesetzte Ansicht und verwirft jene Unterscheidung von kaufmännischer und anderweitiger Arbeit durchaus.⁷⁾ Wir unsererseits tragen kein Bedenken, uns dieser Opposition in allen Stücken anzuschliessen, welche denn auch in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe keineswegs unvertreten geblieben ist, cf. z. B. das in **Seuffert's** Archiv Band 24 Nr. 139 mitgetheilte Erkenntniss des Berliner Obertribunals, betreffend den Führer eines Stromschiffs, und ferner das bei **Budde und Schmidt**⁸⁾ abgedruckte Erkenntniss über den Zeichner einer Maschinenfabrik. Das Reichsoberhandelsgericht hat die Kritik und Ansicht **Thöl's** zu widerlegen gesucht⁹⁾ und auch **v. Hahn** gibt eine spezielle Entgegnung. Gleichwohl wird die Lehre **Thöl's** den Vorzug zu beanspruchen haben.

Die kaufmännische Signatur eines Theils der Dienstleistungen soll sich daraus ergeben, dass dem eigentlichen Handel nur der Umsatz der Waaren, nicht auch deren Herstellung oder Bearbeitung angehöre, und Handlungsgehilfe könne also nur derjenige genannt werden, dessen Arbeit und Thätigkeit sich eben auf die „Handlung“ in diesem Sinne beziehe. Das sei der hergebrachte Sinn des Wortes und daran habe das Gesetzbuch einfach festgehalten. Das sofort entgegen zu haltende Argument, dass weder der Begriff des Kaufmanns noch derjenige der Handlung d. h. des Handelsgewerbes vom Gesetzbuch in dem früheren Sinne beibehalten worden ist, sondern dass ja die Aufzählung der Handelsgeschäfte (und somit der Handlungsgewerbe) in den Artikeln 271 und 272 des Gesetzes sich durchaus von dem früher herkömmlichen engeren Begriff des Kaufmanns entfernt hat, ist vom Reichsoberhandelsgericht mit Unrecht abgelehnt. Schon die citirte Rostocker Entscheidung (von 1867) hat die gleichen Gründe benutzt; eine Maschinenfabrik sei unstreitig ein Handelsgewerbe, falls sie über den Umfang des Handwerkes hinausgehe; unter der Ueberschrift „vom Handelsstande“ werde im ganzen ersten Buch des Gesetzes vom Kaufmann in solchem weiten Umfange gesprochen, und ebenso sei von den Handlungs-

³⁾ Handelsrecht, § 25, Anm. 1.

⁴⁾ Kommentar, 3. Aufl. S. 231—234, 247.

⁵⁾ Kommentar S. 416, 427.

⁶⁾ Die einzelnen Entscheidungen betreffen Fälle, wie Koch eines Restaurateurs, Kellner, Fabrikmeister, Berichterstatter einer Zeitung, Bernsteinsortirer u. s. w. Zu vergleichen sind Bd. 10, Nr. 66, S. 297; Bd. 11, Nr. 119, S. 387; Bd. 14, Nr. 7, S. 23, Nr. 41, S. 114; Bd. 17, Nr. 66, S. 307; Bd. 24, Nr. 68, S. 270.

⁷⁾ Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts; erstes Heft, S. 40—51, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. § 77.

⁸⁾ Entscheidungen des O.A.G. zu Rostock Bd. 6, Nr. 53.

⁹⁾ Entscheidungen Bd. 17, S. 307 ff.

gehülften nur das Gesinde ausgeschieden. Danach lasse es sich wohl vertheidigen, wenn man im Sinne des Gesetzes alle diejenigen als Handlungsgehülften bezeichne, die in dem Gewerbe, welches nach Art. 4 und 271, 272 den Kaufmann begründet, demselben ständige Dienste zu leisten haben. Zum Handelsstande gehört doch vor Allem der Kaufmann selbst, und soweit das Gesetz ihn als solchen gelten lässt, wird es seine Gehülften vom Handelsstande nicht ausschliessen wollen. Der übliche, hergebrachte Begriff der kaufmännischen Arbeit und Geschäftsthätigkeit ist eben damit nicht blos für den Prinzipal, sondern auch für seine Gehülften aufgegeben worden.

Auch darin muss Thöl Recht gegeben werden, dass selbst, wenn mit dem Reichsoberhandelsgerichte die technischen Arbeiter und Gehülften der Anwendung des Handelsgesetzbuches zu entziehen seien, damit noch keineswegs die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung gegeben sein würde. Der Titel 7 der Gewerbeordnung hat in seiner jetzigen (durch das Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 17. Juli 1878, herbeigeführten) Gestalt die gewerblichen Arbeiter (Gewerbsgehülften, wie es ursprünglich lautete) zum Gegenstand. Die allgemein lautenden Vorschriften dieses Titels sollen jedoch nach § 154 auf die „Gehülften und Lehrlinge in Handelsgeschäften“ keine Anwendung finden. Ursprünglich hiess es im § 126, die Gehülften und Lehrlinge der Kaufleute seien von der Gewerbeordnung exempt. Nun müsste schon interpretirt werden, dass hier, wo von **Handlungsgehülften** beide Male gar nicht die Rede ist, unter den Gehülften der Kaufleute resp. in Handelsgeschäften nicht im Wortsinn jeder Gehülfe, sondern nur der eigentliche, kaufmännisch arbeitende Handlungsgehülfe zu verstehen sei. In Wahrheit ist aber von allen gewerblichen Arbeitern die Rede, und welcherlei Hülfeleistung auch ein Handelsgeschäft d. h. der Gewerbebetrieb des Kaufmanns erfordert, immer will die Gewerbeordnung auf die Gehülften in Handelsgeschäften nicht angewendet werden.

Freilich die Verhältnisse der Fabrikarbeiter sind durch die Gewerbeordnung (§ 134—139 b) absolut geregelt und mit Ausschluss der Anwendung des Handelsgesetzbuches. Der Grund ist nicht der, dass Fabrikarbeiter schon an sich nicht zu den Handlungsgehülften zu rechnen seien, sondern positiv der, dass die Gewerbeordnung die Verhältnisse der Fabrikarbeiter überhaupt selbständig regeln wollte. Der § 154 schliesst daher in Ansehung der Handlungsgehülften auch nur die § 105—133 aus, nicht auch die weiter folgenden, welche eben vom Fabrikarbeiter handeln.

Zu bemerken ist, dass auch die wenigen Paragraphen, welche nach der alten Fassung der Gewerbeordnung noch auf die Handlungslehrlinge anwendlich sein sollten (§ 106 Abs. 2, betr. Besuch der Fortbildungsschule, und § 116 und 117, betr. das Recht zum Halten von Lehrlingen unter 18 Jahren), nach der veränderten Gestalt ebenfalls nicht mehr auf Handelsgeschäfte zur Anwendung kommen, wiewohl sie im Uebrigen reproducirt sind. Denn im § 154, welcher jetzt die Handelsgeschäfte exemirt, ist keine Ausnahme mehr getroffen, wie doch früher in § 126 geschehen war.

Im Resultat liegt also das Verhältniss so, dass der Titel 6 des Handelsgesetzbuches zu seiner Anwendung das besondere Erforderniss der kaufmännischen

Arbeit keineswegs bedingt, dass vielmehr zwischen kaufmännischen Gehülfen und sonstigen Gewerbsgehülfen beim Kaufmann nicht unterschieden werden darf. Doch sind die Fabrikarbeiter, obwohl sie nach der Konsequenz ebenfalls zu den Handlungsgehülfen des Titel 6 gehören, ihrer besonderen Regel unterstellt.

Endlich ist aber noch eine weitere Aussonderung zu treffen. Handelsgewerbe ist zwar schlechthin „die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See“ (Art. 271 Nr. 4). Jedoch ist sowohl das Dienstverhältniss des Schiffers zur Rhederei als auch die Stellung der Schiffsmannschaft selbständiger Regelung theilhaftig geworden und zwar durch Buch 5 Titel 3 u. 4. Davon ist der letztere dann durch die deutsche Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 aufgehoben und ersetzt worden (cf. § 110 dieses Gesetzes). Hier- von ist im Seerecht für sich zu handeln.

§ 65.

B. Das Dienstverhältniss des Handlungsgehülfen zum Prinzipal.

Ueber die Natur der Dienste und den Umfang, in welchem der Gehülfe zur Arbeit verpflichtet ist, bestehen keine speziell handelsrechtlichen Grundsätze allgemeiner Geltung. Das Gesetzbuch verweist im Art. 57 lediglich auf Uebereinkunft, Ortsgebrauch und richterliches Ermessen und verzichtet also auf eigene Vorschriften. Das Gleiche gilt umgekehrt von den Ansprüchen der Gehülfen auf Gehalt und Unterhalt. Rechte wie Pflichten stehen daher unter den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts (Art. 1) und danach richtet sich auch die Wirksamkeit der Anstellungsverträge sowie der Spielraum des richterlichen Ermessens, sofern nicht Ortsgebrauch eine besondere Abweichung mit sich bringen sollte.

Im Allgemeinen bezeichnet man die vertragsmässige Begründung des Dienstverhältnisses als die **Anstellung** des Gehülfen.¹⁾ Jedoch entspricht dieses Wort nicht einem bestimmten, alle Fälle gleichmässig umfassenden juristischen Begriff, sondern die rechtliche Natur des Anstellungsvertrages kann je nach den Einzelheiten des Inhaltes wechseln. Wesentlich ist überhaupt nichts als die Verpflichtung des Gehülfen zu ständigen Dienstleistungen bald dieser, bald jener Art. Für den gewöhnlichen Fall, dass eine bestimmte Gegenleistung in Geld oder sonstigen Dingen vom Prinzipal zugesagt wird, wird die Kategorie der **Dienstmiethe** (*locatio conductio operarum*) sich als zutreffend ergeben und darunter haben sowohl die Fälle der Gegenleistung in Geld (Gehalt) oder in Gewährung von Kost und Logis (Unterhalt) oder beidem neben einander Platz, als auch diejenigen des sog. *commis intéressé*, der auf Procente vom Reinertrage, Provisionen oder Tantiëmen kontrahirt hat. Denn auch in der zweiten

¹⁾ Inwiefern die Anstellung oder das Engagement Handelsgeschäft ist, s. oben § 16, Not. 31. 32; Handelssache § 18, Not. 10. 21.

Gruppe ist keineswegs an einen Gesellschaftsvertrag zu denken; es handelt sich auch hier nur um die besondere Art der Ausmittlung²⁾ der merces, auf welche der Gehülfe Anspruch hat. Es erscheint nicht gerechtfertigt, wenn das Reichsoberhandelsgericht³⁾ den Satz formulirt, wie er auch bei v. Hahn⁴⁾ adoptirt ist, das zwischen einem solchen commis interessé und dem Prinzipal betreffs dieser Betheiligung an Gewinn bestehende Rechtsverhältniss sei nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts über Gesellschaft zu beurtheilen. Das Pandektenrecht lehrt, dass der Charakter eines Miethvertrages nicht aufhört, Miethe zu sein, wenn z. B. beim Feldebau ein Theil der Ernte als Aequivalent gewährt wird, colonus partarius, oder wenn sonst dem operarius Antheile an den Früchten seiner Arbeit gewährt werden. Als socius mag ein Gehülfe dieser Art wohl im Allgemeinen bezeichnet werden. Doch steht er juristisch betrachtet immer noch in einem Dienstverhältniss. Uebrigens ist es für den Begriff des Handlungsgehülfen gleichgültig, ob er überhaupt eine Gegenleistung empfängt. Der Anstellungsvertrag kann daher auch einseitig Pflichten auferlegen. Nothwendig doppelseitig ist nur der Lehrvertrag, insofern hier die Unterweisung und Ausbildung des Lehrlings den eigentlichen Kern des Geschäftes bildet. Man spricht wohl vom Lehrherrn und denkt dabei an dessen Gewaltbefugnisse gegenüber dem Lehrling. Privatrechtlich ist aber die Stellung des Lehrherrn insofern zunächst durch eine Summe von Pflichten bestimmt, welche eben die Erlernung der Handlung durch den Lehrling zum Inhalt haben. Die entgegengesetzten Pflichten des Lehrlings zur Leistung ungezählter Dienste ergeben sich daraus, dass er eben arbeiten lernt; sein Lernen ist auf die Qualitäten seiner eigenen Arbeit gerichtet. Der Lehrling, wenn er ausgelernt hat, wird dadurch zum Handlungsdiener.

Dass dem Prinzipal in seiner Eigenschaft als Lehrherr des Lehrlings eine vis ac potestas über denselben zuständig ist, eine Disziplinargewalt, wie sie zur Erreichung der Zwecke des Lehrvertrages erforderlich ist, wird allgemein angenommen. Zur Uebung der Disziplin kann wie in anderen Fällen so auch hier Anrufung der gerichtlichen Gewalt erfolgen. Besondere Anwendung ist davon auf die Zurückführung in die Lehre gemacht in dem Erkenntniss des R.O.H.G. Bd. 2, Nr. 31, S. 134. Uebrigens bedeutet diese persönliche Macht des Lehrherrn keineswegs eine Aufhebung der patria potestas oder der vormundschaftlichen Rechte über den Lehrling, so dass grade eine zwangsweise Zurückführung eines entflohenen Lehrlings in die Lehre nur mit dem Willen von Vater oder Vormund zulässig ist. Endlich wird auch der Handlungsdiener (im engern Sinne) haus-

²⁾ Zur Erwirkung aller derjenigen Ermittlungen, welche nöthig sind, um die Höhe der Tantième vom Geschäftsgewinn zu ermitteln, steht dem Handlungsgehülfen Klagerecht gegen den Prinzipal zu. Vorlage der Bücher und der Bilanz, aber auch Gewährung von Notizen daraus zur weiteren Prüfung der Richtigkeit der Bilanz wird als Pflicht des Prinzipals bezeichnet. Zu vergleichen sind aus den Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 58, S. 193; Bd. 14, Nr. 71, S. 212; Bd. 19, Nr. 41, S. 121.

³⁾ Entscheidungen, Bd. 17, Nr. 59, S. 276.

⁴⁾ Kommentar, 3. Aufl., S. 235.

herrliche Befugnisse des Prinzipals über sich anerkennen müssen, so oft er im Hause desselben lebt.

Der Lehrvertrag bietet noch die Besonderheit, dass er in der Regel auf eine feste **Lehrzeit** abgeschlossen zu werden pflegt, weil doch die Erlernung der Handlung ihre Weile hat und überdies die Länge der Lehrzeit mit durch das Interesse des Lehrherrn bedingt wird, welcher, je mehr sich die Ausbildung des Lehrlings vollendet, durch die Dienste desselben Vorthail in steigendem Masse gewinnt. So ist es gekommen, dass das Gesetzbuch im Art. 61 eine feste Dauer der Lehrzeit ausdrücklich erwähnt und deswegen auf vertragsmässige Bestimmung sowie auf örtliche Verordnung oder Ortsgebrauch verweist.

Die Bestimmungen, welche die Gewerbeordnung ursprünglich über die Handlungslehrlinge enthielt (§ 106 Abs. 2 und § 116, 117), sind nicht mehr in Geltung, nachdem die sogenannte Novelle (Gesetz vom 17. Juli 1878) die Anwendung aller ihrer Bestimmungen ohne Ausnahme für das Handelsgewerbe (§ 154) untersagt hat. So ist in Folge dessen der Kaufmann, dem die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen sind, auch am Halten von Lehrlingen unter 18 Jahren jetzt nicht verhindert.

§ 66.

C. Das Verbot Handelsgeschäfte zu machen.

Den Handlungsgehülfen jeglicher Art und Beschäftigung ist es ausnahmslos untersagt, Handelsgeschäfte anderweitig, sei es für eigene Rechnung, sei es für dritte Personen, zu betreiben. Das Dienstverhältniss zum Prinzipal soll ihnen diese Beschränkung auflegen; es wird eine Schädigung der Interessen des Prinzipals darin erblickt, dass der Gehülfe in solcher Weise seine Thätigkeit und Aufmerksamkeit von seinem Dienste ablenkt. Nicht nur der Gedanke an eine unliebsame Konkurrenz in demselben Handelszweige, welche das Geschäft des Prinzipals durch Entziehen des Zuspruchs und der Kundschaft schmälert, sondern überhaupt die Meinung, der Gehülfe habe alle seine Sorge und sein gesamtes Interesse auf die Erfüllung seiner Dienstpflichten zu konzentriren, ist der Geist jenes Verbotes. Das Geschäft, dem er dient, beansprucht den Gehülfen in dem Sinne ganz, dass er nicht anderweitig thätig werden soll, weder für fremde Geschäfte, noch für eigene Rechnung. Denn das Verbot des Art. 59 lautet ganz allgemein und ohne weitere Voraussetzungen: Der Handlungsgehülfe soll keine Handelsgeschäfte machen; weder absolute, noch relative, weder vereinzelt, noch gar gewerbemässig.¹⁾ Ob dadurch dem Geschäftszweige des Prinzipals Konkurrenz erwächst oder nicht, wie für das Verbot des Art. 96 in Betracht kommt, ist hier gleichgültig. Auch ist hier nicht blos eine ständige und gleichmässige Thätigkeit, ein eigentlicher Geschäftsbetrieb untersagt, sondern schon das einzelne Rechtsgeschäft, das Gelegenheitsgeschäft soll in gleicher Weise unzulässig sein. Der Plural „Handelsgeschäfte“ im Wortlaute des Verbotes kann daran

¹⁾ S. oben § 14—16.

nicht irre machen. Dass aber das Interesse des Prinzipals den Grund des Verbotes ausmacht, zeigt sich daran, dass seine Einwilligung dasselbe aufhebt. Mit Einwilligung des Prinzipals kann der Gehülfe sowohl für eigene als für fremde Rechnung Handelsgeschäfte jeder Art machen und betreiben. Es bleibt also für den einzelnen Fall *quaestio facti*, ob Einwilligung des Prinzipals vorhanden ist. Diese *voluntatis interpretatio* wird aber, genauer ausgedrückt, nicht sowohl auf positive Zustimmung und Genehmigung, als auf das Geschehenlassen und Nichtwidersprechen zu richten sein.

Denn schon das Römische Recht hat in ähnlicher Lage den Nachdruck auf das *non contradicere* oder *pati* gelegt, wenn z. B. die *actio tributoria* gegen den Herrn zulässig ist, welcher den Sklaven einen Handel treiben lässt mit dem *Pekul*: *scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem; sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam, non enim velle debet dominus sed non nolle; si igitur scit et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.*²⁾ Und ebenso wird der Begriff der *praepositio magistri navis s. institoris* auf das Geschehenlassen gestellt: *magistrum autem accipimus, quem exercitor praeposuit; si scit et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum praeposuisse videtur.*³⁾ Geht also schon das Römische Verkehrsrecht von solcher Auslegung aus, so führt auch die Interpretation der Vorschrift des Art. 59 zu keinem anderen Resultat. Im Art. 56, auf welchen jener lediglich verweist, lautet es so: „eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Ertheilung der Prokura bekannt war, dass der Prokurist Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufhebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.“ Was hier von dem Wissen und Weitergeschehenlassen bei der ersten Anstellung gesagt ist, wird auch dann richtig sein, wenn der Prinzipal von den anderweitigen Geschäften des Gehülfen erst später Kenntniss erwirbt oder dieser erst später damit begonnen hat. Immer wird das entscheidende Gewicht darauf zu legen sein, dass der Prinzipal von seinem Rechte des Widerspruchs und Verbotes keinen Gebrauch macht, dass er zu dem bemerkten schweigt und keine Einsprache erhebt. Die Ausdrucksweise des Art. 56 ist die nämliche wie die der Römischen Juristen: *consentire videtur*, eine Einwilligung ist anzunehmen. Ob das richtig ausgedrückt ist, wird noch begründetem Zweifel unterliegen können. Nicht die Fiktion einer nicht vorhandenen Einwilligung gibt den Ausschlag, sondern das wirklich vorhandene Geschehenlassen, die *patientia*. Praktisch freilich mag in der Mehrzahl der Fälle das *pati* wirklich das *consentire* in sich schliessen; nothwendig ist das aber keineswegs, und manche Fälle werden so liegen, dass der Prinzipal sehr wohl Einsprache zu erheben beabsichtigt und durchaus nicht einverstanden ist, dass er aber gleichwohl nicht zur Erklärung seines Willens kommt, weil er etwa auf eine passende Gelegenheit wartet und diese sich nicht einstellen will, oder weil er die weitere Führung des Gehülfen abwarten will, oder vielleicht nicht die erforderliche Energie besitzt,

²⁾ Fr. 1, § 3, de trib. act. 14, 4.

³⁾ Fr. 1, § 5, de exerc. act. 14, 1.

mit seinem Widerspruch an den Tag zu treten. Da ist es dann wichtig, dass schon das *pati* und *non contradicere* den Ausschlag gibt.⁴⁾

Was aber speziell den Art. 56 Abs. 2 betrifft, so ist noch zu bemerken, dass die Kenntniss eines eigentlichen Geschäftsbetriebes bei der Anstellung des Gehülfen diesem das Recht auf die Fortführung des Betriebes als solchen gewährt, so dass das einzelne Geschäft späterhin nicht mehr dem Widerspruch und Verbote ausgesetzt ist. Das ist bei der Duldung einzelner Geschäfte insofern anders, als hier aus dem *pati* des einen Falles nicht schon eine Erlaubniss auch zu weiteren Geschäften abgeleitet werden kann. Hier wird „von Fall zu Fall“ gefragt werden müssen, ob *patientia* vorhanden ist. Und so wird überhaupt danach zu fragen sein, was der Prinzipal weiss und duldet, ob ein einzelnes Geschäft oder einen eigentlichen Betrieb. Vorhanden sein kann ja ein Betrieb, während des Prinzipals Kenntniss nicht so weit reicht und nur ein einzelnes Geschäft betrifft; dann kann aus der *patientia* nicht ein Schild für den ganzen Betrieb und alle zukünftigen Geschäfte desselben entnommen werden.

Zur Anwendung der Vorschrift des Art. 59 ist aber zunächst das Verhältniss desselben zum Art. 56, auf welchen er selbst wegen der Einzelheiten verweist, klar zu stellen. Art. 59 steht im sechsten Titel (von den Handlungsgehülfen) und sagt schlechthin: ein **Handlungsgehülfe** darf u. s. w. Dagegen Art. 56 (im fünften Titel) spricht zwar das gleiche Verbot mit den gleichen Worten aus, richtet es aber an den **Prokuristen** und den zum Betriebe eines ganzen Gewerbes bestellten **Handlungsbevollmächtigten**. Es fragt sich, ob beide Artikel wirklich neben einander Bestand haben, oder ob etwa Art. 56 gegenüber Art. 59 als überflüssig und entbehrlich betrachtet werden darf. Wer freilich wie **Thöl**⁵⁾ die Handlungsbevollmächtigten überhaupt nicht als eine Unterart und Spezies der Handlungsgehülfen anerkennt und der Meinung ist, dass der sechste Titel auf die Personen des fünften Titels überhaupt nicht zur Anwendung zu bringen sei, wird dann beide genannten Artikel neben einander für unbedingt nothwendig halten. Dann erscheint es aber als eine Forderung der Interpretation, den Art. 56 auch nicht über die darin genannten Bevollmächtigten hinaus auszudehnen, und es dürfte dann nicht gebilligt werden können, das Verbot auch an solche Bevollmächtigte zu richten, welche nicht dem gesammten Betriebe vorgesetzt sind. **Thöl**⁶⁾ zwar will dennoch ausdehnend interpretiren. Nun ist aber hier schon im § 63 vertheidigt, dass die Dienstanstellung aller Handlungsbevollmächtigten dieselben schlechthin zu Handlungsgehülfen macht. Handlungsgehülfe ist auch der zum Abschluss von Rechtsgeschäften angestellte Diener. Sonach unterliegt er auch schlechthin dem Art. 59, von dessen Anwendung kein Handlungsgehülfe befreit ist. Danach könnte die Wiederholung resp. Vorwegnahme der Vorschrift im fünften Titel als überflüssig erscheinen, wenn nicht doch der Fall denkbar wäre, dass vom Prinzipal eine

⁴⁾ Zu vergleichen ist die Ausführung **Bülow's** im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 62, Nr. 1 über Fiktionen und Wahrheiten, speciell Anm. 66, S. 82 fg.

⁵⁾ Handelsrecht, 6. Aufl., § 77.

⁶⁾ Handelsrecht, 6. Aufl., § 58, Anm. 9.

Prokura oder sonstige Generalvollmacht ertheilt werde, ohne dass dadurch ein Dienstverhältniss und eine Gehülfsenschaft begründet wird. Man macht darauf aufmerksam, dass z. B. während zeitweiliger Verhinderung des Prinzipals ein Freund die Leitung des Geschäftsbetriebes übernehmen könne, der von dem übrigen Personal durch Mittheilungen auf dem laufenden erhalten wird. Oder die Frau des Prinzipals, sein Sohn u. s. w. erhalten Vollmacht zur Firmaführung in Behinderungsfällen. In allen solchen Fällen wird man nicht sagen können, dass mit der Uebernahme der Vollmacht ein Eintritt in das Geschäft im Sinne des Dienstverhältnisses zum Prinzipal gegeben sei. Dass also durch Art. 56 das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, unabhängig von der Gehülfsenschaft ausgesprochen ist, hat danach denn doch seine besondere Bedeutung und Art. 56 vermag daher Fälle zu betreffen, welche vom Art. 59 nicht berührt werden.⁷⁾

Auf dieser Grundlage ist also theils Art. 56, theils Art. 59 zur Anwendung zu bringen. Das Nächste ist nun der Satz, dass das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, im Kontraventionsfall weder eine Nichtigkeit noch eine Anfechtbarkeit der einzelnen Geschäfte mit sich bringt. Der Handlungsgehilfe ist nicht im Können, sondern nur im Dürfen beschränkt; er ist verpflichtet, Handelsgeschäfte, die nicht dem Prinzipal angehören, zu unterlassen, und die Uebertretung macht ihn dem Prinzipal verantwortlich. Weder kann er aber selbst Einwendungen gegen die Erfüllung des Geschäftes machen, noch darf sein Kontrahent eine Einrede aus dem Verbot ableiten wollen. Auch das, eine Uebertretung jenes Verbots enthaltende Rechtsgeschäft büsst an seiner juristischen Wirksamkeit nichts ein. Für die Anwendung dieses Satzes kommt auf bona oder mala fides der Kontrahenten durchaus nichts an; vor Allem ob der Drittkontrahent mit dem Handlungsgehilfen in Kenntniss oder Unkenntniss der Pflichtverletzung desselben kontrahirt, ist für das aus dem Kontrakt entstehende Rechtsverhältniss gleichgültig. Zu formuliren ist also: die verbotenen Handelsgeschäfte des Gehülfen enthalten eine Pflichtverletzung, nicht eine Rechtsverletzung. Das Verbot gehört lediglich dem inneren Rechtsverhältniss zwischen Prinzipal und Gehülfen an und begründet von Person zu Person ein obligatorisches Soll, hat aber im Verhältniss des Gehülfen zu dritten Personen keine Bedeutung.⁸⁾

Die dem Prinzipal wegen der gedachten Uebertretung des Gehülfen zustehenden gesetzlichen Befugnisse sind doppelter Art. Er darf Schadensersatz fordern, wenn er Schaden erlitten hat, was z. B. bei Konkurrenzgeschäften der Fall sein kann. Diese Befugnisse sind also nur hypothetisch von Werth und

⁷⁾ Uebereinstimmend Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. I, S. 411, und v. Hahn, Kommentar 3. Aufl. S. 165, 220, woselbst auch auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts verwiesen ist.

⁸⁾ Uebereinstimmend v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 221, Anm. 6. Anderer Meinung Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. I, S. 414 sub b, wo dem Drittkontrahenten das Recht gegeben ist, vom Verträge mit dem Handlungsgehilfen abzugehen, sobald derselbe diese seine Eigenschaft ihm verschwiegen hat. Dagegen aber Bd. II. desselben Werkes S. 174, Nr. XII. Aus der Praxis ist zu zitiren die Entscheidung bei Seuffert, Bd. 23, Nr. 52.

Bedeutung und ist werthlos, wenn der Prinzipal eben keine Vermögensschädigung nachzuweisen vermag.⁹⁾ Dagegen die zweite Befugniss ist in jedem vorkommenden Falle anwendbar und ihre Ausübung hängt also immer nur davon ab, ob der Prinzipal sie geltend machen will oder nicht, wobei er theils seinen eigenen Vortheil im Auge haben kann, theils aber die Bestrafung des Gehülfen, an welchem der verbotene Geschäftsbetrieb geahndet werden soll. Der Prinzipal hat das Recht, wenn der Gehülfe Geschäfte für eigene Rechnung gemacht hat, **dieselben als für seine Rechnung geschlossen anzusehen.** Die andere Möglichkeit, dass der Gehülfe für fremde Rechnung thätig gewesen ist, ist von diesem Rechtssatz überhaupt nicht betroffen, und bei ihr ist also der Prinzipal auf jenes Recht der Schadensersatzforderung beschränkt.

Festzustellen ist nun des Näheren, was jene Befugniss, die vom Gehülfen für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für sich selbst geschlossen ansehen zu dürfen, für den Prinzipal zu bedeuten hat. Zweierlei lässt sich im Allgemeinen dabei denken. Entweder der Prinzipal hat persönlich gegenüber dem Handlungsgehülfen das Recht, von ihm Alles dasjenige zu begehren, was das abgeschlossene Geschäft abgeworfen oder eingebracht hat, mag dasselbe schon abgewickelt sein oder noch nicht. Zur Vergleichung kann man dafür auf aufgetragene oder freiwillige Geschäftsführung und auf die daraus entspringenden Klagen verweisen und also sagen, der Prinzipal habe solche Ansprüche gegen den Gehülfen, wie wenn die von diesem gemachten Geschäfte eben für Rechnung des Prinzipals gemacht worden seien. Das führt im Einzelnen zum Anspruch auf Klagenzession oder Herausgabe des gemachten Gewinnes, je nachdem derselbe schon realisirt ist oder noch aussteht. Oder die Ansprüche des Prinzipals beschränken sich nicht auf eine Forderung gegen den Gehülfen, sondern stehen auch gegen den Drittkontrahenten direkt zu, wie wenn der Gehülfe nicht blos für Rechnung, sondern auch im Namen des Prinzipals kontrahirt hätte. Das Römische Wort einer *actio utilis* würde die Eigenthümlichkeit solcher Befugniss bezeichnen und die Parallele der sogenannten nothwendigen Stellvertretung würde nicht ohne Grund gezogen werden können. So wie im Römischen Recht Alles, was ein *servus* oder *filiius familias* erwirbt, *ipso jure* dem *dominus* oder *pater familias* zufällt, so hätte hier der Prinzipal mindestens die Befugniss, die vom Gehülfen durch seine Geschäfte erworbenen Rechte und Klagen seinerseits (*utiliter*) ausüben zu können. Es ist nun zu entscheiden, welche dieser beiden, an sich denkbaren Möglichkeiten durch den Art. 59 angeordnet und gewählt ist. Es lautet so: „**der Prokurist (oder schlechthin der Gehülfe, nach Art. 56) muss sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die Geschäfte u. s. w.**“ An sich würde diese Anordnung: „muss sich gefallen lassen“ zur Beschreibung beider Möglichkeiten geeignet sein. Denn auch die *actio utilis*,

⁹⁾ Aus der Praxis ist bemerkenswerth das Erk. des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 7, S. 37, welches sich ausführlich mit dem Ersatzanspruch des Prinzipals wegen Vertragsbruchs des Gehülfen, speziell wegen Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes beschäftigt und dabei über die thatsächliche Begründung der Ersatzklage, deren Substantiirung durch Einzelheiten Erörterungen anstellt.

dass der Prinzipal Klagrechte des Gehülfen seinerseits ausübt, wäre etwas, das der Gehülfe sich gefallen lassen müsste. Betont man aber andererseits, dass es heisst, der Gehülfe müsse sich gefallen lassen, so kann man darin ausgedrückt finden, dass der Prinzipal nur im Verhältniss zum Gehülfen einen persönlichen Anspruch auf Zession, Tradition u. s. w. bekommen soll, ohne dass er gegen dritte Personen unmittelbare Rechte gewönne. Zu Gunsten dieser Ansicht lässt sich auch das noch vorbringen, dass eine weiter gehende Absicht des Gesetzes jedenfalls einen deutlicheren Ausdruck hätte finden müssen, wie ja auch in anderen Fällen z. B. im Art. 368 geschehen ist. Danach ist hier zu vertheidigen, dass der Prinzipal auf einen persönlichen Anspruch gegen den Gehülfen beschränkt ist. Und das darf auch als die *communis opinio* bezeichnet werden.¹⁰⁾ Im Resultat wäre also der Prinzipal mit einem *dominus negotii* zu vergleichen, der gegen den gestor auf die Ablieferung des durch das *negotium* erreichten Vortheiles Klage erhebt, nur dass hier eben nicht der *animus negotia gerendi* sondern gesetzliche Vorschrift den Grund jener Klage bildet. Dass es präzis ausgedrückt sei, wenn Laband¹¹⁾ formulirt, dem Prinzipal stehe das Recht zu, die Resultate der vom Gehülfen abgeschlossenen Geschäfte sich anzueignen, nehmen zwar Viele an, z. B. v. Hahn a. a. O.; jedoch mag man wohl das Aneignungsrecht als einen zutreffenden Ausdruck ansehen; im Uebrigen ist aber die Formel, er dürfe sich die Geschäftsergebnisse aneignen, so gut für die eine als die andere Meinung verwendbar. Denn auch wer dem Prinzipal *utilis actio* gegen den Drittkontrahenten zusprechen will, wird sich auch noch so ausdrücken, wie Laband formulirt. Als Resultat des fraglichen Geschäftes wird die *actio* sicherlich betrachtet werden können. Betreffs der Anwendung des Art. 56 und der dem Prinzipal darin beigelegten Befugnisse ist aber noch daran zu erinnern, dass dabei ein wirklich bestehendes Dienstverhältniss unerlässliche Bedingung ist. Interessant ist in dieser Beziehung der Rechtsfall, auf welchen sich die Entscheidung des R.O.H.G., Bd. 16, Nr. 48, S. 169 bezieht. Der Prinzipal eines Weingeschäftes war mehrere Jahre hindurch gefänglich eingezogen; sein früherer Gehülfe hatte alsbald nach dem Strafantritt des Prinzipals dessen Geschäft für eigene Rechnung fortgesetzt, die Firma geändert, sich zum Handelsregister als Firmeninhaber angemeldet und sich in allen Stücken nicht mehr als Gehülfe, sondern als Prinzipal gerirt. Nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt hatte der frühere Prinzipal Klage gegen ihn erhoben auf Ablieferung des gesammten inzwischen erreichten Geschäftsgewinnes, mit der Begründung, der Beklagte sei nach wie vor sein Gehülfe geblieben, da er nicht einseitig habe zurücktreten können. Das Gericht hat diese Klage zurückgewiesen, weil in dem

¹⁰⁾ Vgl. v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl. S. 221, wo auch die abweichende Meinung von Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 413 besprochen ist. Das Argument v. Hahn's, der Art. 59 gebe nur das Recht, die Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals, nicht auch als im Namen desselben geschehen anzusehen, mag man zwar gelten lassen, allein für entscheidend halte ich es nicht. Es wird damit den Worten zu grosse Prägnanz zugetraut. Im Uebrigen auch Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. § 58.

¹¹⁾ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 202.

ganzen Gebahren eine Aufhebung des Dienstverhältnisses, wenn auch nur einseitig und ohne Zustimmung des Prinzipals erfolgt, erblickt werden müsse und sonach eine Anwendbarkeit des Art. 56 ausgeschlossen bleibe.

Eine weitere Frage betrifft das Verhältniss der Schadensersatzpflicht zu dem zuletzt besprochenen sich gefallen lassen müssen, ob nämlich beide Befugnisse des Prinzipals von ihm **neben** einander geltend gemacht werden können. Möglich bliebe ja das Eventualverhältniss, dass der Prinzipal nach seiner Wahl von dem einen oder dem anderen Gebrauch machen solle. Indessen spricht der Wortlaut des Art. 59 für das kumulative Zustehen. Denn die zweite Befugnis ist nur mit: **auch** hinzugefügt, und es wird bemerkt, dass im Art. 97, der für Handlungsgesellschafter untereinander Aehnliches bestimmt, die Worte: **statt** dessen noch hinzugefügt seien, welche hier im Art. 59 fehlen. So kommt man zu einer Unterscheidung beider Fälle. Das Gegenargument, den Art. 59 durch die **genauere** Fassung des Art. 97 ergänzend einschränken zu müssen, ist freilich nicht ganz abzulehnen, so dass also ein Zweifel doch bestehen bleibt.

Im folgenden Paragraph wird weiter zu erwähnen sein, dass nach Art. 64, Nr. 2 die verbotene Betreibung anderweitiger Geschäfte dem Prinzipal überdies noch die vorzeitige Entlassung des Gehülfen aus seinem Dienste ermöglicht, sofern richterliches Ermessen die Kontravention für wichtig genug hält.

Zuletzt entsteht noch die Frage, ob dem Prinzipal statt weiterer Dinge oder neben seinen sonstigen Befugnissen nicht auch die Möglichkeit einzuräumen sei, gegen den Gehülfen ein richterliches Verbot, fernerhin Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu machen, durch darauf gerichtete Klage zu erwirken. Eine obligatio non faciendi besteht ja zweifellos, und ob dieselbe nicht schlechthin dazu benutzt werden dürfe, auf gerichtliches Verbot des Zuwiderhandelns Klage zu erheben, mindestens wenn Wiederholung oder Fortsetzung zu befürchten steht, wäre also die aufzuwerfende Frage. Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung ein Erkenntniss des Reichsoberhandelsgerichtes,¹²⁾ welches die aufgeworfene Frage mit Recht bejaht, zwar nicht in unmittelbarer Anwendung auf den hier besprochenen Art. 59, doch mit indirekter Bezugnahme auf denselben. Es wird dort allgemein vertheidigt, dass jede obligatio non faciendi zur Klage auf Verbot und Unterlassung des Verbotenen pro futuro berechtige. Wohl wird man, was sich übrigens in dem fraglichen Rechtsstreit auch so verhielt, fordern dürfen, dass eine Zuwiderhandlung aus dem Verhalten des Schuldners zu befürchten stehe. Denn so lange der Schuldner keinen Anlass giebt, ihm das Verbot besonders durch Urtheil einzuschärfen, wird er auch nicht mit Klage überzogen werden dürfen. Zur Analogie wird man auf die negatoria in rem actio verweisen können, wo doch ein schon eingetretenes factum turbativum nur dann zur Klagbegründung ausreicht, wenn es die Befürchtung weiterer Störung erregt und deswegen die Abwehr rechtfertigt. Dass in Art. 59 eine solche prohibitorische Klage nicht besonders erwähnt ist, kann u. E. an ihrer Zuständigkeit nicht zweifelhaft machen. In Uebereinstimmung hiermit gewähren

¹²⁾ Entscheidungen Bd. 19, Nr. 46, S. 136—138.

denn auch die Kommentare von v. Hahn und Anschütz-Völderndorff zwar nicht zu Art. 59, wohl aber zu Art. 97 eine solche direkt auf Unterlassung gerichtete Klage. Mit derselben wird praktisch das Ziel erreicht, auf die Unterlassung durch Strafandrohungen (Civilprozessordnung § 775) mit grösserem Nachdruck hinzuwirken, als durch Schadensersatzforderung oder jenes Aneignungsrecht erreicht zu werden vermag. Wo es sich also um die Inhibirung eines vom Handlungsgehilfen ohne Einwilligung des Prinzipals begonnenen oder fortgesetzten förmlichen Betriebes handelt, wird schon dadurch das auf die Zukunft gerichtete Verbot als berechtigt sich darstellen. Handelt es sich nur um einzelne gelegentliche Geschäfte des Gehilfen, so mag man die auf Verbot gerichtete Klage erst bei speziellen Anzeichen wiederholter Uebertretung zulassen.

§ 67.

D. Die Auflösung des Dienstverhältnisses.

Während das Handelsgesetzbuch in Ansehung der Begründung eines Dienstverhältnisses auf eigene Vorschriften zu Gunsten des *jus commune* verzichtet hat, enthält es dagegen über die Endigung desselben eine Reihe von Artikeln, welche freilich zum Theil auch wieder nur auf vertragsmässige Festsetzung unter den Parteien verweisen, insoweit also eigenen Inhalts entbehren.

In erster Linie ist auch hier der Charakter des Privatrechts als *jus dispositivum* gewahrt und der Freiheit des Vertragsschlusses voller Raum gegeben. Die gesetzlichen Vorschriften über die Dauer des Dienstverhältnisses resp. über dessen Aufhebung sind unter der Klausel aufgestellt, dass es beim Inhalt abweichender Verträge „sein Bewenden habe“. Der Vertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen kann nun entweder einen festen Zeitraum für die Dauer des Dienstes bestimmt haben, oder aber bei Kontraktabschluss auf unbestimmte Zeit doch Kündigungsfristen aufstellen, oder endlich über die Dauer des Verhältnisses ganz schweigen. Lediglich für den letzten Fall kommen dann die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung.

Bei Anstellung des Gehilfen auf feste Zeit endigt das Dienstverhältniss von selbst mit Ablauf dieser Zeit, während freilich eine Fortsetzung derselben auch nachher in der Willkür der Parteien steht und auch eine sog. *relocatio tacita* einzutreten vermag durch stillschweigendes im Dienst Bleiben resp. im Dienst Behalten. Unter welche Regeln ein in solcher Weise fortgesetztes Dienstverhältniss zu stellen sei, kann zweifelhaft erscheinen, insofern ja auch gemeinrechtlich die *relocatio tacita* sowohl bei Sach- als Dienstmiete zu erheblichen Zweifeln Anlass giebt.¹⁾ Man wird aber vertheidigen müssen, dass für die spätere Zeit die gesetzlichen Kündigungsvorschriften anzuwenden seien, da doch in der That vertragsmässige Bestimmung für diese Zeit fehlt.

Wie aber der Vertrag eine feste Dienstzeit festsetzen kann, so kann er auch umgekehrt jede Dauer des Verhältnisses ablehnen und auch damit die An-

¹⁾ v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Band III, S. 644. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. § 402, Nr. 3.

wendung der gesetzlichen Vorschriften ausschliessen. Der Vertrag kann zweifellos lauten, dass der Dienst eben nur bis auf Weiteres und lediglich für den Augenblick angetreten werden solle, ohne dass ein Theil den anderen wider seinen Willen länger, als dieser möchte, zu halten berechtigt sein solle. Der Prinzipal kann dann den Gehülfen in jedem Augenblick entlassen, der Gehülfe jeder Zeit seine Entlassung fordern. Schon aus altrömischer Zeit ist uns ein Beleg für solchen Vertrag überliefert, dass der Arbeiter bei einer Dienstmiete sich nur *impraesentiarum* verdingt und also jede Gebundenheit auf länger als er mag ablehnt.²⁾

In der Mitte liegt die dritte Möglichkeit, dass der Vertrag ein Verhältniss auf unbestimmte Zeit begründet, jedem Theil aber ein in gewissen Perioden zu übendes oder auch nach Belieben zuständiges, doch aber die Endigung des Verhältnisses erst nach einer von da ab laufenden Frist herbeiführendes Kündigungsrecht gewährt. Die Kündigung bedeutet dann die Willenserklärung an den Gegner, die Endigung herbeizuführen.

Schweigt nun aber der Vertrag in jeglicher Beziehung über die Zeitgrenze des Dienstverhältnisses, so ist damit der Raum für die Anwendung der gesetzlichen Kündigungsbefugnisse geschaffen, wie sie im Art. 61 normirt sind.

Zunächst wird das Lehrverhältniss doch als ein von selbst auf längere Zeit bestimmtes angesehen, welches auch von Rechtswegen erst nach vollendeter Erlernung der Handlung und also nach Ablauf der dafür erfahrungsgemäss erforderlichen Zeit sein Ende finden soll. Das Gesetz verweist also theils auf örtliche Verordnungen, theils auf Ortsgebrauch, in der Meinung, dass die Dauer der Lehrzeit besser durch Statut und Herkommen als durch gemeine Vorschrift geregelt werde. Sollte das eine wie das andere im Stiche lassen, so wird sicherlich nicht zur Anwendung der im Art. 61 für die Handlungsdiener (im Gegensatz der Lehrlinge) gegebenen Vorschrift zu greifen sein, sondern die Dauer der Lehrzeit durch richterliches Ermessen nöthigenfalls nach Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen (cf. Art. 57) bestimmt werden müssen.

Abgesehen von den Lehrlingen steht im Uebrigen und ohne weitere Unterscheidung zwischen den Diensten der einzelnen Gehülfen für beide Parteien vierteljährlich die Möglichkeit der Aufhebung des Verhältnisses zu, und zwar ist auch hier zu diesem Zwecke **Kündigung** d. h. Willenserklärung³⁾ jenes Inhalts erforderlich. „Das Dienstverhältniss kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden.“ Zur Anwendung dieser Vorschrift ist also auf die Kalenderquartalstage (31. März, 30. Juni, 30. September und 31. Dezember) zu sehen und also zu fragen, ob eine geschehene Kündigung rechtzeitig, d. h. spätestens

²⁾ Cf. darüber *Wendt*, *Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften* Heft 2, die *Reuverträge* S. 31, 32.

³⁾ Die Kündigungserklärung muss natürlich den definitiven und vorbehaltlosen Willen zum Ausdruck bringen, das Verhältniss mit Ablauf des Quartals zu lösen. Erklärt z. B. ein Prinzipal, dass er den Gehülfen als gekündigt ansehen wolle, wenn derselbe fortfahren werde, sich nachlässig und unzuverlässig zu erweisen, so liegt eine feste Kündigung in der That noch nicht vor. So mit Recht *R.O.H.G.* Bd. 4, Nr. 69, S. 342.

6 Wochen vor dem nächsten Quartalstage erfolgt ist. Wenn in dem Kommentare von **Anschütz-Völderndorff** (Band I, S. 437) auf den 1. April, 1. Juli u. s. w. verwiesen wird, so kann das nicht für richtig gehalten werden. Denn es heisst im Art. 61: „mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres“. Sonach ist es auch allein richtig, als spätesten Kündigungstag jedes Mal den 43. Tag rückwärts gezählt zu bezeichnen, weil dann der Quartalstag die genannten 6 Wochen vollendet. Dass noch am 42. Tage rechtzeitig gekündigt werden dürfe, d. h. dass der Kündigungstag selbst als das die Frist eröffnende Ereigniss mitgezählt werden könne, wäre zwar der gemeinrechtlichen Komputation gemäss, darf aber gegenüber Art. 328 des Gesetzbuches nicht zugelassen werden; denn wenn sich dieser Artikel auch nur auf Erfüllungsfristen bezieht, so wird das darin ausgesprochene Komputationsprinzip als überhaupt der heutigen Anschauung gemäss und auch in anderen Gesetzen ausgesprochen, auch hierher zu übertragen sein.⁴⁾

Durch diese Regel ist also für beide Theile eine periodische Gebundenheit hergestellt, welche der beliebigen Entlassung des Gehülfen resp. seinem Austritt aus dem Geschäft ein Ziel setzt. Von selbst versteht es sich übrigens, dass, wie schon der Dienstvertrag die Anwendung derselben ausschliessen kann, so auch spätere Vereinbarung beider Theile das Dienstverhältniss zu jeder Stunde zu lösen im Stande ist. *Mutuus dissensus* kommt dann sowohl in ausdrücklicher Vereinbarung als in stillschweigendem Einverständniss zum Ausdruck. Nur muss wirklich beiderseits der Wille, das Dienstverhältniss aufzuheben, erkennbar zu Tage treten, wenn auch nur *rebus ipsis et factis*. Ein solches Uebereinkommen liegt deshalb nicht schon darin, dass der Handlungsgehülfe dem Verbot des Prinzipals, Haus und Geschäft fernerhin zu betreten, Folge leistet.⁵⁾

Nun gibt es aber auch noch **vorzeitige Aufhebung** des Dienstverhältnisses kraft einseitigen Verlangens. Als vorzeitig ist dabei gemeint diejenige Aufhebung, welche vor Ablauf der vereinbarten oder sonst begründeten Zeitdauer des Verhältnisses oder nicht unter Einhaltung der gesetzlichen resp. vertragsmässigen Kündigungsfrist erfolgt. Und zwar sollen nach Art. 62 **wichtige Gründe** dazu den Anlass geben können, sowohl für den Prinzipal als zu Gunsten des Gehülfen oder Lehrlings.

Ueber die prinzipielle Bedeutung und Handhabung des Art 62 stehen sich in der Theorie zwei Meinungen gegenüber, eine strengere und eine freiere Interpretation. Die Praxis befolgt, soviel ich ermitteln konnte, ausschliesslich die letztere.

Die genaue und wörtliche Auslegung des Art. 62 hält sich an die Sätze: „Die Aufhebung kann aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden. Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.“ Die zu erreichende Aufhebung des Verhältnisses ist also Gegenstand eines **Verlangens**, zu dessen Gewährung, so argumentirt man, eine fremde Instanz in Anspruch genommen werden muss, während der eigene Wille nur

⁴⁾ Uebereinstimmend im Resultat Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 79; v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 239.

⁵⁾ So mit Recht die Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 2, Nr. 67, S. 285.

begehrt. Die gewährende Instanz liegt im richterlichen Amt, dessen Ermessen und Einsicht alles Weitere anheim gegeben ist. Das Verlangen des Art. 62 ist also Erbitten vom Richter, der seinerseits nicht bloß urtheilt und feststellt, sondern durch Verfügung aufhebt resp. die Aufhebung abschlägt. Die Gegenpartei braucht also immer erst dem Richterspruch zu weichen, und bis dahin besteht das Dienstverhältniss fort und kann die Erfüllung desselben begehrt werden. Die wichtigen Gründe berechtigen sonach nicht zu einseitiger, sofortiger Entlassung mit aufhebender Wirkung, sondern gewähren nur die Befugniss, die Auflösung durch Klageantrag vom Richter zu erbitten. So urtheilt mit aller Schärfe des Ausdrucks und mit dem Hinweis auf die Konsequenzen Thöl.⁶⁾

Die mildere Meinung wird in der Theorie vor Allem durch v. Hahn⁷⁾ vertreten, während bei Anschütz-Völderndorff⁸⁾ nicht alle Bedenken überwunden zu sein scheinen und ein Schwanken der Auffassung hervortritt. Gegenüber jener strikten Auslegung Thöl's vertheidigt v. Hahn die Auffassung, dass dem richterlichen Ermessen im Streitfalle doch nur die Beurtheilung der Wahrheit und Wichtigkeit der behaupteten Gründe aufgetragen worden sei, im Uebrigen aber die Aufhebung des Verhältnisses als Folge einseitiger Willenserklärung gedacht werden dürfe. Die Aufhebung könne verlangt werden, das heisse, jeder Theil habe das Recht, einseitig das Verhältniss zu lösen, ohne Rücksicht auf den Widerspruch des Gegners. Wer sich nicht freiwillig unterwerfen wolle, dürfe aber richterliche Entscheidung anrufen, um die Unwichtigkeit der fraglichen Gründe dadurch zu erweisen. Konsequenz dieser Auffassung ist dann freilich, dass der nachträgliche Richterspruch nur zu Ersatzansprüchen wegen ungerechtfertigter Entlassung resp. Dienstverweigerung führen kann und immer das Verhältniss als bereits gelöst, wenn auch vielleicht vorzeitig und ohne Grund gelöst, voraussetzen muss. Der entlassene Gehülfe kann nicht die Fortdauer des Verhältnisses behaupten, der Prinzipal nicht den früheren Gehülfen noch fort-dauernd als solchen in Anspruch nehmen, was zum Beispiel für die etwaige Anwendung des Art. 59 von höchster Wichtigkeit ist. Die Praxis hat diese und andere Konsequenzen bereitwillig gezogen, wie z. B. dass bei der einseitigen Entlassung des Gehülfen der Prinzipal die Gründe gar nicht anzugeben schuldig sei, dass der Gehülfe immer nur Ersatz, niemals Erfüllungsansprüche begehren dürfe. Auf die Klage wegen Kontraktbruchs und die daraus erwachsenden Schadensersatzansprüche kommt also Alles hinaus. So hatte schon das Berliner Obertribunal wiederholt entschieden, so ist auch zu Leipzig von Anfang an der Art. 62 gehandhabt.⁹⁾ Was nun dieser milderen Meinung den Vorzug zu geben

⁶⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 79.

⁷⁾ Kommentar 3. Aufl. S. 341.

⁸⁾ Kommentar Bd. I, S. 439, 440.

⁹⁾ Man vergleiche Seuffert, Arch. Bd. 20, Nr. 241 u. Bd. 25, Nr. 48 (beide Erkenntnisse sind aber identisch), sodann die Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 69, S. 263; Bd. 16, Nr. 48, S. 169; Bd. 17, Nr. 48, S. 220; Bd. 21, Nr. 82, S. 252. Ueber Kontraktbruch im Lehrverhältniss und daraus entweder für den Prinzipal oder für den Lehrling entspringende Ersatzansprüche handeln die beiden Entscheidungen des R.O.H.G. in Bd. 7, Nr. 73, S. 277 und Bd. 14, Nr. 6, S. 21.

scheint, ist vor Allem die Befürchtung von der praktischen Schwerfälligkeit, wenn nicht gar Unausführbarkeit der entgegengesetzten Auffassung. Ueberdies liegt eine weitere Bestätigung darin, dass auch das Römische Recht in gleichen und ähnlichen Verhältnissen die vorzeitige Aufhebung aus wichtigen Gründen nicht anders behandelt hat, wie z. B. den Rücktritt vom übernommenen Mandat, den Rücktritt von einem Sozietätsvertrage u. s. w. Das vom Wortlaut des Art. 62 hergenommene Bedenken wird dahinter zurücktreten dürfen, wenn es auch noch seine weitere Bestärkung durch die Ausdrucksweise in Art. 63 und 64 findet. Hier heisst es gleichlautend: „gegen den Prinzipal (Handlungsgehülfen) kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden.“ Man wird nicht umhin können, zuzugeben, dass rein vom Standpunkt der grammatischen Auslegung aus Thöl's Ansicht in der That als begründet erscheint, und es ist nur eine Konzession an die praktischen Bedürfnisse, wenn man gleichwohl der entgegengesetzten Meinung beitrifft.

Was nun die wichtigen Gründe angeht, so ist ausschliesslich auf richterliches Ermessen zu verweisen. Es gibt keine gesetzlichen Aufhebungsgründe. Zwar sind in Art. 63 und 64 Einzelheiten genannt, welche die Entlassung des Gehülfen oder den Austritt desselben sollen veranlassen können. Allein nichtsdestoweniger bleibt auch für die genannten Fälle das richterliche Ermessen übrig, ob ein wichtiger Grund bei konkreter Sachlage angenommen werden dürfe. Das ergibt sich sowohl aus Absatz 2 des Art. 62, als auch aus dem Wortlaut der Art. 63, 64 selbst: „insbesondere kann ausgesprochen werden u. s. w.“ In der Literatur ist dies besondere Verhältniss denn auch fast ausschliesslich richtig gewürdigt, und nur der Kommentar von Anschütz-Völderndorff (S. 440, 441) macht in dieser Beziehung eine Ausnahme, indem er ausführt, dass bei den in Art. 63, 64 bezeichneten Gründen das richterliche Ermessen für gebunden gehalten werden müsse und die Aufhebung von der Partei schlechthin begehrt werden dürfe. Die Praxis des Leipziger Gerichts hat dagegen die hier als richtig bezeichnete Auffassung von vornherein vertreten und kein Schwanken der Anwendung gezeigt. Wie aber auch die genannten Fälle auf ihre Wichtigkeit stets im Einzelnen noch zu prüfen sind, so lässt sich auch aus ihrer Zusammenfassung kein Prinzip abstrahiren, um die Wichtigkeit eines konkreten Vorfalles daran messen zu können. Die Theorie muss schlechterdings darauf verzichten, dem richterlichen Ermessen irgendwie Grenzen durch Formulirung von Prinzipien zu stecken. Auch die Rechtsprechung darf daher nicht über die Betrachtung des einzelnen Falles hinausgehen und wird jeden Fall lediglich aus sich allein heraus zu entscheiden haben, ob die Auflösung des Dienstverhältnisses nach dem, was vorgefallen, der Aequität und ausgleichenden Gerechtigkeit (*ius aequare facto*) entspreche. Auf die Besprechung der in den Art. 63, 64 genannten Beispiele mag man daher ebenso verzichten, wie auf die Vergleichung anderer Fälle, in welchen richterliche Entscheidung schon wichtigen Grund gefunden hat. Ob also z. B. Tod des Prinzipals oder zeitweilige Schliessung des Geschäfts genannt werden dürfen, bestimmt sich allein

nach der Würdigung der konkreten Sachlage. Die Judikatur des R.O.H.G. ist aus der Anmerkung ersichtlich.¹⁰⁾

Nur ein Fall mag noch herausgehoben werden, **Konkureröffnung** über das Vermögen des Prinzipals. Bisher hat man meistens angenommen, dadurch werde die Entlassung des Handlungsgehülfen auch vorzeitig gerechtfertigt. Indessen nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung des deutschen Reichs wird die Anwendung ihres § 19 zu dem Resultate führen, dass dem Konkursverwalter nur die Aufkündigung des Dienstverhältnisses nach der gesetzlichen Vorschrift des Art. 61 zuständig ist, sofern nicht etwa vertragsmässig eine kürzere Frist bedungen war. Eine sofortige Entlassung des Gehülfen wird sonach auch nicht mit Berufung auf Art. 62 erreicht werden können. Denn wenn die Konkursordnung § 19 den Konkursverwalter auf Kündigung in gesetzlicher Weise verweist, so wird nicht gleichzeitig in der Konkureröffnung noch ein „wichtiger“ Grund zum Verlangen sofortiger Aufhebung des Kontraktes gefunden werden können. Nach anderer Seite hat der citirte § 19 aber die besondere Folge, dass Kündigung nach Art. 61 auch dann Platz greift, wenn der Vertrag auf feste Zeit oder längere als die gesetzliche Frist eingegangen war.¹¹⁾

Unter den beispielsweise dem richterlichen Ermessen empfohlenen Fällen ist im Art. 64, Nr. 4 aufgeführt, dass der Gehülfe andauernd an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird, sei es durch Krankheit, Abwesenheit oder Freiheitsverlust u. s. w. Eine denselben Fall berührende Frage ist die, wie es mit dem Anspruch des Gehülfen auf Gehalt und Unterhalt stehe, wenn während des Dienstes eine solche Verhinderung eintritt. Denn abgesehen davon, dass als wichtig für das Verlangen der Aufhebung erst **andauernde** Behinderung in Betracht kommen kann, bedarf es doch auf alle Fälle und auch dann, wenn in der Folge die Aufhebung ausgesprochen wird, der Entscheidung über die Ansprüche des Gehülfen aus der Zeit, wo er noch im Dienste stand. Nach gemeinem Pandektenrechte hat der operarius den Anspruch auf die merces soweit verloren, als er durch einen seine Person treffenden Zufall an der Leistung seiner Dienste verhindert worden ist, und dazu würde also sowohl Krankheit als Abwesenheit und Freiheitsstrafe gehören.¹²⁾ Bei der neueren

¹⁰⁾ Von prinzipieller Bedeutung ist zunächst die Entscheidung in Bd. 19, Nr. 38, S. 113, wo auf den Eindruck der Gesamtmstände hingewiesen ist, und die Zusammenfassung einer Reihe vorgebrachter Einzelheiten. Als solche Einzelheiten erscheinen Lässigkeit, Nichteinhalten der Arbeitsstunden, Vernachlässigung der Buchführung, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses. Auf Dienstvernachlässigung beziehen sich ferner die Entscheidungen in Bd. 7, Nr. 69, S. 263; Bd. 4, Nr. 82, S. 399; auf religiöse Einwirkung Bd. 1, Nr. 7, S. 36; auf fingirte Geschäftsabschlüsse, welche der Reisende meldet, Bd. 21, Nr. 126, S. 394. In Erkenntnissen anderer Gerichte ist Hazardspiel der Komptoiristen in Erwägung genommen, Seuffert Bd. 12, Nr. 266 und beim Reisenden dessen willkürliches Hinausziehen der Reisen, Seuffert Bd. 14, Nr. 228. Auf Betrieb eigener Handelsgeschäfte bezieht sich Seuffert Bd. 23, Nr. 244.

¹¹⁾ Ueber die Einwirkung des Konkurses nach bisherigem und zwar preussischem Recht handelt die Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 19, Nr. 112, S. 391.

¹²⁾ Zu vergleichen Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. § 401, Anm. 6; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl., § 591 sub VI.

Gesetzgebung haben jedoch Billigkeitsrücksichten zu Gunsten des Handlungsgehülfen gesprochen, wenigstens so oft er durch **unverschuldetes Unglück** an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. Das *periculum* ist insoweit auf den Prinzipal übertragen, und Art. 60 hat also festgesetzt, dass ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig gehen soll. Um indessen auch den Prinzipal nicht übermässig zu beschweren, soll derselbe doch nur auf die Dauer von sechs Wochen zu jenen Praestationen verpflichtet sein und davon frei werden, wenn die Verhinderung sich über diese sechs Wochen hinaus erstreckt. Die Voraussetzung des unverschuldeten Unglücks führt nun wieder zu richterlicher Würdigung des einzelnen Falls; im Allgemeinen ist damit ja dasselbe ausgedrückt, was die Römischen Quellen mit dem Worte *si per eum non stat quominus* bezeichnen. Dass Krankheit oder Kränklichkeit zunächst in Betracht kommen, sofern sie nicht durch Lebenswandel und Ausschweifungen als selbstverschuldet angesehen werden müssen, dass ferner eine zeitweilige Verhinderung eben durch ein **Unglück** hervorgerufen sein müsse, also Einberufung zu einer militärischen Dienstleistung oder eine Reise in Familien- oder persönlichen Angelegenheiten nicht die Anwendung des Art. 60 begründen könne, wird als zweifellos betrachtet werden können. Jener Zeitraum von sechs Wochen ist aber, auch wenn sich die Verhinderungsfälle wiederholen sollten, doch für jeden einzelnen Fall selbständig in Ansatz zu bringen.

II. Die Fabrikarbeiter.

§ 68.

Zwar gehören nach verbreiteter, schon im § 63 besprochener Ansicht zu den Handlungsgehülfen nur diejenigen, welche im Besonderen **kaufmännische** Dienste verrichten, so dass von der Anwendung der im vorigen Paragraphen gegebenen Regeln alle übrigen Arbeiter nicht betroffen werden sollen. Wenn nun auch gegen diese Unterscheidung Verwahrung einzulegen war, so war doch schon bemerkt, dass allerdings die **Fabrikarbeiter** und ihre Verhältnisse einer selbständigen Behandlung theilhaftig geworden sind. Die Bestimmungen des Titel VII. der Gewerbeordnung, welche in allen übrigen Fällen für die Gehülfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften nicht gegeben sind, umfassen die Fabrikarbeiter kraft ausdrücklicher und zweifelloser Anordnung. Mag auch der Fabrikbetrieb schlechthin zu den Handelsgeschäften gehören, der Inhaber der Fabrik also Kaufmann und der Fabrikarbeiter deswegen Gehülfe in einem Handelsgeschäfte sein, so reicht der § 154 der Gewerbeordnung seiner Absicht nach doch nicht soweit, die Fabrikarbeiter der Gewerbeordnung ebenfalls zu entziehen. Denn die Verhältnisse derselben sind ja ausdrücklicher Regelung in der Gewerbeordnung unterzogen und dadurch begrenzt sich Umfang und Tragweite des § 154.

Eine genaue Definition des Begriffes **Fabrik** lässt sich um deswillen nicht aufstellen, weil die Fabrik gegen das Handwerk nicht greifbar abgegrenzt ist. Im Allgemeinen handelt es sich um einen Gewerbebetrieb, welcher Rohstoffe bearbeitet oder verarbeitet, also **Produktionsgewerbe** ist im Gegensatz gegen den eigentlichen Handel, welcher lediglich auf den **Umsatz** der Waaren gerichtet ist. Mit der Produktion kann der Umsatz kombinirt sein (Umsatz eigener Fabrikate). Doch ist in beiden Fällen der Gewerbetreibende entweder Fabrikant oder aber Handwerker, und nicht der Gegenstand des Gewerbes, sondern nur der äussere Umfang des Betriebs ergibt den Begriff der Fabrik. Sobald der Betrieb nemlich über den Umfang des Handwerks hinausgeht, beginnt die Existenz einer Fabrik. Wann das der Fall ist, ergibt sich lediglich nach den Anschauungen des Verkehrs, einen wie ausgedehnten Betrieb man dem Hand-

werk als solchem zuzuschreiben geneigt ist. Der Umfang entscheidet, aber die Grenze zwischen dem einen und dem anderen wird doch lediglich durch die öffentliche Meinung bestimmt. Als Parallele solcher Begriffsbestimmung gibt uns das Römische Recht die Unterscheidung von *flumen* und *rivus*. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*. Man hat mitunter das „aut“ dieses Satzes angefochten und gemeint, derselbe gewähre zwei verschiedene Anhaltspunkte für die Beurtheilung. Indessen ist es vollkommen richtig und trifft auch für die Fabrik zu. Die *magnitudo* entscheidet und trennt wie *flumen* und *rivus* so Fabrik und Handwerk; indessen da keine feste Massgrenze besteht, so ist die *existimatio* der Betheiligten die Instanz, welche das Urtheil über die Ausdehnung des Umfangs spricht. Dieselbe Person mit unveränderten Verrichtungen kann danach zunächst Handwerksgehilfe sein, dann Fabrikarbeiter werden, wenn der Meister seinen Betrieb ausdehnt, kann wieder zum Gesellen herabsinken, wenn das Geschäft seinen erreichten Flor wieder einbüsst und so fort. Mit solchem Wechsel ist dann auch eine theilweise Aenderung der Rechtsverhältnisse verbunden.

In formeller Beziehung ist zu bemerken, dass die frühere innere Gliederung des Titel VII. der Gewerbeordnung und damit die Rechtssätze selbst durch die sogenannte Novelle eine wesentliche Aenderung erfahren haben. Ursprünglich waren die Verhältnisse der Fabrikarbeiter von denen der sonstigen Gewerbehilfen vollständig getrennt gehalten. Unter I. war in den §§ 105—126 von den Fabrikarbeitern noch gar nicht die Rede, und unter II. in den §§ 127—139 von ihnen ausschliesslich die Rede, und nur ein Theil der unter I. gegebenen Vorschriften (§§ 105—114) war durch § 127 auch auf die Fabrikarbeiter ausgedehnt worden. Inhaltlich war die Abweichung der einzelnen Rechtssätze nicht unbeträchtlich. Jetzt, nachdem Titel VII. durch das Gesetz vom 17. Juli 1878 von Grund aus umgestaltet ist, enthalten unter 1 die §§ 105—120a allgemeine Vorschriften mit Anwendung auch auf die Fabrikarbeiter; die dann folgenden §§ 121—125 über Gesellen und Gehülfen sowie §§ 126—133 über die Lehrlinge sollen nach § 134 auch auf die Fabrikarbeiter zur Anwendung kommen, und erst dann sind in den §§ 134—139b Bestimmungen über die Fabrikarbeiter speziell getroffen. Es ist also keine Bestimmung des Titel VII, welche nicht auch die Fabrikarbeiter mit beträfe, und nur einige gehen sie ausschliesslich an. Materiell liegt das Verhältniss so, dass Manches, was früher den Verhältnissen der Fabrikarbeiter eigenthümlich war, jetzt in die allgemeinen Bestimmungen aufgenommen und also generalisirt worden ist.

Die §§ 135—139b, welche jetzt speziell die Verhältnisse der Fabrikarbeiter betreffen, beschäftigen sich nur mit den **jugendlichen Arbeitern** und wollen sowohl das Mass und den Umfang ihrer Anwendung regeln, als die Erfüllung der Schul- und kirchlichen Pflichten sicher stellen. Daneben sind im Interesse der Erhaltung von Gesundheit und Sittlichkeit auch einzelne Vorschriften über die Beschäftigung von Arbeiterinnen aufgenommen. Privatrechtlichen Inhalt haben alle diese Vorschriften nur insofern, als der Arbeitskontrakt zwischen Arbeiter und Arbeitgeber verpflichtende Wirkung nur bei einem be-

stimmten Alter der Arbeiter und sodann bei weiteren Altersstufen nur mit einer gesetzlichen Beschränkung des Inhalts gewinnen kann.

Was im Uebrigen an privatrechtlichen Vorschriften zu nennen ist, kommt auch ausserhalb des Handelsrechtes zur Anwendung und gehört dem allgemeinen Gewerberecht an, von welchem zwar alle übrigen handelsgewerblichen Gehülfen (durch § 154 der Gewerbeordnung) eximirt sind, dem aber die Fabrikarbeiter wiederum angehören. Wer freilich den Handlungsgehülfen nur im Sinne von speziell kaufmännischen Dienstleistungen versteht, und wer ihm die sonstigen Arbeiter, deren der Kaufmann zu seinem Gewerbebetrieb nicht entzuziehen kann, gegenüberstellt, wird dann auch diese, obwohl § 154 schlechtweg von „Gehülfen in Handelsgeschäften“ spricht, der Gewerbeordnung zuweisen, so dass das hier Darzustellende dann einen erweiterten Anwendungskreis finden würde.

Allgemein, d. h. ohne Unterscheidung, ob die Fabrikarbeiter noch als Lehrlinge anzusehen sind oder nicht, gilt zunächst der Satz des § 106, dass Prinzipale, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, sich so lange, als ihnen diese Rechte entzogen bleiben, mit der Anleitung von Arbeitern unter 18 Jahren nicht befassen dürfen, und dass also ein Dienstverhältniss in soweit auch kontraktlich nicht begründet werden kann. Sodann soll nach § 105 kein Kontrakt zu Arbeit auch an Sonn- und Festtagen verpflichten können, sofern nicht etwa die Natur des Betriebes dieser Art ist, einen Aufschub oder eine Unterbrechung gar nicht zu gestatten.

Von besonderer Bedeutung sind aber die §§ 115—119, in welchen bestimmte Rechtsgeschäfte zwischen den Prinzipalen und ihren Arbeitern vollständig und mit der Wirkung der *lex perfecta* verboten werden. Jene Paragraphen enthalten eine Generalisirung der in dem ursprünglichen Text der Gewerbeordnung für die Fabrikarbeiter ausschliesslich bestimmten §§ 134—139, und abgesehen von einigen Redaktionsveränderungen und Umstellungen ist der Inhalt dieser Vorschriften unverändert geblieben. Aus der Literatur ist über dieselben vorzugsweise zu nennen: Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. §§ 83—85; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 31, S. 313 ff.

Verboten ist jede andere Art der Befriedigung der Lohnforderung als die Zahlung in baarem Gelde. Was sonst privatrechtlich pro solutione liberatorische Wirkung hat, verliert hier diese Wirkung durchaus. Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter baar in Reichswährung auszuzahlen, bestimmt der § 115, und die Ergänzung dazu erfolgt im § 117: Verträge, welche dem § 115 zuwiderlaufen, sind nichtig. Mit der Folge der Nichtigkeit ist aber das Gesetz noch nicht zufrieden gewesen. Zwar bleibt es noch reine Konsequenz der Nichtigkeit, wenn es im § 116 heisst: Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtet worden sind, können zu jeder Zeit Zahlung nach Massgabe des § 115 verlangen, ohne dass ihnen eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann. Aber auch die Rückforderung des Gegebenen soll für den Prinzipal ausgeschlossen sein; er verwirkt gleichzeitig die an sich zur Entstehung kommende Bereicherungsklage (*condictio sine causa*) zu Gunsten

der Hilfskasse, welcher der Arbeiter angehört, so dass für diese ein ipso jure eintretender gesetzlicher Erwerb eines Forderungsrechtes stattfindet.

Baare Zahlung in solchem Sinne kann auch die Kompensation mit Gegenforderungen, wenn solche etwa zuständig sein sollten, nicht genannt werden. Freilich ist die Kompensation wirkliche Zahlung und keineswegs pro solutione. Sie gibt dem Gläubiger wirklich das, was er zu fordern hat, und obtrudirt ihm nicht ein aliud pro alio. Nur der Zahlungsmodus wird bei der Kompensation ein anderer als bei effektiver Zahlung. Die Kompensation ist verkürzte Zahlung, indem hin und her zahlen vermieden und erspart wird, aber sie ist wirkliche Zahlung. Sonach könnte es scheinen, als ob das Verbot des § 115 die Kompensation nicht ausschliessen könne. Nichtsdestoweniger ist auch sie von dem Verbot betroffen, da überhaupt nur **baare Auszahlung** zugelassen wird. Zuständige Gegenforderungen bleiben also nur zu selbständiger Geltendmachung verwendbar, und davon ist nur eine einzige Ausnahme gemacht für Gegenforderungen, welche durch Gewährung von Dingen, welche zum Leben unentbehrlich sind, entstanden sind. Die Verkaufspreise von Lebensmitteln, sofern sie die Anschaffungskosten nicht übersteigen, können so vom Prinzipal durch Anrechnung auf die Lohnforderung eingezogen werden, und ebenso können den Arbeitern Wohnung, Feuerung, Landnutzung, regelmässige Beköstigung, Arzneien und ärztliche Hülfe, sowie Werkzeuge und Stoffe zu den ihnen übertragenen Arbeiten unter Anrechnung bei der Lohnzahlung verabfolgt werden.

Weiter ist aber auch dem Entstehen von Gegenforderungen vorgebeugt. **Die Gewerbetreibenden dürfen ihren Arbeitern keine Waaren kreditiren.** Davon ist allerdings die schon erwähnte Ausnahme gemacht, betreffend die Lieferung der zum Leben und zur Arbeit unentbehrlichsten Gegenstände. Verboten ist jedoch keineswegs der Verkauf von Waaren an die Arbeiter, sondern nur das Kreditgeben beim Verkauf, dieses aber mit der Wirkung, dass die actio venditi den Arbeitgebern gar nicht erworben sein soll (jus crediti non habebit), obwohl dieselbe andererseits doch zur Entstehung kommt und derjenigen Hilfskasse, welcher der Arbeiter angehört, zufällt. Der verbotene Vertrag hat also für den Prinzipal als Verkäufer von Waaren die Folge einer ipso jure eintretenden Verwirkung des aus dem Verkauf entstehenden Forderungsrechtes, das von ihm selbst weder eingeklagt noch zur Anrechnung gebracht noch sonst geltend gemacht werden kann, sondern an jener Hilfskasse einen anderweitigen Inhaber findet.

Verboten ist drittens jede Verabredung des Inhalts, dass die Arbeiter ihre Lebensbedürfnisse bei bestimmten Verkaufsstellen entnehmen sollen. Ob diese Verkaufsstelle, an welcher ein Arbeiter dies oder jenes einzukaufen verspricht, dem Arbeitgeber selbst gehört und der Vertrag also direkt auf dessen eigenen Vortheil gerichtet ist, oder ob der Arbeitgeber nur zu Gunsten guter Freunde oder von ihm patronisirter Geschäfte solchen Druck auf den freien Willen des Arbeiters übt, ist für die Anwendung des Verbotes gleichgültig. Die Wirkung des Verbotes ist die Nichtigkeit jener Verabredung, so dass der Arbeiter vollkommen freie Hand behält, wo er seine Lebensbedürfnisse einkaufen will.

Verboten ist endlich jeder Vertrag, welcher dem Arbeiter eine bestimmte Verwendung seines Verdienstes auferlegen würde. Auch hier soll die soziale Unabhängigkeit des Arbeiters und die Freiheit seiner privatrechtlichen Bewegung gesichert werden, und Nichtigkeit ist auch hier die Folge des Verbotes. Ausgenommen sind jedoch solche Vereinbarungen, welche die Betheiligung des Arbeiters an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter und ihrer Familien betreffen, und so oft sich also der Arbeiter seinem Dienstherrn gegenüber zu Beiträgen solchen Zweckes verbindlich macht, soll er auch in aller Weise Rechtens zur Erfüllung obligirt sein.

Besonders ausgeführt ist noch hinsichtlich der Anwendung aller dieser Verbote, dass auch eine indirekte Umgehung derselben nicht anders behandelt werden soll als die direkte Uebertretung, und dass Verträge des besprochenen Inhaltes, auch wenn sie nicht mit dem Arbeitgeber selbst abgeschlossen sein sollten, sondern etwa mit deren Familienmitgliedern, Gehülften, Beauftragten, Geschäftsführern u. s. w., in völlig gleicher Weise unverbindlich bleiben. Der Arbeiter soll also in allen jenen Beziehungen nicht bloß dem Prinzipal gegenüber frei sein, sondern auch gegenüber keiner in der Fabrik angestellten oder sonst mit dem Inhaber derselben in Verbindung stehenden Person sich binden können.

Gemeinschaftlich für alle Fabrikarbeiter, welche nicht mehr als Lehrlinge arbeiten, sondern schon ausgebildet haben, ist, was die Auflösung des Dienstverhältnisses angeht, beiden Theilen d. h. dem Arbeitgeber wie dem Arbeiter ein Kündigungsrecht gegeben, die Lösung des Verhältnisses nach Ablauf von 14 Tagen herbeizuführen. Freilich gilt das nur, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, und so kann durch Vertrag sowohl eine feste Arbeitszeit als auch ein Kündigungsrecht mit anderer, sei es längerer oder kürzerer Frist ausgemacht werden. Die Lehrlinge dagegen treten von vorne herein nur auf eine feste Lehrzeit ein, und insofern fällt jenes beliebige Kündigungsrecht bei ihnen fort. Doch gilt die Anfangszeit ihres Dienstes in dem Sinne als Probezeit, dass das Lehrverhältniss während der ersten 4 Wochen durch einseitigen Rücktritt aufgelöst werden kann. Durch Vertrag kann diese Probezeit zwar nicht abgekürzt, wohl aber verlängert werden bis auf 3 Monate. Nach Ablauf der Probezeit wird der Lehrvertrag noch durch den Tod des Lehrherrn aufgehoben, sofern die Aufhebung binnen 4 Wochen begehrt wird. Und endlich bleibt noch ein Verlassen der Lehre zuständig, wenn es geschieht, um zu einem anderen Gewerbe oder einem anderen Berufe überzugehen. Das setzt eine schriftliche Erklärung des Vaters oder Vormundes des Lehrlings oder dieses letzteren selbst, wenn er grossjährig ist, voraus, wodurch nach Ablauf von 4 Wochen das Verhältniss gelöst ist.

Zu diesen Kündigungsbefugnissen kommt dann noch sowohl für Gesellen und Gehülften als Lehrlinge eine Reihe einseitiger und ohne vorherige Kündigung zu gebrauchender Aufhebungsgründe hinzu, kraft welcher der Arbeitgeber den Arbeiter sofort zu entlassen berechtigt ist, resp. welche dem Arbeiter sofort zum Verlassen des Dienstes die Befugnis geben. Und zwar sind es hier rein gesetzliche Aufhebungsgründe, welche einem richterlichen Ermessen in Ansehung

ihrer Wichtigkeit nicht mehr unterstellt sind. Die § 123, 124 und 128 geben die Aufzählung der einen wie der anderen. Grösstentheils ist aber verlangt, dass die Entlassung resp. der Dienstaustritt spätestens binnen einer Woche erklärt werde, nachdem die Kenntniss der zu Grunde liegenden Thatsachen erlangt worden ist.

Muss nun wegen eines unzeitigen und nicht durch zutreffende Gründe gerechtfertigten Dienstaustrittes resp. einer solchen Dienstentlassung der davon betroffene Theil auf eine Schadensersatzklage gegen den Gegner verwiesen werden, so ist noch durch § 125 das Interesse des Geschädigten in besonderer Weise berücksichtigt und gesichert. Ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, oder welcher einen Gesellen oder Gehülfen annimmt oder behält, von dem er weiss, dass derselbe noch einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit verpflichtet ist, soll für den Schadensersatz als Selbstschuldner mitverhaftet sein. Das gleiche ist in § 133 in Ansehung von Lehrlingen verordnet.

Verlässt aber ein Lehrling rechtswidrig die Lehre, so ist hier der Weg des direkten Zwanges dem Arbeitgeber zuständig. Es besteht der Anspruch des Lehrherrn auf Rückkehr des Lehrlings in die Lehre, und zwar wird zur Ausführung dieses Anspruchs nicht erst auf gerichtliches Urtheil, sondern auf polizeilichen Schutz verwiesen. Die Polizeibehörde ist in § 130 angewiesen, dem Antrage des Lehrherrn, falls er nur binnen einer Woche nach dem Austritt des Lehrlings gestellt wird, durch zwangsweise Zurückführung des letzteren Folge zu leisten und auf solche Weise den Lehrling anzuhalten, so lange in der Lehre zu verbleiben, als nicht etwa das Lehrverhältniss durch gerichtliches Urtheil für aufgelöst erklärt ist. Dem Lehrherrn steht also zur Verstärkung seiner eigenen Zuchtgewalt die polizeiliche Hülfe unmittelbar zur Seite, um die Fortsetzung des Verhältnisses zu erzwingen. Nur ist für dieses Zuhülfenehmen der Polizeibehörde, ebenso wie für gerichtliche Geltendmachung des Lehrverhältnisses und der daraus entspringenden Ansprüche, ein für alle Mal zur Voraussetzung gemacht, dass der Lehrvertrag schriftlich abgeschlossen sei. Das gilt auch, wenn Entschädigungsansprüche, sei es vom Lehrherrn oder vom Lehrling, wegen Kontraktsbruchs erhoben werden sollen. Zur vollen rechtlichen Wirksamkeit bedarf also der Lehrvertrag der schriftlichen Abfassung, wenn eben polizeiliche oder gerichtliche Schritte erbeten werden sollen.

III. Die Stellvertretung.

§ 69.

A. Wesen derselben.

Der Betrieb eines jeden Handelsgewerbes besteht in dem Betriebe von Handelsgeschäften, und Kaufmann ist ja nach der Definition des Art. 4 derjenige, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt. Handelsgeschäfte aber sind Rechtsgeschäfte, Geschäfte mit beabsichtigter juristischer Wirkung. Deshalb pflegt man seit langer Zeit auch die dem Kaufmann geleistete Hilfe seiner Handlungsdiener danach zu unterscheiden, ob sie ebenfalls jener juristischen Qualitäten theilhaftig oder ob sie rein faktischer Art ist. Auf die Hülfeleistung bei Rechtsgeschäften wird von Manchen, wie schon berichtet, sogar der Begriff der kaufmännischen Arbeit und Gehülfsenschaft gestellt, so dass sie als Handlungsdiener überhaupt keinen anderen wollen gelten lassen als den, welcher eben bei den Handelsgeschäften hilft.

Indessen ist schon das Wort „Hülfe bei Rechtsgeschäften“ viel zu ungenau und mehrdeutig, als dass es mit Erfolg zum Ausgangspunkt weiterer Erörterungen genommen werden könnte. Bei der erwähnten Kontroverse über den Handlungsgehülfen ist mit Recht von Thöl hervorgehoben, dass jener Ausdruck, Hülfeleistung bei dem Ankauf, bei der Weiterveräußerung, bei dem Waarenumsatz, durch sich selbst über die Art dieser Dienstleistung keinen Aufschluss zu geben geeignet sei. Das bestätigt sich sofort, wenn man erwägt, welcher wesentliche und folgenreiche Unterschied in unseren Systemen des Privatrechts zwischen der Vermittelung von Rechtsgeschäften und der Stellvertretung gemacht zu werden pflegt. Mit Recht hat sich unsere Doktrin gerade darum bemüht, aus der als zu allgemein und unbestimmt erkannten Kategorie der Hülfe bei Rechtsgeschäften die verschiedenen Möglichkeiten auszusondern. Der Begriff des Boten hat sich dabei von dem des Stellvertreters getrennt, und im Wesentlichen dreht sich der Unterschied beider um den Punkt, dass der Bote fremde Rechtsgeschäfte als Werkzeug der handelnden Person ausführen hilft, vor Allem als Mittel der Willenserklärung und gegenseitigen Verständigung, dass aber der Stellvertreter selbst Rechtsgeschäfte abschliesst und also von eigenen Entschliessungen geleitet

Rechtsfolgen seines Willens verwirklicht. Genau genommen leistet daher nur der Bote Hülfe bei Rechtsgeschäften, der Stellvertreter aber leistet Hülfe durch Rechtsgeschäfte.

Die gewöhnliche Arbeit des Komptoirs besteht in Schreiben und Rechnen, und nur ein Theil derselben lässt sich unter die Rubrik der Hülfe bei Rechtsgeschäften bringen. Andererseits kommt neben der Vermittelung von Willenserklärungen doch auch das reale Element des Gebens und Empfangens in Betracht, und auch dafür sehen wir den Vermittler thätig, auch hier nur Mittel und Werkzeug (*ut operam duntaxat suam accommodarent nobis*) fremden Rechtsgeschäftes. An der Kasse also, wo ausgezahlt und eingezahlt wird, wird nicht immer Stellvertretung im juristischen Sinne geübt, und der Kassirer versieht oft nur den Dienst des thatsächlichen Zählens, Gebens und Empfangens, ohne die Rechtsgeschäfte, zu denen diese „res“ in Beziehung steht, selbst abzuschliessen.

Die Stellvertretung allein ist der Gegenstand besonderer theoretischer und legislativer Erörterung geworden, insofern gerade der Abschluss von Rechtsgeschäften für Andere, die Hülfeleistung durch Vornahme von Rechtsgeschäften nicht ohne Weiteres und schlechthin für zulässig gehalten werden konnte und jedenfalls die Frage, in welcher Weise man dem Bedürfniss nach solchen Hilfsdiensten entsprechen könne, der besonderen Prüfung bedurfte. Für die Hülfe jenes anderen Vermittlers haben sich dagegen keine wesentlichen Bedenken herausgestellt, und wenn das Römische Recht im Prinzip von der Unzulässigkeit der Stellvertretung ausging und nur nach und nach dieses Prinzip theils durchbrach theils umging, so war dasselbe auf die Thätigkeit des Vermittlers überhaupt nicht gerichtet. Immer drehte sich das Problem nur um die Möglichkeit der Willensvertretung, und erst als man im Römischen Recht auch diese hin und wieder zuliess, begann die Reihe der eigentlichen Ausnahmen.

Für den Handels- und Geschäftsverkehr kommen hauptsächlich die obligatorisch wirkenden Rechtsgeschäfte in Betracht, und wenn auch gerade das praktische Bedürfniss des Lebens hier zu Modifikationen führte, so hielt doch das Römische Recht auch in der letzten Periode seiner Entwicklung daran fest, dass ein Kontrahiren mit Wirkung für Andere (Stellvertretung) ausgeschlossen bleiben müsse. Man kann freilich nicht sagen, dass das Wesen der Obligationen zu diesem Resultate geführt habe. Denn unter den zugelassenen Fällen direkter Stellvertretung stehen auch wieder Kontrakte wie z. B. Darlehns- und Pfandgabe, und auch bei der prozessualischen Vertretung hatte man sich darüber hinweggesetzt, dass es sich bei der Begründung des Prozessverhältnisses doch um ein den Obligationen ähnliches Verhältniss, um die sogenannte Prozessobligation handelte. Man kann also m. E., was das heutige Recht angeht, nicht wohl auf dem Satze beharren, das eigene Wesen der Obligationen widerspreche der Zulassung der Stellvertretung. Ob der Grund der Römischen Anschauung in einer bewussten Reflexion über Individualismus und im Mangel des Begriffs freier wirtschaftlicher Arbeit zu suchen sei, und ob also der Begriff der Repräsentation im heutigen Recht erst aus einer Umkehr in jenen bedingenden

Grundanschauungen abgeleitet werden dürfe,¹⁾ mag unerörtert bleiben. Jedenfalls sehen wir den Zug des heutigen Rechtes der Stellvertretung günstig, und bevor noch durch die Gesetzgebung eine Feststellung erfolgte, hatte schon die Doktrin, wiewohl nicht ohne Widerspruch und Anfechtung, die freie Stellvertretung auch bei Kontrakten vertheidigt und gerechtfertigt. Als dann das Handelsgesetzbuch formal die noch bestehenden Zweifel erledigte und zum Abschluss brachte, konnte darin eine Neuerung nicht mehr erblickt werden, sondern nur der Niederschlag dessen, was schon ohnehin von der Theorie vertreten worden war. Und ebenso ergibt sich, dass die handelsrechtliche Lehre von der Stellvertretung in den Hauptregeln sich nicht von der Lehre des *jus commune* zu entfernen braucht, dass speziell also für das Handelsrecht nichts anderes zu lehren ist, als was die Civilisten überhaupt zu überliefern haben. Auch die über die ganze Frage erwachsene Literatur ist beiden Gebieten, dem engeren Kreise des Handelsrechts und dem Allgemeinen Civilrecht gemeinschaftlich angehörig.²⁾

Die Summe dessen, was als die freie Stellvertretung bezeichnet wird, ist im Art. 52 des Handelsgesetzbuches mit kurzen und deutlichen Worten ausgedrückt: „durch das Rechtsgeschäft, welches ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet“; und ferner: „zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten“. Durch diesen Rechtssatz ist für die Handelsgeschäfte, mit den Worten Thöl's,³⁾ viel von dem erledigt, was unter dem Namen unmittelbare Stellvertretung behauptet und erörtert worden ist. Da nun nach Art. 273 die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommen werden, nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, so kommt freilich formell jener Satz des Art. 52 auf diese Verkäufe und die dabei vorkommenden Stellvertretungen nicht zur Anwendung, und so sitzt denn der Handwerker mit seinem Verkaufsinstitutor, wiederum nach den Worten Thöl's,⁴⁾ in der ganzen Staubwolke der hier einschlagenden Untersuchungen und Kontroversen. Da wird also wichtig, was vorhin schon ausgesprochen wurde, dass der Inhalt des Art. 52 schlechthin die Rechtsanschauung der Gegenwart zum Ausdruck bringt, und dass danach keine handelsrechtliche Abweichung von den Lehrsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes stattfindet, worüber freilich gerade Thöl anderer Meinung ist.

Ueber die Anwendung des Rechtssatzes des Art. 52 soll hier zunächst im Einzelnen noch nicht die Rede sein. Zu erwähnen ist aber noch das Bestreben der Theorie, sich denselben in weiteren Erörterungen zurecht zu legen und vor Allem Rechenschaft über das innere Wesen der Stellvertretung zu geben. Dabei tritt die Fiktion in Benutzung, und was man auch Alles über die

¹⁾ Endemann, Handelsrecht, 3. Aufl. § 27, Anm. 4.

²⁾ Einerseits Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. § 70, Anm. 1; andererseits Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. § 73, Anm. *.

³⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 69, Anm. 2.

⁴⁾ A. a. O. § 75.

Werthlosigkeit der Fiktion als Konstruktionsmittel schon gesagt hat, und dass die juristische Auffassung sich ihrer immer nur als eines Nothbehelfes bedienen könne, so sollte doch der demonstrative und didaktische Werth der Fiktion niemals verkannt worden sein. Als Mittel, einen Rechtssatz und seine Folgen dem Verständnisse näher zu bringen, um seine volle Bedeutung und Tragweite zu bezeichnen, wird die Vergleichung mit anderen bekannten Verhältnissen immer ihren Werth zu erkennen geben. Die Aufgabe der Stellvertretung im Rechtsleben ist doch die, Rechtswirkungen, zu deren Begründung eigene Thätigkeit erforderlich wäre, auch durch die Thätigkeit Anderer für sich erreichen zu können, falls man am eigenen Handeln irgendwie behindert sein sollte. Wer dann beschreiben will, dass auch die Handlung eines Stellvertreters zu jenem Erfolge tauglich ist, wird sich immer so ausdrücken können und dürfen, die Handlung des Stellvertreters habe die gleichen Folgen wie die eignen des Prinzipals, das Verhältniss sei so zu behandeln, dass die Willenserklärung des Vertreters diejenigen rechtlichen Wirkungen erzeuge, welche eingetreten sein würden, wenn eine Willenserklärung gleicher Art von dem Vertretenen wäre abgegeben worden. Dass diese Fiktion und Vergleichung im Detail nicht für alle Punkte sich als zutreffend erweist, dass es für manche Einzelheiten doch einen Unterschied ausmacht, dass eben ein Vertreter und nicht der Prinzipal selbst gehandelt hat, kann meines Erachtens die Benutzung jener Vergleichung weder ausschliessen noch im Werthe herabsetzen, wiewohl z. B. **Thöl**⁵⁾ gerade dies an den Darstellungen von **Laband** und **Windseid** glaubt rügen zu dürfen.

Andererseits kann man meines Erachtens **Windseid** darin nicht zustimmen, dass die Aufgabe der Stellvertretung die sei, durch eine fremde Handlung eine eigene Handlung vorzunehmen. Vielmehr: eine eigene entbehrlich zu machen, wäre zu formuliren. Und so stehe ich denn meinerseits in der Reihe derjenigen Schriftsteller, welche Vornahme und Wirkung des Rechtsgeschäftes trennen, und also das Rechtsgeschäft des Vertreters als solches Wirkung haben lassen für den Prinzipal. Die Vermittlung dafür liegt in der Vollmacht d. h. in dem Willen, sich die Wirkung fremden Rechtsgeschäftes so gefallen zu lassen als zu begehren. Ueber jenen demonstrativen Werth hinaus vermag ich die Fiktion nicht in Rechnung zu bringen, und selbst die Wendung, welche **Windseid** zuletzt⁶⁾ seiner Meinung gegeben hat, sieht in ihr ein rechtliches Agens selbständiger Bedeutung, welche ihr doch nicht innewohnt. Die Bedeutung der Vollmacht als des vermittelnden Elementes dürfte auch bei **Thöl**⁷⁾ verkannt sein, insofern derselbe in der Vollmacht des Prinzipals einen eigenen Antheil desselben an dem vom Vertreter abgeschlossenen Geschäft erblicken will. Alle Rechte und Verbindlichkeiten, sagt **Thöl**, entstehen für den Prinzipal nicht schon aus dem Vertrag des Vertreters, sondern vermittelt desselben aus dem gewollten eigenen Vertrag des Prinzipals. Warum denn daneben auch der Vertreter noch als Kontrahent zu denken sein soll, bleibt unerklärt; die Rolle des

⁵⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 70, Anm. 6.

⁶⁾ Pandektenrecht 5. Aufl., Bd. I, § 73, Anm. 16 b.

⁷⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 69, 70.

Vertreters käme dabei doch auf die des nuntius hinaus, der an der „Hinweisung auf den Willen und die Willenserklärung des Prinzipals“ sich genügen lassen könnte, ohne den Rechtsfolgen Abbruch zu thun. Und sollte man nicht das Wort der Quellen zitiren: aliud est vendere, aliud venditioni consentire? Auch wenn ferner der Prinzipal selbst mit kontrahirt, wie erklärt sich der Römische Rechtssatz, ihn von den Wirkungen des Kontraktes auszuschliessen?

Dagegen ist Thöl und Anderen vollkommen zuzustimmen, wenn sie gegen das „Kontrahiren in fremder Person“ Einwand erheben. Auch dabei ist der Prinzipal als Selbstkontrahent gedacht, der seinen Vertragswillen in der Person des Vertreters zu erkennen gibt.

In Wahrheit schliesst der Vertreter ein Rechtsgeschäft, welches der Existenz nach sein Rechtsgeschäft ist, durch seinen Willen, seine Handlung in's Leben tritt. Die rechtlichen Folgen aber dieses Rechtsgeschäftes treffen nicht ihn, sondern treffen kraft Vollmacht den Prinzipal. Die juristische Handlung ist bei dem einen, die juristische Wirkung bei dem anderen. Die Fiktion freilich bewirkt das nicht, wohl aber erläutert sie das Verhältniss.

Dasein und Umfang der Vollmacht sind dasjenige, was bei der Betrachtung der Einzelheiten zunächst an die Reihe kommt. Nur unter Voraussetzung der Vollmacht haben die Geschäfte des Vertreters Bedeutung und Folgen für den Prinzipal, zu welchem dritte Personen eben nur dann in Beziehung treten können, wenn ihr Kontrahent eben durch Vollmacht des Prinzipals gedeckt ist. Die Terminologie des Handelsgesetzbuches unterscheidet nun Dreierlei: die Prokura, die Handlungsvollmacht, die Vollmacht zu einzelnen Geschäften. Die Prokura ist ein wesentlich kaufmännisches Institut und ist durch einen fest und unabänderlich bestimmten Umfang von den sonstigen Vollmachtertheilungen geschieden. Das Wort Handlungsbevollmächtigter, so sehr es geeignet wäre, generell die Persönlichkeit eines jeden mit Vollmacht versehenen Vertreters zu bezeichnen, wird danach doch nur im Gegensatz des Prokuristen gebraucht. Die Rubrik des fünften Titels von Buch I. des Gesetzbuches lautet daher: von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

§ 70

B. Die Prokura.

Der Begriff des Prokuristen ist freilich in erster Linie durch Umfang und Inhalt der ihm ertheilten Vollmachten und Gewalten gegeben. Während aber die frühere Zeit sich daran genügen liess und Prokuristen alle diejenigen nannte, welche vom Prinzipal zur Leitung des Geschäftes und also mit umfassender, auf den Betrieb des Geschäftes ohne Unterschied gerichteter Vollmacht angestellt werden, so dass die Bezeichnung Prokurist auch wechselte mit anderen wie Faktor, Disponent u. s. w., ist hierin durch das Handelsgesetzbuch eine wesentliche Aenderung herbeigeführt worden. Der Prokurist der jetzigen Zeit ist zwar noch immer Gewerbsverwalter, zum Betriebe und zur Leitung des Geschäftes angestellt, unterscheidet sich aber nicht schon dadurch von anderen

Handlungsbevollmächtigten und heisst nicht schon deswegen ein Prokurist. Denn die Vergleichung der beiden Art. 41 und 47 des Gesetzbuches zeigt, dass Jemand ohne Ertheilung der Prokura zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellt sein kann, und dass also die Prokura ein formell besonderes bedeutet, welches sich von sonstiger Betriebsleitung wohl unterscheidet. Ueberhaupt können sämtliche Befugnisse, deren Summe den Prokuristen ausmacht, ganz und ungetheilt übertragen werden, ohne dass dadurch ein Prokurist geschaffen wird. Bei völlig gleichen Gewalten kann Jemand Prokurist sein und es nicht sein.

Also nicht die allumfassende Ausdehnung der Vollmachtsbefugnisse unterscheidet eine Prokura im technischen Sinne von der gewöhnlichen Handlungsvollmacht. Der Art. 41, welcher doch die Definition zu geben bestimmt ist, nennt nun als weiteres und vermeintlich genügendes Kriterium, dass Jemand zum Betriebe des Geschäftes mit der Massgabe beauftragt werden müsse, die Firma per procura zeichnen zu dürfen, um dadurch zum Prokuristen zu werden. Man könnte zunächst darin die Meinung finden, das Firmirungsrecht mache den Prokuristen aus. Indessen ist das keineswegs gemeint. Denn das Recht zur Zeichnung der Firma Namens und im Auftrage des Prinzipals kommt dem Handlungsbevollmächtigten als solchen zu, wie Art. 48 sofort bestätigt. Das Firmirungsrecht geht in der Stellvertretung schlechthin auf, und wer zum Abschluss von Rechtsgeschäften bevollmächtigt wird, zeichnet eben bei schriftlicher Willenserklärung die Firma für den Prinzipal und mit Wirkung für diesen. Dabei soll, wie Art. 48 vorschreibt, die Zeichnung der Firma mit einem das Vollmachtsverhältniss ausdrückenden Zusatz erfolgen, während jeder eine Prokura andeutende Zusatz zu vermeiden ist. In den Worten des Art. 41 (beauftragt, per procura die Firma zu zeichnen) liegt daher der Nachdruck auf jenem Zusatz, und das wird auch im Art. 44 des Weiteren bestätigt. Die Anstellung eines Prokuristen setzt daher voraus, dass ihm gerade dieses Recht, per procura zeichnen zu dürfen, ertheilt werden soll.

Nun liegt aber darin doch nur ein formeller Unterschied. Wer Prokurist ist, zeichnet als solcher; wer es nicht ist, zeichnet anders. Das Recht, als Prokurist zeichnen zu dürfen, ist eben die Folge der Bestellung zum Prokuristen. Nicht aber ist der Hinweis hierauf geeignet, das Wesen der Prokura mehr als rein äusserlich zu beschreiben. Der Art. 41 ergibt als Resultat somit nichts als den Satz: Prokurist ist derjenige, der dazu bestellt ist. Bestellt wird der Prokurist dadurch, dass ihm die Befugnis, per procura zu zeichnen, ertheilt wird. Das heisst aber nicht mehr als: du sollst Prokurist sein, wie auch Absatz 2 des Art. 41 weiter erkennen lässt. Bei Anschütz-Völderndorff¹⁾ ist deshalb ganz darauf Verzicht geleistet, eine Definition anders als durch Wiederholung des Wortes zu gewinnen. Aehnlich wie bei der Definition des Wechsels (was freilich auch für diesen nicht zutrifft), bleibe auch hier nichts übrig; als zu sagen: die unbeschränkte und als Prokura bezeichnete Stellvertretungs-

¹⁾ Kommentar, Bd. I, S. 301, § 3 a. E.

befugniss. Damit erfährt aber Niemand, was denn eigentlich der Prokura eigenthümlich ist, und weshalb von ihr neben Handlungsvollmacht gesprochen werden muss.

Wenn also das kritische Urtheil zunächst dahin geht, dass gerade das Unterscheidungsmerkmal, welches die Prokura von anderen Vollmachten trennt, in dem definirenden Art. 41 unberücksichtigt gelassen ist, so ist dann zur Ergänzung auf die einzelnen Rechtssätze Bedacht zu nehmen, welche in den weiteren Artikeln ausgesprochen sind. Und da sind es neben Art. 42, welcher freilich grösstentheils nur Interpretativsätze ausspricht, vor Allem die Art. 43, 45 und 46, aus welchen der Begriff der Prokura sich mit Genauigkeit feststellen lässt. Es ergibt sich daraus, dass die Ertheilung einer Prokura und der Name des Prokuristen zum Eintrag in's Handelsregister bestimmt ist und also die Prokura ein der öffentlichen Kenntniss überwiesenes Verhältniss darstellt. Volle Publizität, soweit sie überhaupt durch das Handelsregister vermittelt und erreicht werden kann, soll über die Person des Prokuristen und die ihm gegebenen Vollmachten ausgebreitet werden. Diese Vorschrift hat nur dann Sinn und Bedeutung, wenn auch über den Umfang der Vertretungsbefugnisse völlige Klarheit und eine jeden Zweifel und jede Frage ausschliessende Gewissheit hergestellt zu werden vermag. Deshalb genügt es nicht, dass nur im Allgemeinen der Auftrag zur Leitung des Betriebes dem Publikum mitgetheilt wird. Denn dadurch wären genauere Begrenzungen und engere Schranken nicht ausgeschlossen, und für die Kenntniss des beteiligten Publikums wäre fester Anhalt und ein sicheres Sichverlassenkönnen noch nicht gegeben. Das vermochte nur dadurch erreicht zu werden, dass der Prokura ein unabänderlicher, der willkürlichen Bestimmung ein für alle Mal entzogener gesetzlicher Inhalt ertheilt ward. So ist es durch die Art. 42 und 43 in der That zur Ausführung gebracht, und die Prokura bedeutet eine Vollmacht zum gesammten Betrieb des Geschäftes, deren Umfang gesetzlich festgestellt und völlig unbeschränkbar ist. Nur so hat die Publizität praktischen Werth. Was ein Prokurist bedeutet, in welchen Dingen sein Wort so gut ist wie das des Prinzipals selbst, soll nicht von der Untersuchung des einzelnen Falles abhängig sein, und nur Rechtsfrage, nicht Thatfrage noch offen bleiben. Bei der Bekanntmachung solcher Vollmacht wie bei deren Ertheilung genügt daher das eine Wort: Prokura, und wenn dies ausgesprochen ist, kommt eine Untersuchung darüber, was damit gemeint worden und was man sich dabei gedacht habe, nicht mehr in Betracht.

Der gesetzliche und unbeschränkbare Inhalt der Prokura ist nun folgender. Die Vollmacht ist auf den Betrieb des gesammten Geschäftes gerichtet, und die Auslegung führt also von selbst zu dem Satze des Art. 42, dass die Prokura zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Das soll gelten von gerichtlichen sowohl als aussergerichtlichen Angelegenheiten, und jede nach Landesgesetzen etwa erforderliche Spezialvollmacht soll neben der Prokura entbehrlich sein. Geschäfte und Rechtshandlungen werden neben einander genannt. Die Geschäfte des Kaufmanns sind freilich in erster Linie gerade Rechtshandlungen, und insofern mag

man in jener Nebeneinanderstellung mehr eine Häufung von Synonymen, als eine gebotene Berücksichtigung verschiedenartiger Dinge erblicken. Indessen mag der Betrieb eines Handelsgewerbes auch vielfach Geschäfte mit sich bringen, welche nicht zugleich als Rechtshandlungen zu bezeichnen sind, wiewohl anderseits gerade Vollmacht und Stellvertretung nur auf Rechtsgeschäfte bezogen zu werden pflegt. Neben der generellen Bestimmung des Inhaltes der Prokura wäre es auch vielleicht entbehrlich gewesen, noch der Anstellung oder Entlassung von Handlungsgehülfen und Bevollmächtigten im Besonderen zu gedenken. Denn dass der Betrieb eines Handelsgewerbes so die Anstellung von Hilfspersonen der einen oder der anderen Art resp. die Entlassung von solchen mit sich bringt, ist gewiss einem Zweifel nicht ausgesetzt. Anders steht es mit der zweiten positiven Bestimmung, dass zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken der Prokurist nur ermächtigt sei, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt worden. Mit anderen Worten, die Prokura enthält nicht die Vollmacht zu Dispositionen über Grundstücke. Denn ist dem Prokurist zur weiteren Ergänzung auch diese Vollmacht noch besonders ertheilt, so handelt er in solchem Falle doch nicht als Prokurist, sondern als Handlungsbevollmächtigter und kann nicht schon mit der Prokura sich dazu legitimiren. Man pflegt wohl diese Schranke seiner Dispositionsbefugnisse durch die Bemerkung zu erläutern, dass ja nach Art. 275 Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien, der Betrieb eines Handelsgewerbes und die Vollmacht dazu sich aber auf die Vornahme von Handelsgeschäften beschränke. Dass aber diese Bemerkung wenig zutreffend ist, zeigt sich schon daran, dass der Erwerb von Grundstücken für das Geschäft durch dessen Betrieb sehr wohl veranlasst sein kann, und dass dabei, obwohl es sich nach Art. 275 wiederum um kein Handelsgeschäft dreht, die Prokura als solche doch genügende Vollmacht enthält. Denn nicht Verträge über Grundstücke schlechthin, sondern nur die Veräußerung oder Belastung von solchen sind dem Prokuristen durch Art. 42 entzogen.

Weiter ist zur Fixirung der Grenzen der Prokura noch der Art. 53 hinzu-
ziehen. Der Prokurist darf ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura auf einen Anderen nicht übertragen; ihm ist eine Substitutionsbefugniß nicht gewährt. Die Vorschrift schliesst ihrem Wortlaute nach nur die Uebertragung der Prokura aus. Doch wird gewiss der Schluss gerechtfertigt sein, dass noch weniger die selbständige Bestellung eines zweiten Prokuristen gestattet sein könne, wiewohl der Fall einer Uebertragung der Vollmachten dann an sich nicht gegeben sein würde. Wohl mag man sagen, der Betrieb eines Geschäftes könne auch die Bestellung eines zweiten Prokuristen mit sich bringen, und wenn dann dieselbe dem Prokuristen nicht ausdrücklich entzogen sei, so könne ausdehnende Interpretation des Art. 53 auch nicht dazu verwendet werden, den Prokuristen in jenem Punkte zu beschränken. Den Ausschlag geben jedoch nicht sowohl allgemeine Raisonsnements über den Vertrauenscharakter der Prokura oder Repräsentation einer kaufmännischen Persönlichkeit,²⁾ als vielmehr positiv

²⁾ Wie z. B. bei Anschütz-Völdernsdorff, Kommentar Bd. I, S. 395.

der Inhalt des Art. 41, wonach Prokurist nur derjenige ist, welcher von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt wird. Damit ist gesagt, dass nur der Prinzipal selbst eine Prokura zu gewähren im Stande sein solle.

Im Besonderen erwähnenswerth ist aber für den gesetzlichen Inhalt der Prokura noch, dass der Prokurist kraft seiner Vollmacht zum Betriebe des Gewerbes nicht bloß zu solchen Geschäften und Rechtshandlungen berechtigt ist, welche der Betrieb für gewöhnlich mit sich bringt, sondern dass auch das Ungewöhnliche und selten Vorkommende in gleicher Weise von ihm unternommen werden darf, ohne dass eine Ueberschreitung seiner Vollmacht darin gefunden werden kann. Die Vergleichung des Art. 42 mit Art. 47 zeigt gerade auf diesem Punkte eine abweichende Behandlung der Prokura gegenüber der einfachen Handlungsvollmacht. Und weiter noch geht die Verschiedenheit. Im Art. 47 ist zur Begrenzung der Vollmacht Bezug genommen auf solche Geschäfte, wie sie der Betrieb eines *derartigen* Geschäftes, in welchem Jemand angestellt ist, gewöhnlich mit sich bringt, so dass Geschäftsabschlüsse, welche einer andern Branche des Handels angehören und nicht auch gewöhnlich nebenher mit betrieben werden, von der Vollmacht ausgeschlossen bleiben. Dagegen der Art. 42 enthält eine solche beschränkende Bezugnahme nicht, und die Verhandlungen über die Redaktion dieses Artikels zeigen auch, dass diese Abweichung nicht eine zufällige und unbeabsichtigte ist.³⁾ Gerade mit Rücksicht auf diese Erweiterung der Prokura pflegt man wohl den Prokuristen als alter ego des Prinzipals zu bezeichnen, in der Meinung, dass, wie des Prinzipals Entschliessungen unbegrenzt sind, so auch der Prokurist nicht anders beschränkt sei, als durch den Gesichtspunkt des Geschäftsbetriebes überhaupt. Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten ja im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig,⁴⁾ und so wird man auch von keinem Unternehmen des Prokuristen diese Zugehörigkeit zum Betriebe verneinen dürfen. Damit ist keineswegs auf jede Grenze verzichtet. Das Urtheil über ein abgeschlossenes Geschäft, keine Betriebsmassregel zu sein und unter den Gesichtspunkt der Geschäftsführung überhaupt nicht zu taugen, muss immer noch offen bleiben, und so gut z. B. von der Veräußerungsbefugniß eines Vermögensverwalters gesagt wird, sie bestimme sich nach den Regeln einer geordneten Verwaltung, so hört auch hier die Vollmacht des Prokuristen mit dem Gesichtspunkt des Geschäftsbetriebes auf. Das findet z. B. auf die Veräußerung des ganzen Gewerbes seine Anwendung. Man hebt weiter Verzicht und Schenkungen hervor als in der Regel nicht unter den Geschäftsbetrieb fallend, wie schon die römischen Juristen beim Vermögensverwalter das *largiri ex alieno* als ausgeschlossen erwähnen.⁵⁾ So bleibt trotz aller gesetzlichen Feststellung des Inhalts der Prokura in dieser Beziehung ein Schwanken möglich, insofern doch für manche Geschäfte nicht ohne Prüfung

³⁾ Cf. v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 176, 177. Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. I, S. 321.

⁴⁾ Art. 274.

⁵⁾ Zu vergleichen z. B. Anschütz-Völderdorff, Kommentar, Bd. I, S. 323.

sofort gewiss sein wird, ob sie die Grenze des Geschäftsbetriebes überschreiten oder nicht.

Ertheilung der Prokura. Hat nun, wie ausgeführt, die Prokura ihre Bedeutung in der Gesetzlichkeit und Unabänderlichkeit der Betriebsvollmacht, so wird auch bei der Bestellung eines Prokuristen das Wort Prokura als solches den Ausschlag geben müssen. Denn nicht die Ertheilung einer allumfassenden Handlungsvollmacht macht ja den Prokuristen aus, sondern es muss ihm eben Prokura ertheilt werden. Wie im Wechselvertrag der Gebrauch des Wortes Wechsel unerlässlich ist, so ist es hier das Wort Prokura oder Prokurist. Artikel 41 stellt neben einander: Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht; ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen; und die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen. Alles drei ist nur Variation eines und desselben Gedankens, dass Prokurist Niemand wird, der nicht eben ausdrückt und formell Prokura erhalten hat. Wie dies eine Wort Alles entscheidet, so sind daneben weitere Erläuterungen und Vereinbarungen entbehrlich, und vor Allem kann eine Beschränkung des Umfanges der Prokura daneben nicht möglich sein. Das gilt insbesondere, sagt Art. 43, von der Beschränkung, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelten, oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden solle. Freilich haben solche Nebenbestimmungen rechtliche Bedeutung und Wirkung im persönlichen Verhältniss zwischen Prinzipal und Prokuristen, und Verletzung solcher Beredungen wird den Prokuristen verantwortlich und schadenersatzpflichtig machen. Andererseits aber die in der Prokura ertheilte Vollmacht, das Mass der Stellvertretungsbefugniss soll dadurch nicht geschmälert werden. Solche Beschränkungen des Umfanges haben dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung. Der Art. 43 spricht darüber so unbedingt und absolut, dass auch auf Wissen des Drittkontrahenten von einer etwaigen Beschränkung kein Gewicht gelegt werden kann⁶⁾ und der Prinzipal also die Erfüllung der vom Prokuristen eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise abzulehnen im Stande ist. Man kann also für den Fall einer ausgemachten Beschränkung sagen, der Prokurist sei wohl im Dürfen, nicht aber im Können beschränkt.

Befähigt zur Ertheilung einer Prokura ist, wie schon bemerkt, ausschliesslich der Prinzipal als Eigenthümer der Handelsniederlassung, Art. 41. Die Anwendung dieses Satzes auf Handelsgesellschaften ist zunächst durch Art. 104 dahin geregelt, dass bei offener Gesellschaft nur kraft Einwilligung aller geschäftsführenden Gesellschafter die Bestellung erfolgen kann, mit Ausnahme allein von solchen Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist. Bei Kommanditgesellschaft (und ebenso bei stiller Gesellschaft) erfolgt die Bestellung eines Prokuristen durch Gemeinschaftswillen aller geschäftsführenden (persönlich haftenden)

⁶⁾ Dass auch das Wissen eines Drittkontrahenten von der Beschränkung der Prokura keine *exceptio doli* gegen ihn begründen könne, sprechen aus die Entscheidungen bei Seuffert, Bd. 23, Nr. 157, sowie das R.O.H.G. Bd. 5, Nr. 64, S. 295 und Bd. 6, Nr. 27, S. 134—141.

Gesellschafter. Bei der Aktiengesellschaft,⁷⁾ bei welcher man die Möglichkeit einer Prokuraertheilung auch wohl ganz in Abrede gestellt hat, ist der Vorstand das Organ, dem auch diese Funktion zufällt. Zwar ist der Vorstand nicht Eigenthümer oder Inhaber des Geschäftes, doch aber die ausschliesslich zur Geschäftsführung und Vertretung bestimmte Instanz. So kann auch beim Einzelkaufmann die Dispositionsunfähigkeit des Prinzipals eine Vormundschaft und gesetzliche Vertretung erforderlich machen, und auch dann geht die Befugniß zur Bestellung eines Prokuristen auf den Vormund über.

Besondere Beschränkung ergibt sich daraus, dass die Ertheilung einer Prokura zum Eintrag in das Handelsregister bestimmt ist. Dadurch wird das ganze Institut der Prokura für diejenigen Kaufleute unzugänglich, welche am Handelsregister keinen Antheil haben. Artikel 10 bestimmt in diesem Sinne ausdrücklich, dass alle Anordnungen des Gesetzbuches über die Firmen und die Prokura auf die Reihe der sogenannten **Kleinkaufleute** keine Anwendung finden sollen. Hier ist also wohl eine Vollmacht zum Betrieb des Gewerbes möglich, nicht aber in der besonderen Form und Gestalt der Prokura. Sollte im Kreise der hierher gehörigen Personen eine Vollmachtsertheilung doch unter dem Worte Prokura erfolgen, so kann doch eine solche Bestellung nur eine Handlungsvollmacht einfacher Art erzeugen; es kommt dann auf die Ermittlung des Vollmachtswillens und seines Umfangs an, um die Befugnisse genauer zu begrenzen.

Zum Eintrag in das Handelsregister ist vom Prinzipal die Ertheilung der Prokura persönlich oder in beglaubigter Schrift bei der Registerbehörde anzumelden, und mit dieser Anmeldung ist seitens des Prokuristen wiederum persönlich oder unter Beglaubigung die Zeichnung der Firma nebst seiner Namensunterschrift zu verbinden, ganz wie dies von der Firmazeichnung des Prinzipals selbst gilt. Uebrigens hat der Eintrag selbst keine eigene direkte Wirkung, vor Allem nicht die, eine Person zum Prokuristen zu machen, welche nicht vertragsmässig dazu bestellt ist. Das wird wichtig, wenn vielleicht aus Irrthum und Missverständniß eine Bevollmächtigung als Prokura eingetragen sein sollte, ohne dass eine Bestellung dazu in Wirklichkeit erfolgt ist. Der Eintrag als solcher gibt dritten Personen kein Recht und eine Klage gegen den Prinzipal kann noch nicht mit dem Hinweise blos auf den Eintrag aufrecht erhalten werden. So mit Recht R.O.H.G. in Bd. 23, Nr. 93, S. 285.

⁷⁾ Von der Bestellung eines Prokuristen bei Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien handeln die Erkenntnisse des R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 107, S. 412; Bd. 8, Nr. 80, S. 337; Bd. 9, Nr. 22, S. 70. Besonders hervorgehoben ist in diesen Rechtssprüchen, dass der Prokurist in solchen Fällen auch legitimirt sei, gegen die Aktionäre auf Zahlung ihrer gezeichneten Beiträge Klage zu erheben, und er keineswegs blos die Vertretung und Geschäftsführung nach aussen erhalte. — Bemerkenswerth nach anderer Seite ist auch die Entscheidung in Bd. 13, Nr. 76, S. 224, nach welcher für eine Liquidationsfirma d. h. eine in Liquidation befindliche Gesellschaft eine Prokurabestellung nicht mehr zulässig sein soll. Der Grund liegt eben darin, dass ein Geschäftsbetrieb gar nicht mehr erfolgen soll, sondern nur noch die Abwicklung früherer Geschäfte, während doch ein Prokurist gerade zum Geschäftsbetriebe angestellt wird.

Kollektivprokura. Die Prokura kann mehreren Personen gemeinschaftlich ertheilt werden. Dann ist jede Rechtshandlung und jedes Geschäft an die Mitwirkung aller dieser Prokuristen gebunden und nur durch deren übereinstimmende Willenserklärung rechtlich wirksam. Die Kollektivprokura ist in diesem Sinne wirklich eine Beschränkung der Prokura, insofern doch der Widerspruch eines der Prokuristen jede Thätigkeit der anderen lähmt und ausschliesst. Die Gemeinschaftserklärung ist bei schriftlichem Geschäftsabschluss gemeinschaftliche Firmazeichnung; jeder Prokurist hat nach Art. 44 der Firmazeichnung seinen Namen hinzuzufügen, so dass ein ähnliches Verhältniss entsteht, wie bei der Zeichnung der Firma einer Aktiengesellschaft durch die mehreren Vorstandsmitglieder. Bei mündlicher Erklärung kommt sowohl das mit einander als das nach einander sich erklären in Betracht. In der Praxis wird wohl die Frage aufgeworfen, ob eine Vertretung eines Prokuristen durch seinen Genossen zulässig sei, der dann mit Wissen und Willen jenes ein Geschäft allein vornimmt. Die Zulässigkeit einer solchen Ausübung bestehender Kollektivprokura ist indessen zu verneinen.⁸⁾ Ob übrigens auch das eine gültige Kollektivprokura genannt werden darf, wenn der Prokurist an die Mitzeichnung seines Prinzipals oder eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft gebunden sein soll, oder ob nicht vielmehr darin eine unzulässige und rechtlich unwirksame Beschränkung der Prokura gefunden werden muss, bleibt trotz der Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 8, Nr. 80, S. 337 bedenklich und zweifelhaft. Die an dieser Stelle aufgestellten Rechtssätze sind in der That nicht omni exceptione majores.

Erlöschen der Prokura. Die Prokura ist in Ansehung ihres Fortbestandes resp. ihrer Endigung nicht abweichend von allen sonstigen Vollmachten behandelt. Die Prokura ist jeder Zeit widerruflich. Vollmacht setzt also schlechthin Willensfortdauer des Vollmachtgebers voraus, und daran vermögen auch Verträge nicht zu ändern. Mag daher auch ein Prokurist auf feste Zeit angenommen sein, die Stellvertretungsbefugniss ist ihm damit nicht zu einem unentziehbaren Rechte geworden. Art. 54 fügt wohl noch hinzu: unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse. Allein damit ist nur gesagt, dass die Gegenansprüche des Prokuristen durch die Vollmachtentziehung nicht willkürlich gekürzt zu werden vermöchten.⁹⁾ Jene vorbehaltenen Rechte sind nicht etwa auf eine Stellvertretungsbefugniss zu beziehen. — Der Tod des Prinzipals soll das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge haben. Zu dem Art. 54 Abs. 2 ist jedoch noch der Inhalt des Art. 297 zu vergleichen: eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, wird durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner

⁸⁾ So auch R.O.H.G. Bd. 17, Nr. 94, S. 402.

⁹⁾ Will nun der Prokurist nach Art. 54 Schadensersatzansprüche gegen den Prinzipal erheben, so können dieselben auf die Thatsache des Widerrufs der Prokura noch nicht gegründet werden. Eine Entschädigung kraft der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältniss hat lediglich dessen vorzeitige und ungerechtfertigte Lösung zur Veranlassung, nicht aber die Prokuraentziehung als solche. Cf. R.O.H.G. Entscheidungen Bd. 5, Nr. 77, S. 348.

Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht. Es handelt sich um die Tragweite des letzteren einschränkenden Zusatzes, und ob also auch die Prokuraertheilung auf Lebenszeit des Prinzipals eingeschränkt zu werden vermöge. Die Frage ist nach dem Wesen der Prokura zu verneinen, und die gesetzliche Unbeschränkbarkeit derselben erstreckt auch hierher ihre Wirkung. Der Art. 54: „der Tod des Prinzipals hat das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge“, hat also absolute Geltung und ist durch Willkür nicht dahin veränderlich, dass der Tod dennoch ipso jure das Verhältniss lösen solle.

Auch das Erlöschen der Prokura soll vom Prinzipal zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. In wörtlicher Uebereinstimmung mit Art. 25, welcher von der Aenderung in den Verhältnissen einer eingetragenen Firma spricht, ist nun auch in Ansehung einer erloschenen Prokura durch Art. 46 der Rechtssatz aufgestellt, dass Dritten gegenüber die Prokura so lange als noch vorhanden fortwirken soll, bis auch das Erlöschen eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist. Bis dahin kann der Prinzipal, gegen welchen Ansprüche aus Geschäften des früheren Prokuristen geltend gemacht werden, die Erfüllung derselben nur ablehnen, wenn er zu beweisen im Stande, dass dem Dritten die Aufhebung der Prokura bei Abschluss des Geschäfts doch schon bekannt gewesen ist. Dieser Satz ist die naturgemässe Folge der durch das Handelsregister und die Bekanntmachung der Einträge beabsichtigten Publizität. Das Publikum, welchem in solcher Weise bestimmte Verhältnisse mitgetheilt werden, darf dieselben so lange als fortbestehend annehmen, bis eine Aenderung in gleicher Weise bekannt gemacht ist, und es besteht keine Erkundigungspflicht in Ansehung des Fortbestandes als lediglich beim Register und den Veröffentlichungen aus demselben. Umgekehrt gilt aber auch der Satz, dass dritte Personen den vollzogenen Eintrag, der auch bekannt gemacht ist, gegen sich gelten lassen müssen und also den Prinzipal aus einem Geschäfte des früheren Prokuristen dann nicht mehr in Anspruch nehmen können. Doch ist dieser zweite Satz kein absolut anzuwendender, und es bleibt daneben die Möglichkeit eines entschuldbaren Irrthums; die Umstände können die Annahme begründen, dass der Drittkontrahent beim Abschlusse des Geschäftes das Erlöschen der Prokura trotz Eintrag und Bekanntmachung **nicht habe kennen müssen** (Art. 46), d. h. dass ihm aus seinem Nichtwissen kein Vorwurf gemacht werden dürfe. Das Nichtwissen ist also je nach den Umständen entschuldigt oder unentschuldigbar. Unrichtig ist es zu sagen, der Eintrag begründe eine Vermuthung für die Kenntniss, so dass der Dritte so lange als wissend genommen werden müsste, bis er sein Nichtwissen und zugleich die Entschuldbarkeit desselben nachgewiesen hätte.¹⁰⁾ Der Art. 46 statuirt keineswegs die Beweislast des Dritten, sondern spricht nur aus, dass die

¹⁰⁾ Eine solche Präsumpion wird angenommen bei Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. 1, S. 344. Dagegen aber mit Recht v. Hahn, 3. Aufl., S. 65, woselbst über die Beweislast weitere Erörterungen angestellt sind. Aber auch Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 54, S. 183 lehrt, dass der Dritte sein entschuldbares Nichtwissen beweisen müsse; nicht minder wird Endemann, Handelsrecht 3. Aufl. § 21, S. 94 u. § 28, S. 124 so zu verstehen sein.

ignorantia sowohl entschuldbar als unentschuldbar sein könne, und dass darüber die Umstände des einzelnen Falles die Entscheidung zu geben hätten. Für den Fall der Unentschuldbarkeit, und das ist der besondere Rechtssatz, soll der Dritte das Erlöschen trotz seines Nichtwissens gegen sich gelten lassen. Man kann nicht sagen, dass mit diesen Worten die Beweislast schlechthin auf den Dritten gelegt sei.

§ 71.

C. Die Handlungsbevollmächtigung.

Abgesehen von dem Falle der Prokura bestehen keinerlei zwingende Vorschriften über den Inhalt einer Handlungsvollmacht, sondern es reicht immer die Vollmacht soweit und nur soweit, als der Wille des Prinzipals sie geben wollte und gegeben hat. Zur Entscheidung des einzelnen Falles kommt es also auf Thatfrage und genauer voluntatis interpretatio an, um zu sehen, ob ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft der erteilten Bevollmächtigung entspricht. Am einfachsten erledigt sich diese Frage, wenn eine Vollmacht sich grade nur auf einzelne, bestimmt vorgesehene Geschäfte bezieht, und überall, wo über den Inhalt der Vollmacht sich wegen ihrer genauen Bezeichnung kein Zweifel zu ergeben vermag. Man pflegt wohl die **Spezialvollmacht** der **Generalvollmacht** entgegenzusetzen und denkt bei jener meistens an die Bevollmächtigung zu einem einzelnen, konkret bestimmten Geschäfte. Indessen ist die Werthlosigkeit jener Unterscheidung schon mehrfach erkannt, und in Wahrheit hat der genannte Gegensatz nur relative Bedeutung. Denn es kommt eben nur darauf an, ob der Inhalt einer Vollmacht genau fixirt oder nur im Allgemeinen ausgedrückt ist. Entweder also bedarf die Frage, was enthält die Vollmacht? keiner anderen Antwort als der Verweisung auf die ausdrückliche demonstratio, oder aber es ist durch Willensauslegung erst zu bestimmen, was Alles unter die Vollmacht fällt.

Für die rechtliche Behandlung der Stellvertretungsverhältnisse ist überdies die ganze Unterscheidung werthlos, und es ist dabei lediglich von der Vollmacht zu Handelsgeschäften auszugehen, möge nun dieselbe ausschliesslich für ein im Voraus konkret bezeichnetes Geschäft erteilt und mit Vornahme desselben erledigt sein, oder aber weiteren Spielraum für einen ganzen sogenannten Geschäftskreis gewähren. Freilich der Art. 47 setzt den Begriff des **Handlungsbevollmächtigten** nur in gewisser Beschränkung fest; indessen liegt die Ausgleichung in den späteren Artikeln 297 und 298, durch welche grade für die Behandlung der Stellvertretungsfragen auf die Eigenschaft des Vertreters als Handlungsbevollmächtigter Verzicht geleistet wird. Ob also diese spezielle Eigenschaft als Handlungsbevollmächtigter vorhanden ist oder nicht, ist für die Anwendung von Art. 52 und 55 gleichgültig. Hauptsächlich nur wegen des sogenannten inneren Verhältnisses zum Prinzipal hat jener Begriff Bedeutung, wiewohl auch hier nur in gewissen Fällen. Denn der Art. 56, dessen Anwendung der allein in Betracht kommende Punkt ist, setzt (neben der Prokura) einen zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten

voraus. Soweit also die Anwendung des Art. 56 in Frage steht, wird es folgenreich, die Stellung als Handlungsbevollmächtigter zu betonen. Im Uebrigen hat die Verwendung dieses Worts ausserhalb der Grenzen des Art. 47 zwar keine formelle Berechtigung, aber auch keine sachlichen Nachteile.¹⁾

Auf Grund der Bestimmung des Art. 47 wird nun **Handlungsbevollmächtigter** zunächst derjenige genannt, welcher als Generalhandlungsbevollmächtigter zum Betrieb des ganzen Gewerbes, wiewohl ohne Prokura, vom Prinzipal bestellt worden ist. Aber auch wer nur zu einer bestimmten Art von Geschäften, angestellt ist, z. B. zu Geschäften an auswärtigen Orten als Reisender, zur Verwaltung der Cassageschäfte als Kassirer u. s. w., wird noch in gleicher Weise bezeichnet. Ein etwas streitiger Punkt ist aber der Satz, dass auch, wer zu **einzelnen** Geschäften bestellt ist, ebenfalls noch als Handlungsbevollmächtigter zu bezeichnen sei. Denn es entsteht nun die Frage, wo die Grenze gegen die in Art. 298 behandelten Vollmachten liege. Wer von einem Kaufmann Vollmacht zum Abschluss eines einzelnen Geschäftes erhält, wird dadurch nicht Handlungsbevollmächtigter, wie sich aus Art. 298 ergibt. Wenn aber ein Prinzipal Jemanden zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bestellt, so kreirt er nach Art. 47 einen Handlungsbevollmächtigten. Worin liegt der Unterschied? Man hat wohl als wesentlich die Thatsache eines Abhängigkeits- oder Dienstverhältnisses betont; aber man kann Handlungsgehülfe sein, also im Dienstverhältnisse stehen, ohne durch eine gelegentlich ertheilte Vollmacht zum Handlungsbevollmächtigten zu werden, wie Art. 58 zeigt. Macht etwa der Plural (zu einzelnen Geschäften) im Gegensatz des Singulars (zu einem einzelnen Geschäft) den Unterschied aus? Auch das muss verneint werden; es ist gleichgültig, ob eine Vollmacht auf ein einziges Geschäft oder auf eine Mehrheit, sei es gleichartiger oder ungleichartiger Geschäfte sich bezieht. In der Anweisung eines gewissen **Geschäftskreises** erblicken die Kommentare von **Anschütz-Völderndorff** und **v. Hahn** die Lösung der gestellten Frage. Von **Bestellung** kann nur gesprochen werden, wo ein Geschäftskreis vorliegt, sagt **v. Hahn**. Aehnlich ist der Ausdruck bei **Anschütz-Völderndorff**: Handlungsbevollmächtigter ist derjenige, welcher innerhalb eines, wenn auch kleinen Kreises, innerhalb eines, wenn auch beschränkten Gebietes zu handelsgewerblicher Thätigkeit bestellt ist. Das Charakteristische des Handlungsbevollmächtigten soll danach die **präsumptive Vollmacht** sein, wie **v. Hahn** hervorhebt. Ich gestehe, die Bedeutung dieses Ausdruckes nicht vollkommen zu erfassen. Gemeint ist wohl damit, dass das Gebiet der Thätigkeit des Handlungsbevollmächtigten erst durch die Verweisung auf den vermuthlichen Willen des Prinzipals soll gefunden werden, dass also jener Geschäftskreis, wie er in der Bestellung angewiesen worden, immer erst durch Interpretation ermittelt werden könne. Ueberhaupt legt das Wort Geschäftskreis den Gedanken nahe, als ob es sich dabei um

¹⁾ Das Reichsoberhandelsgericht hat sich in seinen Entscheidungen nicht immer formell korrekt ausgedrückt. Darüber sind zu vergleichen Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. § 57, Anm. 2—4; v. Hahn, Kommentar 3. Aufl. S. 169, 188.

eine Mehrheit verschiedener Rechtsgeschäfte handeln solle, so dass die „Bestellung zu einzelnen Geschäften“ in solcher Beschränkung zu verstehen sein würde. Diese einzelnen Geschäfte, im Plural gedacht, bilden zusammen jenen Geschäftskreis, unter welchen dann auch andere, nicht genannte Geschäfte um ihrer Gleichartigkeit willen zu ziehen seien.

Unseres Erachtens ist diese Auslegung des Art. 47 nicht zu rechtfertigen. Ein Geschäftskreis solcher Art ist für den Handlungsbevollmächtigten in der That darin nicht gefordert. Der Gegensatz von Art. 47 und Art. 298 liegt vielmehr im Folgenden. Wer nur zu einem einzigen Geschäfte oder zu mehreren, aber geschlossen aufgezählten Geschäften bevollmächtigt ist, gehört nicht dem Art. 47 an und ist nicht Handlungsbevollmächtigter. Bestellt sein zu einzelnen Geschäften bedeutet vielmehr zu einer offenen und ungezählten Reihe Vollmacht zu empfangen, wenn es sich dabei auch nur um die Wiederholung immer eines und desselben Geschäftes handelt. So kann sich die Handlungsvollmacht des Art. 47 inhaltlich auf ein einziges Geschäft beschränken und setzt keineswegs einen Geschäftskreis voraus; die Anstellung bedeutet aber, dass so oft sich dieses Geschäft wiederholt im Betriebe des Gewerbes, dasselbe eben von dem dazu bestellten vorgenommen werden solle. Das ist Bestellung zu einzelnen Geschäften. Nicht also der Geschäftskreis macht den Handlungsbevollmächtigten aus, sondern mit den Worten Thöls,²⁾ die Bestellung zu ungezählten einzelnen Geschäften in einem Handelsgewerbe, und dabei kann es sich auch um ein einziges, aber häufig oder mehrfach wiederkehrendes Geschäft handeln. Die Folge ist, dass keineswegs immer Interpretationen und Interpretativsätze nothwendig werden, um die Grenzen der Befugnisse des Bevollmächtigten aufzudecken.³⁾

Für die Mehrzahl der Fälle freilich, wo nicht einzelne Geschäfte sondern der Betrieb des Gewerbes ganz und ungetheilt oder wenigstens in gewissen Richtungen den Inhalt der Vollmachten bilden, wird Willensauslegung zu geschehen haben und werden Anhaltspunkte gesucht werden müssen, um für die einzelnen Vorkommnisse die Entscheidung zu geben. Von einem gesetzlichen Inhalt der Handlungsvollmacht kann man dabei, wie freilich mehrfach geschieht, in Wahrheit gar nicht sprechen. Denn es gilt hier uneingeschränkt der Satz, dass die Vollmachtsbefugnisse immer nur soweit reichen, als sie durch die Willkür des Prinzipals gewährt worden sind. Der Handlungsbevollmächtigte hat niemals gesetzlich festgestellte Befugnisse. Das Handelsgesetzbuch hat auch nur **Interpretationsregeln**, welche Fingerzeige für die voluntatis interpretatio ertheilen, keineswegs aber Rechtsregeln über den Umfang der Handlungsvollmachten.

Vor Allem der gesammte Inhalt des Art. 47 ist solcher Art und bringt

²⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 57, S. 196.

³⁾ Allerdings hat sich in der Praxis das R.O.H.G. nicht immer korrekt gehalten. Es hat z. B. den Art. 47 zur Anwendung gebracht, wo ein Prinzipal seinem Gehülfen ein einzelnes genanntes Geschäft aufgetragen hatte, und hat die so ertheilte Vollmacht ausgedehnt auf das, was gewöhnlich ein solches Geschäft weiter noch mit sich zu bringen pflege. Cf. Entscheidungen Bd. 1, Nr. 72, S. 252.

in seinem ersten Theil nichts als die Verweisung auf das, was beim Betriebe eines Handelsgewerbes gewöhnlich vorzufallen pflegt. Wer zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellt ist, ist zu allem demjenigen bevollmächtigt, was der Betrieb ordentlicher und gewöhnlicher Weise mit sich bringt. Nichts ist selbstverständlicher als dieser Satz, und hervorzuheben ist daran nur, dass diese Betriebsvollmacht sich nach naheliegender Erwägung nur auf das beziehen soll, was eben der Betrieb eines derartigen Gewerbes für gewöhnlich mit sich bringt. Dadurch ist sowohl auf allgemeine Umstände und Verhältnisse als auf die besonderen Beziehungen und die Spezialitäten gerade des vorliegenden Geschäftsbetriebes⁴⁾ verwiesen. Vollmacht zum Ungewöhnlichen, Ausserordentlichen hat daher ein sogenannter Disponent oder Generalhandlungsbevollmächtigter als solcher noch nicht; die Betriebsvollmacht umfasst nach wohl begründeter Willensauslegung solche Geschäftsabschlüsse nicht, welchen diese Eigenschaft beigelegt werden müsste. In gleicher Weise gilt das aber auch von der Bestellung zu bestimmter Art von Geschäften oder einzelnen Geschäften und nur, was die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, fällt in jene Vollmacht, sofern nicht positive Erweiterung und ausdrückliche Erstreckung auch auf andere Geschäfte stattgefunden hat.

Dass die Willensauslegung es ist, welche zu diesem Resultate führt, und dass der Art. 47 nichts als solche Interpretation vornimmt, zeigt sich sofort daran, dass auch eine Beschränkung dieses präsumptiven Umfangs durchaus zu den Rechten des Prinzipals gehört. Der Begriff eines Handlungsbevollmächtigten gestattet jede beliebige Begrenzung seiner Befugnisse, und immer belegt es sich, dass wir es nicht mit gesetzlichem Inhalt der Handlungsvollmacht zu thun haben. Nur ist es dann eine Forderung der Sicherheit des Geschäftsverkehrs, dass eine solche Beschränkung der Vollmacht unter das gewöhnliche Mass kundlich gemacht werde. Denn wenn die Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten an sich die Bevollmächtigung zu einem bestimmten Geschäftskreise in sich trägt, so werden dritte Personen, welche in rechtliche Beziehungen zu dem Bevollmächtigten treten, den gleichen Schluss zu ziehen berechtigt sein, welchen der Art. 47 zum Ausdruck bringt, und jenen für soweit legitimirt erachten dürfen, als ein dem gewöhnlichen Geschäftsbetriebe angehöriges Geschäft in Frage steht. Eine besondere Erkundigung nach etwa vorhandener Beschränkung der Vollmacht wird man dem Publikum nicht zur Pflicht machen können, und nur sofern die Umstände die Vermuthung einer Beschränkung gradezu an die Hand geben, wäre es *crassa negligentia*, einer solchen Vermuthung nicht nachzugehen und die Einziehung von Nachrichten zu unterlassen. Die Erkundigungspflicht kann also zwar unter Umständen angenommen werden müssen, im Allgemeinen

⁴⁾ Dass die Verweisung auf die Vorkommnisse eines „derartigen“ Geschäftsbetriebes ausschliesslich zur Vergleichung der Gattung im Ganzen berechtige, die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des jeweiligen Prinzipals aber ganz ausschliesse, ist in früherer Zeit von der Praxis mitunter vertheidigt; cf. Seuffert Bd. 24, Nr. 54 (Berliner Obertribunal). Dagegen aber mit Recht die Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 6, Nr. 30, S. 154.

aber und für den gewöhnlichen Fall darf auch das Publikum annehmen, was Art. 47 über den Umfang einer Betriebsvollmacht ausspricht.⁵⁾ Will daher der Prinzipal eine Beschränkung dieses gewöhnlichen Umfangs der Vollmacht Dritten gegenüber zur Ablehnung erhobener Ansprüche geltend machen, so wird er dazu nur berechtigt sein, wenn er für die Bekanntmachung der behaupteten Beschränkung zuvor in gebührender Weise Sorge getragen hatte. Ganz in dieser Weise betonten schon die Römischen Juristen die Nothwendigkeit eines *palam proscribere*, wenn die Befugnisse des *institor* in besonderer Weise beschränkt werden sollten. Ein solches Kundmachen kann generell gegenüber dem Publikum erfolgen, oder wenigstens an die Kreise der Geschäftsfreunde oder an die Kundschaft, durch Circular, mündliche Mittheilung, öffentliche Bekanntmachung in gelesenen Zeitungen u. s. w., durch Anschläge im Geschäftslokal (*palam proscribere*). Grade dies letztere Mittel der Kundmachung wird gegenüber der Anwendung des Art. 50 in Betracht kommen, wonach ja jede in einem Laden oder offenen Magazin oder Waarenlager angestellte Person für ermächtigt gelten soll, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen gewöhnlicher Art vorzunehmen. Und ebenso wenn nach Art. 49 die Handlungsreisenden auch zur Einziehung der Kaufpreise und zur Gewährung von Zahlungsfristen befugt sein sollen, so ist wiederum bei konkret entgegengesetztem Willen des Prinzipals auf jenes Kundmachen zu verweisen.

Das allgemeine Prinzip des Art. 47, dass der Umfang einer Handlungsvollmacht nach dem beurtheilt werden möge, was der gewöhnliche Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich zu bringen pflege, hat dann in den Art. 49, 50 noch besondere Anwendungen erfahren, bei welchen nicht bloß jenes Prinzip wiederholt, sondern durch die Aufzählung gewisser einzelner Geschäfte in der Art bestätigt ist, dass für dieselben eben um ihrer Gewöhnlichkeit willen die Vollmacht als vorhanden solle angenommen werden können.

Handlungsreisende sind solche Handlungsbevollmächtigte, welche der Prinzipal zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet. Von ihnen heisst es nun im Art. 49, dass die Bestimmungen des Art. 47 hier unverändert zur Anwendung kämen, und danach sollen sie insbesondere für ermächtigt gelten, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen. Auch hiermit ist dem Handlungsreisenden keinerlei gesetzliche Befugniß zugelegt, sondern nur die Meinung ausgesprochen, dass die Ausführung dessen, was den Handlungsreisenden aufgetragen sei, auch jene Geschäfte gewöhnlich zu umfassen pflege. Wiederum wird der Prinzipal, der diesen gewöhnlichen, also zunächst zu vermuthenden Umfang der Vollmacht

⁵⁾ Die gleichen Prinzipien über dies vermuthen dürfen resp. sich erkundigen müssen liegen den Entscheidungen des R.O.H.G. zu Grunde in Bd. 10, Nr. 26, S. 142 und Bd. 23, Nr. 115, S. 348. Einzelheiten über das, was nach der Meinung der Gerichte gewisse Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen, oder umgekehrt nicht gestatten, ergeben sich aus Seuffert Bd. 20, Nr. 156; Bd. 29, Nr. 122. R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 72, S. 251; Bd. 15, Nr. 86, S. 305; Bd. 12, Nr. 2, S. 9. Weitere Citate noch speziell zu Art. 49, 50.

verkürzen will, für gebühliches Kundmachen Sorge zu tragen haben. Ob für die sogenannten **Stadtreisenden** die gleichen Befugnisse für herkömmlich und gewöhnlich anzusehen seien, bleibt richterlicher Erwägung ebenso vorbehalten, wie die Frage, ob den eigentlichen Reisenden nicht herkömmlich noch andere Befugnisse als die im Art. 49 genannten zuständig seien.⁶⁾ Es kommt von selbst in Betracht, dass Art. 49 ja nur Beispiele aufzählt, welche **insbesondere** hervorzuheben von Wichtigkeit scheinen mochte. Die Vollmacht zu Geschäftsabschlüssen an auswärtigen Orten bildet den eigentlichen Inhalt der Anstellung des Reisenden, und es fragt sich also, was die Ausführung eines solchen Gewerbebetriebes im Umherziehen gewöhnlich mit sich bringt. In der Praxis handelt es sich oft um die sogenannten Provisionsreisenden, selbständige Gewerbetreibende oder Reisende fremder Prinzipale, welche aber gegen Provision auch Geschäftsabschlüsse sonstiger Personen in deren Auftrag und Vollmacht übernehmen. Direkt ist auf solche Personen der Art. 49 nicht anwendlich. Indessen wird das Publikum sie ohne weitere Erkundigungen für gewöhnliche Reisende ansehen dürfen, so dass die analoge Anwendung des Art. 49 sich daraus in der That ergibt.⁷⁾ Besondere Kontroversen pflegen sich darum zu drehen, wieweit die Reisenden zur Bewilligung von kleinen Nachlässen und Ausgleichung von Differenzen zwischen ihrem Prinzipal und dessen Schuldnern befugt sind. Hier ist alles der richterlichen Würdigung überlassen, ob dergleichen Abmachungen als den Reisenden gewöhnlich zuständig betrachtet werden dürfen. Der Art. 49 schliesst die Bejahung dieser Frage weder aus noch zwingt er dazu.⁸⁾

Eine zweite besondere Anwendung macht Art. 50 in Ansehung aller in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Waarenlager⁹⁾ angestellten Personen, welche für ermächtigt gelten sollen, daselbst **Verkäufe** und **Empfangnahmen** vorzunehmen, wie sie in einem derartigen Laden, Magazin oder Waarenlager gewöhnlich geschehen. Das Wesentlichste an diesem Artikel dürfte der Rechtssatz sein, dass jede Anstellung in einem Verkaufslokal stillschweigend eine Handlungsvollmacht in sich schliesse. Denn wenn es sonst im Art. 58

⁶⁾ Cf. v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 194, Anm. 1. Anschütz-Völdern-dorff, Kommentar Bd. I, S. 364—371.

⁷⁾ So R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 44, S. 150; Bd. 5, Nr. 47, S. 207; Bd. 9, Nr. 31, S. 104; Bd. 15, Nr. 111, S. 405.

⁸⁾ Cf. Seuffert Bd. 5, Nr. 130; Bd. 22, Nr. 160 I und II; Bd. 26, Nr. 152. R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 90, S. 400; Bd. 7, Nr. 31, S. 115. Verworfen ist speziell die Aufhebung von Forderungen des Prinzipals durch Kompensation mit Schulden des Reisenden, Seuffert, B. 35, Nr. 51. Zahlungen an den Reisenden aus Geschäftsabschlüssen seines Reisevorgängers sind behandelt vom R.O.H.G. Bd. 4, Nr. 59, S. 301.

⁹⁾ Was alles ein Laden genannt werden dürfe, ist nicht jedem Zweifel entzogen. Das Komptoir eines Bankiers wird in Seuffert, Arch. Bd. 21, Nr. 68 ebenfalls dazu gerechnet, während das R.O.H.G. nur unter besonderen Umständen diese Ansicht vertreten will und keineswegs im Allgemeinen ein Bankbureau als Laden im Sinne des Art. 50 gelten lässt. Cf. Entscheidungen Bd. 12, Nr. 11, S. 38. Dagegen hat Art. 50 analoge Anwendung auch in Leipzig gefunden bei Empfangnahmen, welche der Steuermann eines Schiffs an Bord desselben vollzieht, Bd. 20, Nr. 37, S. 121.

heisst, ein Handlungsgehülfe sei nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, so erfährt hier diese Bestimmung eine wesentliche Beschränkung ihrer Anwendung. Der Art. 50 spricht von Angestellten ohne jede Unterscheidung und muss deshalb auf Handlungsgehülfen so gut bezogen werden als auf Handlungsbevollmächtigte. Jeder, welchem seine Anstellung zu irgend welchen Verrichtungen das Verkaufslokal anweist, auch wenn er sonst keinerlei Auftrag zu Rechtsgeschäften empfangen hat, soll, abgesehen von ausdrücklicher gegentheiliger Willenserklärung des Prinzipals, dennoch als bevollmächtigt gelten. Angestellt sein in einem Laden oder Magazin erfordert die berufsmässige Anwesenheit und Thätigkeit daselbst, im Gegensatz blos zufälliger, vorübergehender Anwesenheit, welche Unterscheidung auch dem beteiligten Publikum meist nicht schwer fallen wird. Schon die Art der Arbeitsthätigkeit der im Geschäftslokal angetroffenen Persönlichkeiten wird darüber regelmässig den Aufschluss gewähren, und nicht minder werden die Umstände oft völlig evident machen, dass eine Person nicht zu Verkäufen und Empfangnahmen ermächtigt sein könne. Denn das ist ja immer festzuhalten, dass auch Art. 50 nichts als Willensinterpretation enthält und also Niemand für ermächtigt gelten kann, der es erkennbar nicht ist. Oft wird sich auch eine nur theilweise Anwendung des Art. 50 ergeben, insofern gewisse Personen zwar zu Verkäufen, aber nicht zu Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt sich darstellen können. So z. B. wenn im Laden eine besondere und als solche erkennbar gemachte Zahlstelle eingerichtet ist. Im Uebrigen ist auch hier wieder, in genauer Anwendung des Art. 47, der Umfang der präsumptiven Vollmacht auf den Kreis derjenigen Verkäufe und Empfangnahmen beschränkt, welche in einem derartigen Laden oder Magazin gewöhnlich geschehen. Alles weitere ist danach Sache der Rechtsanwendung, durch Vergleichung der allgemeinen Verhältnisse und besonderen Umstände die Entscheidung des einzelnen Falles zu begründen.

Wir haben den Art. 47 mit seinen Folgesätzen bisher erst von der einen Seite aus betrachtet, soweit er positiv den Inhalt einer Handlungsvollmacht zu bestimmen sucht. Er enthält aber für die Behandlung der einzelnen Fälle noch sehr wichtige Ergänzungen, indem er negativ den präsumptiven Umfang der Befugnisse durch Ausscheidung dreier speziell genannter Punkte beschränkt. Ohne Rücksicht auf Herkömmlichkeit und Gebräuchlichkeit soll jeder Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von **Wechselverbindlichkeiten**, zur Aufnahme von **Darlehen** und zur **Prozessführung** nur kraft besonders ertheilter Befugnisse ermächtigt sein. Diese drei Geschäfte bilden also stets den Gegenstand von Spezialvollmachten, und wer eine solche nicht empfangen hat, ist von Rechtswegen nicht dazu ermächtigt. Nicht erwähnt ist die Veräusserung oder Belastung von Grundstücken, welche doch nach Art. 42 selbst dem Prokuristen nur kraft besonderer Vollmacht zuständig werden. Man wird gewiss nicht zweifeln, dass auch der Handlungsbevollmächtigte von jenen Geschäften auszuschliessen sei, da doch seine Vollmacht keinen weiteren Umfang haben kann als die Prokura. Durch Ausscheidung der Prozessführung hat also Art. 47 im Vergleich zu Art. 42 seine besondere Gestalt gewonnen; bei der Prokura sind „alle Arten

von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen“ als Inhalt der Vollmacht genannt, während Art. 47 von „Geschäften und Rechtshandlungen“ schlechtweg zu sprechen im Stande ist.

Zu diesem Theil des Art. 47 ist eine weitere Spezialergänzung im Art. 51 erfolgt: Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt deshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen. Möglicher Weise ist der Ueberbringer wirklich ermächtigt; doch soll nur die Präsümption aus der That- sache des Bringens abgelehnt werden, so dass der betheiligte Empfänger von Waare und Rechnung sich nicht auf seine gute Meinung vom Dasein der Voll- macht wird berufen können. Von selbst wird der gleiche Satz aber auch gelten müssen für den Ueberbringer der Waare allein resp. der unquittirten Rechnung allein, wenn selbst der Ueberbringer beider Gegenstände zusammen nicht für ausreichend befunden ist. Wer der Ueberbringer ist, ob ein Handlungsgehülfe oder eine dem Geschäfte gar nicht angehörige Person, Gesinde oder Dienstmann, ist für die Anwendung des Art. 51 von keiner Bedeutung.

Wer eine unquittirte Rechnung überbringt. Das *argumentum a contrario* wird ziemlich nahe gelegt, wie es mit der vermuthlichen Vollmacht stehe, wenn Jemand eine quittirte Rechnung überbringt? Die Antwort ist in einem späteren Abschnitt des Gesetzbuches durch Art. 296 gegeben: der Ueberbringer einer Quittung gilt für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen, sofern nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Die Erfahrung des Lebens rechtfertigt eine solche Vermuthung, da die Aushändigung einer Empfangsbescheinigung doch regelmässig nicht anders als gegen gleichzeitigen Empfang zu geschehen pflegt, und also, wer jene über- bringt, deswegen auch zum Empfang ermächtigt worden sein wird. Der Satz bedeutet auch hier, dass der betheiligte Dritte sich mit solcher Annahme zu- frieden geben darf und nur dann die Zahlung nicht mit Wirkung vornehmen kann, wenn irgend welche ihm bekannte Umstände jener Vermuthung entgegenstehen. Von selbst versteht sich übrigens, dass die präsumptive Empfangsvollmacht sich nur auf den Empfang derjenigen Dinge erstreckt, über welche in der Quittung ausgesagt ist. Sodann aber kann die Vorschrift des Art. 296 sich nicht auf den Empfang einer Geldsumme beschränken, trotz des Gebrauchs des Wortes Zahlung. Vielmehr wird Quittung und Empfang auch auf Waaren bezogen werden müssen, und endlich darf nicht ausschliesslich an Solutionsleistungen, sondern muss auch an Leistungen *credendi causa* u. s. w. gedacht werden. Die Stellung des Art. 296 unter den „allgemeinen Bestimmungen über Handels- geschäfte“ hat schliesslich die besondere Bedeutung und Folge, dass nicht blos Zahlungen an Kaufleute, sondern auch Zahlungen der Kaufleute in Betracht kommen, welche sie ihren Kunden zu machen haben.

Jeglicher Handlungsvollmacht mit der Prokura gemeinsam sind die Rechts- sätze der Art. 48, 53 und 54. Bei der Zeichnung der Firma, wozu der Handlungsbevollmächtigte eben im Kreis seiner Befugnisse berechtigt ist, soll er einen das Vollmachtsverhältniss ausdrückenden Zusatz hinzufügen, ganz so wie der Prokurist *per procura* zeichnet. Wichtig ist nur das Gebot, sich jedes

eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten. In beiden Beziehungen stehen aber nur Ordnungsvorschriften in Frage. Das Fehlen einer Substitutionsbefugnis, die jeder Zeit unbeschränkte Widerruflichkeit, die Folgen des Todes des Prinzipals sind in Art. 53, 54 ausgesprochen. Mit der Uebertragung der Handlungsvollmacht (Substitution) ist auch hier nicht identisch die Anstellung anderweitiger Bevollmächtigten oder Gehülfen, wozu der zum ganzen Gewerbebetrieb Bestellte gerade auf Grund dieses Betriebes veranlasst sein kann.

Von einer besonderen Handlungsvollmacht, nämlich derjenigen des Schiffers, wird im Zusammenhang des Seerechtes speziell zu berichten sein. Massgebend sind dafür die Art. 495—500 des Gesetzbuches.

§ 72.

D. Die Rechtsgeschäfte der bevollmächtigten Personen.

Artikel 52.

Die juristische Bedeutung der Stellvertretung liegt, wie schon im § 68 formulirt ist, darin, dass die von den bevollmächtigten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ihre Folgen und Wirkungen für die Person und die Rechtsverhältnisse des Prinzipals begründen. Von den Einzelheiten, welche sich bei der Anwendung dieses Satzes ergeben, soll jetzt im Besonderen die Rede sein.

An dieser Stelle muss aber von der Handlungsvollmacht in einem erweiterten Umfang ausgegangen werden. Es war bisher nur von den Stellvertretern des Kaufmanns selbst die Rede, Prokuristen sowohl als Handlungsbevollmächtigten, und dabei kamen auch nur die mit Vollmacht eigentlich angestellten Personen in Betracht. Die nächste Ergänzung wird durch den Art. 298 erbracht, in welchem schlechthin nur von der Vollmacht zu Handelsgeschäften die Rede ist, gleichviel um wessen Vertretung es sich dabei handelt, ob um die eines Kaufmanns oder eines Anderen. Die Regeln über die Stellvertretung setzen also einen Kaufmann als Kontrahenten resp. Vollmachtgeber nicht voraus; nur von der Vollmacht zu Handelsgeschäften ist die Voraussetzung genommen, und das trifft auch für das sogenannte einseitige Handelsgeschäft (im Gegensatz des beiderseitigen) zu, selbst dann noch, wenn die Eigenschaft als Handelsgeschäft nicht auf Seiten des Vollmachtgebers, sondern nur bei der Gegenpartei vorhanden ist. Ist die Vollmacht von einem Kaufmann erteilt, so ist es wiederum gleichgültig, ob bei dem Vertreter die Eigenschaft als Handlungsbevollmächtigter zutrifft oder nicht. Zur Entscheidung über die Anwendung von Art. 52 und 55 würde also in jedem Fall zu untersuchen sein, ob das fragliche Rechtsgeschäft wenigstens auf einer Seite sich als ein Handelsgeschäft darstelle. Diese Frage wird aber, wenigstens was die Anwendung des Art. 52 angeht, als überflüssig erscheinen, wenn auch für andere als Handelsgeschäfte die gleichen Rechtssätze bestehen sollten. So urtheilt allerdings die communis opinio unserer Zeit, wie schon im § 68 berichtet ist. Anders steht es aber mit dem Inhalt des Art. 55,

der als speziell handelsrechtlich wird betrachtet werden müssen. Wichtig wird das z. B. für die Weiterveräusserungen der Handwerker.

Neben den technisch sogenannten Vollmachten ist dann weiter auch auf die **Vertretungsbefugniss** Bedacht zu nehmen, welche bei Handelsgesellschaften den geschäftsführenden Gesellschaftern sowohl gegenseitig als gegenüber den an der Geschäftsführung nicht beteiligten Gesellschaftern zuständig ist. Diese Vertretungsbefugniss, welche nicht auf besonders ertheilte Vollmacht, sondern schon auf die Vergesellschaftung als solche zurückzuführen ist (*jure societatis* zusteht), ist ja das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal der heutigen Handelsgesellschaften gegenüber den römischen Sozietäten und auch den heutigen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Nur über die Eigenschaft gerade als **geschäftsführender** Gesellschafter gehen die Einzelheiten auseinander. Zu zitiren sind aus dem Gesetzbuch zunächst die Art. 114 und 158. Sodann wegen der Aktiengesellschaft, bei welcher die Geschäftsführung und Vertretungsbefugniss dem Vorstände übertragen ist, gehört Art. 230 hierher. Eine beschränkte Vertretungsbefugniss kommt nach Art. 194 und 226 auch dem Aufsichtsrathe zu. Bei der im Seerecht als **Rhederei** bezeichneten Gesellschaft ist auf die Vertretungsbefugniss des **Korrespondentreders** hinzuweisen (Art. 461), während die Stellung des Schiffers (Art. 502) auf wirklicher Handlungsvollmacht beruht. Endlich in Ansehung aller aufgelösten und in Liquidation befindlichen Handelsgesellschaften haben die **Liquidatoren** die Vertretungsbefugniss, Art. 137.

Der Hauptrechtssatz ist im Art. 52 Absatz 1 und 3 ausgesprochen: **durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst (generell: ein zur Vertretung befugter oder bevollmächtigter), wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.**

Alle und jede Rechtsfolge des vom Vertreter in dieser Eigenschaft abgeschlossenen Geschäftes geht nicht ihn an, sondern geht ausschliesslich den Prinzipal an. Das ist das Prinzip der sogenannten direkten Stellvertretung. Der Vertreter ist auch nicht als Durchgangspunkt der Rechtswirkungen zu denken; nicht durch ihn hindurch oder über ihn hinweg treffen den Prinzipal Rechtswirkungen. Ursprünglich eigene Rechte und Verbindlichkeiten sind es, welche für den Prinzipal erzeugt werden. Vor allem, was die Verbindlichkeiten betrifft, so ist nicht an Nebenhaftung und Defensionspflicht in der Weise der *actio adjectitiae qualitatis* zu denken; sondern Schuldner wird direkt und ausschliesslich der Prinzipal. Der Vertreter bekommt nicht blos ein Ablehnungsrecht (*exceptio*) gegenüber der aus seinem Kontrakt hervorgehenden Obligation, sondern er gehört überhaupt nicht zu den Subjekten derselben: zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Wer als Vertreter kontrahirt zu haben behauptet, gebraucht keine klagablehnende *exceptio*, sondern leugnet, dass gegen ihn klagerzeugende Thatsache begründet sei. Der Vertreter kontrahirt zwar, in fremdem Namen,

doch nicht mit Wirkung für sich selbst. Eben deswegen entsteht ja die Redewendung, der Prinzipal werde so behandelt, als habe er auch den Kontrakt selbst abgeschlossen.

Der Prinzipal wird berechtigt und verpflichtet. Mit diesen Worten glaubt Art. 52 präzise genug sich ausgedrückt zu haben. Dass indessen mit jenen Worten keineswegs alle Fälle zum Ausdruck gelangt sind, liegt auf der Hand. Denn mit **Rechtserwerb** und **Verpflichtung** sind zwar die nächstliegenden Beziehungen, aber auch nur diese, genannt. Genauer wäre zu sagen gewesen, die rechtliche Folge eines Geschäftes überhaupt gehe den Prinzipal an, oder mit dem jetzt vielfach beliebten Ausdruck der Gebundenheit, das Geschäft des Bevollmächtigten **binde** den Prinzipal. Neben Rechtserwerb und Verpflichtung steht jedwede Veräußerung, jedes Aufgeben eines (seines dinglichen oder obligatorischen) Rechtes, jede sonstige Veränderung rechtlichen Inhalts. Wenn der Bevollmächtigte zur Disposition stellt oder die Empfangbarkeit erklärt, wenn er jenseitig behauptete Nichtempfangbarkeit zugibt und einräumt, wenn er Reu- oder Wahlrechte ausübt, Zahlungsfristen gewährt, sonstige rechtlich relevante Erklärungen abgibt, so sind das alles „Geschäfte“, deren Rechtsfolgen eben auf den Prinzipal fallen, ohne dass gerade von Rechten und Verbindlichkeiten gesprochen werden dürfte. Indessen hat man an diesem engeren Ausdruck des Art. 52 zu keiner Zeit Anstoss genommen, vielmehr das Prinzip der freien Stellvertretung immer als darin ganz allgemein und umfassend ausgesprochen angesehen.

Die besondere Voraussetzung bildet dabei, vom Dasein und dem Inhalt der Vollmacht abgesehen, eine bestimmt bezeichnete Art des Geschäftsabschlusses. Sollen die Folgen eines Geschäftes, generell einer Rechtshandlung, den Prinzipal treffen, so muss das Geschäft **im Namen des Prinzipals** vorgenommen oder abgeschlossen sein. Diese beim Geschäftsschluss zu erfüllende Voraussetzung ist in einer Reihe von Artikeln des Gesetzbuches übereinstimmend aufgestellt. Man vergleiche neben Art. 52 noch die Art. 58 Abs. 1, 114, 230, 269 Abs. 2, 298, 787. In der Mehrzahl dieser Artikel ist auch eine weitere Erläuterung hinzugefügt, dass jenes Kontrahiren im Namen des Prinzipals (resp. der Gesellschaft) nicht nothwendig eine **ausdrückliche** Erklärung solchen Inhaltes erforderlich mache, sondern dass schon die Umstände des einzelnen Falls ohne Weiteres den Hinweis auf den Prinzipal zu enthalten vermöchten. Wesentlich ist also nur, dass der Drittkontrahent nicht im Zweifel darüber gelassen bleibe, zu welchem Subjekt er in Rechtsbeziehungen treten solle und werde. Wenn die Umstände es ergeben, dass das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte, heisst es in jener Vorschrift. Im Wesentlichen ist damit nur für den urtheilenden Richter ausgesprochen, dass er ausdrückliche Willenserklärung nicht vor der stillschweigenden Erklärung zu bevorzugen habe.¹⁾ Denn mehr als dies ist nicht gemeint, und vor Allem kann auf das beiderseitige Wissen und Wollen der Kontrahenten nicht verzichtet

¹⁾ Ganz so das Erkenntniss des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 13, S. 56.

werden. Wenn z. B. die Umstände ergeben, dass zwar der Bevollmächtigte in der That für seinen Prinzipal zu kontrahiren beabsichtigte, der Dritte aber diese Absicht keineswegs getheilt hat, so versagt die Vorschrift des Art. 52. Nicht bloß also, ob sich der Vertreter seinerseits in dieser Eigenschaft offenbarte, sondern auch dass gegnerischer Seits mit ihm in dieser Eigenschaft kontrahirt wurde, ist zu fordern. Und also der **Konsens** dieses Inhalts soll sich aus den Umständen ergeben können. Bei schriftlichem Geschäftsabschluss dient ja zur Ausführung der Vorschrift die Zeichnung der Firma des Prinzipals; mündlich aber geschieht auch die wörtliche Hinweisung auf den Prinzipal in der mannigfachsten Weise. Andere Artikel betonen wohl das Auftreten in bestimmter Eigenschaft, z. B. als Schiffer (Art. 502), als Korrespondenthreder (Art. 461). Immer wird danach für beide Kontrahenten die Kenntniss der Vollmacht vorausgesetzt, aber auch der Wille, gemäss der Vollmacht für den Prinzipal Rechtsfolgen zu erzeugen. Was diesen Willen beim Drittkontrahenten angeht, so wird man sagen dürfen, dass sein Kontrahiren mit dem Bevollmächtigten, der sich in solcher Eigenschaft vorgestellt oder zu erkennen gegeben hat oder bekannt ist, abgesehen von besonderem Vorbehalt, ohne Weiteres auf den Prinzipal bezogen werden dürfe. Denn es liegt dann Konsens zu der proponirten Art des Vertragsschlusses vor, Zustimmung dieses Inhalts, mit dem Bevollmächtigten als solchen, also für den Prinzipal abzuschliessen zu wollen. Wo sich eine Rechts-handlung auf ein schon bestehendes Rechtsverhältniss zwischen dem Prinzipal und einem Dritten beziehen soll, liegt jenes Handeln für den Prinzipal schon sachlich in jenem Verhältniss begründet.

Beim Gebrauch der Firma ist deren Zeichnung auf Grund des Firmirungsrechtes das entscheidende. Die Ordnungsvorschrift in Art. 44 und 48, dass der Bevollmächtigte einen seine Stellung andeutenden Zusatz hinzufügen solle, ist für die Rechtsfolge des Gebrauchs der Firma ganz gleichgültig. Dieser Punkt ist in der Praxis oft zur Sprache gekommen. Mit Ausnahme eines ganz isolirt stehenden Erkenntnisses des obersten Gerichtshofes zu Wien, welches beim Prokuristen den Zusatz für wesentlich erachtet (Seuffert, Bd. 25, Nr. 148), haben die deutschen Gerichte ganz konstant in jenem Sinne entschieden und speziell auch Wechselzeichnungen nicht abweichend behandelt.²⁾ Weder also verstärkt die Hinzufügung des eigenen Namens die Wirkung der Firmazeichnung, noch wird diese durch das Fortbleiben beeinträchtigt.

Dass nun weiter das einzelne Geschäft auch gemäss der Vollmacht abgeschlossen werden müsse, darf kaum als eine selbständige Voraussetzung aufgestellt werden, wiewohl z. B. Thöl³⁾ das Dasein vom Inhalt der Vollmacht trennt. Man wird doch sagen dürfen, dass in Rücksicht auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft Vollmacht nur vorhanden ist, wenn dieselbe sich gerade auf dies Geschäft (allein oder mit anderen) bezieht. Mangel der Vollmacht besagt immer, dass die Vertretungsbefugniss für das konkret vorliegende Geschäft

²⁾ Cf. Seuffert, Bd. 22, Nr. 63; R.O.H.G. Bd. 5, Nr. 58, S. 263, Nr. 59, S. 271; Bd. 10, Nr. 9, S. 57; Bd. 15, Nr. 29, S. 76; Bd. 12, Nr. 45, S. 133; Bd. 18, Nr. 24, S. 99.

³⁾ Handelsrecht 6. Aufl. § 59 u. fg.

nicht vorhanden ist, und dafür ist es gleichgültig, ob etwa zu anderen Geschäften Vollmacht erteilt war oder auch dafür nicht. Wer seine Vollmacht überschreitet, steht nicht anders als derjenige, der überhaupt keine Vollmacht erhalten hat.

Wenn es aber das Geschäft des Bevollmächtigten ist, welches den Prinzipal berechtigt und verpflichtet, so folgt von selbst, und darüber ist man in der Gegenwart auch durchaus einig, dass alle Bedingungen eines rechtsgültigen Geschäftsabschlusses eben in der Person und den Handlungen des Bevollmächtigten erfüllt sein müssen. Er ist handelnde Person, und also zunächst die allgemeinen Voraussetzungen jeder Handlung müssen bei ihm zutreffen. Das gilt vom Willensvermögen (oder der Handlungsfähigkeit), dem Willensentschluss und der Willenserklärung. Mehr als Handlungsfähigkeit kann wiederum nicht gefordert werden, weil ja die Rechtsfolgen der Handlung eben nicht den Handelnden selbst angehen sollen; von Dispositionsfähigkeit, Fähigkeit, sich durch Verträge verpflichten zu können, ist daher nicht die Rede. Auch der Minderjährige ist also vollkommen befähigt, Handlungsbevollmächtigter zu sein. Aus Willensentschluss und Willenserklärung des Vertreters setzt sich nun weiter sein Geschäft zusammen, und wenn ein Vertrag in Frage steht, so ist deshalb das Moment des Konsenses nach seiner Person zu beurtheilen. Rechtswidrige Einwirkungen auf die Willensentschliessung werden hier wie sonst beachtet, und auch der Irrthum hat seine regelmässigen Folgen, beides hier bezogen auf den Willen und die Vorstellungen des Vertreters. Auch wo der Irrthum Thatbestandsmoment ist positiv für irgend welche speziell daran geknüpfte Wirkungen, *condictio indebiti*, *actio redhibitoria*, *Weiberintercession* u. s. w., ist auf *ignorantia resp. scientia* des Vertreters zu sehen, wiewohl nebenher die *scientia domini* d. h. des Prinzipals Kenntniss nicht gleichgültig und ohne Folgen bleibt.⁴⁾ Wenn man sich zum Beweise dieser Rechtssätze auf den Inhalt der römischen Quellen zu beziehen pflegt, so lässt sich dagegen allerdings der Einwand erheben, dass dort ja der *institor* oder *procurator* nicht blos selbst kontrahirt, sondern auch mit Wirkung für sich selbst, und dass daher in allen jenen Fragen auf ihn allein die Untersuchung gestellt werden könne. Eben deswegen beweisen die Quellen nicht direkt für die freie Stellvertretung unserer Zeit, weil hier der Zweifel übrig bleibt, ob etwa, weil die Wirkungen des Geschäfts lediglich den Prinzipal angehen, deswegen in jenen Fragen eine abweichende Entscheidung geboten sei. Indessen, da es sich lediglich um die

⁴⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 73, Anm. 18 u. 19. Auch die Praxis hat schon Gelegenheit gehabt, diese Prinzipien zu bestätigen. Ueber Irrthum resp. Kenntniss des Vertreters von auf den Kontrakt bezüglichen und für die Wirkung desselben wichtigen Thatsachen handeln die beiden Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 95, S. 422 u. Bd. 7, Nr. 109, S. 423; beide betreffen den Abschluss von Versicherungsverträgen durch Agenten und bringen den Satz zur Anwendung, dass das Wissen des Agenten von der Unrichtigkeit der Angaben des Versicherten die sonst darauf zu gründende Einrede des Versicherers ausschliessen müsse. Sodann Bd. 6, Nr. 91, S. 404 und Bd. 15, Nr. 10, S. 26 sprechen aus, dass betrügerisches Verhalten des Prokuristen beim Geschäftsabschluss die *exceptio doli* gegen den Prinzipal begründe.

Frage des Geschäftsabschlusses und die dabei in Betracht kommenden Beziehungen handelt, so vertheidigt man auch im heutigen Recht das Gleiche. Der Wille des Bevollmächtigten und seine Handlungen rufen Rechtsfolgen hervor; danach sind denn in der That alle jene Dinge auf ihn selbst zu beziehen.

Anders steht es aber mit denjenigen rechtlichen Voraussetzungen, welche nicht den Thatbestand des Geschäftsabschlusses, sondern den Eintritt der Wirkungen des Geschäftes betreffen. Rechte und Verpflichtungen entstehen für den Prinzipal. Daher ist die Möglichkeit solcher Rechtswirkung, Fähigkeit zum Erwerbe, zur Verpflichtung, zur Veräusserung, nach der Person des Prinzipals zu beurtheilen. Bei der Fähigkeit zum Erwerbe wäre nicht blos an den persönlichen status, sondern auch an die sachlichen Grundlagen eines Erwerbes zu denken, z. B. Erwerb einer *res propria* ist nichtig. In Betracht kommen ferner etwaige Verbote von Handelsgeschäften, sofern persönliche Rücksichten für die Anwendung des Verbotes massgebend sind, z. B. der Handel mit gebrauchten Kleidern kann bestimmten Personen untersagt sein.⁵⁾ Als besondere Beispiele gehören hierher die Verpflichtung des Prinzipals durch einen Minderjährigen, Wechselverpflichtung durch wechselunfähige Personen.

Dieser Eintritt der Wirkungen für den Prinzipal ruht auf der Vollmacht, welcher auch die *Ratihabition* gleichsteht. Nun bleibt noch eine Ablehnung der Rechtsfolgen übrig aus dem Grunde einer Unregelmässigkeit bei der Vollmachtsertheilung. Es kann die Vollmacht an irgend eine Person durch Dritte gewaltsam oder betrüglich veranlasst sein. Die aus Zwang und Betrug hervorgehenden Rechtsmittel werden sich dann eben auf die vom Bevollmächtigten geschlossenen Geschäfte erstrecken, soweit bei denselben der Gewalt oder Betrug übende Theil seinerseits als Drittkontrahent in Betracht kommt. Denn grade in diesem Falle wird man sagen können, das Geschäft selbst sei durch Zwang oder Betrug erreicht. Anders liegt die Sache, wo die Vollmachtsertheilung gar nicht zu Geschäften mit dem zwingenden Theil führen soll und führt, sondern zu Geschäften mit unbetheiligten dritten Personen. Erzwungen wird z. B. Ertheilung der Prokura oder einer Handlungsvollmacht durch Einschüchterung des Prinzipals seitens der Verwandten des Bevollmächtigten, welche diesem zu einer Anstellung zu verhelfen suchen und dazu jenes Mittel der Bedrohung benutzen. Auch Gewaltübung des Bevollmächtigten selbst, durch welche er seine Anstellung erreicht, würde dahin zu zählen sein. Wie steht es nun mit der Gültigkeit der von einem solchen Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte? Zunächst ist auf den jeder Zeit möglichen Widerruf der Vollmacht zu verweisen, um auszudrücken, dass der Prinzipal, der eine ihm abgenöthigte Vollmacht nicht widerruft, dadurch den anfänglichen Mangel heilt und ausgleicht. Aber auch das Nichtwiderrufen kann noch unter der Wirkung von *vis ac metus* stehen, so dass fortdauernd die Willensentschliessung des Prinzipals unter rechtswidrigem Druck und Zwang gehalten wird. Soll hier nun das *coactus voluit* den Ausschlag geben? Rechtsmittel wegen des Zwangs werden gegen die unbetheiligten Dritt-

⁵⁾ Gewerbeordnung § 35.

kontrahenten weder im Wege der exceptio noch restitutorisch als actio zuständig sein können. Denn wenn auch actio quod metus causa sowohl als exceptio metus, wie bekannt, in rem zuständig sind, so ist doch das Geschäft, welches jene abgeschlossen haben, mit einem wirklichen Bevollmächtigten eingegangen, und ohne dass bei diesem Geschäft ein metus causa gestum vorgekommen ist. Und andererseits hat auch der Dritte nichts in Händen, was dem Gezwungenen etwa durch den Zwang entzogen wäre. Endlich die in integrum restitutio gegen die Vollmachtsertheilung hat die gleichen Bedenken gegen sich, soweit sie sich auf mehr als die Annullirung der Vollmacht pro futuro erstrecken soll; blos zu diesem letzteren Behuf bedarf es aber der Restitutionsertheilung gar nicht. Es besteht somit im Resultat Unanfechtbarkeit der von einem solchen Bevollmächtigten mit Dritten kontrahirten Geschäfte. Zur Vertheidigung dieser Ansicht darf auch noch auf den erforderlichen Schutz des bona fide Verkehrs verwiesen werden; dritte Unbetheiligte haben keinen Grund, an der Rechtsbeständigkeit der Vollmacht zu zweifeln, und um so mehr kann ihnen der an der Vollmachtsertheilung haftende Mangel nicht entgegengehalten werden. Hier bleiben also dem Prinzipal nur Ersatzansprüche gegen den Zwingenden selbst.

§ 73.

E. Eigene Haftung des Bevollmächtigten.

Artikel 55.

Die in der Ueberschrift gewählte Bezeichnung ist keine genaue. Von einer eigenen Haftung des Bevollmächtigten ist entweder dann zu reden, wenn er im eigenen Namen, also nicht für den Prinzipal kontrahirte, oder wenn er eben nicht Vollmacht hatte, sei es überhaupt nicht oder nicht zu dem grade in Frage stehenden Geschäfte. Im zweiten Falle handelt es sich also nur um die eigene Haftung eines angeblichen Vertreters. Neben der eigenen Haftung des kontrahirenden Theils steht dann weiter in beiden Fällen das Ausbleiben der Haftung des Prinzipals.¹⁾

Zunächst wenn es an der im vorigen § 71 erörterten Voraussetzung fehlt, wenn nicht im Namen des Prinzipals kontrahirt ist, so ist damit die Grundlage für den Eintritt der Rechtsfolgen für den Prinzipal beseitigt. Der Prinzipal wird jetzt aus dem Geschäfte weder berechtigt noch verpflichtet. Möglich ist dabei aber sowohl, dass der Bevollmächtigte für eigene oder dritte Rechnung kontrahirte, als dass er noch für Rechnung des Prinzipals das Geschäft abschloss. Im ersten Fall hat der Prinzipal jedoch unter Umständen die im Art. 56 Abs. 3 festgesetzten Befugnisse, sobald nämlich ein Prokurist oder Generalhandlungsbevollmächtigter oder auch ein Handlungsgehülfe nach Art. 59 ohne die Einwilligung des Prinzipals Handelsgeschäfte gemacht hat. Für den zweiten Fall, dass der Bevollmächtigte zwar noch gemäss der Vollmacht und der

¹⁾ Ueber den Charakter der Haft aus Art. 55 als Handelssache s. oben § 18, Not. 10, 21.

Absicht nach auch für Rechnung des Prinzipals, äusserlich jedoch nicht im Namen desselben kontrahirt hat, kommt noch in Frage, ob nicht indirekt doch die Rechtsfolgen des Geschäftes in Beziehung zum Prinzipal gebracht werden müssen, d. h. ob nicht die gemeinrechtlichen Regeln der indirekten Stellvertretung zur Anwendung zu bringen sind. Massgebend sind die Anschauungen, welche man über die Voraussetzungen der *actio institoria* hat. Die Meinungen sind darüber getheilt, und während einerseits die indirekte Stellvertretung und mit ihr die *actio institoria* heutzutage als völlig antiquirt angesehen wird,²⁾ betrachten doch Andere auch für das heutige Recht die *actio institoria* noch als praktisch. Zwar lehrt man regelmässig, dass auch diese Klage, welche eine Nebenhaftung des Prinzipals darstellt, die Bezugnahme auf die Eigenschaft des einen Kontrahenten als *institor* voraussetzt, zieht daraus aber entweder den Schluss, dass diese Bezugnahme nothwendig mit dem Geschäftsabschlusse im Namen des Prinzipals zusammenfalle;³⁾ oder ist doch der Meinung, dass mit jener Bezugnahme auf die Eigenschaft als *institor* noch ein Kontrahiren im eigenen Namen vereinbar bleibe, und ertheilt dann die *actio institoria* trotz des Vertragsschlusses im eigenen Namen.⁴⁾ Die Kontroverse reicht über den hier besprochenen Fall hinaus und trifft auch die Geschäfte des Kommissionärs, in der Richtung, ob etwa gegen den Kommittenten Ansprüche seitens der Kontrahenten des Kommissionärs erhoben werden können. Es kommt wiederum darauf an, wie man es sich denkt, Rechtsgeschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Auftraggebers schliessen zu können, und wieweit die Voraussetzungen der *actio institoria* als erfüllbar gelten können. So, dem Kommissionär vergleichbar, würde ja auch der Handlungsbevollmächtigte dastehen, welcher im eigenen Namen aber doch für Rechnung des Prinzipals Geschäftsabschlüsse macht. Die aufgeworfene Frage schon durch den Wortlaut des Art. 360 Abs. 2 für erledigt zu halten, wie Manche vertheidigen, möchte ich nicht billigen. Wenn es auch heisst: „durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten“, so ist damit m. E. nur die direkte Stellvertretung mit ihren Folgen abgelehnt, nicht aber einer *actio adjectitiae qualitatis* die Möglichkeit verschlossen, und wie bekannt macht ja auch der Art. 368 Abs. 2 von jener Vorschrift eine bestimmte Ausnahme. Indessen mag die angedeutete Frage an dieser Stelle offen bleiben.

Der Inhalt des Art. 55 betrifft aber ausschliesslich die Fälle, dass Jemand als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter (und nach Art. 298 generell als Bevollmächtigter) kontrahirt hat, d. h. im Namen eines angeblichen Prinzipals

²⁾ Z. B. scharf formulirt bei Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 197, 198.

³⁾ So Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 72.

⁴⁾ So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 482, Anm. 14, woselbst auch weitere Literaturnachweisungen gegeben sind. Doch bemerkt auch Windscheid, das Handelsgesetzbuch kenne nur kontrahiren in eigenem Namen schlechthin oder kontrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres, unter Berufung auf Art. 52.

(oder schlechthin Vollmachtgebers), ohne doch in Wirklichkeit Vollmacht erhalten zu haben resp. ohne grade für das in Rede stehende Geschäft bevollmächtigt zu sein (Ueberschreitung vorhandener Vollmacht). Das Geschäft ist also von beiden Theilen für den Prinzipal abgeschlossen und die Rechtswirkung für diesen beabsichtigt. Den Prinzipal aber vermögen weder Rechte noch Pflichten zu treffen, weil es an der Unterlage dafür, der Vollmacht oder Genehmigung, fehlt. Zunächst die Genehmigung bleibt ja noch möglich, so lange das Resultat des Geschäftes solcher Art ist, den Prinzipal zur Billigung bestimmen zu können, oder so lange sonstige Motive dahin zu wirken im Stande sind. Bis dahin ist *negotium pendens* und auch die Anwendung des Art. 55 wird von der Hoffnung auf die Genehmigung, resp. der Vereitelung dieser Hoffnung abhängig sein. Die eigene Haftung des Bevollmächtigten wird sich mit der Erreichung der Genehmigung abwenden lassen. Denn darüber wird kein Zweifel bestehen, dass die im Art. 55 angeordnete selbstschuldnerische Haftung des angeblichen Bevollmächtigten in Wegfall kommt, sobald *Ratihabition* erfolgt ist. Es wird dann vielmehr Art. 52 massgebend sein mit der Folge, dass der Dritte zu seinem Kontrahenten in keinerlei Rechtsverhältniss tritt. Grade deswegen liegt bei Abschluss des Geschäftes noch Unentschiedenheit über die Rechtsfolgen vor (*negotium pendens*), und erst hinterdrein wird sich zeigen, ob Art. 52 oder Art. 55 zur Anwendung kommt. Wie es mit dem Nachweis der Entscheidung zu halten sei, ob Ertheilung oder Versagung der Genehmigung den Gegenstand der Beweislast bildet, soll alsbald untersucht werden.

Der Hinblick auf eine erhoffte Genehmigung bleibt dann die einzige Möglichkeit, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht oder die Ueberschreitung der vorhandenen kannte.

Denn wird in diesem Fall eine Genehmigung des Geschäftes nicht erreicht, so bleibt es völlig wirkungslos, da auch eine Haftung des *falsus procurator* selbst nicht eintritt. Art. 55 Abs. 2 spricht das in Kürze aus: Die Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit jenem eingelassen hat.⁵⁾ Allerdings besteht nicht völlige Einstimmigkeit über diesen Satz. Aber der Einwand, die Intention der Kontrahenten, welche beide wussten, dass der Abschluss eines Geschäftes der Vollmacht nicht entsprach, hätte nur dahin gehen können, von sich selbst die Erfüllung zu verlangen, sofern nicht noch nachträglich *ratihabirt* würde, trifft gewiss nicht das Richtige. Im Gegentheil wird man sagen dürfen, dass, wenn beide Theile im Namen eines Dritten kontrahiren, ungeachtet sie zur Zeit den Mangel der Vollmacht sehr wohl kennen, sie eben regelmässig nur der gehofften *Ratihabition* wegen das Geschäft abschliessen. Der Abschluss im Namen eines Dritten widerspricht doch jener angeblichen Intention, die Erfüllung unter sich selbst zu wollen. Möglich bleibt es freilich, die eigene Haftung eventuell zu vereinbaren, wenn auch in erster

⁵⁾ Prozessualisch liegt die Sache so, dass die Behauptung des *falsus procurator*, der Drittkontrahent habe den Mangel der Vollmacht gekannt, eine Einredethatsache enthält und somit ihn selbst zum Beweise verpflichtet. So R.O.H.G. Bd. 17, Nr. 40, S. 174.

Linie das Geschäft für einen Dritten zu wirken bestimmt ist. Aber diese eventuelle Absicht muss doch besonders vorhanden und erkennbar sein, und liegt keineswegs schon in dem Geschäftsabschluss als solchem.⁶⁾

Ueberhaupt muss die eigene Haftung des falsus procurator, der sich für einen Bevollmächtigten ausgab und dafür vom Gegner genommen wurde, nicht sowohl eine vertragsmässige, auf den Willen zurückzuführende als eine gesetzliche genannt werden, wiewohl in der Theorie Neigung besteht, dieselbe aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Garantieübernahme zu erklären. Und zwar soll eine solche schon in dem Kontrahiren im fremden Namen ohne Weiteres enthalten sein, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt.⁷⁾ Das würde aber mindestens das eigene Bewusstsein des falsus procurator, dass ihm die Vollmacht fehle, voraussetzen, und auch dabei noch den animus fraudandi übrig lassen, so dass, wenn nicht besondere weitere Umstände den Garantieübernahmewillen erkennen lassen, der Geschäftsabschluss als solcher mir nicht auszureichen scheint. Ich betrachte daher die Haftung vermeintlicher Bevollmächtigten, da sie von den begleitenden Umständen unabhängig eintreten soll und keine Willensauslegung nöthig macht, als eine gesetzlich festgestellte und durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit wohl begründete. Und zwar ist es hier das Handelsrecht (Art. 55), welches diese Bestimmung enthält und unmittelbar der Anwendung auf andere als Handelsgeschäfte nicht fähig ist. Ob das allgemeine bürgerliche Recht einen gleichen Satz enthält, bleibt dann für sich zu erörtern. Jene Bezugnahme auf stillschweigende Garantieübernahme sollte freilich diese Erörterung entbehrlich machen. Das Argument, für den angeblichen Vertreter solle der Vertrag ja nach seinem Inhalt keine Wirkung erzeugen, und deshalb trete eine solche auch nicht ein, kann m. E. auch bei Verträgen nicht überwunden werden. Denn auch bei diesen versteht sich eine Garantieübernahme keineswegs von selbst.

Nach Handelsrecht also trifft den falsus procurator eine eigene Haftung, deren Fundament eben der Art. 55 ist. Zunächst ist von den weiteren Voraussetzungen, sodann von der Richtung und dem Inhalt derselben zu berichten. Bemerkt mag aber noch werden, dass der Inhalt des Art. 55 in einer Spezialanwendung noch eine besondere Bestätigung durch Art. 95 der Wechselordnung gefunden hat. Nur ist Eingehen einer Wechselverbindlichkeit als solches kein Handelsgeschäft, und so geht also der allgemein lautende Art. 95 über den Kreis der Handelsgeschäfte hinaus; denn es heisst ohne Einschränkung: wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. Dasselbe gilt von Vormündern und anderen Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselklärungen ausstellen. Wechselrecht und Handelsrecht

⁶⁾ Gegen Schliemann, der jenen Einwand erhoben hatte, spricht sich daher mit Recht aus v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 218. In der Sache zustimmend auch Anschütz-Völdendorff, Kommentar Bd. I, S. 410, sub Nr. 11.

⁷⁾ Cf. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 74, Anm. 7a.

haben also insoweit gleiche Vorschriften. Wo die Wechselerklärung zugleich ein Handelsgeschäft ist, konkurriren beide Artikel mit einander.

Wer also ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter schliesst, ohne Vollmacht erhalten zu haben, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet, spricht Art. 55 aus. Die Voraussetzung dieser eigenen Haftung besteht in nichts weiterem, als was der Artikel selbst nennt. Abschluss im fremden Namen bei doch fehlender Vollmacht. Diese beiden Punkte sind es also, welche die Klage des Dritten gegen den vermeintlichen Bevollmächtigten begründen, und auf sie richtet sich auch die Beweislast. Dass ein Inanspruchnehmen des falsus procurator die Aufklärung des Dritten über den wahren Sachverhalt voraussetzt, bedarf keiner Bemerkung; denn so lange der Dritte nicht über den Mangel der Vollmacht irgendwie unterrichtet ist, wird er immer nur Ansprüche gegen den Prinzipal und angeblichen Vollmachtgeber erheben. Die Aufklärung des Irrthums wird auch meistens dadurch erfolgen, dass der Prinzipal eben wegen des Mangels der Vollmacht eine Haftung seinerseits ablehnt und die an ihn gestellten Ansprüche zurückweist. Indessen ist das an sich gleichgültig, und ebenso gut kann auch anderswoher die Berichtigung ihre Quelle empfangen.

Da ist es nun m. E. nicht zu billigen, die Klage gegen den Kontrahenten von zuvor unternommener und erfolglos gebliebener Prozessführung gegen den Prinzipal abhängig zu machen. Davon steht in Art. 55 nichts und ebensowenig führen allgemeine Grundsätze zu einer solchen exceptio excussionis. Zwar beruft man sich auf die Natur der Garantiepflicht und findet hier ein ähnliches Verhältniss gegeben, wie bei der Eviktionshaftung des Verkäufers. Deswegen soll auch hier die Klage gegen den Kontrahenten davon abhängig sein, dass in einem mit dem angeblichen Prinzipal geführten Prozess die Klage des Dritten abgewiesen worden ist, während über die Pflicht zur Streitverkündung die Meinungen noch getheilt sind.⁸⁾ Ich kann diese ganze Auffassung nicht theilen und halte sie für nicht bewiesen. In den Art. 55 wird dadurch eine beschränkende Voraussetzung hineingelegt, die er nicht enthält, und mit Recht wird geltend gemacht, dass die eigene Haftung des Kontrahenten nur künstlich auf diesen Charakter der Gewährung gebracht worden ist. Warum der Dritte nöthig haben soll, erst einen Prozess gegen den angeblichen Prinzipal zu führen, wenn ihm in glaubhafter Weise Aufklärung zu Theil wird, vermag ich nicht einzusehen.⁹⁾

Freilich die Beweislast der Negative, dass die angebliche Vollmacht in Wahrheit nicht erteilt war, trifft den Dritten, welcher die eigene Haftung des Kontrahenten nach Art. 55 geltend macht. Denn sie gehört hier zum Klagefundament, und wer sich vor diesem Beweise scheut, mag Klagerhebung gegen den vermeintlichen Prinzipal mit Streitverkündung an den Kontrahenten vorziehen, um gegen diesen letzteren indirekt eine formelle und nicht mehr streitfähige Unterlage der Regressnahme zu erlangen, wenn urtheilsmässig die gegen

⁸⁾ Diese Meinung wird von Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 71 und v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 215 vertreten, wobei sich der letztere ausdrücklich auf den ersteren stützt.

⁹⁾ Derselben Meinung ist Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. I, S. 404.

den Prinzipal gerichtete Klage mangels Nachweises der Bevollmächtigung Abweisung erfahren hat. Indessen wenn man diesen Weg auch als möglich und zweckmässig zugeben kann, so darf er doch andererseits nicht als unerlässlich bezeichnet werden, und die unmittelbare und direkte Klage gegen den falsus procurator bleibt ebenso zuständig. Dass dabei aber die Beweislast über die Vollmachtsfrage dem Beklagten zugeschoben werden dürfe, welcher mit fortgesetzter Behauptung des Vollmachtsempfanges die Klage von sich abzuwehren sucht, ist eine durch Nichts gerechtfertigte Behauptung.¹⁰⁾ Im Gegentheil kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Beweislast in Richtung auf jene Negative in der That beim Kläger ist.

Anders steht es dagegen mit dem Einwande, dass seitens des Prinzipals entweder Genehmigung schon erreicht sei oder doch noch bevorstehe. Hier trifft die Beweislast den Beklagten, weil dies ja eine Thatsache ist, welche der Klage selbständig gegenüber steht und darum wirklich als Einrede zur Beweislast des Beklagten führt. Auch wenn der Beklagte unter Berufung auf Absatz 2 des Art. 55 behaupten sollte, der Kläger habe den Mangel der Vollmacht auch seinerseits gekannt, wird auf Beweislast des Beklagten zu erkennen sein. Doch besteht auch darüber Zweifel.¹¹⁾

Ein schuldvolles Verhalten des vermeintlichen Bevollmächtigten gehört keineswegs zu den Voraussetzungen der Klage aus Art. 55. Auf die bona fides desselben beim Kontraktsabschlusse und dessen eigenen entschuldbaren Irrthum über Existenz oder Umfang seiner Vollmacht kommt gar nichts an. Die entgegengesetzte Behauptung¹²⁾ stützt sich auch wieder auf die Natur des Anspruches als einer Schadensersatzklage, ist aber ohne Zustimmung geblieben. In Zusammenhang steht damit die weitere Meinung, dass eigene Unvorsichtigkeit des Dritten, der den Mangel der Vertretungsbefugnisse hätte kennen müssen, ebenfalls die Klage ausschliesse. Dem ist aber auch noch zu widersprechen. Wenn Absatz 2 des Art. 55 auf Grund eigener Kenntniss des Mangels die Klage verneint, so steht hier dem Wissen das Wissenmüssen doch nicht gleich.

Inhaltlich steht dem Drittkontrahenten ein Doppeltes nach seiner Wahl frei, entweder Erfüllung des Geschäfts zu begehren oder aber Schadensersatz.¹³⁾ Wenn es heisst, dass zwischen diesen beiden Befugnissen freie Wahl bestehe,

¹⁰⁾ Anschütz-Völderdorff, Kommentar Bd. I, S. 405; wenn hier Not. 18 zur Bestätigung auf Laband Bezug genommen wird, so ist das vollkommen unbegründet; an der zitierten Stelle ist von ganz anderer Frage die Rede.

¹¹⁾ v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 218, Not. 16, wo der Irrthum auf Seiten des Dritten mit zum Klagegrund gerechnet wird, wiewohl im Widerspruch mit einer dort zitierten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes.

¹²⁾ Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 235.

¹³⁾ Ueber die Möglichkeit einer Kumulation der Erfüllungsklage mit Schadensersatzansprüchen ist zu vergleichen Seuffert, Arch. Bd. 31, Nr. 52 u. R.O.H.G. Bd. 11, Nr. 111, S. 335. — Erfüllung vom wirklichen Institor zu begehren unter der Motivirung, derselbe sei zwar nicht persönlich verpflichtet, habe aber Geldmittel seines Prinzipals in Händen und könne also statt seiner die Erfüllung vornehmen, steht dem Drittkontrahenten nach heutigem Recht nicht zu. R.O.H.G. Bd. 19, Nr. 94, S. 325.

so ist doch die Alternative der Schadensersatzforderung nur eine hypothetische, vom Eintritt eines Schadens abhängige, und deshalb beschränkt sich oft das Recht des Dritten oder kann sich wenigstens beschränken auf die Erfüllungsforderung. Denn man wird nicht sagen dürfen, dass jedes unerfüllt bleibende Geschäft einen Vermögensschaden bewirke. Selbst wenn man den Schadensersatz mit auf entgangenen Gewinn erstreckt, wird doch nicht jedes Geschäft Gewinn einbringen und nicht immer also wird ein *lucrum cessans* sich nachweisen lassen. So ist dies eine Recht nur kraft besonderer Voraussetzung zu gebrauchen, und Existenz wie Nachweis eines Schadens bedingen den Gebrauch desselben. Deswegen ist die Wahl der zweiten Befugniss zunächst vorteilhafter; denn sie hat keine neuen Voraussetzungen und stützt sich ausschliesslich auf den Geschäftsabschluss in gedachter Weise. Die Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes soll vom Kontrahenten persönlich begehrt werden dürfen. Obwohl der Vertrag eine Verpflichtung desselben ablehnte (denn es war im Namen eines Anderen kontrahirt), soll doch von Rechtswegen die eigene persönliche Haftung zur Erfüllung des gesammten Vertragsinhaltes bestehen und geltend gemacht werden können. Das Verlangen der Erfüllung wendet sich an den Kontrahenten selbst, so wie es an den angeblichen Prinzipal zu stellen gewesen sein würde, wenn dieser Vollmacht oder Genehmigung wirklich ertheilt hätte. So ist die Formulirung von Art. 95 der Wechselordnung genau gefasst: „haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber haftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre.“ Diese Worte besagen aber das Verlangen der Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes. Dass bei der Klage auf Erfüllung alle Dinge in Betracht kommen, welche auch sonst nebenher wichtig werden, ist keinem Zweifel ausgesetzt, z. B. Orts- und Zeitinteresse, Mora, Kulpa u. s. w. Es ist auch kein Widerspruch, Erfüllung und Schadensersatz zu fordern, z. B. wegen verspäteter Erfüllung, wiewohl der Wortlaut des Art. 55 nur von Schadensersatz oder Erfüllung spricht. Denn jene Interesseforderung tritt eben accessorisch zur Erfüllungsforderung hinzu, und steht keineswegs nur statt derselben zu.¹⁴⁾

Die Alternative Schadensersatz oder Erfüllung bedeutet nicht blos das Wahlrecht des Dritten, den Vertrag zu halten oder von ihm abzugehen und dann Schadensersatz zu begehren. Denn die Schadensersatzforderung wird auch bei Unmöglichkeit der Erfüllung wichtig werden. Wo aber die Erfüllung noch in voller Weise möglich wäre, da handelt es sich äusserlich in der That um ein Abgehen vom Vertrage. Indessen nicht sowohl dieses als umgekehrt, die Erfüllungsforderung ist das besonders zu rechtfertigende. Denn nach dem Vertrage sollen ja beide Kontrahenten überhaupt nicht in rechtliche Beziehungen zu einander treten, und wenn dann doch die Erfüllung persönlich vom Kontrahenten begehrt werden darf, so gibt dazu nicht schon der Inhalt des Vertrages, sondern erst die positive Vorschrift des Art. 55 die rechtliche Grundlage. Ein

¹⁴⁾ So mit Recht ein bei Seuffert, Arch. Bd. 31, Nr. 52 mitgetheiltes Erkenntniss des A.G. zu Celle.

Abgehen vom Vertrage liegt aber doch in der Ersatzforderung keineswegs. Denn der Dritte ist ja dem *falsus procurator* gegenüber gar nicht gebunden an den Vertrag, so dass von einem Rücktritt zu sprechen immer ungenau bleibt. Zu der Schadensersatzforderung kommt daher auch das allgemeine bürgerliche Recht, während die Erfüllungsforderung nur nach Handelsrecht begründet ist.

Zwar sind über diesen Punkt die Meinungen sehr getheilt und auch vom Standpunkt des Handelsrechtes aus wird gelehrt, die Erfüllungsforderung sei nur eine Spezialität der Ersatzleistung. Man konstruirt ganz generell die Schadensersatzpflicht des angeblichen Bevollmächtigten, der für die Vereitelung des Geschäftes und seiner Wirkungen aufkommen müsse, und subsumirt unter diesen Gesichtspunkt auch die Erfüllung, welche nur „Surrogat des Schadensersatzes“ sei.¹⁵⁾ Von selbst ergibt sich dann die Frage, ob, wenn z. B. **Windscheid** formulirt, der Vertrag selbst sei zu erfüllen, insofern das Interesse hierauf gehe, den Kläger bei der Erfüllungsforderung eine Beweislast des Inhalts treffe, dass sein Interesse gerade auf die Erfüllung gerichtet sei. Grade das ist aber durchaus abzulehnen. Ersatzforderung ist vom Nachweis eines erlittenen Schadens abhängig; die Erfüllungsforderung hat aber nicht eine solche hypothetische Grundlage. Die Erfüllung des Vertrages ersetzt nicht einen Schaden, sondern beugt dem Eintritt eines solchen vor. Wenn die Erfüllung geleistet wird, ist damit ein Schade verhindert. Das zeigt sich auch daran, dass sonst der beklagte *falsus procurator* durch Anbieten der Erfüllung genügenden Ersatz darbieten würde. Das will man aber keineswegs zugeben, und auch **v. Hahn** spricht aus, lediglich der Kläger habe zu bestimmen, ob er diese Art der Geltendmachung des Schadens wählen wolle. Es gibt nur eine Art, einen Schaden geltend zu machen, nämlich den Ersatz desselben zu fordern und schon deswegen ist jener Satz unrichtig. Die Erfüllung des Vertrages, sofern doch in der Regel ein zweiseitiges, beiderseits verpflichtendes Geschäft in Betracht kommen wird, setzt dann weiter auch nicht bloß Leistung von einer Seite voraus, sondern führt zur reciproken Leistung nach dem Wesen des *Synallagma*.

Die Erfüllungsforderung ist freilich nur ein Recht des Drittkontrahenten; er ist zunächst nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen. Somit ist die Lage des sogenannten *negotium claudicans* gegeben: *contractus ex uno latere constat*. Das Begehren der Erfüllung setzt aber das eigene Anbieten und Erfüllen der Gegenleistung voraus resp. bringt es mit sich. Zuviel gesagt ist es auch hier, wenn **v. Hahn** dem angeblichen Bevollmächtigten auf Grund der gegnerischen Erklärung, die Erfüllung begehren zu wollen, sogar ein eigenes Klagrecht beilegt, wie wenn schon durch jene Erklärung das Geschäft zu einem beiderseits voll verpflichtenden sich verändern würde.

Für den Fall einer Ueberschreitung vorhandener Vollmacht pflegt man noch die Frage aufzuwerfen, ob man hier das abgeschlossene Geschäft in einen

¹⁵⁾ So nach Vorgang von Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X, S. 237, besonders v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 216. Dann ist auf Windscheid zu verweisen, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 74, Anm. 8, woselbst auch die weitere Literatur.

gültigen und einen mangelhaften Bestandtheil zerlegen könne, um theils gegen den Prinzipal selbst, theils gegen den Bevollmächtigten, soweit er seine Vollmacht überschritten habe, vorgehen zu dürfen. Die Frage setzt selbstverständlich voraus, dass eine solche Theilung möglich ist, ohne das Geschäft ganz zu zerstören, und auch die Beantwortung der Frage wird darauf gestellt, ob der anscheinend eine Vertrag sich seinem Objekt nach in mehrere Verträge zerlegen lasse und also in Wahrheit mehrere Geschäfte vorliegen. Darf man wirklich von einer Mehrheit der Geschäfte ausgehen, so ist für alle Theile die Sachlage die, dass das der Vollmacht entsprechende Geschäft nichts zu thun hat mit dem ohne Vollmacht geschlossenen. Wogegen wenn an der Einheit des Geschäftes festgehalten werden muss, von keiner Seite eine Spaltung begehrt werden kann, weder vom Prinzipal noch gegen ihn noch gegen den Bevollmächtigten.¹⁶⁾ In diesem Zusammenhang sind dann auch solche Fälle zu erörtern, wie der vom R.O.H.G. Bd. 4 Nr. 45 S. 219 entschiedene. Der Prinzipal hatte Vollmacht gegeben, eine bestimmte Anzahl Effekten fest zu verkaufen, der Bevollmächtigte hatte aber eine grössere Stückzahl als ihm aufgegeben verkauft. Der Käufer war indess bereit, den Vertrag nur für die vom Prinzipal gewollte Zahl gelten zu lassen und klagte in dieser Beschränkung auf die Erfüllung gegen den Prinzipal. Die von der Vollmachtsüberschreitung hergenommene Einrede des Prinzipals ist in jener Entscheidung verworfen, weil die vom Käufer ohne Weiteres zugestandene Reduktion des Umfanges des Geschäftes jeden Einwand beseitigen müsse und nun Alles so liege, als wenn das Geschäft von vorne herein gemäss der Vollmacht abgeschlossen worden sei.

¹⁶⁾ Die zum Theil abweichende Meinung Thöl's (Handelsrecht 6. Aufl., § 71, sub II) ist widerlegt bei v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 217, wo Bezug auf die kritischen Bemerkungen Schliemann's zum Entwurfe des Gesetzbuches Bezug genommen ist. Zu vergleichen ist auch Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 408 sub Nr. 9.